

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

MESTRADO EM DIREITO

**A MULHER E A “*VIA CRUCIS*” DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – DO
PRIVADO AO PÚBLICO, DO PÚBLICO AO PRIVADO JUDICIALIZÁVEL**

MARIA EMÍLIA MIRANDA DE OLIVEIRA QUEIROZ

ORIENTADORA: PROF^a DR^a VIRGÍNIA COLARES FIGUEIREDO ALVES

RECIFE, 2011.

MARIA EMÍLIA MIRANDA DE OLIVEIRA QUEIROZ

**A MULHER E A “VIA CRUCIS” DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – DO
PRIVADO AO PÚBLICO, DO PÚBLICO AO PRIVADO JUDICIALIZÁVEL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Católica de Pernambuco,
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Mestre em Direito.

ORIENTADORA: PROF^a DR^a VIRGÍNIA COLARES ALVES FIGUEIREDO

RECIFE, 2011.

Q3m Queiroz, Maria Emília Miranda de Oliveira
A mulher e a “via crucis” da violência doméstica e familiar :
do privado ao público, do público ao privado judicializável /
Maria Emília Miranda de Oliveira Queiroz ; orientadora Virgínia
Colares Figueiredo Alves, 2011.
191, [63] f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.
Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas,
2011.

1.Violência familiar. 2.Violência contra mulheres. 3.Discriminação.
4. Direito - História. 5. Poder Judiciário. I. Título.

CDU 301.162.2

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

MESTRADO EM DIREITO

**A MULHER E A “VIA CRUCIS” DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – DO
PRIVADO AO PÚBLICO, DO PÚBLICO AO PRIVADO JUDICIALIZÁVEL**

EXAMINANDA: MARIA EMÍLIA MIRANDA DE OLIVEIRA QUEIROZ

COMISSÃO EXAMINADORA:

PROFESSORA DOUTORA VIRGÍNIA COLARES FIGUEIREDO

PROFESSOR DOUTOR NELSON SALDANHA

PROFESSOR DOUTOR FRANCISCO CAETANO PEREIRA

PROFESSOR DOUTOR ROBERTO NOGUEIRA WANDERLEY

Recife, 08 de abril de 2011.

D. Pedro vinha a cavalo, chegou perto do riachão, parou, ergueu-se nos estribos (alguns dizem que ele apeou, mas eu acho que montado fica mais glorioso), e arrancando do ombro as fitas portuguesas proclamou a Independência. E independência é uma coisa tão bonita, que deu feriado até hoje. É bonita para um país. É maravilhosa para uma pessoa. Então, porque não sermos nós também rainhas do nosso reinado, cortando, num grito do Ipiranga, o bendito cordão umbilical? Não é fácil, como não o foi para Dom Pedro, mas é uma tremenda vitória pela qual os outros – acabam sempre nos respeitando. Uma vitória que pode ser o começo de coisas muito importantes.

(Marina Colasanti)¹

¹ COLASANTI, Marina. A Nova Mulher. 11 ed. Rio de Janeiro: Nórdica, 1980. p. 11.

DEDICATÓRIA

A meu filho, **José Durval**, razão de tudo! Mesmo com a pouca idade, já me dá lições de lingüística, com seu “*patinho léxico*” e seu “*minocão*”, além de exibir cidadania ao asseverar ser uma “*falta de desinjustiça*” não haver uma lei denominada “*José da Penha*”!

À minha tia avó, **Jandira Carvalho**, e à minha avó, **Juracy Carvalho de Miranda** (*in memoriam*). Ambas foram vítimas, no mesmo episódio, de violência doméstica familiar. A primeira não cheguei a conhecer, pois os tiros deflagrados pelo seu marido lhe tiraram a vida, tiros que atingiram também a segunda, causando-lhe lesão corporal gravíssima, mas nem por isso lhe livraram das lembranças trágicas do evento e da saudade da mais bela entre as cinco irmãs, filhas de **Judith Carvalho**, minha bisa, que, tal qual a personagem bíblica, foi forte, mas não a ponto de superar a dor de ver as filhas vitimadas por um algoz ciumento, amargando ainda o sentimento de impunidade.²

² Pelas condutas, o réu foi julgado, condenado e recolhido, mas, pouco tempo depois, mesmo carregando nas costas o homicídio doloso de sua jovem esposa e a lesão corporal gravíssima de sua cunhada, recebeu indulto presidencial e foi posto em liberdade.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que nunca me abandonou nos percursos que ousei seguir, e, com sua Misericórdia, supriu minhas limitações humanas.

Ao Monsenhor Valdenito Lauriano de Oliveira, que acompanhou desde sempre cada passo da minha vida com suas orientações e orações.

À minha mãe, Fátima Oliveira, pelo convite à vida acadêmica e pelos debates ardorosos que travamos, quando de suas incansáveis tentativas de me levar da zetética sociológica para a dogmática constitucional.

A meu pai, Edvaldo Oliveira, pelo exemplo de homem público comprometido com a comunidade, e pelas regalias que me concedeu como filha caçula!

A Durval Augusto, por ter me dado o maior presente da minha vida: José Durval.

Ao meu irmão, Júnior, e à minha cunhada, Maria Fernanda, pelos melhores sobrinhos do mundo: Maria Clara e Juninho!

À Professora Doutora Virgínia Colares, pela orientação do trabalho, pela missão na UFSC, pelo respeito à diversidade acadêmica que nos serviu de base do trabalho interdisciplinar, e pelo acolhimento no grupo Linguagem e Direito, da UNICAP.

Ao Professor Doutor Jayme Benvenuto Lima Júnior, por ter aceito a coorientação do trabalho e, pela sua generosidade no apoio acadêmico.

Ao Professor Doutor Roberto Nogueira Wanderley, pelas lições de Direito Processual Inclusivo, que redimensionaram, a tempo, esse estudo. Além disso, pela rica orientação no estágio de docência, na UNICAP, onde demonstrou a paciência e o conhecimento característicos do bom educador.

À Professora, Catarina Oliveira, por ser exemplo de mulher e por ter contrariado procurador-geral Van Schoor, da *Cour d'appel*, de Bruxelas, que no julgamento do pedido de Marie Popelin, em 1888, de prestar juramento na Ordem, asseverou que: “*No dia em que a mulher entrar na Ordem, a Ordem dos Advogados terá deixado de existir*”. A professora Catarina mostrou que a Ordem dos Advogados não deixou de

existir depois da inscrição de uma mulher, mas, pelo contrário, ressurgiu quando teve uma na vice-presidência.

À professora Mirian de Sá Pereira, por ter me guiado nos primeiros passos dos estudos sociológicos, e pelo incentivo científico quando da monitoria de graduação.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, pela acolhida durante a mobilidade discente. À Professora Doutora Cecília Caballero Lois e aos membros do grupo de estudos Direito e Democracia, em especial Luis Magno, Daniel Marchiori, Danilo Almeida, Letícia Dyniewicz, Carolina Ferrer, Bernardo Roden e Priscila Wessler.

Ao Professor Doutor Luís Carlos Cancellier de Olivo, pelas oportunidades acadêmicas e pelo acolhimento no grupo Litterato.

Aos amigos, além desses, que fiz na Universidade: Amanda Madureira, Vera Lúcia, Luíza, Michelle, André, Juan, Maurício, Carlos, Samoel, Sheila, Jéssica e Telma.

À Associação Pernambucana de Pós-graduandos em Direito de Pernambuco, da qual orgulhosamente faço parte. Agradeço na pessoa do nosso Presidente, o Professor Vinícius Calado, pela dedicação e competência no trato acadêmico.

Ao Magistrado Aldemir Alves de Lima, por todas as orientações, pelo apoio profissional e acadêmico no desenvolver desse longo trajeto do estudo e pelo exemplo de comprometimento profissional com os Direitos Humanos.

Aos colegas de trabalho do IV Juizado Especial Criminal do Recife (Fórum Universitário UNICAP), na pessoa da Secretária Rejane Lima e da Professora Rosangela. À Promotora de Justiça Sineide Maria de Barros Silva Canuto, que antes mesmo da Lei Maria da Penha, já era símbolo da luta contra a violência doméstica familiar contra a mulher em Pernambuco.

À CAPES e à Secretaria de Política das Mulheres/Governo Federal, pelo apoio financeiro parcial do curso.

LISTA DE ABREVIATURAS

CPB – Código Penal Brasileiro

CPPB – Código de Processo Penal Brasileiro

OEA – Organização dos Estados Americanos

CLADEM – Comitê Latino americano e do Caribe para Defesa do Direito das Mulheres

CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional

JECRIM – Juizado Especial Criminal

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros

REsp – Recurso Especial

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

SIPS – Sistema de Indicadores de Percepção Social

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

RESUMO

O presente estudo dedica-se a investigar as formas de participação social da mulher ao longo da história. Para isso, inicialmente utiliza o método histórico, com revisão de literatura. Na elaboração do quadro evolutivo da participação social das mulheres, notou-se que sua restrição à dimensão privada da casa era comum da Antiguidade até a Idade Moderna, pelo que se optou pela fundamentação na doutrina de Jürgen Habermas, com a Mudança Estrutural da Esfera Pública, e de Nelson Saldanha, com O Jardim e a Praça. A situação da mulher passa da completa exclusão social, quando era mantida na dimensão privada do lar, para uma discreta publicização, iniciada ainda na família burguesa, pela esfera pública literária. Pela publicação dos romances que retratavam as particularidades do cotidiano familiar, formaram-se clubes, para a discussão das leituras, mas ainda restritos aos homens. Esses clubes cresceram com a explosão artística renascentista e deram espaço à imprensa institucionalizada, que, por sua vez, evoluiria, transformando a esfera pública literária em esfera pública política. Propomos uma pesquisa empírica e verificamos que a imprensa escrita recifense, na atualidade, difunde a ideologia patriarcal, que legitima a violência doméstica familiar contra a mulher. Voltando ao quadro evolutivo, temos que a primeira forma de inserção social da mulher foi a integração, com o expurgo da diferença entre os sexos. Mas, com isso, a mulher foi forçada a masculinizar-se para ratificar a alegada igualdade. Com a falência do processo, a família cotidiana entrou em crise. A tendência atual de inserção não só da mulher, mas dos demais excluídos, é a inclusão, que não despreza as diferenças, mas valoriza-as numa visão conjuntural, onde cada membro da sociedade é determinante na formação do todo. A Lei Maria da Penha, como medida afirmativa para pacificar uma situação extrema de violência doméstica e familiar após o Brasil ter sido considerado negligente nesse assunto pela OEA. Mas, como contrária ao paradigma patriarcal dominante na nossa sociedade, esta lei provocou polêmica e foi suscitada sua inconstitucionalidade, que enquanto não é apreciada pela corte competente (STF) gera a judicialização da violência doméstica familiar contra a mulher. Para aferir isso, tomamos dois votos opostos dum Recurso Especial (STJ 1.097.042/DF) que mudou o modelo vigente desde a vigência da Lei Maria da Penha, ao exigir a representação da mulher agredida para a persecução penal do crime de lesão corporal leve, qualificada pela violência doméstica familiar (art. 129, § 9º, CPB). Analisando o *corpus*, verificamos que o posicionamento que exige a expressão da vontade da vítima, enquadra-se como de integração, posto que pressupõe que a mulher tem as mesmas condições que o homem para a tomada de decisão de denunciar seu cônjuge (companheiro), e destoa com o atual movimento mundial multiculturalista, que considera as diversidades. Verificamos ainda que, o voto vencido, retrata o processo de inclusão social da mulher pela inclusão, já que usa da discriminação positiva para lhe garantir segurança, diante da inferioridade de sexo que lhe ameaça historicamente. Nesse momento, a mulher ainda não pode ser exigida como igual ao homem!

Palavras chave: Público X Privado; Violência doméstica familiar contra a mulher; Exclusão; Integração; Inclusão.

ABSTRACT

This study investigates the forms of social participation of women throughout history. Therefore, it starts using the historical method with literature review. In preparing the evolutionary chart of women's social participation, it was noted that its restriction to the private dimension of the house was common from antiquity to the modern age. So, the dissertation has used the doctrine of Jürgen Habermas (*Structural Transformation of the Public Sphere*) and Nelson Saldanha (*O Jardim e a Praça*). The situation of women passes from the complete social exclusion, when it was kept into the private dimension of the house, to a discreet publicization, initiated in the bourgeois family by the literary public sphere. By the publication of novels that portrayed the particularities of daily family life, clubs appeared to discuss the readings, although still restricted to men. These clubs have grown with the explosion of artistic renaissance, enabling the institutionalized press, which in turn evolve, transforming the literary public sphere in the political public sphere. We propose an empirical research and we verified that actuality the printed press of Recife diffuses the patriarchal ideology, which legitimizes familiar domestic violence against women. Returning to the evolutionary chart, we observe that the first form of social integration of women was the integration, through the purge of the difference between the sexes. Thus the woman was forced to masculinize themselves to ratify the alleged equality. With the decay of this process, the daily family went into crisis. The current trend of integration not only of women but also for the other excluded is inclusion, that does not despise the differences but value them in a cyclical view, where each member of society is crucial in the formation of the whole. The *Lei Maria da Penha* was enacted to pacify an extreme situation of domestic violence, especially after Brazil had been considered negligent in this matter by the OAS. But, as contrary to the dominant patriarchal paradigm in our society, this statute sparked controversy and it was raised its unconstitutionality. While it is not appreciated by the competent court (STF), it generates the judicialization of domestic violence against women. To measure this we took two opposing votes of a Recurso Especial (STJ 1.097.042/DF) which changed the current model since the validity of the *Lei Maria da Penha*, by requiring the representation of the battered woman for the criminal prosecution of the *crime de lesão corporal leve*, qualified by domestic violence (art. 129, § 9, CPB). Analyzing the *corpus*, we found that the position that requires the expression of the will of the victim fits as integration, since it presupposes that a woman has the same conditions of a man for taking the decision to denunciate her spouse (partner). It clashes with the current global multiculturalist movement, which considers the diversity. We also showed that the dissenting vote portrays the process of social inclusion of women by the inclusion, since it uses affirmative action to ensure safety in view the gender inferiority that threatens historically. At this point, the woman still cannot be claimed as equal to men!

Keywords: Public X Private; Domestic violence against women; Exclusion, Integration, Inclusion.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. A DICOTOMIA PÚBLICO X PRIVADO	19
2.1 JÜRGEN HABERMAS – AS ESFERAS PÚBLICA E PRIVADA.....	19
2.2 NELSON SALDANHA – O <i>JARDIM</i> E A <i>PRAÇA</i>	23
3. A MULHER PRIVADA... “A MULHER DESDENHADA”	29
3.1 NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA GRECO-ROMANA.....	29
3.2 A CRISE DA IDENTIDADE DA IDADE MÉDIA.....	40
3.3 A FAMÍLIA BURGUESA HABERMASIANA.....	44
4. A MULHER PUBLICIZADA... A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR	53
4.1 A CRISE DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.....	53
4.1.2 DOS NOVOS TIPOS DE ESTRUTURA FAMILIAR.....	55
a) A LEGITIMAÇÃO DA FAMÍLIA PARALELA.....	55
b) A FAMÍLIA HOMOAFETIVA NO CONTEXTO PATRIARCAL.....	56
c) PONDERAÇÕES NECESSÁRIAS.....	59
4.1.2 A MULHER NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.....	59
a) A MULHER E O TRABALHO.....	61
4.2 DA PUBLICIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER NO MUNDO.....	68
4.2.1 O FEMINISMO.....	68
4.2.2 CONQUISTAS FEMINISTAS MUNDIAIS.....	72
4.3 DA PUBLICIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL – A “ <i>VIA CRUCIS</i> ”.....	76

4.3.1	DA FIXAÇÃO DA REALIDADE SOCIOCULTURAL BRASILEIRA...	77
4.3.2	DAS CONQUISTAS FEMINISTAS NACIONAIS.....	79
	a) NA CONTRA-MÃO: A LEGÍTIMA DEFESA DA PRÓPRIA HONRA COMO EXCLUEDENTE DE ILICITUDE.....	83
4.3.3	A LEI MARIA DA PENHA E A MULHER BRASILEIRA.....	88
4.4	NA <i>PRAXIS</i> DA ESFERA PÚBLICA LITERÁRIA: A PUBLICIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER, ATRAVÉS DA IMPrensa.....	96
4.4.1	A FIXAÇÃO DO LUGAR DA IMPrensa NO ESQUEMA HABERMASIANO.....	96
4.4.2	NA <i>PRAXIS</i> DA IMPrensa: ANÁLISE DE MATÉRIA JORNALÍSTICA SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER.....	101
5.	A MULHER JUDICIALIZADA.....	111
5.1	JUDICIALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL.....	117
5.2	O DISCURSO JUDICIAIZADO.....	122
	5.2.1 O AGIR COMUNICATIVO HABERMASIANO.....	124
	5.2.2 O <i>JURISDIQUÊS</i> COMO PATOLOGIA DO USO DA LINGUAGEM.....	131
	5.2.3 NA <i>PRAXIS</i> DO STJ: O <i>JURISDIQUÊS</i> EM MATÉRIA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER.....	141
6.	A MULHER JUDICIALIZÁVEL? A EXIGIBILIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA NO CRIME DE LESAO CORPORAL QUALIFICADA PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER.....	146

6.1 DE QUEM É A ÚLTIMA PALAVRA NO <i>JARDIM</i> ? RAZÕES DA POLÊMICA JURÍDICA.....	147
6.2 DA INSERÇÃO SOCIAL DA MULHER.....	158
6.3 UMA QUESTÃO DE EMPODERAMENTO FEMININO.....	166
6.4 NA <i>PRAXIS</i> DO STJ II - INTEGRAÇÃO X INCLUSÃO EM MATÉRIA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER.....	170
6.4.1 O VOTO VENCIDO – DO RELATOR.....	171
6.3.2 O VOTO VENCEDOR.....	173
7. CONCLUSÃO.....	175
REFERÊNCIAS.....	182
ANEXO.....	192

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo dedica-se a um tema que vem cada vez mais ganhando espaço seja nas discussões acadêmicas, seja nas forenses: a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Do grande universo de possibilidades de abordagens que se pressupõem sobre o assunto, optamos por nos dedicarmos à análise das formas de relação da mulher (potencialmente vítima de violência doméstica e familiar), com a sociedade.

Pretendemos identificar os processos sociais de trato dessa mulher em relação ao mundo, fixando-os em três: **exclusão** – onde está à margem da sociedade, pela inferioridade de gênero; **integração**, onde é integrada à sociedade, pela desconsideração da diferença, e, como “igual”, terá que adequar-se à sociedade patriarcal; e **inclusão**, onde é considerada como parte essencial da sociedade, respeitada sua diferença de gênero, e, assim a sociedade que terá que adaptar-se a ela e não mais vice e versa.

Para isso, utilizamos inicialmente o método histórico, pela pesquisa bibliográfica da doutrina. Dada a peculiaridade do tema, elaboramos o quadro evolutivo firmando como parâmetro a dicotomia ente público e privado, respeitando sua transitividade recíproca.

Dedicamos capítulo específico para a apresentação da doutrina fundamentadora do estudo da dicotomia referida. Assim, trazemos os pensamentos de Jürgen Habermas e Nelson Saldanha, que servirão de base para nossa análise histórica inicial. Habermas trabalha o tema com a divisão esférica de pólos extremos, o privado, onde se localiza a pequena família, e o público por excelência, o Estado. Localiza entre ambos uma esfera pública, responsável pela comunicação entre eles. Nelson Saldanha utiliza a metáfora do jardim e da praça para delimitar cada uma das dimensões. Considera as mudanças arquitetônicas e urbanísticas para demonstrar a transição da dicotomia, onde o jardim refere-se ao privado, e a praça ao público. É o capítulo 2.

No capítulo 3, partindo da Antiguidade Clássica Greco-romana, destacamos ainda a Idade Média e a Moderna, sob o enfoque da família, posto ser associada necessariamente à mulher, ao longo da história. Sob o manto do patriarcalismo, até a Idade Moderna a mulher manteve-se restrita ao privado, e sua submissão ao homem teve grande importância para a fixação do *status* dele na comunidade. Mesmo a mulher ainda estando restrita ao privado, é na Idade Moderna que se inicia o processo de publicização da família, pelo surgimento da esfera pública literária, no seio da família burguesa.

No capítulo 4, veremos que na contemporaneidade, que vem depois das Grandes Guerras, a mulher passa a ser necessária aos homens por outros motivos, com a ausência deles em casa, para guerrear, ou o tendo regressado incapacitados fisicamente, a mulher tem espaço para assumir a casa e seu trabalho passa a ser aceito pelos homens não para a autonomia feminina, mas para o sustento. Entretanto, nessa alteração na dinâmica do lar não houve substituição ou remanejamento das funções e dos papéis que eram remetidos à mulher pelo modelo patriarcal, e, em momentos críticos, a violência se agrava, principalmente a cometida “entre quatro paredes” e contra o historicamente submisso.

Com o alcance público das particularidades da família, vem à tona também essa triste realidade: a violência doméstica familiar contra a mulher! Contra isso, se insurge mundialmente o movimento feminista. Adequando à realidade brasileira, traçaremos o quadro evolutivo das conquistas femininas e da repercussão no mundo jurídico. Trataremos especificamente da principal lei que regula a matéria, a 11340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, contextualizando-a na realidade fática em que se insere.

Por mais relevância político-social que tenha uma lei, para que seja eficaz em sentido amplo, depende da aceitabilidade da população a que se destina. Assim, como a esfera pública literária (onde se localiza a imprensa) foi a responsável pela publicização do privado na família burguesa, resolvemos verificar seu papel, na divulgação da violência doméstica familiar contra a mulher. Fundamentamos nosso estudo novamente em Jürgen Habermas, e optamos pela pesquisa empírica,

aplicando a Análise Crítica do Discurso numa notícia que trata do tema, para desvendar possíveis ideologias machistas no texto jornalístico.

Trazidas a público todas essas questões, o Estado não mais poderia manter-se inerte, nem negligente, como aconteceu no Brasil, que assim foi considerado pela OEA. De fato, o Poder Legislativo já respondera elaborando a Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha), o Executivo, implementando políticas públicas, através da Secretaria de Políticas para as Mulheres, mas e o Poder Judiciário? Inevitavelmente esse Poder teria que entrar em ação quando da aplicação das referidas ações afirmativas dos demais Poderes.

A realidade em que foi inserida a Lei Maria da Penha é de um país com tendência ao privatismo, herdada ainda da colonização portuguesa, além do que, traz um texto inovador em vários aspectos, advindo de aspirações do movimento feminista, expurgando o patriarcalismo e a heteronormatividade. Não é de pasmar, portanto, que sua implementação na realidade da comunidade traga implicações.

Diante dessas dificuldades, o Poder Judiciário surge como a figura do Hércules (remontando-nos a Dworkin) que vai dizer a coisa certa, vai dar a última palavra e mesmo não sendo tipicamente designado para tal, poderá até decidir de forma a legislar! Esse é o fenômeno da judicialização, que vem ganhando cada vez mais espaço em sociedades desequilibradas sócio-politicamente. Dada a diversidade de pleitos do ser humano, a judicialização pode afetar vários setores da vida, e no capítulo 5, tratamos da judicialização da violência doméstica familiar contra a mulher no Brasil, pela pertinência com o nosso estudo. Abordaremos ainda, as conseqüências da judicialização e, aprofundaremos na questão do discurso judicializado. Isso porque, se uma realidade fática que foi trazida de dentro da casa da família chega a Juízo, é porque aquelas pessoas precisam de uma prestação jurisdicional. Partindo do pressuposto que essa prestação deve ser ampla, deverá perfazer-se através do processo de ação comunicativa. Nesse momento, fundamentamos o estudo novamente em Habermas, com sua teoria do agir comunicativo, onde a comunicação só se dá pela interação dos partícipes. Ocorre que, o discurso judicializado é marcado pela exacerbação desnecessária da linguagem tradicionalmente jurídica, composta de símbolos não comuns ao leigo. Se

um dos partícipes tem a atitude de monopolizar os símbolos lexicais a ponto de impedir a interação com o outro, a ação comunicativa não se perfaz e essa atitude, o *jurisdiquês*, se constituirá em patologia da linguagem. Não nos referimos aqui ao mínimo técnico essencial da linguagem profissional, mas ao rebuscamento não essencial. Usando-nos de pesquisa empírica, nesse momento buscamos verificar a incidência do *jurisdiquês* em votos opostos que analisaram a exigibilidade de representação da vítima para o crime de lesão corporal leve (art. 129, § 9º, do CPB), qualificada pela violência doméstica familiar contra a mulher, através da análise textual das referidas decisões.

Sobre essa exigibilidade de representação da vítima, acima referida, trataremos especificamente no capítulo 6. Em determinados pontos, a Lei Maria da Penha fere a política criminal minimalista adotada pelo país, causando incongruências principiológicas dentro do sistema jurídico nacional. Como exemplo disso, temos o caso que propomos estudar, do crime de lesão corporal leve qualificada pela violência doméstica familiar (artigo 129, §9º). Apesar desse tipo penal não ter sido criado pelo dispositivo mencionado, teve sua pena máxima alterada por ele, o que lhe tirou da competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9099/1995), que foram criados exatamente para descriminalizar condutas, através de meios de composição entre a vítima e o agressor, ou deste com o Estado (Ministério Público). Pois bem, quando surge a Lei Maria da Penha, claramente caracterizada como de Direito Penal do Inimigo, determina o afastamento da Lei 9099/1995, que exige a representação da vítima para que fosse deflagrada a ação penal para apuração da conduta. Assim, a ação penal volta a ser pública incondicionada e mulher agredida não tem liberalidade de escolher que seu companheiro será ou não processado. Adequando isso ao nosso estudo até agora realizado, temos que, com isso, o Estado entra no lar da família brasileira e interfere na sua dinâmica, sem a necessidade de outorga.

Existem ações que questionam a constitucionalidade desse dispositivo da Lei Maria da Penha, além de uma Declaratória de Constitucionalidade, mas nenhuma foi ainda apreciada pelo STF, o que dá margem à judicialização da matéria desde os tribunais inferiores até o STJ.

Entretanto, a conformidade do texto da lei vinha sendo mantida no STJ até o ano passado (2010), mas houve um voto vencedor paradigmático no Recurso Especial nº 1.097.042 – DF – 2008/0227970-6 (corpus de nossa pesquisa empírica do capítulo anterior), no sentido da exigibilidade da representação da vítima nesses casos. A consequência prática disso é que, conforme esse entendimento, a mulher agredida terá que se pronunciar acerca do desejo de ver ser agressor ser processado ou não, ou seja, torna-se da mulher a decisão de alterar sua dinâmica familiar. Com esse entendimento, o STJ deixa sob o arbítrio de ela manter-se estritamente na dimensão privada de seu lar, ou publicizar o fato e acionar o Estado Juiz. É a esfera do público judicializável.

Toda essa discussão meritória traz à tona o nosso objeto de estudo: a forma de participação social da mulher, a maneira de participação dela na sociedade. Haja vista que o âmago da questão é a titularidade do poder de processar o agressor. Por isso, consideramos essencial tratar nesse momento do empoderamento feminino, analisando a possibilidade de ocorrência nos dois modelos de entendimento vigentes agora: o da decisão do STJ e o do texto da Lei Maria da Penha.

O capítulo 7 trará as discussões e perspectivas acerca do trabalho realizado. Pela natureza do nosso objeto de estudo, sobre o qual ainda não está firmado o entendimento, e frente à complexidade do assunto para ser enfrentado numa dissertação de mestrado, decidimos não apresentar conclusões, mas destacar discussões que cabem após o término da pesquisa, bem como propor perspectivas para a continuidade do estudo, dada a sua finalidade intencionalmente proposta de registrar esse momento histórico inovador, e que poderá ser transitório, de transição da dimensão pública para a privada judicializável, demarcando seu local no contexto temporal em que se insere.

As obras consultadas constam nas referências.

O *corpus* da pesquisa seguirá em anexo, composto por uma notícia do Jornal Aqui Pernambuco; do Recurso Especial nº 1.097.042 -DF (2008/0227970-6) – o voto vencido, do relator, e o voto vencedor. Além do último SIPS de igualdade de gênero, de 07/12/2010.

2. A DICOTOMIA PÚBLICA X PRIVADO

Antes de adentrarmos no enfoque específico do processo de publicização dos conflitos de gênero, cabe-nos abordar mais detidamente a dicotomia entre o universo público e o privado e optamos por fundamentar esse estudo na doutrina de Jürgen Habermas³, Nelson Saldanha⁴, pois é comum nos dois autores o recurso à arquitetura para ilustrar a transição do privado ao público. Pretendemos, com isso, oferecer subsídios iniciais para enfrentarmos a retrospectiva histórica do processo de transição da esfera privada para a pública. Ao tratamos dessa transição, optamos por dar sempre maior ênfase aos acontecimentos que se passem e atinjam mais diretamente a família, que nas duas teorias localiza-se no pólo privado. Isso porque é essa entidade (familiar) que serve de palco para o fenômeno que ora analisamos, a violência doméstica (familiar) contra a mulher.

2.1 JÜRGEN HABERMAS E A MUDANÇA ESTRUTURAL DA ESFERA PÚBLICA

Jürgen Habermas, professor alemão que, apesar de hoje muitos questionarem sobre a aderência de sua doutrina à Escola de Frankfurt, quando escreveu sua obra inicial, com a qual fundamentamos esse estudo, **Mudança Estrutural na Esfera Pública**, que foi apresentada como tese de livre docência à Faculdade de Marburg, utilizou o método histórico-sociológico para analisar a *esfera pública burguesa*, ilustrando mais do que nunca o referido movimento, citando, inclusive, Marx e Freud no livro.

John B. Thompson⁵ faz um estudo aprofundado dessa obra de Habermas e sobre as influências da teoria social crítica, através dos colegas de Escola, afirma que de fato houve, principalmente de Horkheimer, Adorno e Marcuse, mas destacando que “*ele nunca aceita acriticamente as idéias desses progenitores intelectuais*”, desenvolvendo-as num novo referencial e dando-lhes novo sentido.

Habermas inicia o estudo fazendo uma análise lingüística da etimologia dos termos: *público* e *esfera pública*, admitindo uma multiplicidade de significados concorrentes. Assim, segundo ele⁶, “*chamamos de ‘públicos’ certos eventos quando eles, em contraposição às sociedades fechadas, são acessíveis a qualquer um – assim como falamos de locais públicos ou de casas públicas.*” Distingue, porém o uso da expressão “*prédios públicos*”, pelo fato de que eles necessariamente não são acessíveis a qualquer um, mas se denominam assim, pois “*eles simplesmente abrigam instituições do Estado, e como tais são públicos*”. Nesse momento ressalta que “*o Estado é o Poder Público*”, pelo ônus de “*promover o bem público o bem comum a todos os cidadãos*”. Seguindo a análise, traz mais um significado, dessa vez sob a expressão “*recepção pública*”, onde a dimensão pública está ligada à força da representação relacionada ao reconhecimento público. Cita ainda o “*renome público*”, afirmando que seu caráter público remonta de outros tempos, “*que não os da ‘boa sociedade’*”. Atribui o emprego mais freqüente dessa categoria à “*opinião pública, de uma esfera pública revoltada ou bem indignada ou informada*”, significando o público, nesse sentido, *publicidade, publicar*, alertando o autor que nesse âmbito, dos *mídias*, o significado de *publicidade* expandiu-se de uma função da opinião pública para “*um tributo de quem desperta a opinião pública*”, é quando nos apresenta os **public relations**, como terminologia que então tinha sido usada para denominar os relacionamentos com o público, visando “*produzir tal publicity*”.

Para ao termo *esfera pública*, contrapondo-se ao privado, Habermas⁷ considera instrutiva sua primeira referência etimológica em alemão, no séc. XVIII, derivando do substantivo *öffentlich* (público), por analogia à *publicité* e *publicity*. A

⁵ THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 144.

⁶ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 14.

⁷ *Idem*. p. 15.

peculiaridade de só no séc. XVIII ter surgido o termo *esfera pública*, e com esse significado, Habermas atribui ao fato de que “*ela pertence especificamente à sociedade burguesa (...)*”.

Apesar de o termo esfera pública ter razão de ser e empregar-se apenas na Idade Moderna, Habermas admite que a diferenciação entre o público e o privado remonta da Antiguidade Clássica⁸, como oportunamente trataremos.

Por isso centra seu estudo na sociedade burguesa, e, tendo dividido a vida em duas grandes esferas, a esfera pública e a esfera privada, propõe ainda subdivisões e um espaço de intercessão entre elas, como sintetiza no quadro a seguir:

SETOR PRIVADO		SETOR PÚBLICO
Sociedade civil	esfera pública	Estado
(setor da troca de Mercadorias e de Trabalho social)	política	(setor da polícia)
	Esfera pública literária	
	(clubes, imprensa)	
Espaço íntimo da Pequena família	(mercado de bens culturais)	Corte
(intelectualidade Burguesa)		(sociedade de aristocracia da corte)

Fonte: HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 45

Esses dados serão mais bem analisados no item destinado ao retrospecto histórico do processo de transição da esfera privada para a pública, mas desde logo, vale trazer a comparação através da adaptação feita por Thompson:

⁸ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. p 15. Some-se a isso o comentário de J. B. Thompson: “*Em A Transformação Estrutural da Esfera Pública, Habermas observa que, embora a distinção entre público e privado date da Grécia Clássica, ela assume uma forma nova e distinta na Europa dos séculos XVII e XVIII, no contexto de um desenvolvimento rápido da economia capitalista e do estabelecimento de um estado constitucional burguês*”. In **Ideologia e Cultura Moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Op. Cit. p. 145.

<i>Domínio privado</i>	<i>Esfera pública burguesa</i>	<i>Domínio da autoridade pública</i>
Sociedade civil (campo da produção e troca de mercadorias) Esfera íntima (família conjugal)	Esfera pública no campo político Esfera pública no campo literário	Estado Tribunal

Fonte: THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Op. Cit. p. 30 (Adaptando o quadro anterior de Habermas)

Assim, notamos que o modelo de Thompson não guarda grandes cortes em relação ao original de Habermas, e de ambos concluímos que num lado existe um setor privado, restrito à intimidade da família e suas vivências particulares, e no outro extremo, um setor público, representado pela autoridade do Estado. Entre ambos os setores, existe a esfera pública, que é a responsável pela comunicação entre os dois pólos extremos.

Essa esfera pública é o elemento móvel e do esquema habermasiano, pois as vivências íntimas da pequena família (privado) passam a exteriorizar-se exatamente pela esfera pública política (através de críticas e reivindicações), ou literária (pela publicação de cartas dos casais burgueses em forma de romances), provocando naturalmente a reunião de pessoas em torno desses assuntos.

Só aí, teremos os interesses e realidades da dimensão privada levado ao Estado, que é público por excelência. Nesse processo de passagem do privado ao público, Habermas destaca o papel da imprensa, como propulsora da publicização do privado ao público, por compor a esfera pública literária, como trataremos especificamente no momento oportuno.

Seguindo a proposta habermasiana de uma análise histórico-sociológica, passamos à contextualização histórica da transição do privado ao público, mas para enriquecer o estudo, julgamos essencial buscar subsídios além de Habermas, pelo que elegemos para esse afã a reconhecida doutrina de Nelson Saldanha, que flui conjuntamente com a de Habermas nesse tema proposto, pois aborda o tema sob

um referencial antropológico-filosófico⁹, apresentando uma visão crítica e independente, por vezes opondo-se fundamentadamente ao alemão, como apresentaremos oportunamente. Guardando semelhanças as doutrinas quanto ao fato de recorrerem a elementos urbanísticos para ilustrar a referida transição histórica. Antes de adentrarmos na análise histórica em si, nesse momento, primordial se faz a fixação dos referências saldanhanianos, propostos ao estudo.

2.2 NELSON SALDANHA – O JARDIM E A PRAÇA

O exterior e o interior formam uma dialética de esartejamento, e a geometria evidente dessa dialética nos cega tão logo a introduzimos em âmbitos metafóricos. Ela tem a nitidez crucial da dialética do sim e do não, que tudo decide. Fazemos dela, sem percebermos, uma base de imagens que comandam todos os pensamentos do positivo e do negativo. (Gaston Bachelard¹⁰)

Nelson Saldanha, cujo nome aparece como referência em Pernambuco, no apêndice do livro de Johannes Hirschberger¹¹, por A Filosofia Social e da História, também escreveu um obra específica sobre o público e o privado, onde alude a duas palavras “*mais ou menos consagradas*”¹² para fixar a dicotomia entre o privado e o público. Assim, usa *jardim* equivalendo ao privado e *praça*, ao público, o que Luís Roberto Barroso¹³ considerou uma visão poética. Nessa empreitada, o autor pernambucano desde o início excetua os *jardins públicos*, pois crê que na realidade

⁹ Conforme BARBOSA, Ana P. Algumas Incursões sobre o Significado de Espaço Público nos Pensamentos de Hanna Arendt, Jürgen Habermas, Charles Taylor e Nelson Saldanha. In **Diálogos Latinoamericanos**, nº 10, Universidad de Aarhus, 2005.

¹⁰ BACHELARD, Gaston. **A Poética do Espaço**. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 215.

¹¹ HIRSCBERGER, JOHANNES. **História da Filosofia Contemporânea**. 2 ed. São Paulo: 1968, p. 312.

¹² SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: o privado e o público na vida social e histórica**. Op. Cit. p. 13.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Op. Cit. p. 62

o problema de serem chamados assim advém de uma “*questão de linguagem*”¹⁴, quando em muitos casos são “parques” ou algo semelhante.

É assim que Saldanha¹⁵ não impõe uma definição limitadamente categórica, ou “ossificada”, como se refere Barbosa¹⁶ ao analisar essa obra, sobre o público e o privado, mas faz ao longo da obra lançar vários elementos promotores de uma conceituação ampla e panótica do tema, das quais mais nos chamou a atenção as seguintes diferenciações fundamentais, que organizamos no quadro a seguir, entre o jardim e a praça, que esclarecem a correlação respectiva entre o privado e o público.

O JARDIM	A PRAÇA
Concebe-se, geralmente, como um trecho de espaço anexo à casa, quase sempre à frente dela. O jardim é uma parte do espaço que circunda a casa (a casa ou outro tipo de edificação), uma parte específica pela posição e pelas características.	É pensada como um espaço amplo que se abre, na estrutura interna das cidades, como uma confluência de ruas ou de qualquer sorte uma interrupção nos blocos edificados. Um espaço onde, em geral, encontram-se árvores, bancos, eventualmente monumentos, em alguns casos, pequenos lagos artificiais.
De certa forma, vale dizer que o jardim é, e ao mesmo tempo não é, parte da casa. Não se inclui no âmbito edificado da <i>residência</i> , mas integra seu espírito, inclui-se no conjunto (pequeno ou grande) que ela domina. O jardim faz parte daquilo que Gaston Bachelard, naquele livro admirável que é a poética do espaço, chama o “universo da casa”, ao qual inclusive atribui uma ordem própria.	Por sua vez, a praça integra organicamente o conjunto formado pela cidade, mas ao mesmo tempo “está” nele como um espaço – quase uma clareira – surgindo pelo distanciamento entre determinadas porções construídas. A praça “nega” a continuidade das edificações, mas simultaneamente ela é, em certo sentido, a essência da cidade.
É o lugar das flores e pertence a casas particulares ou de qualquer maneira a construções específicas: palácios, hospitais, conventos, universidades.	Em contra partida, a idéia de praça vai indicar aqui o espaço público, com específico desligamento em relação à moradia privada.
Fechado.	Aberta.
Lírico.	Épica.
Côncavo.	Convexa.

¹⁴ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: o privado e o público na vida social e histórica**. Op. Cit. p. 14/15

¹⁵ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: o privado e o público na vida social e histórica**. Op. Cit. p. 13/15 e 44/45.

¹⁶ “A partir de uma visão histórica, política e sociológica, ou melhor como ele mesmo parece deixar claro, antropológico-filosófica, põe, em segundo plano, qualquer busca por um conceito ossificado do que seja público – a praça – ou privado – o jardim”. BARBOSA, Ana P. Op. Cit.

Encerra a biografia.	Encerra a história.
Introverso.	Extroverso.
O espaço se põe em função das plantas.	O espaço é o principal: em função do espaço se colocam árvores e monumentos.

Fonte: Adaptado de SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça: o privado e o público na vida social e histórica*. Op. Cit. p. 13/15 e 44/45.

Segundo Saldanha¹⁷, a distinção de ambos viria por **sentido quantitativo** – problema de expansão espacial: “no caso da casa (e do jardim), um espaço menos, com coisas ajuntadas, âmbito do viver e, sobretudo do viver noturno das pessoas; no da praça, um espaço maior, que revela a cidade e tende a confundir-se com ela” – ou pelo **sentido qualitativo** – problema de caracterização do conteúdo:

E, então, temos o espaço privado como um sentido de reduto, portanto algo ‘irredutivelmente’ preso ao existir mais íntimo do ser humano; ou temos o espaço público como obra do viver social e do estender das relações que perfazem este viver, e que se desdobram em termos de produção econômica, ordem pública, criação cultural.

Pelo nosso objeto de estudo, convém-nos enfatizar o *jardim*, enquanto representação do privado, que é a dimensão onde o indivíduo desfruta de sua privacidade. Cabe-nos aqui explanarmos a questão de ter o autor escolhido o termo jardim para representar parte da dicotomia entre público e privado e não o termo casa. Saldanha¹⁸, ao tratar de “a casa como tema histórico”, referencia Gaston Bachelar, que, na **Poética do Espaço**, associa espaço-temporalmente “casa” ao “cosmos”. Além disso, o autor pernambucano afirma que o termo “casa” é “ligado óbvia e indissolúvelmente à problemática da privacidade e da ‘intimidade’”.

Daí depreendemos que Saldanha localiza o jardim, com o faz explicitamente, como parte integrante da casa, não usando os vocábulos como sinônimos, mas o primeiro como espécie do gênero que é o segundo.

Em relação à origem da dicotomia, Saldanha¹⁹ expressamente da um recorte metodológico que a despreza na obra, quando alerta que:

¹⁷ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: o privado e o público na vida social e histórica**. Op. Cit. p. 15/16.

¹⁸ *Idem*. p. 32/33.

¹⁹ *Idem*. p. 32.

Deixamos de lado o problema grave e nebuloso de saber se a vida pública surgiu “depois” da vida privada, ou se ambas resultam de um desdobrar-se de formas; se o primeiro foi o todo, o conjunto, e depois o espaço pessoal.”

Não encontramos em Habermas referência específica quanto a esse ponto, apenas diz que a distinção entre público e privado remonta, ainda que rudimentarmente, da antiguidade clássica.

Por achar interessante ao nosso estudo, pela peculiaridade do nosso objeto: violência doméstica familiar contra a mulher, fomos buscar uma explicação psicanalítica para a origem da dicotomia.

Buscando referências ao nosso autor principal deste tópico, Nelson Saldanha, encontramos em Luís Roberto Barroso²⁰, que ao tratar de: “*espaço público e espaço privado. Evolução da dicotomia. Um drama brasileiro*”, utilizou os autores que também nos servem de fundamentação²¹, principalmente Nelson Saldanha, a quem atribuiu ter operado uma “*imagem poética*” sobre tema²².

Barroso, apesar de não mencionar expressamente, faz uma análise psicanalítica da transição do *espaço privado* para o *espaço público*, partindo de Sigmund Freud²³, cujo pensamento também estruturou a Escola de Frankfurt. Ao escrever **O Mal Estar na Civilização**, Freud afirmou que: “*quem fixa os objetivos da vida é simplesmente o Princípio do Prazer, que rege as operações do aparelho psíquico desde a sua origem*”, e juntando a isso o comentário respectivo que lhe fez Maria Rita Kehl²⁴, de que:

A civilização surge da necessidade de se imporem restrições à sofreguidão do Princípio do Prazer, no mínimo para que ele não destrua seus próprios objetos (...) A subjugação dos poderes individuais da força bruta pelo poder coletivo, simbolizado na forma da lei, é um passo importante na construção das civilizações.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²¹ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. e SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit. Vejam-se as notas 55, 58 e 59, às p. 62/63 de BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Op. Cit.

²² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Op. Cit. p. 62.

²³ *Apud* BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Op. Cit. p. 63.

²⁴ *Idem*.

Luís Roberto Barroso concluiu que: “***A vida humana tem início e se desenvolve em sua primeira fase dentro de um espaço estritamente privado.***” (grifei)

Barroso²⁵ propõe uma reflexão interdisciplinar e, por isso, mesmo num tratado de Direito, segue a trilha psicanalítica, traçando a transição entre os espaços sob o pressuposto de ter o espaço privado antecedido ao público. Dentro desse espaço privado, o autor subdivide o núcleo em dois pólos: a *intimidade personalíssima* e a *privacidade* ou *vida privada*.

Sobre o primeiro pólo, da *intimidade personalíssima*²⁶, Barroso²⁷ diz:

Mesmo após tomar consciência de si mesmo, do outro e do mundo à sua volta, todo indivíduo conserva, pela vida afora, sua *intimidade personalíssima*: seus valores, sentimentos, desejos e frustrações. Este é um espaço inacessível da vida das pessoas, e normalmente, será indiferente ao Direito. Nele reina a psicologia, a psicanálise, a filosofia, a religião.

Essa nuance passa-se na atmosfera da casa, mas não exatamente no *jardim*, por isso cremos ter Saldanha a prudência de esclarecer que a dimensão privada que trata como jardim ser apenas uma parte da casa.

Apesar de Barroso afirmar que esse espaço da intimidade personalíssima *normalmente é indiferente ao Direito*, não podemos afirmar isso com tanta segurança no campo da apreciação judicial da criminalidade, posto que tanto em Direito Penal, como em Direito Processual Penal, é de valia essencial podendo determinar a tipicidade, a culpabilidade, a medida da participação do agente no fato, a dosimetria da pena e o regime de execução desta, entre outras coisas²⁸.

A outra parte que compõe o espaço privado, seguindo Barroso, é a *privacidade* ou *vida privada*, narrando que:

Saindo de dentro de si, o homem conserva, ainda, um domínio reservado, o da sua *privacidade* ou vida privada, ali se estabelecem as relações de

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit. p. 61 e 63.

²⁶ Esse ponto da abordagem de Barroso nos remete à fase genealógica de Foucault, onde, na sua **História da Sexualidade**, traz o tema do cuidado consigo mesmo.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit. p. 61.

²⁸ Sobre isso já trabalhamos em: **A Abertura do Poder Judiciário às Ciências não Jurídicas – as equipes técnicas interdisciplinares na execução de penas alternativas**. Monografia de final do curso de Direito, na Universidade Católica de Pernambuco, 2002 (inédito).

família (e outras de afeto e amizade) protegidas do mundo exterior pelo lar, pela casa, pelo domicílio.

Com esses dados, podemos fazer ligações com a doutrina de Nelson Saldanha. A passagem da *intimidade personalíssima*, que se realiza num universo egológico, para a *privacidade ou vida privada*, como trata Barroso, chegamos ao *jardim* saldanhaniano. Isso porque, apesar de exterior ao ser humano, ainda guarda reserva do explicitamente público, e o próprio Saldanha²⁹ se referiu ao espaço da privacidade como:

O que se edifica para a privacidade é evidentemente uma parte muito especial da instalação do ser humano no mundo, uma parte que exprime, em termos concretos e particulares (contraprova do abstrato e do genérico), o próprio ser do homem, com suas fraquezas e seus prolongamentos.

Voltando à explanação de Barroso³⁰, temos como conclusão:

Em síntese, o espaço estritamente privado compreende o indivíduo consigo próprio, abrigado em sua consciência (intimidade), ou com sua família, protegido por seu domicílio (privacidade). O espaço privado, mas não reservado, é o do indivíduo em relação com a sociedade, na busca da realização de seus interesses privados, individuais e coletivos.

E contrapõe isso ao espaço público da seguinte forma: “*E, por fim o espaço público é o da relação dos indivíduos com o Estado, com o poder político, mediante o controle crítico, a deliberação pública e a participação política.*”

Então, apesar da possível existência de um pólo de intimidade personalíssima no núcleo do espaço privado, é o outro lado que nos importa nesse momento do estudo, o que ele denominou de *privacidade ou vida privada*, e que chamaremos de *jardim*, por considerarmos mais fiel a nosso interesse a metáfora de Nelson Saldanha, que, ao traçar caracterizar e limitar cada espaço através da metáfora do jardim e a praça, o autor, na realidade, atinge seu objetivo inicial de ilustrar a problemática da dicotomia do público e do privado e não mais se restringindo à epistemologia da bifurcação do Direito, mas indo mais além disso, abordando o ponto nevrálgico espaço-temporal da vida pública e privada do ser humano.

²⁹ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit. p. 63.

3. A MULHER PRIVADA... “A MULHER DESDENHADA”³¹

Fixamos sob a ótica da família o enfoque histórico do processo de transição do privado ao público, por conveniência do nosso objeto de estudo, que é a violência doméstica familiar contra a mulher. John Gilissen³², apesar de considerar que “o princípio da igualdade absoluta do homem e da mulher é hoje universalmente admitido”, enumera três grandes sistemas distintos nos diversos estatutos jurídicos de trato da mulher, tanto no passado, como no presente, sendo eles:

Aquele em que a mulher, casada ou não, goza pouco mais ou menos dos mesmos direitos que o homem;
Aquele em que a mulher, casada ou não, é sempre incapaz, colocada sob a autoridade de um homem: o pai, o marido ou um parente qualquer;
Aquele em que a mulher não casada goza da generalidade dos direitos de que goza o homem, mas em que a mulher casada é incapaz, estando colocada sob a autoridade do marido.

Fonte: GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Op. Cit. p. 600.

O autor passa então a narrar os períodos históricos, classificando-os pelos critérios acima expostos nesse quadro. Seguiremos, além dos autores já propostos, essa classificação de John Gilissen ao longo de nossa abordagem histórica nesse item do estudo.

3.1 A ANTIGUIDADE CLÁSSICA

Tradicionalmente, a doutrina concorda em afirmar que a separação entre público e privado iniciou-se na Antiguidade Clássica, apesar das ressalvas feitas por Habermas, no sentido de que a esfera pública em si é típica da sociedade burguesa.

³¹ Termo utilizado por Renato Janine Ribeiro para designar a situação da mulher na república. RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. 2 ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

³² GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 600.

Mas, mesmo Habermas³³, afirma que os termos referem-se a “*categorias de origem grega, que nos foram transmitidas na sua versão romana*”, precisando que na *polis* desenvolvida havia uma esfera comum aos cidadãos livres (*koiné*), distinta da esfera particular (*oikos*) do indivíduo. Conforme Saldanha³⁴, *no eixo social da polis está a ágora (praça do mercado), “espaço central e vital, tornado historicamente símbolo da presença do ‘povo’ na atividade política”*³⁵. Conforme o autor³⁶, “*a polis, quase literalmente, teria tido na ágora a sua pulsação*”.

De fato, urbanisticamente, a *ágora* representou o espaço público, onde era exercida a vida política (restrita aos homens) da cidade, em paralelo com a casa (campo da mulher). Dizemos em paralelo, pois na Grécia a vida pública não se opunha à privada, e, como exemplo disso, citamos o dualismo de culto comum também à Roma Antiga, ressaltado por Saldanha³⁷ da seguinte forma: “*a cidade tinha sua religião, com seus ritos e seus símbolos, suas festas, seu calendário; a família tinha seu culto, com sua alusão aos mortos, seu fogo sagrado, seus altares*”. O autor exalta a *complementaridade* do homem enquanto integrante da família e enquanto cidadão, e classifica isso como inerente à visão de *equilíbrio* que se tem do mundo clássico.

A afirmação do equilíbrio acima mencionado, deve levar em consideração que o indivíduo era harmônico enquanto varão na sua família e cidadão na *ágora*, mas vivia em função desses papéis, valendo aqui citar Saldanha³⁸: “*O Estado e a família primavam sobre o indivíduo, e este valia menos por si do que como elo de uma cadeia, dentro da família, ou como um componente condicionado, dentro do Estado*”.

Essa complementaridade, não contraposição entre vida pública e privada, guarda em si uma peculiaridade na Antiguidade Clássica, fato que já foi alertado por Habermas, ao argumentar que, como se tratava de uma sociedade de economia

³³ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 15.

³⁴ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit. p. 57

³⁵ No mesmo sentido, Barroso define a *ágora* como a “*praça do mercado, centro espacial e social da polis (...)*”, e exalta seu simbolismo, ao longo dos séculos, da “*presença dos cidadãos na ação política, a imagem do espaço público*”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit. p. 63/64.

³⁶ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit. p. 57.

³⁷ *Idem*. p. 25.

³⁸ *Idem*. p. 50.

escravagista, não se pressupunha o trabalho produtivo ao cidadão, motivo pelo qual sua medida de participação na vida pública estava condicionada a sua “*autonomia privada como senhor da casa*”. Habermas³⁹ conclui afirmando que:

A posição na polis baseia-se, portanto, na posição de déspota doméstico: sob o abrigo de sua dominação, faz-se a reprodução da vida, o trabalho dos escravos, **o serviço das mulheres**, transcorrem o nascimento e a morte; o reino da necessidade e da transitoriedade permanece mergulhado nas sombras da esfera privada. (grifei)

Portanto, a importância da família na antiguidade clássica é fundamental, e como tal o modelo patriarcal tinha que ser configurado no *jardim* para que fizesse efeito na *praça*.

Mas, para ilustrarmos que a família grega antiga fazia a vida privada refletir diretamente na pública, tratemos de uma doutrina que apesar de não servir de base principal da nossa fundamentação e de em certo modo contrapor-se a Habermas, principalmente em relação à crítica à Karl Marx e por, ao abordar a esfera privada e pública se preocupar mais com elementos privados e humanísticos do tema, ao contrário do alemão que privilegia a mobilidade entre elas, vele aqui citar algumas colocações históricas de Hannah Arendt, que não põem em risco a harmonia do nosso trabalho.

A autora acredita numa contraposição entre a vida privada (familiar) grega e a pública (da *polis*), ao contrário de Habermas e Saldanha, que demonstraram o equilíbrio nessa relação, como característica marcante do próprio povo grego.

Ao tratar da esfera privada, nesse momento identificando como esfera familiar, na antiguidade grega, Arendt⁴⁰ afirma que: “*o que distinguia a esfera familiar era que nela os homens viviam juntos por serem a isso compelidos por suas necessidades e carências.*” Ao passo em que, ao contrapor essa realidade com a da esfera pública, Arendt⁴¹ assevera que:

A esfera da *polis*, ao contrário, era a esfera da liberdade, e se havia uma relação entre essas duas esferas, era que a vitória sobre as necessidades da vida em família constituía a condição natural para a liberdade na *polis*.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 16.

⁴⁰ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 39.

⁴¹ *Idem*. p. 40.

Não podendo nos furtar de uma crítica a Arendt nesse momento, no tocante ao teor naturalístico de suas afirmações, o que, entretanto, não é de surpreender, dada a sua tendência rousseauriana revelada ao longo de **A Condição Humana**, onde explicitamente ela afirma que Rousseau foi “o primeiro eloqüente explorador da intimidade”, e cerca de louros a “descoberta” do francês, que se rebelou contra a desnecessária invasão social ao coração humano⁴². Mas, não cabe aqui nos alongarmos nas críticas à Arendt, até porque são induzidas pela distinção acadêmica da doutrina que fundamenta nosso presente estudo.

De Arendt, nesse momento, interessa-nos apenas a demonstração da importância fundamental que a vida familiar grega exerce sobre a vida pública da *polis*, ainda que por contraposição.

Ressalte-se que essa vida familiar era pautada sobre o modelo patriarcal, assunto que elucidativamente nos é trazido por Caetano⁴³, que critica a definição *stricto sensu* dada ao patriarcado, onde é: “sistema oriundo das legislações greco-romanas onde o *pater familias* e tinha o poder absoluto sobre todos os membros da unidade familiar”, exatamente porque essa definição despreza o período anterior à Antiguidade Clássica. O autor fundamenta a crítica em Gerda Lerner⁴⁴, para quem:

a dominação patriarcal dos cabeças da família sobre seus parentes antecede à antiguidade clássica; começa no terceiro milênio a. C. e se encontra já bem estabelecida até a época em que se escreve a Bíblia hebraica.”

No mesmo sentido, Jenny Nogueira⁴⁵ ressalta a força do patriarcado, pois a família grega não era necessariamente sanguínea, mas um de seus principais determinantes era a submissão ao mesmo *pater familias*, ou, em suas palavras:

O critério predominante na determinação do parentesco não era, portanto, a consangüinidade, mas a sujeição ao mesmo culto, as adorações aos mesmos deuses-lares, a submissão ao mesmo *pater familias*. Dessa feita, a família ou *gens* era um grupo mais ou menos numeroso, subordinado a um

⁴² Cf: ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 48.

⁴³ PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Recife: LICEU, 2001. p. 35.

⁴⁴ *Apud* PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Recife: LICEU, 2001. p. 35.

⁴⁵ NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A Instituição da Família em a Cidade Antiga. In WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Fundamentos de História do Direito**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 112.

chefe único: o *pater familias*, cujo poder ilimitado era concedido pela religião.

A dominação do feminino pelo masculino, típica do modelo patriarcal de família, é alicerçada em fatores diversos que colocam a mulher em situação de subordinação ao homem. Caetano enumera essas razões como de natureza culturais (biológica, ontológica) e de natureza religiosa.

As razões de natureza biológica sob a ótica de Caetano serão por nós trazidas mais adiante, nesse momento trataremos do enfoque do autor sobre as razões de natureza ontológica, posto que ele remete à Grécia da Antiguidade Clássica o surgimento dessa forma de subordinação, através de Platão e Aristóteles.

Caetano exalta textos de Platão, onde há referência às mulheres. Assim, em **O Banquete**, o diálogo entre *Erixímaco* e *Aristófanes* transparece que Platão acreditava na existência de um terceiro gênero, o andrógono, que seria a fusão do masculino, vindo do sol, e do feminino, vindo da terra e como tal, viria da lua. Já em **Timeo**, Caetano considera a postura de Platão mais negativa, onde ele distingue o homem e a mulher com base na maior força do homem em relação à mulher, valendo citar o seguinte trecho que nos é fornecido por Caetano⁴⁶: “... que a natureza humana seria dupla e que, dentre os dois sexos, o mais vigoroso será o que mais adiante se ia chamar sexo masculino...”

Segue Caetano explicando que apesar disso, em **A República**, Platão apesar de reconhecer a diferença natural entre homem e mulher, defende que ela tenha possibilidade de exercício de atividade profissional. Mas, para essa mudança de direção em relação à mulher Caetano traz a explicação de Gerda Lerner, para quem Platão tinha interesse encoberto pelo discurso da oportunidade profissional para a mulher. Segundo Lerner⁴⁷, Platão pretendia na verdade a “destruição da família”, como entidade privada que era, buscando com isso o fim da propriedade privada, por entender que a “sociedade privada engendra o antagonismo de classes a desarmonia.”

⁴⁶ PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Recife: LICEU, 2001. p. 59.

⁴⁷ *Apud* PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 61.

Portanto, Platão acreditava e pregava a inferioridade da mulher em relação ao homem, e oscilou em algum momento no tocante à oportunidade de vida profissional aparentemente não por convicção, mas por interesse pessoal no que acarretaria tal mudança, não devendo nos fugir sua frase, em **A República**, citada por Caetano⁴⁸: “*Mas, naturalmente também, a mulher é em tudo mais débil que o homem.*”

Aristóteles, discípulo de Platão, é mais radical que o mestre na tese de inferioridade da mulher em relação ao homem, amparando sua tese nos conhecimentos fisiológicos da época, dando-lhes dimensão metafísica. Segundo Caetano⁴⁹, “*Em Aristóteles, a diferença de sexos é fundamental para a relação assimétrica entre homem e mulher, onde esta é, em tudo, inferior ao homem*”. Nessa dinâmica, a mulher aparece como um homem mutilado, defeituoso e tem como função precípua a procriação. Nas palavras do próprio Aristóteles, em *Economia Doméstica*, que nos traz Caetano⁵⁰:

Assim, a providência fez o homem mais forte e a mulher mais débil, de maneira que ele, em virtude de sua valentia varonil, possa ser mais apto para defender a casa, e ela, em razão de sua natureza mais tímida, mais apta para velar por ela; e enquanto ele se preocupa de trazer provisões frescas de fora, ela pode guardar, a salvo, as que há dentro; nos trabalhos manuais, por sua vez, foi dado à mulher uma paciência sedentária, ainda que **se lhe tenha negado a resistência para a dureza da vida ao ar livre**, enquanto que o homem, ainda que inferior a ela nos empregos ou trabalhos quietos, está dotado de vigor para todos os trabalhos ativos. (grifei)

Logo, temos em Aristóteles a clara definição do lugar da mulher dentro de casa, ou, como já tratamos anteriormente, no jardim saldanhaniano, representando a dimensão privada, a do lar.

Caetano⁵¹, ao tratar da razão de natureza religiosa, para contextualizar a atitude de Jesus Cristo com relação à mulher tece considerações sobre a mulher no mundo helênico, no mundo romano e sobre a mulher judia.

Com relação à civilização helênica, Caetano⁵² ressalta a vulnerabilidade da situação da mulher em relação ao espaço, ao tempo, e à classe social a que

⁴⁸ PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 61.

⁴⁹ *Idem*. p. 62.

⁵⁰ *Idem*. p. 66.

⁵¹ *Idem*. p. 93.

pertencia, alertando para as diferenças entre a vida do campo e a urbana e a estratificação social que distinguia entre a mulher escrava ou livre e nativa ou estrangeira.

Em geral a mulher grega não participa da vida política e é mantida na dimensão privada, e a sua possível participação social só poderia ser emanada do lar, pela concretizada pelo respectivo homem que influenciasse. É assim que Caetano⁵³ faz a seguinte afirmação, onde usa no final citação de Garcia Iglesias:

Ademais, ainda que literalmente excluída da vida em sociedade, como ilustra o caso Aspásia, a quem se lhe reconhece haver exercido forte influência sobre Péricles, o grande político grego, ou também o protagonismo de Gorgo, filha do rei Cleómenes sem falar todavia da influência feminina no seio do lar ou através de caminhos institucionalizados tidos de consideração religiosa.

É assim que, ao analisar essa fase, Renato Janine Ribeiro⁵⁴, usa o termo “mulher desdenhada” para ilustrar o lugar da mulher na República, que, segundo ele, “não é admirável”⁵⁵.

O autor ilustra a situação pondo choque o interesse público e o privado, trazendo exemplos da cultura greco-romana, como veremos a seguir.

Renato Janine levanta então o questionamento do motivo pelo qual a mulher tem esse lugar “secundário” e “ruim” na república. E para respondê-lo remonta ao dramaturgo grego Ésquilo⁵⁶, na tragédia *As Eumênides*. O drama conta a história do julgamento de Orestes pelo matricídio de Clitemnestra, que havia matado seu pai e marido dela Agamenon. Diante do crime de Orestes, as divindades *erínias* se voltaram contra ele, pois condenavam crimes entre consangüíneos. O julgamento, que originou o formato do tribunal de júri, foi presidido pela Deusa de Atenas, Palas Atena, e teve como resultado a absolvição de Orestes. Isso se deveu, certamente, ao patrocínio de Apolo, que usou da retórica para conseguir o empate entre os jurados e o voto de minerva a seu favor. Como advogado de defesa, Apolo

⁵² *Idem.* p. 93.

⁵³ PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 93/94.

⁵⁴ RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. Op. Cit.

⁵⁵ *Idem.* p. 14.

⁵⁶ Apesar de o drama ser narrado na Atenas antiga, democrática e não republicana, conforme exalta Renato Janine. Op. Cit. p. 19.

questionou porque as divindades queriam punir Orestes pela morte de Clitemnestra, sua mãe, e não tinham pretendido punir ela pela morte de Agamenon, seu marido. Ante o argumento das erínias, do critério de consangüinidade entre os sujeitos do segundo crime, Apolo retrucou com assertivas que Roberto Janine⁵⁷ expõe da seguinte forma:

Mas, pergunta Apolo, qual é o papel da mãe e qual o do pai, na geração da prole? A mulher é só um vaso, no qual o varão deposita seu sêmen. Dá pra igualar o papel da terra, que é o elemento feminino, ao da semente? Prevalece a contribuição do homem.

Renato Janine⁵⁸, sobre o argumento naturalista de Apolo, comenta que:

Hoje essa explicação não convence. Mas, se ela não justifica mais a desigualdade sexual, não foi porque a genética mostrou que toda geração inclui em partes iguais cromossomos do pai e os da mãe. Foi porque a sociedade mudou, com as mulheres clamando por direitos, que se tornou possível não a descoberta genética, mas a eventual citação dela para se contestar a concepção esquiliana da mulher.

De fato, como já vimos, Habermas⁵⁹, que data a diferenciação entre público e privado exatamente na Grécia Clássica e, reforçando a tese da “mulher desdenhada”, nesse período, cite-se Saldanha⁶⁰, ao afirmar que Platão desvalorizava a “amizade” em termos gerais:

Evidentemente, a tematização dessas coisas em uma civilização como a grega (e romana), na qual o lado personalíssimo das relações entre os sexos pesava menos do que as normas institucionais, e na qual o intercuro homossexual era mais ou menos corrente, tinha de ser diversa daquela que é corrente hoje.

Além disso, o autor⁶¹ faz constar o “*dilema de Platão*” exatamente pelo caráter privado da família (egoístico) não lhe achar conveniente ao homem público, o que poderia justificar ainda o celibato dos sacerdotes da Igreja Católica.

Especificamente em relação à mulher grega, Saldanha⁶², ao tratar do “*ar aberto*” como atributo da praça, ressalva que:

⁵⁷ RIBEIRO, Renato Janine. Op. Cit. p. 21.

⁵⁸ *Idem*. p. 21.

⁵⁹ *Apud* THOMPSON. John B. **Ideologia e Cultura Moderna – teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Op. Cit. p. 144 e ss.

⁶⁰ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit. p. 43/44.

⁶¹ *Idem*. p. 22.

⁶² *Idem*, p. 45/46.

Dentro da politicidade do homem, vemos que o animal propriamente “político” (ou social), isto é, o habitante específico da *polis*, **não era a mulher** – senão em certos casos – **mas especificamente o homem masculino**. A casa era o reino da mulher grega, que a governava, como foi o caso da matrona latina. (grifei)

Ou seja, independentemente da prevalência do público sobre o privado, o lugar da mulher na antiguidade clássica restringia-se ao privado, onde o homem, na derrocada do período Ihe fez companhia, numa maturação privada⁶³.

A estrutura familiar (vida privada) interagiu com a pública, ao determinar o status respectivo do homem da antiguidade, mas apesar disso, o grego pode ser tido como eminentemente público, pois apesar de não ser coisa, o homem da república tem a política no seu cotidiano, a *ágora*.

Essa condição só mudou com o fim da democracia grega, episódio que Barroso⁶⁴ referencia Saldanha, para explicar, atribuindo o fato à derrota dos gregos para a Macedônia, no final do século IV a. C. Há com isso, um processo de internalização, de tendente privatização da vida que era eminentemente pública, o que Saldanha⁶⁵ considerou um processo de retorno, levando em consideração o caminho inverso que deve ter acontecido no começo: *das fratias à polis*, esclarecendo que:

A sacralidade, que no mundo antigo se referia aos espaços públicos – religiosos e políticos – entra em crise nas fases de decadência. Em uma dessas fases, da cultura grega, o epicurismo atribuiu ao âmbito privado uma sacralidade implícita: laicizada a política, esvaziadas de sua grandeza a polis e a agora, os homens foram convidados a viver uma vida mais real, a de cada um consigo mesmo, ou seja, com sua família.

Em relação à “mulher no mundo romano”, Caetano⁶⁶ reconhece as afinidades de condições com as helênicas, até pela herança recebida por Roma, mas destaca que a mulher passou a ter mais vantagens, apesar de não ser ainda equiparada ao homem ou chegar sequer perto deste patamar. Para ilustrar isso, cita Mercedes Monteiro:

Efetivamente, a mulher romana não aparece, como a grega, relegada ao gineceu, alheia às atividades e interesses masculinos. Pelo contrário, dirige a casa, se ocupa da educação dos filhos, administra os bens do lar e

⁶³ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit. p. 46.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit. P. 63. Mas, o autor utilizou outra edição (1986) que não a nossa (2005), motivo pelo qual referencia a p. 20, de **O Jardim e a Praça**, e no nosso, toma-se a p. 57.

⁶⁵ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit. p. 54/55.

⁶⁶ PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 94/95.

participa, ainda que na maioria dos casos através do marido, na vida cidadã. Também há que destacar que a mulher romana tem, no fundamental, uma educação equiparável à do varão e como ele aprende a ler, a escrever, a calcular, ainda que toda essa educação se complete com a aprendizagem de atividades “tipicamente femininas”. Igualmente, a mulher pode desfrutar, a par que o homem, de uma parte da herança paterna, feito que será de grande importância para a futura emancipação econômica da mulher.

Mas, não devemos perder de vistas que qualquer possível progresso em relação ao papel da mulher em Roma, foi apenas embrionária, posto que ela manteve-se ainda restrita ao espaço provado do lar.

Da cultura romana, Renato Janine⁶⁷ traz-nos o caso da luta entre os três irmãos *Horácios* (romanos) e *Curiácios* (albanos), onde o último sobrevivente dos *Horácios*, com astúcia típica de defensor da república, consegue matar os três albanos. Camila, irmã do vencedor, chora ao saber o resultado da disputa, posto que era noiva de um dos *Curiácios* morto. E essa expressão de sofrimento pela perda do noivo, que era inimigo de Roma, condenou Camila sumariamente à morte, pelas mãos do próprio irmão.

Ressalte-se que no exemplo romano, o conflito entre Camila e seu irmão transcorreu na dimensão privada, apesar de ter sido direcionado por motivos públicos, ela chorou pela morte de um inimigo de Roma, sua instância de julgamento foi privada, sumariamente restrita ao arbítrio de seu irmão. Já no caso da tragédia grega, houve uma publicização do conflito familiar, quando foi posto em julgamento o filho que matou a mãe, mas, apesar de ser em instância pública, igualmente o julgamento foi baseado na falácia da inferioridade do gênero feminino em relação ao masculino.

Gilissen⁶⁸,ressalta que havia pouca mulheres em Roma, remontando a polêmica se por uma lei de *Romulus*, ou pelo costume (*relatado por Dionísio e Halicarnasso*), que só obrigava os *pater familias* a conservar as respectivas descendências masculinas, e apenas a filha mais velha, as demais lhes sendo facultado o abandono ou a morte. Assim, remontando ao Direito Romano, o autor declara: “na época da República, a mulher não era sujeito de direito: a sua condição

⁶⁷ PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 14.

⁶⁸ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Op. Cit. p. 600/601.

*pessoal, as suas relações com os pais ou com o marido eram, na competência do direito da cidade, mas do da **domus**, cujo chefe onipotente era o **pater familias**".*

Voltando à classificação de Gilissen, que expomos no início desse item, temos que a situação da mulher romana variava em conformidade com seu estado civil e pelo tipo de casamento a que era submetida, não esquecendo que devido à escassez de mulheres na República romana, o autor⁶⁹ afirma: “*assim, as raparigas, pouco numerosas, casavam-se provavelmente todas, e muito jovens, com cerca de 12 anos*”. Segue enumerando as possibilidades de tratamento da mulher romana, com relação ao estado civil e ao tipo de casamento.

CONDIÇÃO DA MULHER	STATUS DA MULHER
Casada pelo casamento <i>cum manu</i> – até o século III a. C.	Saída do núcleo originalmente familiar e transferência da submissão do <i>manus</i> do <i>pater familias</i> para o do seu marido. O marido lhe trata como um filha (<i>loco filiae</i>), e o sogro como uma neta (<i>loco nepotis</i>).
Casada pelo casamento <i>sini manu</i> – a partir do século III a. C.	Não há transferência do <i>manus</i> do <i>pater familias</i> ao marido, e com a morte daquele, a mulher torna-se <i>sui iuris</i> .
<i>Sui iuris</i> – Império	Capacidade jurídica real (desde que seja <i>sui iuris</i>), inclusive para adquirir bens. Mesmo assim, sua inferioridade na família continua, e tem o dever de fidelidade, só havendo a figura do adultério feminino. O marido não tinha poder de correção, cabendo este a um <i>tribunal doméstico</i> , formado pelos seus parentes mais próximos. Mas, apesar de todo esse progresso, não poderia exercer nenhuma função administrativa ou judicial.

Fonte: Adaptado de GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Op. Cit. p. 600/601

A situação de *mulher desdenhada* é reforçada pela informação que traz Gilissen⁷⁰, ao tratar da mulher romana: “*a sua inferioridade resultava, segundo os autores, da sua **infirmitas sexus**, da sua **imbecilitas sexus**.*” Não precisa ser entendedor exímio de latim para perceber conotação machista nos termos utilizados pelos autores referidos por Gilissen! Mais uma vez recorre-se à biologização, ou à medicalização foucaultiana, para legitimar a inferioridade das mulheres em relação aos homens, o que as deixa numa situação de completo *desdém*.

⁶⁹ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Op. Cit. p. 601.

⁷⁰ *Idem*.

Sobre a derrocada de Roma, temos, conforme Barroso⁷¹ que as formas democráticas gregas seguiram à Roma, mas frente à consagração do Império Romano, a república sucumbiu, ou como diz o autor: “a **res publica** deixa de ser propriedade dos romanos para tornar-se patrimônio do Imperador”. Prevalece o despotismo, que, pelo autoritarismo do déspota, faz com que haja também em Roma uma tendência de privatização do que outrora era público, além do fato de que o poder do déspota aflige o indivíduo, que não mais participa ativamente da vida pública política e tende a isolar-se na sua vida particular, com a sua família. O autor segue concluindo que: “Junto com o ideal constitucionalista de controle do poder, liberdade e participação, o espaço público desaparece da Europa e do mundo que gravitava à sua volta”.

É exatamente nessa atmosfera cada vez mais privada, com o homem vivendo eminentemente em família, que surge a Idade Média, com a estrutura feudal.

3.2 A CRISE DA DICOTOMIA NA IDADE MÉDIA

Na Idade Média, a situação da mulher não mudou muito, apesar de certos avanços, que trataremos adiante. Mas, com a exacerbação do privado, mais ainda coube-lhe cuidar do *jardim*, já que a família medieval seguiu o molde patriarcal.

Com a queda da civilização clássica greco-romana, o poder descentraliza-se e é disperso entre os nobres da época, juntamente com propriedades. Assim, instituem-se os feudos, onde, segundo Barroso⁷², **inexiste** “fronteiras entre o público e o privado, com o absoluto predomínio das estruturas privadas”. Tal posicionamento é polêmico.

Habermas⁷³ está no mesmo pensamento, declarando que: “Durante a Idade Média européia, a contraposição entre **publicus** e **privatus**, embora corrente, não tinha vínculo de obrigatoriedade.” Atribui à figura do senhor feudal o monopólio da

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit. p.63/64.

⁷² *Idem*. 64

⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 17.

dominação sobre os demais particulares, pelas relações fundiárias e de vassalagem: “certamente também aqui a organização econômica do trabalho social faz da casa do senhor o centro de todas as relações de dominação.” Ao confrontar essa realidade com a Antiguidade Clássica, conclui que de fato os poderes do senhor feudal não são os mesmos poderes privados do *oiko-despotes* ou do *pater familias*, mas também não constitui um poder público. Com isso que conclui não ter havido uma brusca dicotomia entre público e privado na Idade Média européia.

Habermas afirma categoricamente que: “o status do senhor fundiário, qualquer que seja a sua hierarquia, é em si neutro em relação aos critérios de “público” e “privado” (...)”, ao que Saldanha⁷⁴ reage com oportuna crítica, no sentido de que:

Para Habermas, o conceito feudal de senhor (*seigneur*) teria sido neutro em relação às categorias “público” e “privado” (...) parece, contudo haver um certo **exagero nos termos em que o problema é colocado por Habermas**. O conceito medieval de *seigneurie*, que de fato não se identifica com o poder do Estado, **não era propriamente neutro em face do binômio privacidade/publicidade**; era referente a um tipo de estrutura na qual **vínculos basicamente privados se ampliavam até alcançar sentido público**, e em que vigências culturais muito amplas – como as imagens do Sacro Império e da Madre Igreja – vinha, por seu turno, penetrar certos atos privativos. (grifei)

Realmente, a natureza do senhor feudal assumia uma dimensão pública, pois extrapolava o âmbito de sua família, das questões domésticas de sua casa (que aliás era típica função das mulheres), e conferia-lhe *status* e poder de mando de autoridade. Entretanto, tais atribuições, apesar de não se restringirem ao estritamente privado, não chegam a se configurar como estatais, por faltarem-lhe características próprias para isso, entre elas a centralização e universalização do poder, ausente na sociedade feudal. Mas, Habermas⁷⁵, em relação ao *status* senhor feudal, assumiu que: “seu detentor representa-o publicamente: seja lá como for, ele se mostra, apresenta-se como corporificação de um poder superior”, baseia-se na doutrina constitucional para não admitir qualquer tipo de representação que não seja pública, vetando-lhe a ocorrência no privado. O autor⁷⁶ enriquece sua tese, afirmando não haver qualquer estatuto capaz de fundamentar que “pessoas privadas

⁷⁴ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit. p. 54.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 20.

⁷⁶ *Idem*. p. 18.

pudessem aparecer numa esfera pública”, mas isso se fixarmos o *público*, a que se referiu, restringindo-o ao público estatal, e conclui que:

Assim, parece-me compreensível que a autoridade “privada” e “pública” fundam-se numa inseparável unidade, já que ambas são a emanação de um único poder, sendo também compreensível que estejam ligadas aos bens fundiários e que possam ser tratadas como direitos privados bem adquiridos.

Mas, não podemos esquecer o que foi alertado por Barroso⁷⁷, que havia uma instituição pública por excelência nesse período: a Igreja Católica, mas quanto a isso, Habermas⁷⁸ credita a ela a representatividade dos senhores feudais religiosos, pois acredita que na liturgia religiosa sobrevive (como até hoje) a representatividade pública. Conclui-se com isso que, para Habermas, a Igreja tinha capacidade de representação pública do senhor feudal, desde que religioso, mas esse, como ser privado que era, não podia representar publicamente qualquer coisa.

Sobre a representatividade da igreja medieval, temos em Franz Wieacker⁷⁹, que:

Neste novo mundo, a comunidade universal de súditos, centralizada burocraticamente e freqüentemente explorada do império bizantino, pulverizou-se numa pluralidade de comunidades regionais, **unidas não já pela organização imperial, mas sim pela igreja**, por uma nova consciência de direito e pelo sentimento de origem comum por parte das classes dirigentes. (grifei)

Assim, apesar de assistir razão a Habermas ao defender que o senhor feudal não tinha legitimidade de representação pública institucionalizada, ele efetivava sim uma forma de publicização, ainda que não estatal. Esse senhor feudal, religioso, tinha na igreja católica medieval sua representatividade pública. Logo, não é de estranhar-se a instituição eclesiástica ser considerada como o mais próximo de Estado na Idade Média, pela cadeia de publicização que encerra.

Fixadas as diretrizes do período analisado, voltemo-nos agora para a proposta específica de abordagem da situação da mulher ao longo da história, e

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit. p. 64.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p.21.

⁷⁹ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 20.

para isso nos valem de John Gilissen⁸⁰, que nos surpreende, demonstrando uma “*tendência à igualdade dos sexos*”, mas sem deixar de apresentar suas exceções e, para isso, subdivide-as entre as cabíveis a todas as mulheres em geral e as cabíveis apenas às mulheres casadas.

Assim, por suas informações, podemos traçar o seguinte quadro representativo da situação da mulher na Idade Média:

MULHERES EM GERAL	SOLTEIRAS, VIÚVAS...
Funções Públicas	Em princípio, não podia exercê-las, nem ser advogada ou procuradora. Exceção – cabimento da sucessão feminina a certos feudos (de roca, em oposição aos de espada), tal qual a função real pode ser exercida por mulheres.
Maioridade	Atingiam antes que os homens, por crer-se chegassem mais cedo à puberdade.
Incapacidade para obrigar-se	Em geral, era considerada de contratar sem a ciência do marido, ou solteira, de um curador. Exceção – proveniente do Direito Romano, podia constituir-se fiadora de terceiro.
Sucessão	Em relação a móveis e alódios, em geral houve igualdade entre os sexos, mas quanto aos feudos e as rendas, não, prevalecendo as regras do privilégio da masculinidade.
MULHERES CASADAS	-
Situação social	Está sob o poder do marido
Fidelidade	Exigida de ambos os sexos, mas o direito de matar o cônjuge encontrado em adultério é cabe apenas ao marido. Também a ele cabia o direito de correção sobre ela, contanto que não lhe tirasse a vida.
Capacidade	Incapaz. Não podendo nem obrigar-se, nem contratar, nem dar, nem estar em juízo sem a autorização do marido. Exceção – Mulher comerciante: a que tem loja com conhecimento do marido pode obrigar-se, pois se pressupõe uma autorização tácita dele. A mulher também podia obrigar-se em relação àquilo que dissesse respeito ao lar.
Poder sobre os filhos	No oeste da Bélgica, era exercido conjuntamente com o marido.

Fonte: Adaptado de GILISSEN, John. **Introdução Histórica do Direito**. Op. Cit. p. 602/604.

Logo, temos na Idade média, uma exacerbação do privado que acabou concedendo à mulher certas regalias, mas ainda inconsistentes se miradas sob a ótica dos direitos humanos hodiernos.

⁸⁰ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Op. Cit. p. 602/604.

Serve a abordagem dessa fase para identificarmos traços da violência doméstica que até hoje ainda perduram, apesar de não mais legitimado seja pelos costumes (como no caso da Idade Média) seja pelo Estado de Direito de hoje. Mas, não podemos deixar de mencionar que no Brasil até bem pouco tempo atrás, na década de 1980, prevaleceu a tese da legítima defesa da própria honra, que excluía a culpabilidade do homem que cometesse delito contra a mulher supostamente adúltera. Isso, sem constar na lei tal modalidade de exclusão da culpabilidade, apenas por uma construção doutrinária que se fez pela importação das idéias do penalista alemão Mezgel.

Apesar de séculos dividirem isso da Idade Média, parece ainda ter prevalecido na nossa contemporaneidade ideologias que não fazem abismar pelo seguinte texto do século XIV, de uma cidade flamenga e que foi citado por Gilissen⁸¹: “*O marido pode bater na mulher e **cortá-la de alto a baixo e aquecer os pés no seu sangue, desde que a torne a coser e ela sobreviva.***” (grifei)

Claro que na idade contemporânea tal violência é proibido no mundo ocidental, mas tal requinte de perversidade parece persistir no imaginário dos homens.

Portanto, a realidade da violência doméstica contra a mulher já foi expressamente prevista e autorizada no Direito, o que fortaleceu a prática de crimes dessa natureza e contaminou a formação da mentalidade de homens e mulheres que parece ainda hoje não assimilarem a dimensão humana da mulher.

3.3 A FAMÍLIA BURGUESA NA MUDANÇA ESTRUTURAL

A centralização do poder em um soberano e a exclusividade pública dos tributos retoma a separação nítida do público e do privado, que passara por crise existencial na Idade Média.

⁸¹ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Op. Cit. p. 604.

John B. Thompson⁸² ao tratar da transformação da esfera pública, analisa o pensamento de Jürgen Habermas sobre a passagem entre a esfera pública e a privada, e narra que mesmo o pensador alemão tendo assumido que a diferenciação entre público e privado venha da Grécia Clássica, é na Europa de XVII e XVIII que ela se distingue por nova roupagem, pelo ágil desenvolvimento do capitalismo, associado à fixação de um Estado Constitucional burguês.

Habermas destaca alguns fatores que levaram, ou representam, essa mudança:

- Mudanças arquitetônicas na casa da família:

E é no âmago da família burguesa que Habermas identifica o ápice da mudança da esfera pública. Para demonstrar isso, o autor⁸³, faz uso dos elementos arquitetônicos e urbanísticos numa realidade espaço-temporal.

Nesse sentido, Habermas⁸⁴ afirma que “*a privatização da vida pode ser observada numa alteração do estilo arquitetônico*”, e, fundamentando-se em Trevelyan, descreve essa mudança na família burguesa, na estrutura das suas casas (lugar privado por excelência), com a diminuição das áreas comuns à família (salas) e o aumento dos quartos, também o pátio⁸⁵ sofreu mudança, diminuiu e saiu do meio, para a parte frontal da casa (tornando-se “*recantos estreitos, úmidos e mal-cheirosos*”). Complementa a análise, valendo-se de Riehl, que se refere àquele processo de privatização como passível de que “*a casa se torne mais habitável para o indivíduo, porém mais estreita e pobre para a família*”.

Sobre isso, abrimos um parêntesis para registrar o que nos traz Gérard Vicent⁸⁶, ao tratar do estágio histórico do espelho, parafraseando Freud. Vicent põe como marco na história familiar o acesso ao espelho, que, segundo ele inicialmente apareceu em Veneza e era importado por outros países a grandes

⁸² THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna – teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Op. Cit. p. 144 e ss.

⁸³ No mesmo sentido, o raciocínio de Nelson Saldanha ao longo de **O Jardim e a Praça**. Op. Cit.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 61.

⁸⁵ Aqui entendemos corresponder esse “pátio” ao “jardim” da teoria de Nelson Saldanha.

⁸⁶ VICENT, Gérard. VICENT, Gérard. Uma História do Segredo? In VICENT, Gérard/PROST, Antoine (org). **História da Vida Privada, 5: da Primeira Guerra a nossos dias**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 282/283.

custos, devido à sua raridade. Não era um utensílio comum na casa, nas mais pobres, só havia um pequeno, para que o homem fizesse a barba, espelho para ver-se de corpo inteiro era privilégio dos mais abastados e localizava-se no banheiro.

Vicent⁸⁷ afirma que:

O banheiro aparece na burguesia por volta de 1880: é o local mais secreto da casa, onde a pessoa, liberta de seus corretivos (cinta, espartilho, peruca, dentadura etc), finalmente pode se ver, não em sua aparência social, mas totalmente despida.

Vicent assevera que o banheiro aparece exatamente na família burguesa, segue-se, portanto, a tendência já alertada por Habermas, de uma estruturação arquitetônica que privilegia o íntimo individual na família, em detrimento das áreas destinadas ao convívio comum entre os seus membros.

Voltando às observações de Habermas sobre as opções arquitetônicas na casa da família burguesa, temos que os salões de conveniência dão lugar à sala de estar da pequena família. Há nesse ponto uma mudança da arquitetura da casa que se deve à publicização da família, no tocante à sala, levando Habermas a afirmar que: “*Festas familiares tornam-se noitadas em sociedade, a sala da família torna-se sala de recepção, em que as pessoas privadas se reúnem num público*”, e, citando mais uma vez Riel, destaca que nas casas burguesas a parte que ganha mais destaque é exatamente o salão, mas que “*o salão não serve, porém, ao ‘lar’, mas à ‘sociedade’*”, que não mais representa apenas o restrito círculo de amizade dos donos da casa.

Assim, pela desvalorização dos espaços comuns para convivência da família nuclear e pelo destaque e preferência espacial que ganhou o salão de recepção da sociedade, a família burguesa vai trazendo o público para dentro do seu privado, o que levou Habermas a afirmar que:

A linha entre a esfera privada e a esfera pública passa pelo meio da casa. As pessoas privadas saem da intimidade de seus quartos de dormir para a publicidade do salão: mas uma está ligada à outra. (...) as pessoas privadas que se constituem num público não aparecem “na sociedade”; toda vez elas, por assim dizer, destacam-se primeiro em relação ao pano de fundo

⁸⁷ VICENT, Gérard. Op. Cit. p. 283.

de uma vida privada que ganhou forma institucional no espaço fechado da pequena-família patriarcal.

Assim, a família, tal qual a grega na Antiguidade Clássica, tem papel fundamental na respectiva formação do status social de seus membros, destacando-se ainda o do varão, posto haver perdurado o modelo patriarcal.

- A dependência da esfera do trabalho e da troca de mercadorias:

Outro aspecto destacado por Habermas⁸⁸, quanto à família burguesa, que foi palco da mudança estrutural da esfera pública, é que, como em épocas anteriores, a família (no caso a burguesa) não consegue se libertar da pressão social, dessa vez por ser diretamente dependente da esfera do trabalho e da troca de mercadorias característica desse momento histórico. É assim que, num movimento interativo, publiciza-se a atividade econômica da família burguesa.

A interatividade acima mencionada diz respeito à correlação necessária entre a estrutura familiar e a sociedade, como já comparamos com o exemplo da importância da família grega clássica na formação do status social do homem.

É assim que a fidelidade ao modelo de família patriarcal continua fundamental e, nesse ponto, Habermas⁸⁹ traz esclarecimento psicanalítico vindo de Freud. Sobre o pai da psicanálise afirmou que: “*Descobriu o mecanismo de internalização da autoridade paterna; seus discípulos, na psicologia social, enquadraram esse tipo na pequena família patriarcal.*” Segue Habermas, concluindo que:

De qualquer modo, à autonomia do proprietário no mercado e na empresa privada correspondia a dependência da mulher e dos filhos em relação ao marido e ao pai: a autonomia privada lá se convertia cá em autoridade e tornava ilusório o pretense livre-arbítrio dos indivíduos.

Constata-se então o perdurar do patriarcado que age dentro de casa e reflete fora dela, sempre pela subordinação privada da mulher (e dos filhos menores) em favor do status social do homem, no público.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 62/63.

⁸⁹ *Idem*. p. 64.

- A epístola familiar e a esfera pública literária

Habermas identifica um outro aspecto que fortemente publicizou a família burguesa, as correspondências originalmente particulares. Isso porque se tornaram comuns, pela própria atividade de troca de mercadorias as viagens do marido. Nesse período de ausência do lar, escrevia cartas para comunicar-se com a esposa e os filhos. Por vezes essas cartas tinham conteúdo de romance, o faz com que o autor⁹⁰ diga: “*na era do sentimentalismo, cartas são muito mais recipientes para os ‘derramamentos do coração’ do que repositários de ‘frias notícias’, que, quando aventadas, precisam ser desculpadas*”. E refere-se a um jargão da época de que “*uma carta bem redigida dizia-se que era ‘boa para ser impressa’*”.

É exatamente aí que toma fôlego a esfera pública literária, ao publicizar romances⁹¹, redigidos em cartas, que inicialmente eram restritos à família. Com o crescimento do gênero, não eram mais publicadas correspondências originais entre o casal, mas surgiu um mercado de escritores que simulavam isso, formando romances com grande sucesso de público leitor. Era o surgimento do romance burguês, característico da época, que, segundo Habermas⁹², era a “*descrição psicológica em forma de autobiografia*”.

Nesse contexto, Habermas cita o exemplo de Richardson, que reúne uma coletânea de cartas em sua primeira publicação: **Pamela**. Dado o sucesso da obra, seguiu com **Clarissa e o Sir Charles Grandisson**. Cita ainda Rousseau, com **La Nouvelle Heloise** e Goethe, com **Werthers Leiden**. Depois disso, o gênero se fortaleceu e firmou-se a ficção, já que os romances tratavam como realidade a ilusão.

Com a “febre” pelos romances de ficção, tendo se firmado em hábito de leitura, foi fundada a primeira biblioteca pública, que fomenta círculos de discussão,

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 65.

⁹¹ Por interesse na temática, devemos lembrar que entre nós “o romance psicológico” teve seu maior representante em Machado de Assis, tendo, inclusive, tratado da violência doméstica e familiar contra a mulher em Dom Casmurro. Sobre essa abordagem, já nos pronunciamos em A Violência Doméstica contra a Mulher e “Dom Casmurro” e “Otelo”: uma análise da ficção literária à luz do atual Direito Positivo Brasileiro. In DE OLIVO, Luís Carlos Cancellier (org.). **Novas Contribuições à Pesquisa em Direito e Literatura**. Florianópolis: Fundação Boiteux: FAPESC, 2010. P. 83-124.

⁹² HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 66.

como nos “cafés” de outrora, só que agora com a mediação da imprensa. As pessoas privadas se reúnem em locais públicos para compartilharem e discutirem sobre suas leituras dos romances. Sobre isso, Habermas⁹³ comenta que: “constituem a esfera pública de uma argumentação literária, em que a subjetividade oriunda da intimidade pequeno-familiar se comunica consigo mesma para se entender a si própria”.

Nesse momento, vale à pena trazermos mais uma vez algumas considerações feitas por Hannah Arendt, em **A Condição Humana**, mas ratificando nossas ressalvas expostas quando tratamos da família grega⁹⁴, para resguardar a harmonia metodológica dessa pesquisa. Assim, mesmo contrapondo-se à matriz da abordagem de Habermas, Arendt⁹⁵ refere-se a esse processo de publicização da intimidade da família burguesa através da literatura, mas considerando-o ofensivo à vida privada familiar. Assim se pronuncia a respeito:

Em comparação com a realidade de decorre do fato de que algo é visto e escutado, até mesmo as maiores forças da vida íntima – as paixões do coração, os pensamentos da mente, os deleites dos sentidos - vivem uma espécie de existência incerta e obscura, anão ser que, e até que, sejam transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas, por assim dizer, de modo a se tornarem adequadas à aparição pública. A mais comum dessas transformações ocorre na narração de histórias e, de modo geral, na transposição artística de experiências individuais.

E mais adiante, Arendt⁹⁶ fixa seu critério sobre o assunto originalmente que pode tornar-se público e o que continuará sempre sendo privado, da seguinte forma:

No entanto, há muitas coisas que não podem suportar a luz implacável e crua da constante presença de outros no mundo público; neste, só é tolerado o que é tido como relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante se torna automaticamente assunto privado.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 68.

⁹⁴ Assim transcrita: “Mas, para ilustrarmos que a família grega antiga era importante fazia a vida privada refletir diretamente na pública, tratemos de uma doutrina que apesar de não servir de base principal da nossa fundamentação e de em certo modo contrapor-se a Habermas, principalmente em relação à crítica à Karl Marx e por, ao abordar a esfera privada e pública se preocupar mais com elementos privados e humanísticos do tema, ao contrário do alemão que privilegia a mobilidade entre elas, vele aqui citar algumas colocações históricas de Hannah Arendt, que não põem em risco a harmonia do nosso trabalho.”

⁹⁵ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Op. Cit. p. 59/60.

⁹⁶ *Idem*. p. 61.

Portanto, para a autora, o critério de publicização de assunto originalmente privado é o da relevância⁹⁷. Para a família burguesa, as correspondências amorosas entre o marido e a mulher, para suprir a ausência deste quando de viagens comerciais típicas da época, era na realidade uma técnica reificadora do patriarcalismo e, combinando o critério da relevância de Arendt com a menção de um dito comum da época, que foi citado por Habermas⁹⁸: “*uma carta bem redigida dizia-se que era ‘boa para ser impressa’*”, temos a qualidade como ponto alto para a publicização do fato. Assim, Arendt fala em relevância e Habermas em qualidade, para que, usando os termos dele, o acontecimento privado rompa a esfera privada e chegue a público por ação da esfera pública literária.

Além disso, como trataremos especificamente no capítulo sobre a publicização da violência doméstica contra a mulher, esses encontros culturais nos cafés, foram crescendo.

Houve uma explosão cultural nesse período, juntando o sucesso do romance de ficção à emancipação dos concertos e das pinturas e com o desenvolvimento das peças teatrais.

Os cafés já eram pequenos para abarcar os debates, então se multiplicaram, e inicialmente panfletos circulavam com as críticas não só culturais, mas também políticas, pois os clubes reuniram burgueses e aristocratas, o que por si só é um campo propício para discussões diversas.

Pelo grande número de cafés, para que houvesse uma universalização dos conteúdos discutidos, os folhetos eram insuficientes. Foi quando surgiram as revistas e os jornais, mas que inicialmente se mantiveram fieis à dinâmica dos clubes, nos cafés. Surgia a imprensa.

Então, a institucionalização da literatura romancista, que acarretou por fim no surgimento da imprensa, é mais um grande passo que levou à publicização da

⁹⁷ Vale comentar que na atualidade esse critério de relevância do assunto privado para que se torne público é bastante mitigada. Exemplo disso são vídeos de grande sucesso e campeões de acesso na internet sobre dinâmicas corriqueiras da vida familiar e suas particularidades e intimidades. Além disso, temos o crescente número do que já se tornou um fenômeno mundial, os *reality shows*, onde o íntimo de uma casa é publicizado à comunidade de massa.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 65.

família burguesa, mas sem se deixar de lado que, ao longo desse processo, a mulher não tinha acesso aos cafés eram deixadas “em casa” por seus maridos, para que fossem freqüentar os clubes.

- Conclusão:

Habermas⁹⁹ conclui que:

Nas camadas mais amplas da burguesia, a esfera do “público” surge inicialmente como ampliação e, ao mesmo tempo, suplementação da esfera da intimidade familiar. Quartos de dormir e salão se encontram sob o mesmo teto; e como a privacidade de um depende da natureza pública do outro, a subjetividade do indivíduo privado está desde o início ligada à publicidade: assim também na literatura que se tornou *fiction*, ambos estão sintetizados.

Portanto, a mudança que ocorreu na família burguesa tirou elementos antes estritamente privados, dado seu caráter de intimidade, e tornou-os públicos pela remodelação arquitetônica das casas – que privilegiavam a intimidade consigo mesmo, em detrimento da intimidade entre os membros da família, e abriu a casa para eventos sociais, nos salões, onde circulavam em seu interior inúmeras pessoas e grupos estranhos à vida íntima da pequena família; à dependência da esfera do trabalho e da troca de mercadorias – pois esse período foi marcado pelo cosmopolitismo, pelo escambo e essa interatividade mercadológica e laboral atingia a família, pois era levada às discussões nos salões das casas, e principalmente porque se seguia o modelo patriarcal e a autoridade do homem frente à subordinação de sua esposa dava-lhe maior credibilidade social nas atividades lucrativas do comércio; pela explicitação da epístola familiar – uma vez que adotado o patriarcado, a fidelidade era um requisito familiar (sempre mais cobrada das mulheres do que dos homens) e como os maridos, pelas atividades mercantis que desempenhavam, tinham que ausentar-se do lar em viagens, as cartas entre os cônjuges tornaram-se comuns para manter os laços do patriarcado. Ocorre que as redações passaram a ser tão bem feitas que mereceram ser publicadas, nasceu aí a modalidade de romance de ficção, o que trouxe a público as minúcias da vivência íntima da família burguesa e provocou a formação de um grupo que se reunia para discutir as obras lidas, nos cafés... era a discussão pública do privado!

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 67.

Esses elementos que foram tirados do estritamente privado da casa da família burguesa e levado a conhecimento do público, formou o alvo de atuação da esfera pública, política e literária, mas não condizendo com a dimensão estatal do público. A esfera pública funciona como intermédio entre o extremo privado (a família) e o extremo público (o Estado). Não há de confundir-se então a publicização da esfera pública burguesa com a estatização dos assuntos referentes à família, o que não acontecia necessariamente, haja vista que a esfera pública critica e filtra os interesses, até então particulares, que seriam levados ao Estado.

Depois dessas considerações sobre o núcleo familiar burguês, cabe-nos agora abordarmos a questão específica da mulher nesse período, e para isso usamos Gilissen, que aponta que “*a Revolução Francesa não foi muito favorável à mulher*”, e cita Napoleão: “*a natureza fez das nossas mulheres nossas escravas.*”¹⁰⁰

Já esclarecemos que a subordinação da mulher ao homem foi base para seu reconhecimento social, fortalecendo o patriarcado, e trazemos então um exemplo que ilustra bem a situação da mulher nesse período é o apresentado por Gilissen¹⁰¹, de que só em 1900, na França, a mulher pôde exercer a função de advogada, antes disso, houve um caso emblemático, de Marie Popelin, de 1888, que requereu o juramento prévio de advogada, tendo sido a primeira mulher diplomada em Direito pela Universidade de Bruxelas. Do caso, o autor nos propõe a leitura de um parecer e da decisão.

Parecer do procurador-geral Van Schoor¹⁰²:

Percorrei o *code civil*. A inferioridade da mulher em relação ao homem é aí afirmada a cada instante... E é a esta mulher, em certa medida condenada a uma menoridade perpétua, incapaz de estar em juízo e de dispor de seus bens, incapaz de dar, pelo seu testemunho, a autenticidade de um acto, excluída, salvo algumas excepções, das tutelas e dos conselhos de família, que o legislador do ano XII, autor do *code*, teria concedido o poder de aparecer no foro, a coberto das imunidades do advogado, para aí representar os interesses e defender os direitos de outrem?! Contradição chocante de que a memória do legislador não pode ser acusada... No dia

¹⁰⁰ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Op. Cit. p. 605.

¹⁰¹ *Idem*. p. 605/606.

¹⁰² *Apud* GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Op. Cit. p. 605.

em que a mulher entrar na Ordem, a Ordem dos Advogados terá deixado de existir.

Negativa da *Cour d'appel* de Bruxelas¹⁰³:

Considerando que a natureza particular da mulher, a fraqueza relativa a sua constituição, a reserva inerente a seu sexo, a proteção que lhe é necessária, a sua missão especial na humanidade, as exigências e as sujeições da maternidade, a educação que deve a seus filhos, a direção do lar doméstico confiada às suas mãos, a colocam em condições pouco conciliáveis com os deveres da profissão de advogado e não lhe dão nem os ócios, nem a força, nem as aptidões necessárias às lutas e fadigas do foro.

Portanto, também na família burguesa, a mulher continuou a ser desdenhada!

¹⁰³ *Apud* GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Op. Cit. p. 606.

4 A MULHER PUBLICIZADA... A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR

Juntamente com a publicização das particularidades do lar, é retratada uma triste realidade: a violência doméstica familiar contra a mulher. Esse assunto não pode ser tratado superficialmente, pois reflete a estrutura familiar que serve de palco para essa degradação da mulher. Por isso, seguindo o método proposto nesse estudo, passemos à análise da família contemporânea, para fundamentar o trabalho e possibilitar conclusões concisas ao final.

4.1 A CRISE DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Feministas y no feministas, lãs hijas dejamos de dormir para vigilar la salud de mamá, para cuidar cada detalle de su cama, para curar sus escaras, para atormentarnos com sus dolores, con las humillaciones de las excreciones, para desesperarnos frente a sus reclamos, como madres resignadas y desesperadas frente a um hijo pequeño.

(Gabriela Rodríguez Ramíres)¹⁰⁴

A família contemporânea é marcada, principalmente no ocidente, por uma mobilidade e uma incerteza que levaram alguns sociólogos a não acreditar ser possível a definição exata do termo, a exemplo de L. Roussel¹⁰⁵.

Sobre isso, se pronunciou André-Jean Arnaud¹⁰⁶:

Segundo numerosos sociólogos, a diversidade de formas de organização da vida privada para os adultos e os filhos – celibato, concubinato, casamento, família monoparental, família recomposta – é o sinal da multiplicidade dos modelos familiares.

É essa afirmação reflete bem a realidade brasileira de hoje. O caminho que foi aberto pela Constituição Federal de 1988 e trilhado timidamente pelo Código Civil

¹⁰⁴ RAMÍREZ, Gabriela Rodríguez. Uma Violencia indebida. In **Simone de Beauvoir... entre nosotras**. México: Instituto de lãs Mujeres de La Ciudad de México, 2009. p. 57.

¹⁰⁵ *Apud.* ARNAUD, André-Jean. Et. Al. (direção). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Tradução de Patrice Charles, Ef. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 338.

¹⁰⁶ *Idem.* p. 338.

de 2002, foi concretizado formalmente pela Lei 11340/2006 – Lei Maria da Penha, como trataremos especificamente mais adiante.

Assim, juridicamente há no Brasil hoje a previsão de várias modalidades de família, saído da definição restrita ao casamento, das Constituições anteriores. A própria Carta Magna de 1988 ampliou as possibilidades de família para além do casamento, explicitamente com o reconhecimento da união estável e da família monoparental – qualquer dos pais e seus descendentes, além de, como ressalta Maria Berenice Dias¹⁰⁷, a Constituição esgarçou o conceito de família e previu no seu art. 226, § 4º a inserção de mais modalidades familiares.

O critério atual para a aferição da categoria família é estabelecido pelo artigo 5º, II, da Lei 11340/2006, qual seja, o volitivo. Isso porque o dispositivo considera como família a *“comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”*.

Assim, houve nítida evolução jurídica na forma da família brasileira. É o público legitimando o privado. Ou seja, apesar de não reconhecida pelo Estado, não pode se negar que já existia na dimensão privada a família eudemonista – considerada por Souza e Kumpel¹⁰⁸ como a firmada predominantemente apenas por vínculo de afetividade (ex. filiação socioafetiva – onde mesmo sem adoção há laços entre o adulto que cria e a criança assistida por ele), a família anaparental – constituída apenas por irmãos, a família homoafetiva – de que trataremos logo mais abaixo, a família paralela, que também merece especial comentário.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 11340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2 ed. São Paulo: RT, 2010. p. 61.

¹⁰⁸ SOUZA, Luiz Antonio de/ KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: lei 11340/2006**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 30.

4.1.2 DOS NOVOS TIPOS DE ESTRUTURA FAMILIAR

a) A LEGITIMAÇÃO DA FAMÍLIA PARALELA

Pelo critério da Lei Maria da Penha, o concubinato, afastado pelo texto constitucional e pela legislação civil, pode ser considerado família, posto que, sem qualquer discussão moral temos uma união volitiva e com vínculo afetivo, de onde há, inclusive, perspectiva de advirem filhos. Esses filhos, a Constituição Federal já havia proibido que fossem diferenciados dos demais quando do registro público, já que outrora eram registrados como filhos bastardos.

Apesar da política legislativa não mais tipificar o adultério, desde 2005, também não estimula a bigamia, mas o Estado não pôde ficar de olhos fechados para essa realidade latente na sociedade brasileira e a Lei 11340/2006 tratou de publicizar essa forma de família.

Segundo Maria Berenice Dias¹⁰⁹, na família paralela, “*trata-se de relações concomitantes, que, de um modo geral são mantidas por homens.*” A autora afirma isso pois não tem conhecimento de mulher que mantenha mais de uma família, casas diferentes, isso até por dificuldades práticas, o que leva Dias a asseverar que: “*essa é uma façanha eminentemente masculina.*”

Apesar de a família paralela merecer proteção estatal, principalmente em relação à segurança e erradicação da violência em seu seio, Souza e Kümpel¹¹⁰ consideram a relação paralela como concubinato espúrio, mesmo não havendo mais essa figura penal quando da consideração dos autores, mas acreditam que sendo esse concubinato adulterino “*consentindo pela família originária ou mesmo não repudiado*” as relações paralelas devem “*também passar a gerar efeitos familiares, sempre levando em consideração a dignidade, a razoabilidade e a proporcionalidade*”

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 11340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2 ed. São Paulo: RT, 2010. p. 62.

¹¹⁰ SOUZA, Luiz Antonio de/ KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: lei 11340/2006**. Op. Cit. p. 26.

na hora de decidir aplicar o direito.” Mas, ressalte-se que, criminalmente, sendo ou não a relação paralela aceita ou repudiada pela “família originária”, essa instituição merece a proteção estatal e a violência praticada nessas circunstâncias será apurada levando em consideração a lei 11340/2006.

b) A FAMÍLIA HOMOAFETIVA NO CONTEXTO PATRIARCAL

Sobre isso, apesar de não ser o foco principal do nosso estudo, cabe uma pequena abordagem sobre o processo de transição do privado ao público, que está em pleno afloramento. A união de pessoas do mesmo sexo nunca tinha sido publicizada no Brasil e existia apenas “dentro do jardim”, mas a realidade de existência de fato e não de direito fez surgir uma situação crítica de exclusão social do homossexual, transexual ou bissexual, que fizesse parte da relação. Isso porque, como ressalta Richard Miskolci¹¹¹, a atual ordem social fundamenta-se na heteronormatividade, termo originário de Michel Warner (1991), que Miskolci¹¹² define como “*um conjunto de prescrições que fundamenta processos sociais de regulação e controle, até mesmo aqueles que não se relacionam com pessoas do sexo oposto*”. Logo, observa o autor, com base nos estudos de Sedgwick, que a ordem social contemporânea instaura-se sob o binômio hetero/homo, mas priorizando a heterossexualidade por um processo de naturalização que a torna compulsória. Por isso as leis são feitas para atender ao tradicional patriarcado, formalmente heterossexual, onde um dos sujeitos da relação se sobrepõe a outro.

No caso da família patriarcal tradicional, a mulher é subordinada ao homem e o homossexual sequer aparece no mundo jurídico, sendo mantido no privado, sob o manto da hipocrisia machista. E não falamos aqui apenas das famílias paralelas onde homens mantém um núcleo com a mulher e outro com outro homem, referimo-nos ainda às uniões genuinamente homossexuais, onde seus componentes muitas

¹¹¹ MISKOLCI, Richard. **A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização.** In Revista Sociologias. Porto Alegre, ano 11, nº 21, jan/jun/2009. p. 150/182.

¹¹² *Idem.* p. 156.

vezes se contaminam pelo racionalismo da heteronormatividade. Miskolci¹¹³ afirma que “os principais teóricos **queer** demonstram que tais sujeitos frequentemente também estão enredados na heteronormatividade”, citando o exemplo da díade ativo/passivo, utilizada comumente pelos gays ao tratar de suas relações homossexuais, mas na realidade esse binômio tem sentido heterossexual baseado na reprodução, para “definir e hierarquizar posições sexuais”. Por isso o autor defende a desconstrução implementada pelas teorias queer, posto que urge uma mudança não só jurídica, mas sociocultural, inclusive nos mais interessados na quebra dos modelos patriarcais.

Mas, a publicização da homossexualidade ganha grande aporte no tocante à família homoafetiva, pelo direcionamento constitucional de valorização das várias formas da família brasileira, apesar de não haver explícita menção no texto da Constituição Federal de 1988, com essa Carta abriu-se caminho para a oficialização estatal da entidade.

Um exemplo empírico, que colocou a publicização da família homoafetiva numa fase embrionária, é o de funcionários públicos municipais que conviviam maritalmente com pessoas do mesmo sexo e quando de sua morte deixavam o (a) companheiro (a) sem quaisquer direitos previdenciários. Foi assim que algumas prefeituras, a exemplo da Prefeitura da Cidade do Recife, numa atitude de vanguarda, passaram a reconhecer a instituição para assegurar assistência ao supérstite da relação. Depois disso, vem a Lei 11340/2006, que mesmo levando nome de mulher – Maria da Penha – garante direitos de gênero, independentemente da orientação sexual do beneficiário. O que fez com que hoje o homossexual tenha capacidade de configurar o pólo passivo nos delitos agravados ou qualificados pela violência doméstica familiar, equiparando-se, assim, à mulher, independentemente da posição que desempenha no casal. Assim, a lei 11340/2011 demonstra, nesse ponto, um grande passo na quebra da rigidez do critério da heteronormatividade.

Paulatinamente, a família homoafetiva vem ultrapassando os portões do *jardim* e chegando à *praça*! E, nesse processo, quando suas particularidades saem

¹¹³ MISKOLCI, Richard. **A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma análise da normalização**. In Revista Sociologias. Porto Alegre, ano 11, nº 21, jan/jun/2009. p. 157.

do privado, tal qual na família patriarcal tradicional, passa à esfera pública habermasiana e ganha espaço pelas abordagens e críticas da imprensa. Assim, por exemplo, freqüentes notícias de formas de violência baseadas em homofobia, principalmente entre jovens da classe média, denunciam a urgência da elaboração legislativa de um estatuto jurídico que garanta a proteção dos homossexuais, já que o grande avanço de serem protegidos pela Lei 11340/2006, apenas lhe protege contra a violência doméstica familiar.

Na classificação de Habermas, ousamos concluir que na matéria da homoafetividade, saiu-se do espaço privado (da pequena família) e chegou-se à esfera pública, sem, contudo atingir-se completamente o espaço público da autoridade estatal. Afirmamos isso não só pelas notícias de altos índices de criminalidade homofóbica, mas por problemáticas que cercam a família homoafetiva, que, mesmo raciocinando em termos de heteronormatividade, merece ver definidos assuntos advindos de seu reconhecimento estatal, como: a possibilidade de contrato de casamento entre pessoas do mesmo sexo e a prática de “barriga de aluguel”, permitida em poucos países.

Apesar de não ser foco principal do nosso estudo, a homossexualidade guarda ligação com a subordinação da mulher, e sobre isso, Miskolci¹¹⁴ nos traz Eve Kosofsky Sedgwick, que, se propôs a demonstrar, pelo estudo de romances literários ingleses do séc. XIX, que “*a dominação das mulheres é associada à rejeição das relações amorosas entre homens*”. De fato, há indícios dessa realidade na obra de Hellen Caldwell¹¹⁵, no trecho em que, ao analisar o comportamento repressivo de Bentinho para com sua esposa Capitu (na obra de Machado de Assis, Dom Casmurro), insinua uma atração homossexual entre o varão e seu melhor amigo Escobar, que tomou o papel de desestruturamento do casamento do protagonista exatamente pelo ciúme doentio que despertou em Bentinho. A autora leva-nos a questionar se o ciúme de Bentinho era por zelo a Capitu ou ao próprio Escobar.

¹¹⁴ *Apud* MISKOLCI, Richard. **A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização**. In Revista Sociologias. Porto Alegre, ano 11, nº 21, jan/jun/2009. p. Op. Cit. p. 154.

¹¹⁵ CALDWELL, Helen. **O Otelo Brasileiro de Machado de Assis: um estudo de Dom Casmurro**. São Paulo: Ateliê Editorial, 2008.

c) PONDERAÇÕES NECESSÁRIAS

Sobre as mudanças no conceito de família, na atualidade, Maria Berenice Dias¹¹⁶ conclui que:

Não há como deixar de reconhecer que o conceito de família trazido pela Lei Maria da Penha enlaça todas as estruturas de convívio marcadas por uma relação íntima de afeto, o que guarda consonância com a expressão que vem sendo utilizada modernamente: Direito das Famílias.”

Isso reafirma o que foi dito inicialmente no sentido da variedade de modelos de família contemporânea e nos faz dar razão em parte a L. Roussel quando acha dificuldades na definição de família contemporânea, exatamente por essa multiplicidade e mobilidade de modelos, mas a Lei 11340/2006 (art. 5º, II) encontrou uma solução oportuna para isso, determinando a definição baseada no critério sócio-jurídico matriz que, no caso, é o elemento volitivo. Isso fez a família brasileira contemporânea avançar de uma exclusão que lhe restringia ao privado e adentrar numa publicização que lhe garante proteção estatal.

4.1.3A MULHER NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Fixado o critério jurídico de família que adotaremos a partir daqui, passemos à abordagem sócio-cultural do instituto, principalmente no que tange à situação da mulher, por ser a família o pano de fundo da violência doméstica e familiar, salientando que não nos prenderemos nesse momento aos modelos já tratados anteriormente, mas utilizaremos o padrão já utilizado pelos autores que ora pesquisamos e ainda prevalecente na sociedade brasileira, o patriarcal.

Sobre a família, vale citar Saldanha¹¹⁷:

Amor e ódio se situam como formas de estar diante do próximo e as armas sempre se classificaram conforme seu alcance em termos de espaço. Os

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Op. Cit. p. 62

¹¹⁷ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit. p. 20.

laços de parentescos, tão caros a certos antropólogos como estruturas reveladoras, compreendem-se como linhas que interligam pessoas e grupos, aproximando/afastando, como que em termos de espaço.

Mesmo tendo escrito o livro antes da vigência da Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha), Saldanha já percebera a crise pela qual passava a estrutura familiar, pelas mudanças culturais em sua estrutura, o que veio a ser reconhecido pelo Estado através do referido dispositivo legal que inaugurou no sistema jurídico nacional novos tipos de família, como veremos oportunamente. Assim, Saldanha¹¹⁸ aplicou seu conceito de crise à família, da seguinte forma:

Ao falar na “vida com a família”, será interessante pisar um pouco no terreno da crise do conceito de família, atingida pelo lado privado e pelo lado público de sua estrutura, alcançada na parte em que se ligava às tradições religiosas pelo processo histórico chamado de dessacralização da cultura.

O autor traz como um dos motivos da mudança na instituição da família, a quebra do tabu da virgindade. De fato, com a inexigibilidade da castidade da mulher solteira, o comportamento dos demais membros da família sobre alteração substancial. O pai e os irmãos não têm mais o dever de vigilância brusca sobre ela, que passa a ter outras prioridades que não a do casamento.

Ressalte-se, porém que essa mudança de padrão comportamental não veio sem lutas, na verdade, essa foi mais uma das bandeiras levantadas pelo movimento feminista, já que a exigência de virgindade recaía apenas sobre a mulher, e não sobre o homem em igual patamar. Então, esse tabu era usado para legitimar a diferenciação entre os gêneros, inferiorizando a mulher.

O autor refere-se ainda, seguindo a linha do seu estudo, às mudanças arquitetônicas nas residências familiares. Assim, as moradias eram majoritariamente em casas, com quintais espaçosos, onde as crianças brincavam e onde a família poderia confraternizar-se entre si. Hoje esse padrão mudou, com a crescente urbanização as casas deram espaço a grandes edifícios, sendo minorada a área comum e compensada com áreas comuns para diferentes famílias.

¹¹⁸ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit. p. 22.

Além disso, Saldanha ressalta a mudança de hábitos no sentido de “manter-se no lar”, pois hoje as pessoas parecem fugir de suas próprias casas, nos fins de semana, inclusive, o êxodo é imenso.

Todas essas mudanças, sem o acompanhamento necessário, gerou um colapso na instituição familiar.

a) A MULHER E O TRABALHO

A mulher obteve com o movimento feminista grandes conquistas trabalhistas, saiu de casa para o mercado de trabalho, mas não houve substituição no seu papel familiar, ficando o lar carente de ajustes, que adaptem pacificamente a família à nova situação.

Um dos motivos da crise na família foi exatamente a emancipação profissional das mulheres, conquistada a duras penas pelo movimento feminista, como abordaremos adiante. Mas, suas conquistas sociais não significaram necessariamente conquistas humanitárias.

Vale lembrarmos, o que já foi tratado nesse estudo, sobre o posicionamento de Platão, em **A República**, como favorável ao trabalho da mulher, em igualdade com o homem, apesar de reconhecer a diferença natural entre homem e mulher, e o alerta que nos faz Caetano, fundamentando em Lerner¹¹⁹, para quem Platão pretendia na verdade a “destruição da família”, como entidade privada que era, buscando com isso o fim da propriedade privada, por entender que a “sociedade privada engendra o antagonismo de classes a desarmonia.”

Assim, o trabalho, enquanto atividade profissional externa da mulher, é mais um dos motivos da crise da família, estruturada no modelo patriarcal, como supunha Platão.

¹¹⁹ Apud PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 61.

Caetano¹²⁰ ao tratar do conceito de patriarcado, traz a definição de Marcela Lagarde como “*uma ordem social genérica de poder, fundamentada em um modo de dominação cujo paradigma é o homem*”, e segue, citando a autora: “*esta ordem assegura a supremacia dos homens e do masculino sobre a inferiorização das mulheres e do feminino. É assim a ordem de domínio de uns homens sobre outros, e de alienação entre as mulheres*”. O autor comenta que esta definição de Marcela Lagarde “*reflete o entendimento que tem a teoria crítica feminista sobre o tema: a hegemonia do masculino sobre o feminino, que vai desde a dominação até a exploração.*”

De fato, entendemos que o modelo de família patriarcal é uma via de mão dupla, pois ao tempo que existe por refletir a dinâmica social existente, de crença na inferioridade feminina, por sua reprodução no lar, fortalece e concretiza tal artifício. Assim, perpetua-se no patriarcado a dominação do homem sobre a mulher, pelas falácias científicas, filosóficas e religiosas, sobre o que trata Caetano, mas essa dominação acarreta uma conseqüente exploração do ser dominado.

O *pater familias*, e podemos abranger isso até a realidade hodierna das famílias brasileiras¹²¹, dispõe de sua mulher não só sexualmente, mas também laboralmente. Não estamos nos reportando aos casos de violência econômica, onde a mulher trabalha “fora de casa” e as rendas são percebidas pelo homem, mas sim da exploração do trabalho doméstico feminino dentro dos lares.

Culturalmente, foi inculcada nas famílias a idéia que a mulher é naturalmente responsável pelo trabalho doméstico da casa, sem que por isso tenha qualquer reconhecimento ou gratificação. Inclusive, Gérard Vicent¹²², ao tratar da “socialização das meninas”, identifica os brinquedos como colaboradores para a diferenciação dos sexos. É assim que as meninas são estimuladas a brincar de casinha, com miniaturas de utensílios domésticos como **panelinhas, vassourinhas ou e aventalinhos de cozinha**, o que soa mórbido, se comparado aos brinquedos

¹²⁰ PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 36.

¹²¹ Apesar dos avanços legislativos do fim da figura do “cabeça do casal” (CF/88) e da oficialização das novas modalidades de família (Lei 11340/2006), ainda perdura em maioria o modelo de família patriarcal, que, inclusive, serve de mote legitimador de exclusão social das famílias que quebram tal padrão, apesar de garantidas pelo sistema legislativo.

¹²² VICENT, Gérard. **Uma História do Segredo?** Op. Cit. p.277.

destinados aos meninos, que são predominantemente **armas**. O próprio Gérard¹²³ afirma que “os pais, temendo que o filho dê atenção demais às bonecas da irmã, tentam orientá-lo para brincadeiras agressivas e competitivas.”

Ora! Não é de espantar a realidade de violência doméstica familiar contra a mulher, pois o modelo social de família patriarcal induz a isso, à estigmatização da mulher vítima e do homem agressor.

Ainda em relação ao trabalho das mulheres, não é raro ouvir-se de uma criança ao se referir sobre a profissão de sua mãe a frase: “minha mãe não faz nada não, só cuida da casa”. Essa função de cuidar da casa, quando exercida pela mulher que é membro da família e não é, não tem sequer carga horária definida, quiçá outros direitos que desfrutariam um terceiro estranho à família que cumprisse com as mesmas tarefas. A figura típica para “cuidar da casa” é uma mulher. Se essa mulher for a esposa (ou afins), não percebe qualquer direito respectivo à atividade, mas se essa mulher for pessoa alheia à família nuclear, contratada profissionalmente com esse fim específico, fará jus a vários direitos trabalhistas e reconhecimento da atividade como “trabalho”.

Sobre essa realidade, já se pronunciou C. Delphy¹²⁴,

O casamento é um modo de produção doméstico, que se caracteriza pela extorsão de um trabalho gratuito de uma categoria da população, as esposas. O contrato de casamento constitui uma forma particular de contrato de trabalho, não explicitado como tal, pelo qual o marido se apropria da força de trabalho de sua esposa.

Essa modalidade de trabalho doméstico não remunerado, mas que não é considerado como mão de obra escrava, hoje dá à trabalhadora familiar o título de: “do lar”. Logo, a mulher, explorada pela concepção de Delphy, que sequer poderia se intitular como empregada doméstica, pois acarretaria em comprometimentos legais para o marido, hoje já pode se dizer “do lar”. Essa denominação é bem condizente com a realidade da mulher desdenhada, que é insistentemente mantida pelo marido no âmbito privado, o jardim de Nelson Saldanha, e é tratada como propriedade e não como ser humano, suscetível de direitos personalíssimos.

¹²³ VICENT, Gérard. **Uma História do Segredo?** Op. Cit. p.277.

¹²⁴ Apud VICENT, Gérard. **Uma História do Segredo?** Op. Cit. p. 276.

Mara Lago¹²⁵ realizou um estudo na Ilha de Santa Catarina, pesquisando sobre o trabalho doméstico não remunerado e o trabalho externo remunerado, entre mulheres “brasileiras” e de “origem alemã”, onde a percepção de cada uma é bem diferente. Mas, sem nos atermos nessa distinção, chamou-nos atenção o relato que a autora nos traz adquirido em pesquisa anterior, onde uma senhora “brasileira”, cortadora de pedras e dona de casa, compara as duas atividades:

O serviço de pedra agente faz e tá feito, a senhora corta a pedra pra fazê um muro, aquilo é pra vida toda...pelo exemplo, como no meu caso, aquelas minhas netinha que estão se criando agora, amanhã, depois, quando elas passá em tal lugar, “ó, foi a tua avó que cortô essas pedra, isso aqui foi tua avó que fez”.(...) mas se fosse serviço doméstico, quem é que ia saber se eu lavava uma louça ou roupa, né? Não tem como, fazê o que? (...) o serviço da pedra tem essa vantagem que agente faz e ele fica feito, tudo o que agente faz fica feito. E o serviço de casa não, o serviço de casa ela mesmo faz, ela mesmo dismancha . lava a louça, daqui a pouco, tá pra lavá, varre a casa, daqui a pouco tá pra varrê...a não ser os filhos que agente ganha e fica com a graça de Deus pra, enquanto agente tá nessa terra agente tem toda a vida(...) a pedra tem essa vantagem que aparece, o serviço da gente aparece.

Ainda Mara Lago¹²⁶ comenta as marcas de transitoriedade, repetição e não reconhecimento desse ciclo diário de trabalho no serviço da casa, e acrescenta o relato da mesma senhora no sentido de que: “*muitos maridos que muitas vezes saem de casa para o trabalho fora, com a casa ainda desarrumada e voltando à noite, vendo coisas por fazer, acusam as mulheres de não terem feito nada o dia inteiro.*” A autora narra ainda um conselho dado pela entrevistada para as outras mulheres: “*se a mulher pudesse sair assim mais feminista... ir à luta... fazer alguns servicinhos de homem, é sempre mais vantagem...*” Conclui a autora que a senhora entrevistada “*preferia o trabalho ‘pesado’ da pedra ao trabalho ‘leve’ da casa.*”

Mesmo que ultrapassado o portão do *jardim*¹²⁷, as profissões tipicamente associadas à mulher não são as “pesadas”, como vimos no relato acima, mas são as que exaltam seu papel feminino de submissão do modelo patriarcal. Gérard¹²⁸ ressalta isso, fazendo referência a uma pesquisa americana feita em 144 livros

¹²⁵ SOUZA LAGO, Mara Coelho de. Sobre Trabalho, casas, mulheres... ainda. In **Saberes e fazeres de Gênero: entre o local e o global**. Luzinete Simões Minella, Suzana Bornéo Funk (org). Florianópolis: UFSC, 2006. p. 248/249.

¹²⁶ *Idem*. p. 249.

¹²⁷ O termo jardim aqui é utilizado com referência ao Jardim saldanhaniano, representando a dimensão privada da vida familiar.

¹²⁸ VICENT, Gérard. **Uma História do Segredo?** *Op. Cit.* p.277

infantis, onde se constata que em todos os casos que a mãe trabalha fora de casa, assume profissões tradicionalmente femininas, como: datilógrafa, enfermeira ou professora. Refere-se ainda a uma pesquisa francesa em livros infantis, que verifica que é sempre o menino o “chefe” nos grupos de crianças. Além disso, salienta que as escolas pré-primárias são chamadas de maternal e não paternal, e são locais de reprodução da distinção de funções por sexo, onde:

As professoras do maternal têm tendência a acentuar a segregação sexual, valorizando as meninas “boazinhas”, destinando-lhes atividades de arrumação e limpeza, das quais os meninos são dispensados.

Por tudo isso, não é de espantar que a emancipação profissional da mulher, com sua conseqüente saída do lar, é um processo doloroso para toda a família, que há milênios foi estruturada sob os moldes paternalistas, onde o trabalho dela era restrito ao lar, servindo unicamente sua família e sem qualquer remuneração por isso, o que lhe deixava em completa dependência econômica do então varão. Nem sempre os homens reagem bem a essa mudança, por vezes respondendo com violência doméstica familiar contra a mulher, até porque ela também assume um novo comportamento que não o meramente passivo ditado por Aristóteles. O trabalho fora de casa e a percepção de renda advinda dessa atividade pessoal dela, cobrem-lhe de um empoderamento que naturalmente repele as formas de opressão antes consideradas normais em família.

Gérard Vicent¹²⁹ usa dois subtítulos seqüenciados que questiona bem as conseqüências da emancipação profissional da mulher na família: “*A lenta ascensão social das mulheres...*” e continua no item subseqüente: “*coloca em questão as relações conjugais?*”

O autor que começa a abordagem ressaltando que essa emancipação na França não teve tanto brilho como nos Estados Unidos, onde foi comparada a libertação dos escravos, mas na realidade colocou a mulher como mais um concorrente ao escasso mercado de trabalho francês no pós-guerra.

Em resposta ao questionamento que propõe, Gérard¹³⁰ assevera que:

¹²⁹ VICENT, Gérard. **Uma História do Segredo?** *Op. Cit.* p. 278/280.

¹³⁰ *Idem.* p. 279.

a ascensão da mulher até o topo social só pode colocar em questão as relações conjugais. À incontestável inferioridade do marido em termos de longevidade e a suas plausíveis fraquezas no campo sexual vêm possivelmente se somar desempenhos contrários em sua estratégia de carreira.

Assim, temos que surge uma nova realidade no lar: a mulher profissionalmente concorrente de seu marido. Na verdade, não só profissionalmente, mas academicamente também. O autor menciona uma pesquisa realizada por André Michel, onde foi detectado que mulheres com maior nível de instrução que seus maridos, e ativas, são as mais insatisfeitas com o casamento.

Hoje existe uma nova realidade matrimonial, denunciada por Gérard Vicent¹³¹, usando um exemplo do cotidiano da família francesa:

Hoje as coisas mudaram: podem surgir tensões, quando não uma ruptura, quando a mulher tem um desempenho universitário superior ao do marido – por exemplo, ela entra na ENA (École Nationale d'Administration) e ele não. Assim, nasce no casal uma nova forma de ciúme, pois a permanência das idéias convencionais ameaça tornar insuportável para o marido um êxito profissional da mulher superior ao seu. Essa rivalidade na carreira, ainda não estudada – é recente demais –, coloca as relações com os filhos em novos termos: como eles perceberão os “papéis” da mãe inspetora das Finanças e do pai administrador civil na Secretaria de Estado do Tempo Livre?

De fato, para o homem reconhecer como superior intelectualmente a mulher que milenarmente era tida como *infirmitas sexus, ou imbecilitas sexus*¹³² é uma inovação difícil de aceitar, inclusive, por alterar seu status dentro da família perante ela própria, a esposa, perante os filhos, os possíveis empregados e agregados e na sociedade, o que altera sua auto-estima culturalmente firmada.

A estrutura do casamento é historicamente patriarcal, mas com a realidade cotidiana de emancipação social da mulher e as crises no mercado de trabalho, por vezes acontece de o marido estar desempregado e a mulher, empregada, passar a prover a casa. Esse fato, apesar de latente na comunidade, não é naturalmente aceito, posto que tal transição é delicada e precisa de adaptações. Por exemplo, no patriarcado à mulher não era imposto nem facilitado o trabalho remunerado e fora de casa, isso gerava uma dependência econômica que com o casamento só mudava

¹³¹ VICENT, Gérard. **Uma História do Segredo?** *Op. Cit.* p. 280.

¹³² *Idem.*

de titularidade, a mulher saía do “bolso do seu pai e passava para o bolso do seu marido!”

Tendo acesso à formação acadêmica e trabalho remunerado fora do lar, a mulher não depende mais de nenhum homem para subsistência e só se manterá no casamento por motivos outros que lhe impulsionem à vida em família.

Caetano¹³³ nos trata do assunto, trazendo a citação de Alicia Puleo:

No patriarcado contemporâneo, o amor é um pilar da dominação masculina, já que, estatisticamente, a inversão amorosa da mulher é maior: dá mais do que costuma receber. Isto acarreta conseqüências no âmbito público. Os homens se posicionam com um reconhecimento e uma autoridade maiores gerados por esse plus de amor que recebem.

O autor recorre a Manuel Castells¹³⁴ para enumerar fatos, além da emancipação educacional e profissional das mulheres, que ameaçam o patriarcado, são eles o avanço tecnológico que não restringem a mulher a possíveis limitações biológicas ligadas à maternidade; a conscientização pelo movimento feminista mundial; e a globalização que difunde rapidamente as idéias questionadoras de estruturas de dominação, como o patriarcado.

Mas, mesmo com elementos palpáveis que possibilitam o fim do patriarcado, ele ainda subsiste, em crise, mas ainda predominando nos lares brasileiros. Caetano¹³⁵ ao questionar se o patriarcado tem causa natural ou cultural, conclui que:

Em verdade, as mudanças operadas no seio da estrutura patriarcal, o anúncio da sua erradicação, o reconhecimento da dignidade da mulher, assim como de sua inteligência e capacidade, entre outros fatores, demonstram claramente que o patriarcado é uma instituição meramente cultural e obra de uma sociedade profundamente androcêntrica, mas que continua muito vivo e ativo...

O processo de transição que passa a família, em específico a brasileira, requer acompanhamento, pois se quebra um paradigma fixado milenarmente e os danos disso devem ser mínimos. Como conseqüência principal dessa modificação

¹³³ PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 40/41.

¹³⁴ *Apud* PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 42.

¹³⁵ PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 43.

nos lares, é a violência doméstica familiar contra a mulher. Sobre isso, mesmo antes da Lei 11340/2006, Lei Maria da Penha, Caetano¹³⁶ já alertava:

No Brasil, a violência doméstica, que inclui a agressão física e psicológica, abuso e violação sexual e, o pior, o assassinato, ocorre frequentemente e quase sempre fica impune já que, segundo a cultura machista vigente, o que ocorre em privado não se deve levar ao domínio público.

É aí que toma espaço o jargão popular que diz: “roupa suja se lava em casa”, e que incute no imaginário social que a violência doméstica familiar deve ficar restrita ao lar, já que é característica dela que o agente se aproveite exatamente da proteção das paredes da casa para agredir a vítima. O Brasil, como já vimos, tem tendência cultural ao privado, pela própria herança da colonização, e o Estado manteve-se praticamente inerte frente à triste realidade. A situação chegou a tal ponto, que a força internacional teve que “acordar” o Brasil para as aberrações de direitos humanos que vinham se passando no território, só assim a publicização dessa forma de violência tomou corpo. Sobre esse processo de passagem do privado ao público da matéria de violência doméstica familiar contra a mulher é que trataremos adiante.

4.2 DA PUBLICIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER NO MUNDO

4.2.1 O FEMINISMO

*As frentes de luta do movimento feminista são diversas, como a emancipação, a igualdade e a libertação das mulheres, assim como a transformação social do Direito e da cultura. Por isso, a **rediscussão entre o público e o privado é tão importante na pauta dos movimentos feministas.** (grifei)*

(Marília Montenegro Pessoa de Mello)¹³⁷

¹³⁶ PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 46.

¹³⁷ PESSOA DE MELLO, Marília Montenegro. **A Lei Maria Da Penha E A Força Simbólica Da Nova Criminalização Da Violência Doméstica Contra A Mulher**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: www.conpedi.org. Consultado em 20 de dezembro de 2010.

Seguindo o contexto histórico, a questão de gênero também, apesar de paulatinamente, sofreu a transição do privado ao público.

Vale desde logo salientar que nesse estudo não nos propomos a analisar a dicotomia terminológica gênero X sexo, até porque existem teorias pós-modernas, a exemplo de Judith Butler, que transcendem a essa classificação e buscam a dimensão discursiva dos termos.

Fixamos como parâmetro de aplicação nessa pesquisa a categoria de gênero beauvoiriana, onde o vocábulo designa a construção sócio-cultural de um conceito, e não apenas biológica, o que seria denominado por “sexo”¹³⁸. Para Simone de Beauvoir: “*ningún destino biológico, físico o econômico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la embra humana.*” Esse posicionamento é chancelado por Marília Montenegro¹³⁹, quando afirma que: “*O gênero, diferentemente do sexo, não é natural, mas sim resultado de uma construção social*”. Nesse ponto, oportunamente, a autora pernambucana fundamenta a afirmativa com uma frase clássica de Simone de Beauvoir: “*não se nasce mulher, torna-se.*”

Simone de Beauvoir, foi uma feminista¹⁴⁰ que mostrou que a mulher pode existir independentemente do patriarcado, modelo que já vimos anteriormente. Sua principal obra **El Segundo Sexo**, publicado pela primeira vez em 1949, chocou a sociedade, por tratar de temas polêmicos como o lesbianismo. Foi, inclusive, considerado pornografia para pelo escritor católico François Mauriac, que encabeçou uma campanha na imprensa contra a publicação¹⁴¹.

Sobre a frase emblemática que popularizou a obra de Beauvoir: “*no se nace mujer, llega una a serlo*”, Marcela Lagarde y de los Ríos¹⁴² comenta que:

¹³⁸ Em corrente diversa encontra-se Caetano, para quem sexo e gênero “*se assentam sobre um ponderável componente biológico, sem, contudo, com ele se confundir, já que ambos são construções sociais e culturais, apesar da profunda identificação do sexo com a dimensão fisiológica humana.*” **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 14.

¹³⁹ PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit.

¹⁴⁰ Apesar de explicitamente dizer-se não feminista, mas assumir escrever, com **El Segundo Sexo**, um livro-raiz de cultura feminista. Cf: Marcela Lagarde y de los Ríos. Desde el umbral. Op. Cit. p. 69.

¹⁴¹ Cf: LAMAS, Marta. Simone de Beauvoir, Feminista. In **Simone de Beauvoir... entre nosotras**. Op. Cit. p. 88.

¹⁴² De los Ríos, Marcela Lagarde y. Desde el Umbral. In **Simone de Beauvoir... entre nosotras**. Op. Cit. p. 69.

Esa sola frase es ya uma clave paradigmática de La crítica a La verdad patriarcal y a La historia de opresión genérica; es frase capitular de outra história desde uma perspectiva de género. Y es frase condicional y utópica: **si llega una a serlo**. Una, es a la manero de um orden, de un mundo. Pero La condicionalidad, **si llega**, marca La diferencia com el destino patriarcal.

Assim, a afirmação de Beauvoir retrata um dos objetivos do feminismo, de libertar a mulher da limitação biológica que historicamente lhe foi imposta, distinguindo entre sexo e gênero, caracterizando essa última categoria com a mobilidade e não apenas como algo predeterminado pela natureza.

Outro ponto almejado pelo feminismo é um corolário do primeiro, de que a mulher é capaz de subsistir ao patriarcado. Se o gênero é sócio-culturalmente formado, a estrutura familiar que colabora com sua construção não é a única responsável pelo produto final.

Assim, ante os novos modelos contemporâneos de família temos uma igual variação do papel do gênero feminino, sem que com isso a mulher tenha sido “desdenhada”, pelo contrário, o que se observa é que o declínio do patriarcado propulsionou uma crescente inserção social da mulher, constituindo os dois, valores inversamente proporcionais.

Com essas idéias, o feminismo luta para tirar do privado a questão da mulher, desmistificando teorias machistas que naturalizavam a diferença entre os sexos pelas diferenças fisiológicas entre ela e o homem.

Mas, Simone de Beauvoir não foi a primeira a tratar desses assuntos, Gérard Vicent¹⁴³, alerta que o termo feminismo foi criado por Fourier, e a primeira revista feminista, de título sugestivo – **La Femme Libre** – data de 1832, sendo criada pelos *Saint-simonianos*.

Historicamente o feminismo, conforme Habermas¹⁴⁴, “*tem inúmeros rostos*”. No mesmo sentido Marília Montenegro afirma que:

(...) Não é possível falar de um único feminismo, pois as mulheres não formam um grupo homogêneo. Cada escritor feminista, homem ou mulher,

¹⁴³ VICENT, Gérard. **A História do Segredo?** Op. Cit. p. 278.

¹⁴⁴ Em entrevista a Sérgio Paulo Rouanet e Barbara Freitag. In SCHWARTZ, Adriano. **Memórias do Presente vol. 2: 100 entrevistas do “Mais”: 1992-2002: Artes do Conhecimento**. São Paulo: Publifolha, 2003. p. 111.

apresenta uma abordagem influenciada pelo seu histórico de vida, sua formação, sua raça, sua ideologia e sua classe social.

É assim que Caetano¹⁴⁵, na trilha de George Ritzer, apresenta a divisão das teorias feministas em: teorias da diferença – baseadas em explicações biossociais da diferença, onde, embora partindo de um mesmo ponto, a situação da mulher é diferenciada da do homem em condições idênticas, na maioria dos casos; teorias da desigualdade entre os gêneros – fundamentando-se em que a situação da mulher, na maioria dos casos, não é apenas desigual da dos homens, mas inferior; teorias da opressão de gênero – partindo do pressuposto de que, além de a situação das mulheres ser desigual e inferior a dos homens, elas são subordinadas opressivamente por eles.

Seja qual for a vertente, o movimento feminista guarda uníssona a luta pela publicização da situação da mulher, sendo o principal responsável pela ultrapassagem entre o privado e o público desse trato. Entendemos que, pela teoria de mudança estrutural da esfera pública de Habermas, o feminismo funciona exatamente como a esfera pública política que traz o problema da submissão da mulher ao homem de dentro do lar e apresenta-o ao Estado.

4.2.2 CONQUISTAS FEMINISTAS MUNDIAIS

Stuart Hall¹⁴⁶, ao tratar da identidade do sujeito pós-moderno (contemporâneo), destaca o papel do feminismo no “descentramento conceitual” do sujeito cartesiano e sociológico, com dados que compõem o seguinte quadro:

FEMINISMO
<ul style="list-style-type: none">• Com o <i>slogan</i>: “o pessoal é político”, o feminismo questionou a clássica distinção entre “dentro” e “fora”, “privado” e “público”.
<ul style="list-style-type: none">• O feminismo abriu novas arenas da vida social – família, sexualidade, trabalho doméstico, divisão doméstica do trabalho, cuidado com as crianças, etc. – à discussão política.
<ul style="list-style-type: none">• Enfatizou a carga político-social na formação do indivíduo, baseada no gênero (homens/mulheres – pais/mães – filhos/filhas).

¹⁴⁵ PEREIRA, Francisco Caetano. **Subordinação e Gênero**. Op. Cit. p. 151/159.

¹⁴⁶ HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: D P & A, 2006. p. 45/46.

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • O feminismo expandiu-se do questionamento da posição social das mulheres até a formação de identidades sexuais e de gênero como um todo. |
| <ul style="list-style-type: none"> • Considerando a diferença sexual, descentralizou a identidade homem/mulher na identidade geral de “Humanidade”. |

Fonte: Adaptado de HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: DP & A, 2006. p. 45/46.

Em meio a todo esse processo acima descrito, tendo por base Stuart Hall, temos episódios isolados que merecem destaque, e os traremos nesse momento.

Os primeiros gritos do movimento feminista aparecem com mais efeito na Modernidade, mas, apesar de um dos ideais da Revolução Francesa ter sido o da igualdade, em relação à igualdade de gênero, só agiu em relação à maioria, às questões de sucessão e premiou a mulher solteira com o fim da incapacidade. Por outro lado, conforme Gilissen¹⁴⁷, em detrimento das mulheres, manteve-se a maioria das incapacidades do Antigo Regime, principalmente em relação aos direitos políticos, o que o levou a afirmar que “A Revolução Francesa não foi muito favorável à mulher.”

No mesmo entendimento Corrêa¹⁴⁸ cita o caso de Olympe de Gouges, que foi guilhotinada pelo *terror* de 1791, por ter publicado uma *Declaração dos Direitos das Mulheres*, já que não foram tuteladas pela *Declaração dos Direitos dos Homens*.

Cita ainda Mary Wollestonescraft, que no mesmo período também escreveu um libelo feminista, a *Reivindicação pelos Direitos das Mulheres*, onde criticava o eterno feminino em Rousseau. Filósofo que, ainda segundo Corrêa¹⁴⁹, juntamente com Kant e Locke, fez uma verdadeira “ginástica intelectual” para reificar a diferença da natureza feminina, tal qual o fez Ésquilo, na tragédia grega. Esse discurso da “diferença feminina” legitimou a diferença entre os sexos, servindo de motivo para a exclusão da mulher no então princípio racional da igualdade.

O Século XIX, marcado pelo socialismo e comunismo, trouxe para o movimento feminista a luta por conquistas trabalhistas, embrião que surte efeitos até

¹⁴⁷ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Op. Cit. p. 605.

¹⁴⁸ CORRÊA, Sônia. Violência e os direitos humanos das mulheres – a ruptura dos anos 90. *In: Direitos Humanos – temas e perspectivas*. Regina Novaes (Org.). Rio de Janeiro: Maud, 2001. p. 67 a 74.

¹⁴⁹ *Idem*. p. 68.

na atualidade, como no caso do Brasil, onde a Constituição Federal de 1988 garantiu a licença maternidade e a manutenção do vínculo empregatício e do salário, e a Consolidação das Leis do Trabalho tem a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres como assunto de ordem pública (artigo 377). Teve início também a luta pelo voto, que conseguiu as primeiras conquistas no século XX.

Segundo Corrêa¹⁵⁰,

[...] esses debates se desenrolaram predominantemente em contextos nacionais. Mas também cruzariam fronteiras acompanhando as migrações e várias vagas do internacionalismo socialista e comunista.

E sobre a repercussão do feminismo mundial no Brasil, trataremos especificamente mais adiante.

Sônia Corrêa¹⁵¹, em **Violência e os Direitos Humanos das Mulheres**, por nos já referida, expõe seu pensamento de forma a possibilitar o encadeamento lógico dos fatos relacionados ao nosso tema. Interpretando seu relato, esboçamos um roteiro que detém o significado da luta feminista, onde incluímos observações complementares. Consideremos, portanto:

a) período da II Guerra Mundial – nele os debates feministas se mantiveram na Europa e nos Estados Unidos, onde as mulheres já atuavam politicamente e tiveram papel determinante na economia. Note-se que Eleanor Roosevelt teve influência tanto na formação do sistema da ONU, como nas negociações sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

b) Nos anos 1960, no sistema interamericano, a retomada da importância do princípio da igualdade valoriza conquistas anteriores, como por exemplo o direito à educação e ao voto. Tais conquistas, além de estarem em âmbito nacional, haviam se aplicado em diversos países da América Latina, entre 1920 e 1930. Nos anos 60 estas declarações são valorizadas através do princípio da igualdade, nelas inserido. A aplicação do princípio é visível em documentos e instrumentos entre os quais: Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Convenção Internacional de

¹⁵⁰ CORRÊA, Sônia. **Violência e os direitos humanos das mulheres – a ruptura dos anos 90**. Op. Cit.

¹⁵¹ *Idem*.

Direitos Civis e Políticos, Convenção Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

c) Em 1979, surge com maior relevância, e é adotada a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Dos fins da década de 40 até os anos 90, houve tensão na ordem global, paralisação do debate sobre os direitos humanos e tensão também nas discussões sobre direitos da mulher, em decorrência da controvérsia entre o mundo capitalista, onde prevaleciam os direitos civis e políticos, e o mundo socialista, com a preferência por direitos econômicos, sociais e culturais. Tornaram-se nesse período praticamente ineficazes os instrumentos disponíveis quanto aos direitos das mulheres.

Essa tensão repercute de tal modo que a Primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos (1968) terminasse em um impasse. Tal debate só foi reaberto 25 anos após, na esfera das Nações Unidas, quando já desaparecidos os muros entre Leste/Oeste. Ao lado desta tensão, na ordem global, na época entre a II guerra e os anos 90, países membros da ONU estavam sob regimes autoritários ou na alternância entre autoritarismo e democracia.

Ainda há de se ver que há resistências entre os sistemas jurídicos nacionais e das culturas ante as definições normativas internacionais. Entretanto, aos poucos as mulheres conseguiram obter em suas sociedades uma atmosfera propícia aos direitos humanos das mulheres, possibilitando a inserção dos instrumentos internacionais garantidores nos contextos que lhes eram mais difíceis; isto teve curso entre 70 e 90.

d) Em 1993, a Conferência de Viena, surge como marco para a discussão e operacionalização internacional dos direitos humanos. A bipolaridade global chegara ao fim. Ela, que provocara o já referido recuo dos debates, não mais existindo, possibilita novas condições políticas internacionais ao mesmo tempo em que se vê a maturação intelectual sobre os sistemas internacionais dos direitos humanos.

Viena foi marco também para o entendimento de que não só os Estados poderiam ser violadores dos direitos humanos, mas também os agentes privados como maridos e companheiros, inclusive, o estupro passava a ser visto como violação de direitos humanos, juntamente com outros abusos da vida privada, tais como tratamento cruel e desumano.

A partir de então, alguns acontecimentos foram fundamentais para prevenção e erradicação da violência do gênero.

e) Em 1995, em Pequim, aconteceu a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que não transcorreu livre de resistências por parte dos países participantes, pois nem todos aceitaram a terminologia “Direitos Humanos das Mulheres”, consagrada em Viena, dois anos antes, servindo como argumento as diferenças culturais entre os sexos.

f) Cinco anos mais tarde, esse evento foi revisado no que se chamou Pequim +5, que aconteceu em Nova Iorque e teve como tema: a mulher no ano 2000 – igualdade entre gêneros, desenvolvimento e paz para o século XXI. Nessa conferência discutiram-se as medidas positivas que foram efetivadas desde Pequim, e reconheceram as figuras de crime contra honra, além de orientar os Estados, para que seus sistemas de administração da justiça sejam sensíveis à questão do gênero.

g) Marcante também o surgimento do Tribunal Penal Internacional, que define, em seus documentos de criação, delitos sexuais como crime contra a humanidade, foi assim com o estupro sistemático, a prostituição.

Concluindo a trilha acima descrita, devemos verificar que essas conquistas internacionais podem esbarrar nos sistemas jurídico-político próprios de cada Estado. Assim, serve como exemplo o caso dos Estados Unidos, muito bem lembrado por Corrêa¹⁵², que têm reservas em relação ao Tribunal Penal Internacional, pois quando seus soldados cometem estupro, não admitem que sejam julgados pelas cortes de outros países. Também no caso de culturas muçulmanas, que colocam a mulher conscientemente em posição de inferioridade em relação aos homens.

Tratemos então dos frutos conseguidos pelo feminismo na realidade brasileira.

¹⁵² CORRÊA, Sônia. **Violência e os direitos humanos das mulheres – a ruptura dos anos 90**. Op. Cit. p. 68.

4.3 DA PUBLICIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL – A “VIA CRUCIS”

Todas essas conquistas feministas mundiais refletiram sobre o Brasil, mas paulatinamente, pela tendência colonial do privatismo. Exatamente por esse aspecto, para fixarmos o estudo sobre bases realísticas e não apenas formais, antes de adentrarmos às conquistas feministas no Brasil, aculturaremos o movimento internacional à realidade social brasileira, quando ficará naturalmente clara a motivação da escolha do termo “*via crucis*” como título desse item do trabalho.

4.3.1 DA FIXAÇÃO DA REALIDADE SOCIOCULTURAL BRASILEIRA

Iniciemos a abordagem da repercussão das conquistas feministas mundiais dentro do Brasil, fixando as peculiaridades culturais do país.

Seguindo a linha original do estudo, temos que Nelson Saldanha¹⁵³ propõe a observação da forma como vem se processando a transição do privado ao público no Brasil, e afirma:

O panorama histórico nos revela, com as gravuras oitocentistas e as folhagens tropicais, o perfil patriarcal da vida privada, que pareceu predominar sobre as longínquas austeridades da ordem pública.

Com isso, assevera o caráter privado imanente no brasileiro, citando a famosa frase do viajante: “*nesse país nenhum homem é repúblico*”¹⁵⁴.

Luís Roberto Barroso¹⁵⁵, ao tratar sobre o público e o privado na experiência brasileira, no mesmo sentido desvenda que:

O colonialismo português, que, como o espanhol, foi produto de uma monarquia absolutista, legou-nos o ranço das relações políticas, econômicas e sociais de base patrimonialista, que predispõem à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção.

¹⁵³ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit. p. 131.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit. p. 67.

E com isso, herdou-se também o modelo de família patriarcal, tal qual exacerbado na Idade Média.

Não encontramos em Habermas referência específica sobre a situação da mulher brasileira, mas sobre o país, temos algumas considerações que ele fez depois da visita a São Paulo, e que servem de apoio para a formação do cenário que expomos de violência doméstica. Assim, destacamos o seguinte, da entrevista a Sérgio Paulo Rouanet e Barbara Freitag¹⁵⁶, na sua casa, em Starnberg, na Alemanha. Habermas¹⁵⁷ referiu-se especificamente às impressões que teve da cidade de São Paulo, que definiu como “única” e seguiu descrevendo a motivação:

Claro, estou me baseando na primeira impressão. Não a conheço bem. Nunca vivi lá. Mas a primeira impressão, o que faz com que ela seja algo de único, é a coexistência espacial imediata do século 21 com estruturas pré-modernas, de uma potência econômica gigantesca com o universo das favelas. Elas não estão na periferia, mas no centro, o que implode qualquer conceito europeu de cidade. Isso é único!

De fato, numa sociedade socialmente desigual, não é só o aspecto econômico que impera, mas vários outros fervilham como num caldeirão de abismos sobre os quais um grupo domina o outro. Assim, esse é um cenário propício para o agravamento de violências, dentre as quais a doméstica familiar contra a mulher, mormente, usando a dicotomia habermasiana acima exposta, na favela a interferência do Estado em cada lar é mais restrita.

Boaventura de Sousa Santos¹⁵⁸ realizou um estudo empírico numa favela, nesse caso no Rio de Janeiro, e chegou a perceber que o aumento da violência se dava pela indisponibilidade ou inacessibilidade estrutural dos mecanismos de ordenação e controle social próprios do sistema jurídico brasileiro (política e tribunais) e pela inexistência de mecanismos alternativos comunitários análogos aos oficiais. A comunidade tinha fixado residência no local através de invasões, o que lhes tornavam (até o momento da pesquisa) em condição de moradia irregular. Isso

¹⁵⁶ In SCHWARTZ, Adriano. **Memórias do Presente vol. 2: 100 entrevistas do “Mais”: 1992-2002: Artes do Conhecimento**. Op. Cit. p. 94/124.

¹⁵⁷ In SCHWARTZ, Adriano. **Memórias do Presente vol. 2: 100 entrevistas do “Mais”: 1992-2002: Artes do Conhecimento**. Op. Cit. p. 123.

¹⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In SOUTO, Cláudio/FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica**. 2 Ed. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002.

provocou nos moradores da favela um *feedback* da ilegalidade da própria condição humana dos habitantes, que foi localizado pelo pesquisador português pelo contexto semântico de uma frase recorrente nos depoimentos que tomou deles: “Nós éramos e somos ilegais.” Essa *capitis diminutio* afastou o morador da favela do público, seja ele o Estado jurisdicional, a polícia ou até mesmo (se assim o classificarmos), do advogado!

Com esse estudo, realizado no verão de 1970, na Favela do Jacarezinho (Rio de Janeiro/BR), que foi denominada de Pasárgada, Boaventura¹⁵⁹ concluiu que “A privatização possessiva do direito constitui-se por uma dialética entre a tolerância extrema e a violência próxima. É esta dialética que se detecta em Pasárgada na fase da sua história que estivemos a analisar.”¹⁶⁰

Esse pluralismo advindo das diferenças sócio-econômicas, acoplado à já mencionada tendência do brasileiro ao privatismo, fez com que as conquistas feministas universais adentrassem na legislação nacional paulatinamente, como trataremos adiante.

4.3.2 DAS CONQUISTAS FEMINISTAS NACIONAIS

As conquistas mundiais do movimento feminista ressoaram no Brasil e houve um lento, mas significativo, progresso na situação assimétrica entre homens e mulheres no país.

O Decreto 11261, de 30 de dezembro de 2005, declarou Rose Marie Muraro a patrona do feminismo brasileiro. Rose é oriunda de família muito rica, mas a briga pela divisão da herança depois da morte repentina de seu pai, ainda com 15 anos de idade, resolveu renegar suas origens e dedicar-se a construção de um mundo mais

¹⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In SOUTO, Cláudio/FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica**. 2 Op. Cit. p. 95.

¹⁶⁰ No mesmo sentido, a opção que Habermas encontra, de um entendimento entre os envolvidos num conflito através de suas próprias tolerâncias.

equânime. Nessa trajetória, trabalhou com Dom Helder Câmara em seus movimentos sociais. É formada em Física e Economia, mas sua maior ocupação foi a causa feminista. Trabalhou muitos anos na Editora Vozes, junto com Leonardo Boff, e de lá só saiu, como também ele, por ordem do vaticano. Ele pela teologia da libertação e ela, por ter escrito **A Erótica Cristã**.

As conquistas palpáveis do feminismo no Brasil fora narradas por Souza Araújo¹⁶¹, e, complementando com Maria Berenice Dias¹⁶², podemos enumerar as seguintes:

a) 1962 – Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121/62): atenuou o patriarcalismo do Código Civil de 1916, que foi influenciado pelas Ordenações Filipinas. Trouxe várias conquistas feministas, como o fim da capacidade relativa da mulher, o direito de continuar com os filhos em caso de novo matrimônio (até então proibido), e o livre exercício da profissão, entre outros.

b) 1977 – Lei do Divórcio (Lei 6515/77): como a Constituição de 1969 seguiu a tradição de desigualdade do Código Civil de 1916, este novo dispositivo foi muito importante, pois permitiu à mulher constituir nova família, sem a necessidade de portar o patronímico do primeiro marido. Quebrou ainda com o padrão da comunhão universal como regime de bens quando do casamento, substituindo-o pelo da comunhão parcial.

c) 1988 – Constituição Federal da República Federativa do Brasil: destacam-se no dispositivo legal várias conquistas da mulher, dentre as quais, o princípio da igualdade – material e formal – (art. 5º, I); o fim da idéia de que o homem é a cabeça do casal, com a igualdade na direção da família (art. 226, § 5º); dever do Estado de criar mecanismos para o combate da violência contra a mulher (art. 226, § 8º); reconhecimento da união estável, que viria a ser tratada por lei específica posteriormente (Lei 9278/96).

d) 2002 – Novo Código Civil Brasileiro: atualizou efetivamente o Código Civil às inovações trazidas pela Constituição de 1988. Assim, premiando deveras os direitos da mulher. Eliminou normas discriminatórias de gênero, acabou com a

¹⁶¹ SOUZA ARAÚJO, Maria Vilma de. **A Evolução nas Conquistas pela Igualdade de Gênero**. In Revista Consulex – ano XIII – nº. 306. Brasília: Editora Consulex, out/2009. p. 42/43.

¹⁶² DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Op. Cit. p. 28.

hipótese de anulação de casamento em virtude do defloramento da mulher, que já era letra morta em nosso sistema jurídico, pelas mudanças culturais. Grande avanço ainda na igualdade de gênero foi a inovação de o marido poder acrescentar ao seu nome o sobrenome da esposa, situação inédita no país, onde vigorava o inverso apenas.

e) 2002 – Lei 10.455: insere no parágrafo único do artigo 69, da Lei 9099/1995, a possibilidade de decretação, por medida de cautela do juiz, de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima, em caso de violência doméstica.

f) 2004 – Lei 10.886: cria o tipo a figura qualificada de lesão corporal por violência doméstica familiar, acrescentando o § 9º ao artigo 129, caput, do CPB¹⁶³.

g) 2006 – Lei Maria da Penha (Lei 11.340): advinda de pressão internacional, e que vem para coibir a violência doméstica contra mulher. Trataremos sobre esta lei a seguir.

Daí abstrai-se que a luta pela igualdade de gênero é desafiadora numa sociedade tradicionalmente patriarcal e marcada por contrastes sócio-econômicos, como a brasileira. A mulher foi historicamente colocada em posição de inferioridade em relação ao homem, seja por questão cultural, seja por ideologias mascaradas. À margem de uma vida produtiva, via-se relegada à atividade doméstica não remunerada, por vezes não reconhecida pelo companheiro, que a oprimia por isso.

No Brasil, a incapacidade relativa da mulher, conferida pelo Código Civil de 1916, sob a influência das Ordenações Filipinas, só foi corrigida em 1962, pela lei nº 4121/62, Estatuto da Mulher Casada, que também deu à mulher liberdade para exercer profissão e ter a guarda dos filhos em caso de novo matrimônio. Na mesma linha, a lei nº 6515/77, lei do divórcio, onde a mulher pôde libertar-se do patronímico do ex-marido ao constituir nova família.

A Constituição Federal de 1988, lei maior do Brasil, é também conhecida como carta cidadã ou carta democrática, por ser garantidora de direitos fundamentais e sociais, no rol dos direitos fundamentais, dita o princípio da

¹⁶³ Que em 2006, com a Lei Maria da Penha (11340), viria a ser alterado, com aumento da pena máxima, que o tira da competência que até então era dos Juizados Especiais Criminais.

igualdade, que aqui nos interessa pela referência à igualdade de gênero, onde no artigo 5º, I, temos:

Art. 5º, CF/88 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes do país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

I – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (grifos nossos)

Igualdade entre homens e mulheres sim, mas na medida de suas desigualdades, já que há a previsão da igualdade ‘nos termos desta Constituição’, que no artigo 226, § 8º, prevê que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Registre-se que em 1994, no Pará, houve a adoção da Convenção Interamericana para a Erradicação da Violência contra as Mulheres, que colaborou para a concretização da garantia constitucional de igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, §2º, CF/88), sendo o primeiro Tratado Internacional a dedicar-se ao tratamento exclusivo da questão de gênero, universalizando a violência contra mulher, sem distinção de raça, classe ou religião.

É prudente a Constituição Federal neste ponto, ao garantir a igualdade substancial e não dogmática, o que garante conseqüentemente a eficácia da norma, posto que dá espaço hermenêutico para criação de normas infraconstitucionais protetivas de vítimas carentes de maior proteção estatal, que, seja por sua própria natureza, ou por questões sócio-culturais, estão vulneráveis à violência, familiar ou não.

Assim, o texto constitucional de 1988 premiou o movimento feminista com o princípio da igualdade entre os sexos (art. 5º, I); tratamento da entidade familiar na especificidade de cada um dos seus membros, coibindo-se a violência no âmbito dessas relações (art. 226, §8º); igualdade na direção da família, deslegitimando o homem como cabeça do casal (art. 226, §5º).

Nesse ponto, vale citar Barroso¹⁶⁴:

A Constituição de 1988, o mais bem-sucedido empreendimento institucional da história brasileira, demarcou, de forma nítida, alguns espaços privados merecedores de proteção especial. Estabeleceu assim, a inviolabilidade da casa, o sigilo da correspondência e das comunicações, a livre iniciativa, a garantia do direito de propriedade, além de prometer a **proteção da família**.
(grifei)

Essa promessa de proteção da família está presente no já referido artigo 226, § 8º, da CF/88, e vem a tornar-se efetiva proteção pelas leis ordinárias e tratados internacionais que tratem sobre direitos humanos e sigam o rito necessário para adentrar no sistema jurídico nacional com status de emenda constitucional.

A lei 9278/96, por exemplo, reconhece a união estável como entidade familiar, ampliando o conceito de família, resgatando a dignidade e garantindo o direito de muitas mulheres que não tinham contraído casamento com seus respectivos companheiros, por vezes em razão alheia às suas vontades.

Voltando à cronologia das conquistas feministas, temos que em 2001, o Brasil assinou o protocolo facultativo da *CEDAW* – Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (aprovada pela AGNU em 1979)¹⁶⁵.

O Código Civil de 2002 consolidou as conquistas feministas, expurgando de vez muitas normas discriminatórias de gênero do texto de 1916, como a possibilidade de anulação do casamento pelo defloramento da mulher. Inova na questão de isonomia de Gêneros, com a oportunidade de o homem incluir no seu nome o sobrenome da esposa (o que só era permitido na situação inversa, anteriormente).

Mas, como oportunamente ressalta Olivo¹⁶⁶: “Entretanto, persiste ainda no Código Civil de 2002, sob a figura do dever de fidelidade, como uma das obrigações do casamento”. Esse dever de fidelidade, numa sociedade ainda patriarcal como a brasileira, vem culturalmente em prejuízo da mulher, posto que a traição masculina é

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit. p. 68.

¹⁶⁵ SOUZA ARAÚJO, Maria Vilma de. **A Evolução nas Conquistas pela Igualdade de Gênero**. Op. Cit. p.42-43.

¹⁶⁶ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. **Direito e Literatura em Machado de Assis**.(Inédito).

deveras legitimada pelo discurso machista, que vem desde a criação do homem, enquanto que a feminina, é condenada não só legalmente, mas socialmente, sendo a comunidade responsável pela punição do estereótipo de mulher infiel.

Apesar de civilmente ainda ser considerada a fidelidade como obrigação do casamento, sua contrariedade não mais constitui ilícito penal, desde 2005. Isto porque a lei 11.106/2005 revogou o artigo 240, do CPB, que tipificava a conduta de “cometer adultério”, por política legislativa, já que os índices de processamento de Queixas-Crime por parte do cônjuge ofendido eram baixíssimos, deixando este tipo penal como letra morta.

a) NA CONTRA-MÃO: A LEGÍTIMA DEFESA DA PRÓPRIA HONRA COMO EXCLUEDENTE DE ILICITUDE

Sobre a violência doméstica e familiar no Brasil, vale tecermos ainda algumas considerações.

Seguimos o retrospecto tratado anteriormente, nota-se que houve uma crescente publicização dos interesses das mulheres, operada pela luta do movimento feminista universal. Mas, cumpre alertarmos que apesar das várias conquistas internacionais em matéria do trato das mulheres, que datam mais efetivamente do século XIX; numa realidade não muito distante, até a década de 1980, no Brasil tivemos uma importação de doutrina alemã que realmente colocou a mulher na condição de desdenhada, ou melhor definindo, ultrajada. É a tese da excludente de ilicitude pela legítima defesa da própria honra. Apesar de não constar no texto legal, a legítima defesa da própria honra, surgiu principalmente para descriminalizar condutas de vingança por adultério e adveio da recepção da tese de Mezger¹⁶⁷, que em última análise legitima o uso da violência em retribuição da honra ferida, para quem:

É indiferente a índole do interesse juridicamente protegido contra o qual o ataque se dirige pode ser o corpo ou a vida, a liberdade, a honra, a honestidade, a inviolabilidade de domicílio, a situação jurídica familiar, o patrimônio, a posse etc. (...) Todo bem jurídico é susceptível de ser defendido legitimamente.

¹⁶⁷ *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2008. p. 267.

Pois bem, analisemos da seguinte forma: o artigo 25, do CPB, determina que age em legítima defesa quem moderadamente repele injusta agressão, atual ou iminente. Sendo a injusta agressão direcionada contra a honra do marido, por exemplo, ao presenciar a configuração da conduta da infidelidade, seria desmedida sua reação de cometer homicídio contra a esposa e seu amante, posto que o bem jurídico “honra” é indiscutivelmente inferior ao bem jurídico “vida”. Havendo proporcionalidade, apesar de configurar crime, numa postura do marido que reagisse atingindo também a honra da esposa infiel, como a prática do crime de injúria (art. 140, do CPB).

Além disso, para que fosse considerada legítima defesa, a agressão deveria ser injusta. Analisando sob o prisma atual do Direito brasileiro, onde adultério não é mais tipificado no diploma penal, de fato não era injusta a suposta agressão. Ainda pese que, para ser considerada injusta a agressão, a constatação deveria ser inequívoca, não fundada em frágeis indícios da prática do ato. Neste sentido prevalecia o entendimento jurisprudencial¹⁶⁸ que exigia a conjunção carnal para a tipificação da conduta, o que deixava explícito Bento de Faria¹⁶⁹ ao tratar sobre o adultério: “só o caracteriza o coito vaginal”.

Já houve, entretanto, posicionamento contrário, no sentido da dispensa do “rigorismo do *nudus cum nuda in eodem lecto*” para a configuração do crime¹⁷⁰, o que fortalecia as teses de infidelidade feminina que se baseavam em meros indícios da traição, baseados, inclusive, em circunstâncias estéticas, como a roupa que a vítima usava no momento do crime.

Não eram incomuns sentenças absolutórias de alagoes que assassinaram suas esposas, porque estavam usando uma roupa que o sentenciante considerasse “insinuante”, quando encontrada com algum suposto amante. Essa leitura estigmatizante traz à baila a questão estética das vestimentas adequadas ao público

¹⁶⁸ TACrSP, RT 514/382.

¹⁶⁹ *Apud* DELMANTO [et al]. **Código penal comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 453.

¹⁷⁰ TACrSP, RT 721/467.

e ao privado, questão sobre a qual já tratou Nelson Saldanha¹⁷¹, ao discorrer sobre a dimensão sexual da vida, afirmando que:

De fato, o problema das vestes, como o da vida sexual, participa da área privada e da pública: projeta-se daquela sobre esta e reflui desta para aquela, como em um movimento pendular. (...) um pedaço de pano pode alterar o “efeito” da figura humana, e nas civilizações mais conhecidas a dignidade social sempre corresponde a um tanto mais de tecido ou de adornos sobre o personagem.

Afora a não exigência de materialidade¹⁷² do então crime de adultério, outro ponto importante de ser atacado nesta tese de legítima defesa da própria honra é a questão do momento da resposta do ofendido, ou seja, a agressão tem que ser atual ou iminente. Não caberia, portanto, a alegação dessa excludente no caso do cônjuge que teve ciência de um possível ato isolado de infidelidade, preparou-se e planejou todo procedimento criminoso. O direito fundamental à vida é abstrata e concretamente maior que o direito à imagem do indivíduo perante a comunidade, o que, caso comprovada a infidelidade, existiriam os institutos legais cabíveis à reparação pelo dano moral que eventualmente sofresse, sendo vedada a auto-tutela, ainda mais quando tão desproporcional assim.

Interessante o argumento contrário à tese da excludente de ilicitude doutrinária, levantada por Delmanto¹⁷³:

Legítima defesa da honra conjugal: Não há legítima defesa na conduta do marido ou da mulher que agride o cônjuge, o amante ou a amante deste, ou ambos, pois a honra que foi atingida não é a do cônjuge traído, mas a daquele que traiu, podendo ser reconhecida em favor do primeiro a atenuante da violenta emoção ou do relevante valor moral ou social.

Mas, note-se que o autor, mesmo não fortalecendo o posicionamento da legítima defesa da própria honra, ainda entende haver complacência processual que beneficie o agressor, como a violenta emoção ou o relevante valor social ou moral. No primeiro caso, de fato, é razoável aplicar-se a minorante de pena em função da violenta emoção, mas destaque-se que não é uma regra que possa ser aplicada em

¹⁷¹ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit. p. 37/38. Apesar de não se ater à questão ora proposta de estigmatização da mulher.

¹⁷² Por exame médico legal próprio, ou prova testemunhal robusta, já que não é provável a conduta ser presenciada por terceiro, e, caso depusesse o suposto amante, não firmaria o compromisso legal, devendo ser ouvido não como testemunha, mas como mero informante.

¹⁷³ DELMANTO, Celso (et al). **Código penal comentado**. Op. Cit. p. 47.

todos as hipóteses, posto que em sendo uma conduta dolosa, por exemplo, a violenta emoção só se aplicaria para legitimar a agressão, já que o crime fora premeditado. Já a exaltação do relevante valor moral ou social da conduta delituosa é de frágil aplicação, posto que nos moldes atuais de amplitude paradigmática de famílias, a infidelidade deve ser pesada por valores circunstanciais ao caso, ainda pelo fato de hoje não ser mais tipificado o adultério.

De tudo, deve ficar claro que Delmanto não defende a absolvição do autor da violência sob o pretexto de legítima defesa da própria honra, o que ele admite, e é razoável, é após a apreciação do caso, em havendo condenação, a aplicação de atenuantes que minorem a pena. Vale ressaltar ainda, que após setembro de 2006, concorre com essas possíveis atenuantes, a agravante inserida no CPP pela Lei Maria da Penha (11340/2006), para crimes praticados com violência doméstica contra a mulher.

Para o bem do Estado Democrático de Direito, que expõe a autotutela em situações habituais, a tese da legítima defesa da própria honra não mais vigora em nossos tribunais, ainda mais depois que como letra morta do diploma penal pátrio, o adultério de fato deixou de ser crime, pela lei nº 11.106/2005, mas só um ano antes da edição da lei Maria da Penha. Na realidade a tipificação do adultério era uma forma de legitimar o patriarcalismo que a sociedade brasileira herdou de Portugal. Isto porque culturalmente a infidelidade masculina é aceita e valorizada pela comunidade, servindo a figura legal, amparada pela excludente da legítima defesa da própria honra para legitimar a violência contra a mulher supostamente adúltera.

Conveniente neste momento a menção a Lucas Verdú¹⁷⁴, que afirma que:

(...) a verdadeira natureza e a importância real do Direito se revelam mais completamente quando o homem é atingido em seu direito, em sua personalidade, e aparece sob a forma de enfermidade moral.

A enfermidade moral que outrora era considerada a honra ferida do homem supostamente traído na realidade recaiu sobre a mulher vítima de violência doméstica familiar. Isso porque foi atingida no seu direito fundamental por

¹⁷⁴ LUCAS VERDÚ, Pablo. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 22.

excelência, localizado no topo da árvore de suas garantias jurídicas: o direito à vida e, conseqüentemente, vilipendiada em sua identidade como pessoa, como sujeito desses direitos. Diante dessa constatação de “enfermidade moral”, advieram as reações universais em defesa dos direitos humanos dessas mulheres que foram colocadas à margem de sua espécie.

Em relação à implementação dos dispositivos legais protetivos das mulheres, os últimos governos cuidaram da questão da seguinte forma: em dois mandatos na Presidência da República, Fernando Henrique Cardoso lançou dois programas nacionais de direitos humanos. Um em 1996, com o caráter inovador de estruturar os direitos humanos como matéria de política pública; o segundo, em 2002, ampliando a abrangência do anterior, adequou-se à concepção moderna de direitos humanos, da Carta da ONU de 1948.

O último governo, do Presidente Lula, no segundo mandato, desde o primeiro dia criou, a Secretaria Especial de Política para as Mulheres (MP 103), que tem status de Ministério, tendo sido dirigida desde o início pela Ministra Nilcéa Freire, recentemente destituída do cargo. Expressando preceito inclusivista, “a SPM trabalha com as mulheres, para as mulheres e pelas mulheres”, auxilia o governo nas ações afirmativas para implementar políticas públicas concretizadoras dos direitos humanos das mulheres consagrados pela legislação. Frente à realidade brasileira, esses esforços não foram suficientes para dirimir o conflito gerado pela alteração do modelo patriarcal de família, provocada pelas legislações emancipatórias da mulher.

Em 2006, devido à pressão da comunidade internacional, protetora dos Direitos Humanos, é promulgada a lei nº 11.340, que tomou o nome de lei Maria da Penha, como trataremos a seguir.

4.3.3 A LEI MARIA DA PENHA E A MULHER BRASILEIRA

Comigo não, violão... Na cara que mamãe beijou Zé Ruela nenhum bota a mão... Se tentar me bater... Vai se arrepender... Eu tenho cabelo na venta... E o que venta lá, venta cá... Sou brasileira, guerreira... Não tô de bobeira...

Não pague pra ver... Porque vai ficar quente a chapa... Você não vai ter sossego na vida, seu moço... Se me der um tapa... Da dona "Maria da Penha"... Você não escapa... O bicho pegou, não tem mais a banca de dar cesta básica, amor... Vacilou, tá na tranca... Respeito, afinal, é bom e eu gosto... Saia do meu pé, ou eu te mando a lei na lata, seu mané... Bater em mulher é onda de otário... Não gosta do artigo, meu bem... Sai logo do armário... Não vem que eu não sou... Mulher de ficar escutando esculacho... Aqui o buraco é mais embaixo... A nossa paixão já foi tarde... Cantou pra subir, Deus a tenha... Se der mais um passo... Eu te passo a "Maria da Penha"... Você quer voltar pro meu mundo... Mas eu já troquei minha senha... Dá linha, malandro... Que eu te mando a "Maria da Penha"... Não quer se dar mal, se contenha... Sou fogo onde você é lenha... Não manda o seu casco... Que eu te tasco a "Maria da Penha"... Se quer um conselho, não venha... Com essa arrogância ferrenha... Vai dar com a cara Bem na mão da "Maria da Penha".¹⁷⁵

Cada nação tem cultura própria que estrutura a formação do lar e o *status* dos sexos, mas há parâmetros mínimos que devem reger as legislações nacionais para salvaguardar os direitos oriundos do sistema geral de proteção internacional. A questão da igualdade de gênero vem tomando grande alcance, inclusive, pelas mudanças sociais na estrutura familiar e na sociedade como um todo. Isso faz com que haja uma complementaridade entre o sistema geral e um sistema especial de proteção internacional, que privilegia a peculiaridade do tutelado, utilizando um *processo de especificação de sujeito de direito*¹⁷⁶ nos moldes inclusivistas¹⁷⁷.

No Brasil, a estrutura patriarcal legitimava a violência doméstica contra a mulher, cite-se a tese da exclusão de ilicitude pela legítima defesa da honra, já referida nesse estudo, que autorizou vários ultrajes contra a mulher e vigorou até pouco tempo.

Conforme Nogueira¹⁷⁸,

a ordem jurídica que é marco da civilização humana e é desenvolvida segundo diversos sistemas, parece operar pouco do muito que deveria em face de sua própria teleologia institucional, notadamente no que se refere aos sistemas jurídicos que ambientam os povos e Estados subdesenvolvidos e em desenvolvimento (emergentes).

¹⁷⁵ Canção: **MARIA DA PENHA**. Composição: Paulinho Resende e Evandro Lima. Intérprete: Alcione.

¹⁷⁶ Termo utilizado por PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 207 e ss.

¹⁷⁷ Presente no art. 226, § 8º, da CF/88.

¹⁷⁸ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O Problema da Razoabilidade e a Questão Judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006. p.505.

Participando desse grupo, o Brasil tinha sua *práxis* penal “democraticamente deficiente”, não sendo regalia aos delinqüentes de violência doméstica familiar. A impunidade advinha a rodo!

Nogueira¹⁷⁹ ressalta a influência do comportamento do Estado sobre as condutas:

As instituições do Estado, convém lembrar, exprimem composições que refletem de algum modo o tecido da própria sociedade. Por isso, queira-se ou não, há sempre uma relação necessária entre a ação do Estado e o povo que o autoriza como base psicológica e subjetiva sem a qual simplesmente não existiria, ainda quando se considere o Estado em sua categoria meramente conceitual.

No mesmo sentido, a idéia de Foucault, citada por Butler¹⁸⁰, de que “*o poder regulatório produz os sujeitos que controla, que o poder não é simplesmente imposto externamente, mas que funciona como meio regulatório e normativo pelo qual os sujeitos são formados*”.

Assim, conforme Maria Berenice Dias¹⁸¹,

Até o advento da Lei Maria da Penha, a violência doméstica nunca mereceu a devida atenção, nem da sociedade, nem do legislador, e muito menos do Judiciário. A idéia sacralizada e a inviolabilidade do domicílio sempre serviram de justificativa para barrar qualquer tentativa de coibir o que acontecia entre quatro paredes. Como eram situações que ocorriam no interior do ‘lar doce lar’, ninguém interferia.

Como nos sugere a autora, a inoperância do Poder Judiciário, associada a um regime processual penal irrazoavelmente benéfico ao suposto autor da conduta delituosa, só legitimaram práticas delituosas amparadas pela impunidade. Apesar do avanço, em 1995, com a criação dos Juizados Especiais Criminais¹⁸², que tiraram das estantes das varas comuns crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais, os criminosos mais ofensivos como homicidas e estupradores continuaram longe do alcance efetivo do *jus puniendi* estatal.

¹⁷⁹ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O Problema da Razoabilidade e a Questão Judicial**. Op.Cit. p. 95.

¹⁸⁰ *Apud* HALL, Stuart. Quem precisa da identidade? In SILVA, Tomaz Tadeu da. (org) **Identidade e Diferença**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000. p. 128.

¹⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha em Juízo: a efetividade da Lei 11340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. Op. Cit. p. 25.

¹⁸² Lei 9099/95, que cria igualmente os Juizados Especiais Cíveis.

Um dos beneficiados pela junção de lei processual defasada e Poder Judiciário inoperante foi Marco Antonio Herredia, professor universitário que tendo investido contra a vida da esposa pela primeira vez e saído ileso, nem esperou ela se recuperar dos tiros que lhe proferiu e mais uma vez tentou matá-la, dessa vez eletrocutada. Esse episódio ilustra a afirmação supra de Nogueira, pois a inoperância estatal na primeira tentativa de homicídio deu confiança para que o homicida reincidisse na conduta.

E ainda assim, depois da prática reiterada de tentativa de homicídio, que não se consumou por motivo alheio à sua vontade, Marco Antonio continuou levando a vida normalmente, em liberdade e sequer tendo sido julgado. Diferente a situação da vítima, que amargou seqüela física permanente advinda da violência doméstica do marido.

O diferencial desse caso em relação ao de tantas outras “marias” é que a “maria” do Marco Antonio é na verdade a nossa “Maria”, a “Maria” mãe das mulheres vitimadas por homens violentos, no ambiente familiar, a Maria da Penha Fernandes, que, indignada com a impunidade de quase vinte anos de liberdade do seu algoz, levantou a bandeira da causa feminista e não tendo obtido resposta satisfatória do seu próprio país, levou o caso às entidades internacionais, seguindo esse processo a seguinte cronologia:

- a) 1983 – Marco Antonio Herredia, o marido de Maria da Penha Fernandes, tentou matá-la por duas vezes (arma de fogo e choque elétrico).
- b) 1991 – quase 10 anos depois, o economista e professor universitário, foi condenado. Recorrendo em liberdade, o julgamento foi anulado.
- c) 1996 – foi julgado e condenado novamente, e novamente recorreu em liberdade.
- d) 2002 – quase 20 anos depois do crime, foi preso pela tentativa de homicídio. Condenado a 10 anos e seis meses de prisão, foi posto em liberdade após o cumprimento de apenas dois anos.

Assim, tomando conhecimento do caso, através do CEJIL e do CLADEM, a OEA cobrou informações ao Brasil, que se manteve inerte. Então, em 2001 responsabilizou o país por negligência e omissão quanto à matéria de violência

doméstica familiar contra a mulher; recomendou, inclusive, mudanças legislativo-processuais, para que os processos fossem mais céleres, e compeliu o Estado Brasileiro a indenizar Maria da Penha Maia Fernandes no montante de vinte mil dólares, além de ter de tomar medidas afirmativas (discriminação positiva) no enfrentamento desse tipo de violência.

Sobre essa decisão comentou Piovesan¹⁸³: “É a primeira vez que um caso de violência doméstica leva à condenação de um país, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos”.

O Brasil respondeu à condenação, ainda que não jurídica, mas de política internacional, mobilizando seus três poderes de Estado, cabendo-nos traçar o seguinte quadro:

PODER LEGISLATIVO	PODER EXECUTIVO	PODER JUDICIÁRIO
Emenda Constitucional nº 45/2004 – Reforma do Poder Judiciário – Razoável duração do Processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88)	Políticas Públicas – Reforço à Secretaria de Políticas das Mulheres (já criada anteriormente)	STF – ADC (Audiência Pública), ADIn STJ – <i>Empoderamento da mulher?</i> ¹⁸⁴ AMB – Cartilha Maria da Penha, em defesa da mulher (formação de crianças)
Lei 11340/2006 – Lei Maria da Penha	Liberação de incentivos federais para estudos e campanhas nacionais pela erradicação da violência doméstica contra a mulher	Criação de Varas Especializadas em Crimes de Violência Doméstica contra a Mulher (Juizado da Mulher)
Reforma Processual Penal	2009 - Maria da Penha recebe a indenização determinada pela OEA	Deslinde do processo em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/88)

¹⁸³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. Op. Cit. p. 231.

¹⁸⁴ Assunto sobre o qual trataremos pormenorizadamente em capítulo oportuno.

Vale ressaltar que desses acontecimentos, o que ganhou maior repercussão e implementação prática foi a promulgação da Lei Maria da Penha, e sobre ela vale tecer alguns comentários.

Apesar de representar uma quebra de modelo no sistema jurídico nacional para o tratamento de violência de gênero e de já estar sendo cantada no samba de Alcione, segundo o Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS)¹⁸⁵, realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em pesquisa recente (fim de 2010), apenas 77,7% dos entrevistados conhecem a Lei Maria da Penha, mas, desses, 78,6% reconhecem sua eficácia.

Como bem lembra Dias¹⁸⁶, a lei Maria da Penha não trouxe nova figura penal tipificadora de conduta delituosa, mas trouxe sim um agravante (art. 61, II, *f*, CPB); uma majorante (art. 129, §11, do CPB – contra portador de deficiência física); o aumento de pena para o crime de lesão corporal decorrente desse tipo de violência (art. 129, §9º, CPB – de 03 meses a 3 anos, que antes era de 06 meses a 01 ano); a previsão de prisão preventiva para o agressor descumpridor de medida protetiva de afastamento¹⁸⁷ (art. 313, IV, do CPP) e a obrigatoriedade de comparecimento deste a programa de recuperação e reeducação.

Além dessas mudanças no direito penal/processual penal, a LMP trouxe também inovações como a consideração legal da família homoafetiva, a competência única da Vara de Crime de Violência Doméstica contra a Mulher (cível e criminal) e uma de que trataremos mais atentamente: a mudança do modelo de tratamento tradicionalmente dado pelo processo penal brasileiro ao suposto autor de conduta delituosa.

É excluída da sistemática processual o *favor rei*, e um exemplo disso é a possibilidade de concessão de medida protetiva de afastamento do lar de forma cautelar, sem instrução processual (arts. 18 e ss). Além disso, o artigo 41 é

¹⁸⁵ Disponível em: www.ipea.gov.br, consultado em 10/12/2010. Que também consta do anexo desse trabalho.

¹⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha em Juízo**. Op. Cit. p. 68.

¹⁸⁷ Ao comentar o novo dispositivo, Nucci acreditar tratar-se de: “outra inutilidade, promovida com fim demagógico. Somente pode ser decretada a prisão preventiva se os requisitos do art. 312, do CPP estiverem presentes.” *In* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2008. p. 638.

expresso ao proibir a aplicação dos benefícios da Lei 9099/1995 aos suspeitos em processo sujeito à LMP.

A Lei 9099 entra no ordenamento nacional em 1995, com natureza descriminalizadora de condutas de menor potencial ofensivo. Assim, o suposto autor de conduta com condenação inferior a dois anos (limite máximo acrescido em um ano, pela Lei 10.259/2001 – que instituiu os Juizados Especiais Federais) goza de benefícios como fase preliminar do processo, a composição civil do dano, a transação penal, a suspensão condicional do processo e a pena de doação de cestas básicas.

Logo, um mesmo delito, como os contra a honra, por exemplo, comum em relações que envolvem sentimentos, dependendo das partes envolvidas e das circunstâncias pode ser apreciado com a concessão dos benefícios da Lei 9099/1995 ou simplesmente essas beneficias podem ser negadas ao suspeito.

Por isso, o conceito de violência doméstica e familiar¹⁸⁸ deve ser analisado com responsabilidade, já que sua configuração traz conseqüências sérias no campo processual, pelo que Nucci¹⁸⁹, critica a definição legal dada ao tema, pois teme que uma hermenêutica abrangente do tipo causaria situações injustas, podendo ser erroneamente entendido como qualquer crime praticado contra a mulher. Para o autor, “... há de se ter prudência na análise da expressão violência doméstica familiar, verificando-se a situação do agente do crime e da vítima e seus vínculos domésticos e familiares.” A lei nesse aspecto, de configuração de violência doméstica familiar, envolve várias polêmicas fáticas.

Entre elas, cite-se a referente aos vínculos domésticos e afetivos, que cercam os envolvidos, haja vista ser de suma importância a explanação, já que é determinante para a tipificação da conduta. Assim, o tipo não tem essencialmente que ser praticado no âmbito do casamento, como a Constituição Federal de 1988

¹⁸⁸ Definida como – Art. 5º, lei 11340/2006 – *Para os efeitos dessa lei, considera-se violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.*

¹⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Op. Cit. p. 863

abrangeu o conceito de família, a Lei 11340/2006 também abre este leque de possibilidades. Onde é considerada família a “*comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa*” (art. 5º, II, da LMP). Portanto, é importante para a configuração, uma ligação íntima de afeto, tratando-se por exemplo das famílias paralelas (concubinato), homoafetivas, anaparentais (irmãos), etc. sem que se leve em consideração o critério de “casamento”, ou da diferença de sexos dos integrantes do casal, tradicionalmente exigidos para a configuração formal de uma família.

Pois bem, esse assunto teve uma de grande repercussão na imprensa recentemente, quanto à classificação de relação doméstica no caso do goleiro Bruno e da modelo Elisa Samudio. Como os dois, ao que ele diz, mesmo tendo um filho supostamente comum, viveram apenas um relacionamento fugaz e sem vínculos, foi negada a medida protetiva de afastamento requerida por ela contra ele, a quem acusou de tentativa de provocação de aborto. De fato, na “*era dos ficantes*” é um fardo pesado para o magistrado interpretar a natureza da relação de um casal, entretanto, apesar de não concluída a instrução processual do caso, os indícios indicam que Elisa foi atraída para a emboscada que parece ter lhe tirado a vida sob o pretexto de tratar com Bruno sobre a pensão alimentícia, moradia e criação do filho. Assuntos demasiadamente domésticos ao nosso modesto entendimento.

Outra polêmica é a referente à necessidade ou não da representação da vítima para a persecução penal do crime de lesão corporal leve, qualificada por violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso porque, desde a entrada em vigor da Lei 9099/1995, o crime de lesão corporal leve era submisso à representação da vítima, mas o artigo 41, da Lei Maria da Penha (11340/2006), veda expressamente a aplicação da Lei dos Juizados Especiais em crimes do gênero, além de aumentar a pena máxima do artigo 129, §9º, do CPB, de forma que lhe tira o status de crime de menor potencial ofensivo, saindo, conseqüentemente, da competência dos JECRIMs. Mas, trataremos mais detalhadamente disso no item próprio dedicado ao tema.

A publicização do trato da violência doméstica contra a mulher, como processada no Brasil, provocou o alcance de um fenômeno nacional ao tema específico. Trata-se da **judicialização**, de que trataremos a seguir no tocante da resposta dada pelo Poder Judiciário no sentido de promover a aderência da lei 11340/2006 à realidade nacional, para que seja eficaz e não apenas um “texto bonito para gringo ler”. Trataremos disso no capítulo subsequente, mas interessamos agora trazer ao estudo um espaço intermediário que existe entre o público e o privado: a imprensa, abordando como essa parte de intercessão entre as esferas se comporta diante do tema proposto de publicização da violência doméstica familiar contra a mulher, e é o que se apresenta na seqüência.

4.4. NA PRAXIS DA ESFERA PÚBLICA LITERÁRIA: A PUBLICIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER, ATRAVÉS DA IMPRENSA ESCRITA

4.4.1A FIXAÇÃO DO LUGAR DA IMPRENSA NO ESQUEMA HABERMASIANO

Habermas¹⁹⁰ localiza a imprensa, juntamente com os clubes, na esfera pública literária, conforme o quadro¹⁹¹ que elaborou na **Mudança Estrutural da Esfera Pública**, entre o setor privado e a esfera do poder público. Isso porque, tanto a imprensa como os clubes de leitura modernos, representam exatamente a intermediação do privado e do público por excelência (o estatal).

Ao apresentar o processo histórico de rompimento do privado, Habermas¹⁹² encontra na Idade Moderna um contributo decisivo: a ação da esfera pública literária. Com a exigência patriarcal de fidelidade entre o casal (sempre mais cobrada a feminina do que a masculina), e dada a especificidade da família burguesa, onde os maridos faziam longas e freqüentes viagens comerciais, a

¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 45.

¹⁹¹ O referido quadro pode ser consultado no capítulo 1 dessa dissertação.

¹⁹² HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit.

epístola entre os cônjuges tornou-se uma prática familiar usual no período. Ocorre que, existia um dito na época, que foi citado por Habermas¹⁹³ de que se uma carta fosse bem redigida merecia ser publicada.

As correspondências particulares do casal burguês, de tão usual, foi se intensificando e acabou mesmo por merecer publicação. Na seqüência, devido ao grande sucesso do gênero literário, autores profissionalizaram-se nisso, não havendo a necessidade de correlação entre o texto escrito e a realidade verídica de um casal da “vida real”, foi assim que surgiu o gênero da ficção do romance, que já foi por nós tratado no primeiro capítulo dessa dissertação, destacando-se inicialmente **Pamela**, de Richardson.

O sucesso fenomenal das publicações que contavam pela ficção a dinâmica da casa da família burguesa, fez com que as pessoas que liam individualmente se reunissem depois para debaterem a respectiva leitura, e foram assim se formando os clubes de leitura, nos cafés. Sobre isso, Habermas¹⁹⁴ esclarece que: “*Assim como nos salões a literatura tinha de se legitimar nesses cafés em que a ‘intelectualidade’ se encontrava com a aristocracia*”, o que demonstra claramente o processo de transição do setor privado para a esfera pública literária a importância simbólica desses clubes de leitura, nos cafés.

Vale ao nosso estudo ressaltar, porém, que mesmo com esse importante passo da formação dos clubes literários, ainda assim a mulher continuava excluída da vida pública fora de casa, o que se coaduna pela afirmação de Habermas¹⁹⁵: “*(...) à sociedade dos cafés somente eram admitidos homens, enquanto que o estilo do salão, todo rococó, era essencialmente marcado pela influência feminina.*” Mas essa exclusão não ocorreu sem a resistência das mulheres, que cada vez mais se publicizavam, apesar de não lograrem êxito nessa causa dos clubes, o que foi narrado por Habermas¹⁹⁶: “*As mulheres da sociedade londrina, abandonadas a cada noite, também ensaiaram então uma luta enérgica, mas inútil contra a nova instituição.*”

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 95.

¹⁹⁴ *Idem.* Op. Cit. p. 48.

¹⁹⁵ *Idem.*

¹⁹⁶ *Idem.*

Pois bem, foi assim que surgiram os “clubes, que dividem, pela classificação habermasiana, a esfera pública literária com a imprensa, por ter ela surgido através deles.

Ressalte-se que, a importância fundamental da esfera pública literária habermasiana é que ela, faz surgir a esfera política, o que, nas próprias palavras de Habermas¹⁹⁷: “*A esfera pública política provém da literária; ela intermédia, através da opinião pública, o Estado e as necessidades da sociedade.*”

De fato, os clubes reuniam a aristocracia e a burguesia, o que originava um palco inevitável de discussões políticas e econômicas, pelas distinções naturais e sociais que existia entre elas. Diante disso, a cultura teve o alcance de aglomerar classes distintas e proporcionar o debate crítico entre elas. Habermas ressalta que ainda assim os cafés eram restritos e os clubes só ganharam mais amplitude de publicidade quando dedicados também à crítica musical, dos concertos, pelo que Habermas¹⁹⁸ afirma:

Mais rigorosamente do que o novo público de leitores e espectadores, é com o público dos concertos que se pode compreender o deslocamento, que não tem por consequência uma reestruturação do público, mas que faz, sobretudo, com que apareça o “público” enquanto tal.

Os *collegia musica*, antes privados, se emanciparam o que fez com que os concertos passassem a ser públicos, além do que, viraram “mercadoria”, posto que eram assistidos mediante à paga pela entrada. Sobre isso Habermas constata que: “*A arte, liberada de suas funções de representação social, torna-se objeto da livre escolha e de tendências oscilantes.*”¹⁹⁹

Juntando-se isso com a publicização das pinturas, pela emancipação dos artistas, e o desenvolvimento do teatro, a arte está livre ao acesso do leigo e a seu respectivo julgamento, o que esquentava e difundia ainda mais os debates críticos dos clubes, e “*inúmeros panfletos, que têm por objeto a crítica e a apologia das teorias dominantes sobre a arte como conversação.*”²⁰⁰

¹⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 46.

¹⁹⁸ *Idem*.p. 55.

¹⁹⁹ *Idem*. p. 56.

²⁰⁰ *Idem*.

Nesse universo, surge a profissão do *árbitro das artes*, que, conforme Habermas²⁰¹: “*assume uma tarefa dialética peculiar: ele se entende ao mesmo tempo como mandatário do público e como seu pedagogo.*” Daí sua importância social como formador de opinião, mas não se constituindo ainda profissionalmente como *crítico*, pelo amadorismo que ainda circundava sua atividade.²⁰²

O desenvolvimento dessas formas culturais e seu respectivo acesso ao público foi tão latente que os cafés que se multiplicaram vertiginosamente eram pequenos para os debates respectivos e os *folhetos*, que eram distribuídos em cada café com as críticas, deram espaço a um meio mais universal, as revistas e os jornais, que se mantiveram fieis ao *animus* dos cafés.

A partir daí, foi-se institucionalizando a imprensa, mas que originalmente tem seu substrato nas primeiras discussões sobre os romances burgueses, nos clubes, dos cafés.

J. B. Thompson²⁰³, seguindo a análise de Habermas, dá extensão a esse ponto da obra do alemão até os dias atuais, analisando a comunicação na era da cultura de massa, mostrando que a imprensa atual tornou-se um mercado, onde a informação é manipulada em conformidade com a ideologia que pretende difundir, pelos mais diversos tipos de interesse, o que não deixa de guardar ligação com a fixação feita por Habermas da esfera pública literária (onde se localiza a imprensa) ser a formadora da esfera pública política, através da opinião pública.

Por outro lado, na imprensa de hoje ainda identificamos claramente a característica de mediação entre o privado e a esfera do poder público, como foi posto no esquema habermasiano.

Isso fica muito nítido, visto que a imprensa tem papel fundamental num Estado, seja no Democrático de Direito, principalmente em sociedades periféricas, seja num anti-democrático, o que a faz ser tolhida e perseguida. Nesses casos, seu papel de mediadora entre o privado e o Estado é bem caricato, pois muitas vezes se

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 57.

²⁰² Cf: HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit. p. 57

²⁰³ THOMPSON, J. B. **Ideologia e Cultura Moderna**. Op. Cit.

vale o cidadão da imprensa para fazer chegar sua realidade, seu pleito, ao Estado. É assim que existe uma onda crescente de serviços de utilidade pública em jornais escritos e televisivos, onde um particular, ou um grupo de pessoas, faz uma denúncia sobre algum desmando ou descaso do poder público na sua comunidade, geralmente em assunto urbanístico, e a mídia torna público o fato e por vezes, a produção provoca o órgão estatal responsável, cobrando uma resposta ao problema suscitado e monitora o desfecho. Geralmente, em se tratando de telejornais, o horário de exibição desses quadros é o do almoço, onde se pressupõe que a família assiste reunida²⁰⁴, inclusive, nos restaurantes, em sua maioria, encontram-se vários aparelhos de televisão, transmitindo ditos telejornais, possibilitando, assim, o alcance das notícias aos freqüentadores, o que mantém a tradição na imprensa nos cafés, como foi iniciada.

Assim, se os moradores de uma rua, geralmente num bairro de classe média baixa, ou de classe baixa, não têm água ou energia elétrica disponíveis em casa, ou não têm coleta para recolher seu lixo doméstico, ou suas residências são constantemente assaltadas; normalmente ao procurarem socorro diretamente no poder público estatal, são ignorados e negligenciados. Com a crise do Poder Judiciário, onde até os processos mais simples custam muito a ser apreciados (ainda mais demandas contra o Estado, onde os prazos são ampliados para que o ente público participe do feito), e o acesso sazonal aos políticos que lhe representam no Executivo ou Legislativo (só em período de novas eleições), o cidadão recorre à imprensa, que se constitui numa “figura coringa”, ou até mesmo “heróica” para intermediar as duas dimensões que crescentemente se afastam: o povo e o Estado.

Depois que o caso chega à imprensa, vem outro fenômeno que já havia sido previsto por Habermas, seu alcance político. Aqui nos referimos à política partidária, principalmente nos países periféricos, onde, ganhando espaço na mídia a denúncia da comunidade, logo é chamada a atenção de algum “político oportunista”, que só então toma para si a causa, com intuito meramente eleitoreiro.

²⁰⁴ Durante a produção desse estudo, identificamos, informalmente, isso no “Jornal do Almoço” (Florianópolis e região metropolitana de SC – RBS – afiliada da Rede Globo) e no “NE TV” (Recife e região metropolitana de PE – Rede Globo Nordeste).

Mas, a esfera literária da imprensa é uma via de mão dupla. Ao tempo em que desempenha esse importante papel de utilidade pública ao intermediar os pleitos particulares, também, e até conseqüentemente, ganha tanta credibilidade, que ocupa um *status* de formadora de opinião, sendo capaz de difundir ideologias diversas.

Assim, a organização habermasiana que coloca a imprensa como mediadora entre o particular e o Estado está cada vez mais atual!

4.4.2 NA PRAXIS DA IMPRENSA: ANÁLISE DE MATÉRIA JORNALÍSTICA SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER

No nosso caso de trabalho, de violência contra a mulher, há uma importante pesquisa que se dedica ao estudo da influência da imprensa nessa realidade. O estudo, realizado por Luciana Pereira da Silva²⁰⁵, intitulado **O Discurso da Imprensa Escrita Recifense nas Notícias de Violência Contra a Mulher nos Casos de “Legítima Defesa Da Honra”**, analisa um *corpus* de notícias divulgadas na imprensa anterior à vigência da Lei Maria da Penha, mas referente a um período crucial de descaso estatal no trato da violência doméstica familiar contra a mulher, a década de 1980, no Brasil. Nesse momento, a violência contra a mulher era legitimada sob a égide de uma construção doutrinária e jurisprudencial que nunca sequer chegou a configurar lei no país, a legítima defesa da própria honra, onde o homem que matasse por ciúme da vítima teria seria inocentado. Essa construção machista foi amplamente divulgada pela imprensa de forma manipulada, como observou a autora, propiciando a difusão da ideologia partenalista.

Essa realidade, que não destoou do contexto histórico brasileiro, como já vimos anteriormente, instaurou um caos no país, que culminou com a condenação dele pela OEA, que, ao considerar o Brasil negligente quanto à violência doméstica

²⁰⁵ SILVA, Luciana Pereira da. **O Discurso da Imprensa Escrita Recifense nas Notícias de Violência Contra a Mulher nos Casos de “Legítima Defesa Da Honra”**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Orientação: Professora Doutora Virgínia Colares. Pró-reitoria de Pesquisa e Pós-graduação. Mestrado em Ciências da Linguagem, 2009.

contra a mulher, cobrou-lhe a tomada de medidas afirmativas sobre isso. Surgiu a Lei 11340/06. Foram mobilizados os Poderes Públicos, que implementaram o paradigma internacional de erradicação desse tipo de violência.

Portanto, essas conquistas feministas não resultaram de clamor social maciço o que faz com que o texto jornalístico ganhe mais poder na formação de opinião do povo.

Propomos a análise de um texto jornalístico²⁰⁶ que noticia caso de violência doméstica contra a mulher, para verificar se a imprensa aderiu ao modelo já implementado pelo Estado para erradicá-la.

Decidimos usar a Análise Crítica do Discurso (ACD) pela possibilidade de desconstruir o texto de estudo e identificar possíveis ideologias disfarçadas nas entrelinhas e denunciadas pelas escolhas lexicais do emissor.

Consideramos o potencial e a força social que ele tem na vida social, como o fez Fairclough²⁰⁷, que relaciona o social com a linguagem e coloca com maior grau de especificidade o evento social associado ao texto²⁰⁸, e a ACD trabalha assim, associando a análise textual com a social.

Para Calado e Colares²⁰⁹, *“a ACD almeja investigar criticamente como a desigualdade social é expressa, sinalizada, constituída, legitimada, e assim por diante, através do uso da linguagem”*, e atinando para as escolhas lexicais, queremos desvendar se a linguagem jornalística está legitimando e estimulando a violência doméstica contra a mulher.

²⁰⁶ Essa análise foi produzida durante o curso de mestrado e já apresentados seus resultados parciais no IX Fazendo Gênero, na UFSC, em agosto de 2010, contando, portanto, dos anais do referido evento.

²⁰⁷ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e Mudança Social**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 108.

²⁰⁸ *Apud* GARCIA DA SILVA, Denise Elena/RAMALHO, Viviane. Análise de Discurso Crítica: representações sociais na mídia. *In* **Análises do Discurso Hoje**. Vol. 2. Gláucia Muniz Proença Lara/Wander Emediato (org). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. Pp. 270/271.

²⁰⁹ CALADO, Vinicius/COLARES, Virgínia. **Negligência informacional: uma análise jurídico-discursiva de precedente do STJ**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010.

Tomando o texto como prática social, fixamos os elementos de análise na comunidade onde aconteceu o evento social e onde foi veiculado o texto, na região metropolitana do Recife, em Pernambuco.

Usamos a classificação dos modos gerais de operação da ideologia e as respectivas estratégias típicas de construção simbólica, de Thompson²¹⁰.

Passemos então à verificação da hipótese do estudo pela prática da ACD na notícia jornalística escolhida para o estudo, sendo o corpus dessa pesquisa²¹¹ é composto por notícias jornalísticas publicadas pela imprensa escrita, sobre violência doméstica contra a mulher, veiculadas depois do advento da lei 11340/2006.

A notícia analisada neste artigo foi escolhida pela forte utilização de figura de linguagem da *metáfora*, que, pela classificação de Thompson²¹², faz parte do modo geral de operação da ideologia pela *Dissimulação* e presta-se como estratégia típica de construção simbólica, localizando-se no *tropo*.

Segundo Thompson²¹³,

Relações de dominação podem ser estabelecidas e sustentadas pelo fato de serem ocultadas, negadas ou obscurecidas, ou pelo fato de serem representadas de uma maneira que desvia nossa atenção, ou passa por cima de relações e processos existentes. (...) A metáfora implica a aplicação de um termo ou frase a um objeto ou ação à qual ele, literalmente não pode ser aplicado.

Unimos a isso o pensamento de George Lakoff e Mark Johnson²¹⁴: “*essência da metáfora é compreender e experimentar um tipo de coisa com base em outra*”.

Assim, identificando o uso de um signo com significado diferente do tradicionalmente usado, aplicamos a ACD para verificar se essa estratégia lingüística serve à operação da ideologia no texto.

²¹⁰ THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna**. *Op. Cit.* p. 81/89.

²¹¹ Já apresentada durante a elaboração dessa dissertação, no XI Fazendo Gênero, do Instituto de Estudos do Gênero, da UFSC, em agosto de 2010, e publicado nos respectivos anais.

²¹² THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna**. *Op. Cit.* p. 85/86.

²¹³ *Idem.* p. 83/85.

²¹⁴ *Apud* BORBOREMA FILHO, Edmilson de Albuquerque. **A Metáfora na Construção da Percepção da Realidade no Discurso Jornalístico**. Tese de Doutorado em Lingüística – UFPE, 2004. p. 63.

O texto analisando foi publicado no *Jornal Aqui PE* nº 524 Recife, 4ª feira 19 de maio de 2010, e vem dividido em fragmentos para melhor organização e numerado por linhas para a referenciação dos comentários.

1. QUEM MANDOU ENCHER O... COPO DE CANA?!
 2. **HOMEM RAPA O COCO DA PRÓPRIA MULHER**
 3. Cheio de cachaça na cabeça, Cláudio Lima, 31, ficou doidão e meteu um *rapador* de coco na
 4. cabeça da esposa, que felizmente, passa bem. Já o pinguço pegou no sono e acabou no xadrez.
-

Fragmento 1

Essa foi a principal matéria da capa da edição diária desse jornal.

Na linha 1, já identificamos o uso da **dissimulação pelo tropo - metáfora**, quando se usa o termo *cana* em substituição de *cachaça*". A opção por usar o denotativo da matéria prima ao invés do produto na primeira frase do texto explicita a **dissimulação por eufemização**, posto que busca suavizar a princípio a visão do leitor sobre o comportamento do agressor. A notícia foi veiculada na região metropolitana do Recife, num estado historicamente beneficiado pelo cultivo da cana de açúcar, o que faz com que facilmente o leitor desse jornal associe a palavra *cana* não aos malefícios da ingestão demasiada da cachaça, mas aos benéficos das riquezas que a planta promoveu.

Na linha 2, perdura o uso da **metáfora**, quando o termo *rapa o coco* substitui o termo *traumatiza o crânio* ou *lesiona a cabeça*. Ainda a mescla com a **dissimulação por eufemização** presente para minimizar a gravidade da conduta do autor do fato. É o início de um jogo de palavras que vai dissimular o discurso através da metáfora do *coco*, como acompanharemos ao longo da análise. Essa substituição faz menção ao instrumento utilizado pelo autor do fato para agredir sua companheira: um raspador de coco, utensílio comum nas cozinhas nordestinas.

Após apresentar o assusto de forma sádica e banalizando a conduta delituosa do agente, na linha 3 aparece o termo *cachaça*, não tendo sido substituído

por *cana* intencionalmente, pois dessa vez atribui-se à cachaça a culpa pelo crime. Introduce-se aqui, sublinearmente, a tese da isenção de pena por inimputabilidade do agente, que está no artigo 26, do CPB e é prevista para o doente mental ou portador de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado no sentido de ampliar a beneficência aos alcoólatras. Mas, o próprio CPB, no seu artigo 28, II, esclarece que a embriaguez preordenada ou culposa não excluem a imputabilidade, pelo contrário, pode sim se configurar uma circunstância agravante, a teor do seu artigo 61, I.

Para ratificar que o autor do fato não teve culpa pela agressão à companheira, quando na linha 3 foi dito que praticou o ato por estar *doidão*, pela cachaça, na linha 4 temos a formação do perfil pacífico do agressor, que pegou no sono e acabou no xadrez. *Acabar no xadrez* significa ser preso, ou seja, da forma que foi construída a oração entende-se que ele foi preso porque *pegou no sono* e não porque cometeu o crime, e se pegou no sono é porque é inocente, pois prevalece na comunidade o dito popular: *dormiu o sono dos justos*.

Ressalte-se a **reificação por naturalização**, pois na mesma linha 4 que se diz que a esposa passa *bem*, diz-se que ele *pegou no sono*, ou seja, seguindo essa lógica, se a mulher passa bem e o marido até já dormiu, para que então o Estado exercer o *jus puniendi*?

5. Jornal Aqui PE, 13/05/2010, Polícia, p. 03

6. POLÍCIA

7. É muita cachaça no quengo

8. BÊBADO CIUMENTO TENTA MATAR A MULHER

9. Cheio de manguaça, Cláudio Ferreira de Lima, 31 anos, lascou um

10. raspador de coco na cabeça da companheira, que foi socorrida e passa

11. bem. Acusado foi preso.

Fragmento 2

Na linha 7, a chamada confirma a intenção de perpetuar a tese de exclusão de imputabilidade por embriaguez e identifica-se mais um modo de operação da

ideologia: a **fragmentação por diferenciação**, pois ao referir-se ao mesmo órgão do corpo humano, comum ao homem e à mulher, o emissor usa termos diversos. Referiu-se à cabeça da ofendida como *coco*, que tem *quenga* e à cabeça do autor do fato como *quengo*, que significa talento e inteligência²¹⁵.

Na linha 8 mais uma inserção sutil de tese de excludente, mas dessa vez, excludente de culpabilidade. O *ciúme* tradicionalmente era visto no Brasil como motivador de crimes em nome da legítima defesa da honra²¹⁶, principalmente em casos de violência doméstica contra a mulher. Mas, essa construção doutrinária e jurisprudencial caiu por terra diante da reforma da parte geral do CPB, que explicitou no artigo 28, I que a emoção ou a paixão não excluem a imputabilidade penal, e o ciúme egoístico passa a ser visto como motivo torpe.

Nesse fragmento encontra-se ainda a **legitimação por narrativização**, ou seja, é contada uma história de forma a persuadir o leitor de que há um silogismo na seqüência. No caso, mais uma vez aparece a tese de exclusão da imputabilidade, mas dessa vez *cachaça* é substituída por *manguaça*, termo cômico e lúdico que corresponde a ela. Pela narração temos que, mesmo ele lascando o raspador de coco na cabeça da companheira, ela foi socorrida e passa bem. Finaliza-se o período e no próximo, isoladamente lança-se a frase de impacto: *acusado foi preso* (l. 11). Pela organização da narrativa, a prisão não segue a seqüência lógica e natural da ação do autor do fato e vem destoando dela.

-
12. O ajudante de pedreiro Cláudio Ferreira de Lima, de 31 anos, foi preso
 13. em flagrante por tentativa de homicídio. Ele é suspeito de tentar matar a
 14. própria mulher, uma dona de casa com quem vive há mais de 14 anos,
 15. por ciúme. O que chamou a atenção da polícia foi a forma usada por ele
 16. para praticar o crime: utilizou um raspador de coco para golpeá-la na
 17. cabeça.

Fragmento 3

Na linha 14 foi posta a profissão do autor do fato – *ajudante de pedreiro* – e na 16, utiliza-se *mulher*, antecedendo seu *status* de *dona de casa*. Fixa-se a

²¹⁵ In <http://www.dicionarioweb.com.br/quengo.html>. Consultado em 23 de junho de 2010.

²¹⁶ Como tratamos em outro item desse trabalho.

ideologia da matéria sobre a estrutura familiar patriarcal, onde o macho traz o sustento e a fêmea fica em casa submissa e se desdobrando para retribuir o benefício dele. Na linha 17, a ratificação da tese de excludente penal, mais uma vez direciona-se a matéria no sentido da inocência do agressor, aqui a culpa não foi mais da *cachaça*, mas do ciúme.

O instrumento escolhido pelo agressor para atingir a companheira foi uma arma branca, da lida diária dela, um *raspador de coco*. ferramenta muito comum na cozinha nordestina é utilizada, como o nome sugere, para retirar a carne localizada na parte interna do coco. Após retirar a superfície externa do *coco*, a camada rígida que guarda a água e a carne é chamada de *quenga*. Para isso, porém, o coco tem que ser lascado, ou quebrado. O vocábulo *quenga* comporta ainda outra definição mais comum no nordeste para significar meretriz, prostituta.

-
18. Por sorte, ela conseguiu fugir, pedir socorro e ser levada para um
 19. hospital, onde foi atendida e medicada. Depois, seguiu para a delegacia
 20. local e prestou queixa contra a agressão sofrida.
 21. Na tarde de anteontem,
 22. policiais foram à residência do casal, no bairro da Vila Rica, no Jaboatão
 23. dos Guararapes, e encontraram o suspeito dormindo. Sem reagir e com
 24. sinais de embriaguez, ele foi algemado e levado à delegacia, onde foi
 25. autuado.
-

Fragmento 4

O fato de a ofendida ter *prestado queixa* na delegacia é associado a ela ter tido a sorte de conseguir fugir. Ou seja, em condições normais, ela não fugiria, e conseqüentemente não noticiaria a prática delituosa à autoridade policial e cumpriria seu papel de dona de casa em uma família patriarcal, sendo agredida e não reagindo nem denunciando (l. 20/23).

Nas linhas 24/26, reincide o emissor na formação de um perfil pacífico do autor do fato e na tese de exclusão da imputabilidade por embriaguez.

Identificamos ainda nas linhas 26/27 a **reificação por passivização**, já que é transformada a voz da narração, convertendo-se as ações do autor do fato para a passiva. Assim, *ele foi algemado, foi levado à delegacia e foi autuado*.

26. Segundo a delegada Viviane Santa Cruz, que estava de plantão na
 27. Força-Tarefa Sul, do Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa
 28. (DHPP), não é a primeira vez que a vítima é agredida pelo companheiro.
 29. “O agressor constantemente tinha muito ciúme dela e não a deixava
 30. sair da residência. Quando ela saiu e voltou, ontem (anteontem), ele
 31. pegou o raspador de coco e começou a deferir golpes contra a sua
 32. cabeça. A vítima, inclusive, disse que uma vez já chegou a ser atingida
 33. por um facão”, contou. Ainda de acordo com a delegada, a mulher
 34. chegou a fazer uma ocorrência na Delegacia da Mulher, em Santo
 35. Amaro, no Recife, mas continuou morando com ele. O casal tem quatro
 36. filhos.

Fragmento 6

Identificamos a **modalização declarativa** sobre a qual comentou Colares²¹⁷ “*é a que requer de maneira mais nítida os rituais, fazendo com que os enunciados ganhem respaldo social para proferir o que dizem, pelo papel social, sem serem postos à prova, como é o caso do Padre, o Juiz, por exemplo.*”

O emissor é a delegada de polícia (l. 28), que no momento processual em que se encontra o caso, é a “autoridade máxima”. O argumento dessa modalização retoma a tese de exclusão da ilicitude pelo ciúme relatado na linha 30, onde também começa a tentativa de **legitimação pela narrativização**, que passa o seguinte silogismo:

<p>- Ele tinha ciúme - Não deixava ela sair de casa (l. 31/32)</p>	<p>+</p>	<p>- Ela saiu de casa (l. 32)</p>	<p>=</p>	<p>- Ele pegou o raspador de coco e começou a deferir golpes contra a sua cabeça (l. 32/34)</p>
--	----------	--	----------	--

²¹⁷ COLARES, Virgínia. **Linguagem e Direito no Brasil**. Disponível em <http://www.jfce.gov.br>, consultado em 04 de maio de 2010. p. 7.

Por essa construção é legitimada a conduta delituosa do autor do fato, não mais pela *cachaça*, nem pelo puro *ciúme*, mas pela culpa da vítima.

Há ainda, nesse fragmento, as seguintes informações que merecem destaque: “não é a primeira vez que a vítima é agredida pelo marido” (l. 30) então, se já agüentou tantas vezes, não há porque denunciar só agora, deve continuar mantendo a estrutura familiar, como se confirma pelo teor da linha 37. Outro argumento tradicionalmente utilizado para que a mulher vítima de violência doméstica familiar não denuncie seu marido/companheiro: os filhos (l. 37/38). A seqüência em que aparece a informação de que o casal tem 4 filhos é estrategicamente colocada ao lado da que afirma que mesmo ela já prestando queixa na delegacia das mulheres continuava morando com ele.

-
37. Antes de seguir para o Centro de Observação Criminológica e Triagem
38. (Cotel), em Abreu e Lima, Cláudio Ferreira de Lima conversou com a
39. reportagem. “A gente sempre tinha briga por causa do álcool mesmo, da
40. cachaça. Quando ela está embriagada, vai para cima de mim também.
41. Peço desculpas a ela. Só quem sabe como foi que fiquei é Deus”, disse.
-

Fragmento 8

Esse trecho demonstra a parcialidade na coleta dos dados da entrevista, posto que não há declaração direta da ofendida, assim como houve a ai citada do autor do fato. Na linha 41, mais uma vez a tese da exclusão da punibilidade pela embriaguez, dessa vez saída da própria boca do principal beneficiado.

Na linha 42, reincide a inversão dos papéis da culpa, que no discurso do autor do fato, como no contido na matéria, visam sair a pessoa do agressor e recair sobre a ofendida.

Identificamos ainda a **modalidade expressiva** que, segundo Virgínia Colares²¹⁸ “é a intenção de exprimir algum sentimento e valor, mas, não, necessariamente, a sinceridade e a veracidade desse sentimento. Um pedido de

²¹⁸ COLARES, Virgínia. **Linguagem e Direito no Brasil**. Disponível em <http://www.jfce.gov.br>, consultado em 04 de maio de 2010. p. 10.

desculpas é considerado como uma modalidade expressiva, independente se esse é sincero ou não”.

Processualmente, as desculpas do agressor têm o intuito de sensibilizar o órgão julgador, principalmente se for denunciado por tentativa de homicídio, que o levaria à apreciação do corpo de jurados, membros leigos da comunidade que, dispensados de habilitação jurídica, tradicionalmente julgam pelos sentimentos.

Apesar de o termo “*a mulher desdenhada*” ter sido proposto por Renato Janine Ribeiro²¹⁹ para designar o tratamento inferior que recebia a mulher na antiguidade clássica greco-romana, a análise do texto proposto a estudo, uma notícia de violência doméstica familiar contra a mulher, apesar de atual, mostrou-se eivado de carga ideológica no sentido de retomar essa condição feminina.

Pela classificação de Thompson, identificamos como modo preponderante a *dissimulação*, associada à estratégia do *tropo* (metáfora), que girou em torno da metáfora do “coco”. Seguindo Fairclough, interpretamos o texto com parâmetros da realidade sócio-cultural do local onde o fato ocorreu e onde foi veiculada a matéria.

Vimos que a ênfase à arma do crime, raspador de coco, a referência ao membro atingido da vítima como “coco” ao invés de “cabeça”, e o silogismo de que o agressor, por ter ciúme, não deixava a vítima sair de casa + a vítima saiu de casa = agressão, induzem à conclusão de que a vítima foi agredida por ser “*quenga*”, que na comunidade significa prostituta.

A escolha dos operadores argumentativos apontaram a utilização de ideologia machista, com a inversão de culpa do agressor para a vítima, o que acarretaria outrora a exclusão da culpabilidade por legítima defesa da honra. Ainda identificou-se a estratégia suplementar de imputabilidade por embriaguez.

Pela da prática da ACD no *corpus* proposto ao estudo, verificamos que a imprensa não aderiu ao paradigma internacional já implementado pelo Estado para erradicar a violência doméstica familiar contra a mulher no Brasil.

²¹⁹ REBEIRO, Renato Janine. **A República**. Op. Cit.

5. A MULHER JUDICIALIZADA

A publicização da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil provocou a conseqüente judicialização do tema, isso porque, vindo de uma cultura patriarcal, como já visto anteriormente, e tendo um corpo de normas reguladoras e políticas públicas baseadas em imposição internacional, caberá ao Poder Judiciário adequar tais dispositivos à realidade da família brasileira.

Tendo como parâmetro o contratualismo hobbesiano, temos que o homem desde que consignou o pacto social abriu mão de parcela de sua liberdade em prol da segurança, isso porque a concupiscência humana fez com que a vida comunitária sem regras se transformasse num permanente estado bélico. Assim, havendo litígio sobre um objeto, as partes resolveriam pela auto-tutela, que se traduzia na lei do mais forte. O Estado foi criado para mudar a realidade sanguinária e pacificar a vida na comunidade, para isso, usou-se do Direito, sistema de preceitos normatizadores de condutas, para promover a harmonia social. Ao passo em que as regras ditadas não fossem cumpridas, a célula social que destoasse da sincronia seria isolada com dupla finalidade, por um lado para se reeducar, por outro, para que a comunidade fosse protegida de sua convivência maléfica, enquanto não se ressocializasse.

Vale registrar que, como oportunamente alerta Saldanha²²⁰, o termo *vontade* toma novos significados depois de J. J. Rousseau e de Tomas Hobbes, associando-se à palavra *contrato*. Assim, a palavra, que em Roma remontava à dimensão privada/pessoal, a partir dos contratualistas, assume caráter público, chegando Hobbes²²¹ a asseverar que: “*voluntas, non ratio, facit legem*”, assumindo, portanto o lugar da razão na produção da lei.

Saldanha²²² ao comentar o assunto afirma que:

A noção de contrato, corrente no direito privado de origem romana, e correlata da idéia de “pacto” na Idade Média e mesmo dentro das

monarquias modernas, adquiriu, depois de Hobbes e de Rousseau, uma acepção especial, mas abrindo-se, após a consolidação do mundo burguês, para experiências crescentemente ricas dentro do direito privado.

Assim, as leis justificam-se pela necessidade de um estatuto comum para orientar as condutas, e são consideradas por Hobbes como provenientes da vontade e não mais da razão porque é a vontade o substrato do próprio Estado, que pelo Direito operacionaliza essas leis.

Além disso, numa interpretação atual do modelo brasileiro, temos que de fato as leis são tradicionalmente frutos da vontade, vontade do povo, representado pelo parlamento, por isso as “leis”, mascaradas por vezes de Medidas Provisórias, que emanam do Poder Executivo são atípicas num sistema legiferante democrático.

Há ainda mais um ponto que reforça essa interpretação no Brasil de hoje, o fato de que mesmo a lei advindo da vontade popular, ainda que dela se disperse, há o controle judicial de constitucionalidade que garante que ela não contradiga a lei maior, na verdade, a maior expressão de vontade do povo brasileiro, a Constituição Federal, que, há de celebrar-se pelo conteúdo democrático.

Dessas observações advêm três dimensões que interagem com essa vontade originadora das leis: a legislativa, a executiva e a judiciária. Isso porque, para promover a harmonia na vida da comunidade, o Direito precisa de uma estrutura estatal que o possibilite, e o Estado (tomamos por base o exemplo brasileiro de Estado Democrático de Direito) alicerça-se sob uma coluna tridimensional harmônica, já descrita por Montesquieu. Assim, os Poderes do Estado se organizam e se prestam ao afã de paz social, onde, a grosso modo, pode se dizer que cabe ao Poder Executivo, principalmente promover políticas públicas²²³ que evitem o momento de delinqüência do agente desestruturador da comunidade.

Quanto ao Poder Legislativo, estatiza anseios populares, isso porque na democracia mista os vereadores, deputados e senadores traduzem em leis o interesse dos eleitores. Desde que transformados em dispositivo legislativo, a demanda do povo toma um caráter público e passa a ser garantida pela heteronomia

²²³ Sobre o termo “políticas públicas” vale a oportuna crítica de Nelson Saldanha: “*Aliás, não entendo por que se fala por aí em políticas públicas. Quais as políticas que se devem chamar privadas?*” In SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Op. Cit. p. 55.

estatal. Assim, trazendo à baila o caso da Lei nº1140/2006, o interesse não só de Maria da Penha Maia Fernandes, mas de várias outras pessoas, representadas por Organizações Não Governamentais e Entidades Políticas tornou-se público, não cumprindo o caminho mais fácil, mas tendo sido acionado o Legislativo como parte do pacote de resposta que o Brasil deu após ter sido considerado negligente na matéria de violência doméstica contra a mulher.

Nesse sentido, temos em Habermas²²⁴:

A intuição expressa-se, por um lado, no fato de que os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que **só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política como cidadãos do Estado.** (grifei)

Entendemos que essa *autonomia política*, no contexto em que se referiu Habermas, corresponde exatamente à escolha do cidadão sobre a sua representatividade pública, e o *consenso*, é a harmonia tão ansiada pela sociedade. Especificando ao modelo brasileiro, o Estado só logrará êxito na pacificação social se os cidadãos usarem conscientemente a liberdade de escolha política, ao elegerem seus representantes no parlamento.

Pois bem, desde que tornado público o interesse privado, através da atuação do Poder Legislativo, passa a integrar o corpo de preceitos harmonizadores da vida social e, desde que ultrajado ou sob ameaça de ultraje, deverá ser resguardado coercitivamente, e levado o caso ao Estado Juiz para apreciação.

Assim, tem-se tradicionalmente uma terceira pessoa – pública por excelência – responsável por resolver o litígio que ameaça a paz social. Essa atividade do Poder Judiciário é traduzida num processo judicial, e por vezes, diz respeito não apenas a disputas originalmente privadas e interpartes, mas extrapola da competência e alcança campos que não lhe competiria numa restrita interpretação da tripartição de poderes estatais, aí surge a judicialização.

²²⁴ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 301/302.

Sobre a relação desses dos Poderes Legislativo e Judiciário, no fenômeno da judicialização, Eduardo José Faria²²⁵ afirma que:

Como essa ordem jurídica não oferece aos operadores do direito as condições para que possam extrair de suas normas critérios constantes de interpretação, ela exige um trabalho interpretativo contínuo; como seu sentido definitivo só pode ser estabelecido quando de sua aplicação em um caso concreto, na prática, **os juízes assumem um efetivo Poder Legislativo**. Ao aplicar as leis a casos concretos, em outras palavras, acabam sendo seus co-autores. (grifei)

Portanto, feita a transição do pólo privado para o público, poderá o Poder Judiciário, decidir sobre a vida dos envolvidos no litígio e, num aspecto macro, de toda aquela comunidade. Entretanto, pelo modelo tripartido que foi implantado no Brasil, não podemos deixar de alertar para as peculiaridades de cada um desses dois Poderes, que perduram ainda que a judicialização traga uma funcionalidade atípica. Para isso, utilizamo-nos do quadro traçado também por Eduardo José Faria²²⁶:

CARACTERÍSTICAS	POLÍTICO	JUDICIAL
ATORES	Várias partes representadas por vários partidos	Em princípio duas partes e um terceiro participante (o juiz)
LITÍGIOS	Coletivos	-
CONTRADITÓRIO	Plurilateral	Bilateral
PRINCÍPIO DECISÓRIO BÁSICO	Regra de maioria como critério e fundamentado da decisão	Aplicação da lei por juiz técnico e imparcial
HORIZONTE DECISÓRIO	Prospectivo	Retrospectivo
VISÃO DO ATOR	Macro	Micro
RACIONALIDADE	Material	Formal
AUTONOMIA	Relaciona as demandas que decide com base na conveniência e na representatividade	Não pode escolher demandas nem postergar decisões indefinidamente
ALCANCE	Toda a sociedade	Só as partes do processo

Fonte: FARIA, Eduardo José. **A crise do Judiciário no Brasil**. Op. Cit. p. 30

²²⁵ FARIA, Eduardo José. **A crise do Judiciário no Brasil. In Independência dos juízes: aspectos relevantes, casos e recomendações**. / organização: Jayme Benvenuto Lima Jr; co-organização: Sébastien Conan; apresentação: Jayme Benvenuto Lima Jr.- Recife: Gajop; Bagaço, 2005. p. 30.

²²⁶ *Idem*. p. 32.

Apesar de guardarmos ressalvas em relação à posição limitadora trazida pelo autor em relação ao Poder Judiciário²²⁷, fica clara a limitação desse Poder assumir o papel do Legislativo, pois há características próprias inerentes a cada um deles, que recairá sob suas respectivas formas de atuação e produção. Enquanto o Poder Legislativo possui uma maior amplitude de liberdade, apesar de ser regido pelos princípios da Administração Pública, o Poder Judiciário, em tese, deve obedecer critérios mais rígidos no processo de racionalização e formação da decisão.

Tratemos então do estágio de judicialização em que se encontra Estado Brasileiro, alvo do nosso estudo.

Seguindo a tendência neoconstitucionalista, o Brasil passa por um estágio de constitucionalização latente, por meio da jurisdição constitucional, que, como bem ressalta Luís Roberto Barroso²²⁸, é exercida amplamente, desde o juiz estadual até o do STF.

Nessa atmosfera surge um fenômeno que se denomina JUDICIALIZAÇÃO, a que o autor, tratando da judicialização da vida²²⁹, assim definiu:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Assim, identificamos a ocorrência do fenômeno no nosso caso de estudo, pois a Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha), por seu artigo 41, afastou a exigibilidade de representação da vítima para a persecução penal do crime de lesão corporal qualificada por violência doméstica (art. 129, § 9º, do CPB), que era característica do tratamento que anteriormente se dava ao tipo, pela Lei 9099/1995

²²⁷ Entendemos que o autor restringiu o universo de ações que são apreciadas pelo Poder Judiciário, excluindo tacitamente as referentes a interesses difusos e coletivos. Entretanto, didaticamente, isso não tira o valor de sua explanação com intuito diferenciador o Legislativo do Poder Judiciário.

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In **Neoconstitucionalismo**. Coordenação QUARESMA, Regina (et al.) – 1 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 84

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, consultado em 19 de janeiro de 2011.

(Lei dos Juizados Especiais), mas o STJ recentemente decidiu no sentido de que é imprescindível essa representação que expresse a vontade da vítima em processar o respectivo agressor, sob o fundamento na da inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, mas da pacificação extrajudicial do lar da ofendida.

Assim, é caso típico para adequar à definição de judicialização de Tate e Vallinder²³⁰, apesar deles terem se dedicado à análise política do termo: “*Judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição.*”

Esse fenômeno pode assumir vários aspectos, dependendo do foco da análise que lhe é proposta, e nesse estudo, visaremos à sua incidência no lar, através da violência doméstica e familiar contra a mulher, propondo para isso a seguinte definição genérica: *Judicialização é um fenômeno neoconstitucional que deriva da constitucionalização que dá ao Estado Juiz abrangência de competência para que seus tentáculos alcancem sumariamente campos que não lhe seriam atingíveis num modelo tripartido tradicional ou numa sociedade política e socialmente ajustada.*

Assim, num caos sócio-político a judicialização reina! O que pode em curto prazo trazer satisfação à comunidade, mas conjunturalmente tende a apresentar alguns perigos, como veremos no momento oportuno.

Há casos emblemáticos que tornaram conhecido empiricamente o fenômeno, como a judicialização da saúde. Tendo algum do povo necessidade de medicamento ou tratamento que deveria ser fornecido pelo Poder Executivo e não foi, leva a questão ao Judiciário e ele, como o tem feito em maioria dos casos, determina que o Executivo faça o que na realidade seria matéria interna dele, concernente a políticas públicas.

²³⁰ *Apud* LEITÃO, Rômulo Guilherme. A Judicialização da Política: o caso de Fortaleza. In www.conpedi.org.br/manaus/.../Romulo%20Guilherme%20Leitao.pdf

Além de judicializar matéria de políticas públicas, o Estado Juiz brasileiro tem posto seu manto decisório sobre questões de relações entre os demais Poderes, direitos fundamentais e questões do dia a dia das pessoas²³¹, como as referentes a direitos consumeristas (usuários de planos de saúde, assinaturas de telefonia, etc).

A mulher, enquanto cidadão, é afetada por esse fenômeno, de forma geral, tal qual os homens, mas adiante discorreremos acerca da irradiação do fenômeno no tocante especificamente à mulher agredida, pois, a lei que rege tal realidade, 11340/2006, Lei Maria da Penha, tem alguns artigos cuja constitucionalidade vem sendo questionada e, diante do silêncio da corte competente para apreciar tal questão, as demais instâncias judicializam a matéria. É sobre isso que trataremos adiante.

5.1 JUDICIALIZÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL

Nossa proposta é trabalhar com a judicialização de uma das questões do dia a dia das pessoas, como bem colocou Luís Roberto Barroso, ou seja, um evento que se verifica historicamente dentro da casa do brasileiro, a violência doméstica familiar contra a mulher.

Apesar de ser uma questão que traz consequências públicas (por ser efetivada mediante um crime pressupõe-se que a harmonia social é rompida), tem essência privada, haja vista ter como característica facilitadora exatamente a supremacia de gênero que impera entre os limites do lar.

Levar um caso de violência doméstica a Juízo é publicizá-lo. Antes mesmo disso, levá-lo ao conhecimento do Poder Público, através de Delegacia da Mulher, por exemplo, já é publicizá-lo. Há quem entenda que já seria judicializá-lo, como o

²³¹ Conforme BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In **Neoconstitucionalismo**. Op. Cit. p. 85

fez Theophilos Rifioti, autor que com propriedade de ter realizado um estudo empírico na Delegacia de Mulheres de João Pessoa, escreveu especificamente sobre a “judicialização dos conflitos conjugais”²³², antes mesmo da promulgação da Lei Maria da Penha (11340/2006).

O autor que intercala o uso do termo “judicialização” com “judiciarização”, na realidade os aplica não no sentido de uma usurpação de competência de Poder distinto do Judiciário, mas como **publicização de um fato**.

Em obra posterior, já sob a vigência da Lei Maria da Penha (11340/2006), tratou da “judiciarização das relações sociais”²³³, deixando claros os frutos do seu estudo inicial, posto que, diferentemente das definições já aqui trazidas, amplia o âmbito de abrangência da judicialização (publicização) para a etapa de polícia judicial.

Conforme o autor²³⁴:

A prevalência de ‘soluções locais’ articuladas a mecanismos jurídicos contribuiu para ampliação das áreas de litígio alcançadas pelo **sistema judiciário** e, ao mesmo tempo para a desvalorização de outras formas de resolução de conflitos. Tal processo se estende para além deste campo específico e toma uma forma geral que chamamos de “judiciarização das relações sociais. (grifos nossos)

Note-se que a amplitude das delegacias da mulher no processo que denomina judiciarização das relações sociais (e outrora judicialização dos conflitos conjugais²³⁵) se deve ao fato de considerar não apenas o Poder Judiciário, como órgão institucionalizado, composto pelos magistrados, serventuários e elementos estruturais como os fóruns, os tribunais. Rifiotis, ao se referir a “sistema judiciário” enquadra as delegacias de mulheres como polícia judiciária²³⁶, como de fato o é no

²³² RIFIOTIS, Theophilos. As Delegacias Especiais de proteção à Mulher e a “Judiciarização” dos Conflitos Conjugais. In **Sociedade e Estado**. Brasília. V. 19, nº 1. Pp. 85-119. Brasília, jan/jun 2004. p. 85-119.

²³³ RIFIOTIS, Theophilos. Judicialização das Relações Sociais e Estratégias de Reconhecimento: repensando a “violência conjugal” e a “violência intrafamiliar”. In **Revista Katálise**. Florianópolis. V. 11. Nº 2 pp. 225-236. Jul/dez 2008.

²³⁴ *Idem*. p. 227.

²³⁵ RIFIOTIS, Theophilos. As Delegacias Especiais de proteção à Mulher e a “Judiciarização” dos Conflitos Conjugais. In **Sociedade e Estado**. Op. Cit.

²³⁶ *Idem*.

Brasil, o que justifica a maior amplitude de sua definição sobre o fenômeno da judicialização.

No mesmo rastro do autor, Cortizo e Goyeneche²³⁷, ao tratarem da violência contra a mulher, referiram-se à “judicialização” como movimento que “*consiste na utilização do poder de polícia do Estado para intervir nas relações de poder do espaço privado*”.

As autoras trouxeram nessa definição um aspecto fundamental da judicialização dos conflitos conjugais e sem o qual não se adentrará no instituto completamente: a questão do espaço privado, que na realidade vem em contraponto ao público, tema para o qual dedicamos capítulo específico nesse estudo, sob o enfoque de Jürgen Habermas, Nelson Saldanha e Luís Roberto Barroso.

Sobre o assunto, merece ainda destaque Andréa Ferreira²³⁸, que, exaltando a importância do movimento feminista em publicizar os conflitos até então privados e que acarretavam em violência doméstica contra a mulher, afirma:

A politização do espaço privado ocorre da análise e da reflexão sobre o processo de segregação e submissão que as mulheres sofreram ao longo dos anos nas sociedades patriarcais. Assim, a publicização da esfera do privado e a respectiva politização apontam para a importância de se construir projetos que contemplem a democracia no âmbito das relações interpessoais. É desse modo que as diversas formas de violência praticadas pelos homens contra as mulheres, que ocupam sua relação de afeto na esfera do mundo privado, tornam-se públicas e são transformadas em problemática social, a merecer a consideração por meio da legislação e de políticas públicas visando ao seu enfrentamento e sua erradicação.

De fato, como já vimos nesse estudo, o movimento feminista foi um grande agente que transferiu do estritamente privado para o expressamente público as questões de trato da mulher, e foi elementar num determinado momento histórico. Mas, conforme Habermas²³⁹:

²³⁷ CORTIZO, Maria Del Carmen/GOYENECHÉ, Priscila Larratea. Judicialização do Privado e Violência contra a Mulher. In **Revista Katálise**. Florianópolis. V. 13 nº 1 p. 102-109 jan/fev 2010. P. 106.

²³⁸ FERREIRA, Andréa. Violência Doméstica e Sexista: estudo de caso de mulheres sob proteção do Provita. In Violência e Direitos Humanos. **Revista Direitos Humanos** - Gajop. Ano 4. Nº 8. Dez/2004.

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Op. Cit. p. 304.

Nos campos jurídicos concernentes ao feminismo, o paternalismo socioestatal assume um sentido literal: o legislativo e a jurisdição orientam-se segundo modelos de interpretação tradicionais e contribuem com o fortalecimento de estereótipos de identidade de gênero já vigentes.

E autor traz o assunto dentro do contexto da autonomia privada e pública, e segue abordando a fase atual das políticas feministas de equiparação:

A classificação dos papéis sexuais e das diferenças vinculadas aos sexos concerne a camadas elementares da autocompreensão cultural de uma sociedade. Só hoje o feminismo radical toma consciência do caráter falível, merecedor de revisões e fundamentalmente controverso dessa autocompreensão.

Conclui exaltando a necessidade de uma *mudança da compreensão paradigmática do direito*. O que cremos não se fazer sem uma real dimensão entre o público e o privado, sobre o que Habermas²⁴⁰ tratou em obra específica, já analisada no capítulo inicial desse estudo.

Assim, pode-se verificar a presença desta dicotomia público X privado na definição que damos à *“judicialização da violência doméstica e familiar contra a mulher”*, que consiste no processo pelo qual o Estado Juiz tem a possibilidade de alcançar o lar brasileiro e manipular a dinâmica familiar, ainda que não provocado diretamente por um dos membros da família.

A amplitude do domínio do Estado, público por excelência, da praça ao jardim²⁴¹, privado por tradição, é um fenômeno que merece a devida atenção, pois pode colocar em risco todo um modelo democrático calcado na liberdade pessoal.

Fixada a separação entre a esfera pública e a privada, no capítulo inicial deste estudo, retomemos a temática principal deste capítulo que é a judicialização das relações conjugais. O termo em si mesmo já comporta a dialética, posto que judicializar é atividade pública, do Poder Judiciário e órgãos de administração da justiça, e as relações conjugais localizam-se originalmente no domínio privado.

María Del Carmen Cortizo e Priscila Larreta Goyeneche²⁴² escreveram um estudo específico sobre a **Judicialização do Privado e a Violência contra a Mulher**, onde afirmam que:

²⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Op. Cit.

²⁴¹ Utilizando a metáfora de Nelson Saldanha, em **O Jardim e a Praça**. Op. Cit.

Sabemos que a violência de gênero (aqui englobando a violência doméstica contra a mulher) é parte das relações de poder desiguais estabelecidas ao longo dos séculos entre homens e mulheres. Historicamente, o espaço doméstico foi considerado o espaço da privacidade por excelência, em oposição às ruas, ao trabalho, à política etc. que se consideravam espaços públicos. Esta visão apoiava e reforçava a idéia de que o espaço privado não era de interesse geral e, portanto, não mereceria ser discutido publicamente e tampouco constituía objeto de intervenção estatal.

No caso brasileiro, historicamente existem tipos penais que punem a lesão corporal (art. 129, CPB), o homicídio (art. 121, do CPB), a injúria (art. 140, do CPB), a calúnia (art. 138, do CPB), difamação (art. 139, do CPB), o constrangimento ilegal (art. 146, do CPB), o estupro (art. 213, do CPB), as contravenções penais de vias de fato (art. 21, da LCP), de perturbação da tranqüilidade (art. 65, da LCP) etc. Mas, nunca houve um dispositivo eficientemente capaz de romper a porta do lar e garantir aquela mulher que fora vítima de violência doméstica.

Pelo contrário, o que havia era uma concretização jurídica da situação, com a importação da doutrina de Mezgel sobre a legítima defesa da própria honra como excludente da ilicitude da conduta, vários *femicidas* foram absolvidos, como já tratamos no capítulo anterior.

Ou seja, os conflitos conjugais eram judicializados (publicizados) sim, mas a resposta do Poder Judiciário foi tão insatisfatória no âmbito de justiça social, que legitimou a violência doméstica que se instaurou fortemente no lar brasileiro. As mulheres se desencorajavam de procurar uma delegacia comum de polícia, onde eram tratadas de forma discriminatória e de onde poucos casos resultavam na formação sequer de inquérito policial.

Assim, as portas dos lares foram cada vez mais se fechando ao Estado, mas sem que o movimento feminista se rendesse a isso, numa luta incessante. Oportuna se faz a citação de María Del Carmen Cortizo e Priscila Larreta Goyeneche sobre esse processo:

Na contramão desta lógica perversa, o movimento feminista luta pelo reconhecimento da violência de gênero em todos seus aspectos. Um desses aspectos é o que se refere a criação de mecanismos jurídicos para

²⁴² CORTIZO, María Del Carmen/GOYENECHÉ, Priscila Larratea. Judicialização do Privado e Violência contra a Mulher. In **Revista Katálise**. Op. Cit. p. 106

ampliar o acesso ao sistema judiciário de causas antes tratadas como da ordem privada.

Não é difícil escutar pelos corredores dos fóruns relatos de profissionais mais experientes sobre a realidade das delegacias de polícia em tempos não muito distantes, até antes da vigência da Lei 9099/1995, por exemplo. Esse dispositivo criou os Juizados Especiais e modificou por completo o procedimento judicial de apreciação de crimes de menor potencial ofensivo e das contravenções penais, como trataremos mais pormenorizadamente no item oportuno.

O aspecto negativo desse fenômeno da judicialização, tal como trouxemos à baila, e ,que em alguns momentos pode ser considerado como ativismo judicial, dada a gravidade da sua incidência, é o risco democrático que a usurpação do Poder Judiciário em legislar pode concretizar.

Habermas e Garapon, figuram hoje internacionalmente como denunciadores dessa realidade perigosa, desenvolvendo um diálogo acirrado com Dworkin e Cappelletti, que defendem o instituto.²⁴³

Um dos maiores danos democráticos que a judicialização de uma matéria pode trazer é o referente à limitação à garantia do acesso do cidadão comum à Justiça, e isso pode ocorrer pela falta de comunicação entre o jurisdicionado e o magistrado, pois em nem todas as realidades forenses é essencial a presença do advogado, como em Juizados Especiais Cíveis, nas demandas de até 20 salários mínimos. Mas não só nesse caso, mas mesmo nos que haja a intervenção do advogado, nem sempre ocorre a interação entre os partícipes do discurso. Sobre isso trataremos adiante.

²⁴³ Sobre isso, conferir GOTTLIEB, Gabriele. **Judicialização das Políticas Públicas: Afronta à Democracia?** In <http://www.anpg.org.br/~anpg/userfiles/file/gabrielegottlieb.pdf> consultado em 22 de dezembro de 2010

5.2 O DISCURSO JUDICIAIZADO

Fixamos nossa abordagem do discurso judicializado, focando a comunicação do jurisdicionado (particular) com o magistrado (público), pressupondo que a causa de interesse particular ou difuso (esfera privada) publiciza-se pelo movimento da esfera pública (política/literária), o que a leva até o Estado (público por excelência). Nesse processo de publicização de uma causa oriunda da dimensão privada do ser humano²⁴⁴, há um primeiro corte cultural quando da legalização da sua vontade, o que já lhe afasta da realidade desejada, pelas peculiaridades do texto da lei. Em se frustrando a vontade do cidadão²⁴⁵, ou se por outra causa qualquer, o caso for lavado à apreciação do Poder Judiciário, o abismo entre ele, que agora assume a condição de jurisdicionado, e a respectiva vontade aumenta drasticamente.

Um dos motivos desse distanciamento é consequência exatamente do fenômeno da judicialização, que traz consigo alterações discursivas, como alerta Luís Roberto Barroso²⁴⁶: “*Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com **alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.***” (grifei)

Assim, a comunicação entre o jurisdicionado e o Estado (nesse momento o magistrado) é pressuposto de legitimação do pacto social, posto que fundou-se na vontade do primeiro em abdicar de parcela de sua liberdade em prol da segurança oferecida pelo segundo, que, nesse momento deve dar a contrapartida com uma prestação jurisdicional eficaz.

Nesse momento, propomo-nos ao estudo das possibilidades de comunicação entre o jurisdicionado e o Estado juiz, onde há a dicotomia privado X público, encontrada na **Mudança Estrutural da Esfera Pública**, de Jürgen

²⁴⁴ Não nos prendemos nesse momento às peculiaridades processuais, considerando também os interesses difusos e coletivos. Sobre a divisão do direito em privado e público, consultar SALDANHA, Nelson. Formação da Teoria Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁴⁵ Novamente aqui não restringimos o tema à processualística dogmática e inserimos nesse ponto também as causas de jurisdição graciosa.

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, consultado em 19 de janeiro de 2011.

Habermas. O autor se dedicou especificamente à comunicação em outras obras, por isso, para manter a harmonia metodológica e por ser pertinente com a presente pesquisa, fundamentaremos esse estudo em seguimentos do pensamento de Habermas, tratados, entre outros em: **Conhecimento e Interesse, Consciência Moral e Agir Comunicativo, A Teoria do Agir Comunicativo e Comentário à Ética do Discurso, Teoria da Racionalidade Comunicativa** (juntamente com Karl-Otto Apel), **O Discurso Filosófico da Modernidade, A Inclusão do Outro**, sem, contudo, abandonarmos a análise da dicotomia público X privado, já referida da **Mudança Estrutural da Esfera Pública**, da qual ainda nos valeremos. Para adentrarmos na especificidade da comunicação no mundo judicializado, antes trataremos as considerações de Habermas sobre a força emancipatória da linguagem na comunicação em geral.

5.2.1. O AGIR COMUNICATIVO HABERMASIANO

Contrapondo-se ao positivismo científico, que acabava por ser ideológico, Habermas segue o rastro de Marx na formulação de uma estratégia crítica emancipatória²⁴⁷. É assim que publica o que muitos consideram sua principal obra: **A Teoria do Agir Comunicativo**, que é marcada pela complexidade e prolixidade ao longo de seus dois volumes, o que representa a luta do autor pela junção e busca de uma nova mediação para a dicotomia teoria X *praxis*.

Antes disso, porém, Habermas já havia publicado sobre o assunto, **Conhecimento e Interesse**, onde, ele não focou enfaticamente a dimensão comunicativa, apesar de analisar a comunicação na relação entre terapeuta e paciente (na prática da psicanálise). Isso porque, como ele mesmo explica a Freitag e Rouanet²⁴⁸:

²⁴⁷ Sobre isso, conferir LECHTE, John. **50 Pensadores Contemporâneos Essenciais – do estruturalismo à pós-modernidade**. 5 ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010. p. 209/210.

²⁴⁸ Entrevista de Habermas a Sérgio Paulo Rouanet e Barbara Freitag. In SCHWARTZ, Adriano (org). **Memórias do presente, volume 2: 100 entrevistas do “Mais!”**. Op. Cit. p. 99.

Já era um pouco a tentativa de entender a partir da situação analítica, como uma conversa entre terapeuta e paciente. Mas é certo que, naquela época, nos anos 60, eu seguia mais fortemente um veio histórico-filosófico, digamos assim, da antiga teoria clássica e dava prioridade a tudo aquilo que, naquele momento, aludisse a grandes questões supra-individuais.

De fato, nessa fase inicial, as preocupações principais de Habermas, apesar de respectivas a questões supra-individuais, não se restringiam especificamente ao que depois concretizou como agir comunicativo. Sobre essas ocupações, bem destaca Wolkmer²⁴⁹:

Na primeira fase da produção habermasiana, a obra *Conhecimento e Interesse* foi importante tanto para propor uma teoria social crítica baseada na produção de conhecimento vinculado a interesses (interesses técnicos, práticos e emancipatórios), quanto para o esboço de uma inicial distinção entre uma “racionalidade técnica” (razão instrumental) e uma “racionalidade emancipatória.”

Mas, Habermas não abandonou esses temas na seqüência de trabalho sobre o agir comunicativo, apesar de depois de **Conhecimento e Interesse**, embrião da **Teoria da Ação Comunicativa**, ele ter passado por uma guinada pragmática (*pragmatic turn*), termo criado por ele mesmo em entrevista a Rouanet e Freitag²⁵⁰, quando perguntado por Rouanet se, já que na filosofia houve uma guinada lingüística (*linguistic turn*), se houve na história dele uma guinada comunicativa (*communicative turn*), como de **Conhecimento e Interesse**, depois que confrontou-se com Luhmann, em **Observações Preparatórias para uma Teoria da Competência Comunicativa**.

Em resposta Habermas afirma:

Bem, acho que um autor deve deixar a seus leitores julgamentos desse tipo. Mas, naturalmente, podemos falar sobre essas revisões. Sim, *communicative turn*. A terminologia não importa muito. Mas, *pragmatic turn* seria melhor.

Em relação ao referido confronto, de fato, Habermas criticou a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann²⁵¹, posto que esse autor, também alemão, propõe o retorno ao paradigma guerreado por Habermas: da filosofia da consciência (do

²⁴⁹ WOLKMER. Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. p. 278.

²⁵⁰ In SCHWARTZ, Adriano. **Memórias do Presente vol. 2: 100 entrevistas do “Mais”: 1992-2002: Artes do Conhecimento**. Op. Cit.

²⁵¹ Só trataremos nesse trabalho da teoria de Niklas Luhmann nos principais pontos de relação e em função da de Habermas, pelo corte metodológico proposto à pesquisa.

sujeito), que ele substitui pela filosofia da linguagem, exatamente pela força da ação comunicativa.

Na virada pragmática (*pragmatic turn*), Habermas formula a **Teoria da Ação Comunicativa**, a que Wolkmer²⁵² se refere da seguinte forma:

Posteriormente, com sua Teoria da Ação Comunicativa, Habermas avança para a segunda fase de seu pensamento – da “representação” e do “esclarecimento” para o “agir interativo” e o “entendimento participativo” -, deslocando a fundamentação da racionalidade para um foco de cunho “linguístico-pragmático” ou “discursivo-comunicativo”.

Nessa obra, apesar da forte influência, Habermas vai além de Marx e Weber e organiza a filosofia historicamente em três paradigmas, ilustrados no quadro que Reese-Schäfer²⁵³ adaptou, com muitas modificações, de Herbert Delbach:

PARADIGMA	Ontológico	Mentalístico	Lingüístico
ESFERA	Ser	Consciência	Linguagem
CONTEÚDO	Ente	Sujeito	Proposições
QUESTÃO INICIAL	O que é?	O que posso saber?	O que posso entender?
PRINCIPAL REPRESENTANTE	Platão Aristóteles	Descartes Kant	Wittgenstein

Fonte: REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Op. Cit. p. 53.

Sobre a transposição habermasiana do paradigma lingüístico sobre o subjetivo, Freitag²⁵⁴ comenta que:

a razão passa a ser implementada socialmente no processo de interação dialógica dos autores envolvidos em uma mesma situação. A racionalidade, para Habermas, não é mais uma faculdade abstrata, inerente ao indivíduo isolado, mas um procedimento argumentativo pelo qual dois ou mais

²⁵² WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. Op. Cit. p. 278.

²⁵³ REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. 2 ed. Rio de Janeiro: 2009. p. 53.

²⁵⁴ *Apud* Wolkmer, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. Op. Cit. p. 279/280.

sujeitos se põem de acordo sobre questões relacionadas com a verdade, a justiça e a autenticidade.

Assim, o que Habermas afasta em Luhmann é exatamente a retomada da filosofia da consciência, repelida em sua **Teoria da Ação Comunicativa**, por entrar em paradoxo quando aplicada à crítica da razão instrumental. E, Habermas exemplifica essa contradição com exemplos de companheiros da Escola de Frankfurt, Horkheimer e Adorno, por perderem o ponto de partida da crítica radical à razão subjetiva voltada à autopreservação²⁵⁵.

Sobre Luhmann, contemporaneamente, Habermas, ao tratar do **Discurso Filosófico da Modernidade**²⁵⁶, dedica o último capítulo exatamente à “*apropriação da herança da filosofia do sujeito pela teoria dos sistemas de Luhmann*”, identificando na obra luhmanniana que: “*A empresa de Luhmann procura vincular-se menos com a tradição especializada da teoria da sociedade, de Comte e Parsons, do que com as histórias dos problemas da filosofia da consciência que vai de Kant a Husserl.*”

Habermas²⁵⁷ segue asseverando convictamente que:

Essa teoria dos sistemas não conduz a sociologia a um caminho seguro da ciência; pelo contrário, apresenta-se como sucessora de uma filosofia dispensada. Pretende herdar os conceitos fundamentais e os questionamentos da filosofia do sujeito e, ao mesmo tempo, suplantar sua capacidade de resolver problemas. Para tanto efetua uma mudança de perspectiva que torna inútil a autocrítica de uma modernidade em conflito consigo mesma.

Apesar de Luhmann guardar alguns pontos comuns com Habermas, como tratar do paradoxo sistema X mundo da vida, a ênfase dada por cada um a esses elementos é radicalmente oposta.

Enquanto Luhmann praticamente despreza a atenção ao mundo da vida e centraliza sua abordagem no sistema, Habermas trata de sistema, mas expressamente prioriza o mundo da vida, chegando Reese-Schäfer²⁵⁸ a afirmar, sobre a Teoria da Ação Comunicativa, que “*a idéia central: racionalidade*

²⁵⁵ Cf: REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Op. Cit. p. 53.

²⁵⁶ Jürgen, Habermas. **O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições**. São Paulo: Martins Fontes: 2000. p. 511.

²⁵⁷ *Idem.*

²⁵⁸ REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Op. Cit. p. 44.

*econômica e burocrática do sistema penetra crescentemente nas esferas do **mundo da vida**, coloniza-as e leva, dessa forma, a perdas de liberdade e de sentido.”*
(grifei)

Na verdade, Habermas não afasta outra dicotomia a que se dedica na **Mudança Estrutural da Esfera Pública**, a do privado X público. Ratificando isso, esse *mundo da vida* habermasiano, segundo Lechte²⁵⁹, “*É um horizonte de consciência que inclui as esferas pública e privada. É a esfera de formação de identidade e **ação comunicativa**.”* (grifei)

Além disso, Luhmann e Habermas guardam em comum tratarem da comunicação, mas Luhmann, apesar de a considerar como base do sistema social, desacopla-o conceitualmente do sistema psíquico, baseado na consciência²⁶⁰.

Comunicação, para Luhmann²⁶¹, pode ser entendida através do seguinte processo, que ele mesmo narra:

O sentido pode se inserir em uma seqüência, vinculada ao sentimento corporal da vida, aparecendo então como consciência. Mas o sentido pode também se inserir em uma seqüência que envolve a compreensão de outros, surgindo então como comunicação.

Já Habermas, usa o conceito de comunicação wittgensteiniano, onde o significado idêntico e a validade intersubjetiva são dois momentos das regras estabelecedoras das coisas, e, para que se perfaça essa validade intersubjetiva da norma, lógica é a necessidade de ocorrência da validade subjetiva para pelo menos dois sujeitos²⁶². O que leva João Bosco da Encarnação²⁶³ a concluir que “*Habermas retoma esse conceito wittgensteiniano para poder aplicar os símbolos comunicativos*”.

De fato, para Habermas²⁶⁴ o agir comunicativo constitui:

²⁵⁹ LECHTE, John. **50 Pensadores Contemporâneos Essenciais – do estruturalismo à pós-modernidade**. Op. Cit. p. 211.

²⁶⁰ Cf: HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Op. Cit. p. 524/525.

²⁶¹ *Apud* HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Op. Cit. p.524.

²⁶² Cf: ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do Direito em Habermas: a hermenêutica**. Op. Cit. p. 94.

²⁶³ ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do Direito em Habermas: a hermenêutica**. Op. Cit. p. 94.

²⁶⁴ *Apud* SIBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 74.

Uma **interação** mediada simbolicamente, orientada através de normas que valem obrigatoriamente, que definem expectativas recíprocas de comportamento e que têm de ser **compreendidas** e **aceitas** por pelo menos dois sujeitos. (grifei)

Dessa definição, extraímos e destacamos alguns dos elementos que compõem o agir comunicativo: interação, compreensão, reciprocidade e acordo.

João Bosco da Encarnação²⁶⁵, ao tratar do agir comunicativo habermasiano, trata da **interação** (*Einverständnis*) como sendo “o reconhecimento intersubjetivo da pretensão de validade”, e de **compreensão** (*Verständigung*), como “concordância dos participantes à comunicação sobre a validade de uma expressão”, termo que Lecht²⁶⁶ relaciona diretamente com **acordo**, que, segundo o próprio Lecht, ao analisar a mesma obra de Habermas, advém da compreensão dos partícipes e “acarreta o ‘reconhecimento intersubjetivo’ da validade da afirmação do outro.”

Nisso tudo há uma grande carga hermenêutica, pois a compreensão vai depender da disponibilidade dialógica do partícipe e de sua interpretação, tanto do papel que desempenha no discurso, como das informações recebidas.

E isso levou Habermas²⁶⁷ a classificar a ação comunicativa como:

Ação que conta com um processo cooperativo de interpretação no qual os participantes se relacionam simultaneamente com algo nos mundos objetivo, social e subjetivo, mesmo quando reforçam tematicamente apenas um dos três componentes em suas afirmações.

Assim, o agir comunicativo habermasiano circula por esses três mundos, e constitui-se na junção de todas as formas de agir respectivas de cada um deles, o que Habermas ilustrou da seguinte forma:

• Tipos de ação	• Pretensão de validade	• Referência ao mundo
• Agir teleológico	• Verdade	• Mundo objetivo
• Agir normativo	• Correção	• Mundo social

²⁶⁵ ENCARNÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do Direito em Habermas: a hermenêutica**. Op. Cit. p. 95

²⁶⁶ LECHT, John. **50 Pensadores Contemporâneos Essenciais – do estruturalismo à pós-modernidade**. Op. Cit. p. 211.

²⁶⁷ *Apud* LECHTE, John. **50 Pensadores Contemporâneos Essenciais – do estruturalismo à pós-modernidade**. Op. Cit. p. 212.

• Agir dramaturgico	• Autenticidade (veracidade)	• Mundo subjetivo
• Agir comunicativo	• Entendimento	• Referência reflexiva a todos os “três mundos”

Fonte: HABERMAS, Jürgen. *Apud* REESE-SCHÄFER, Walter. Op. Cit. p. 48.

Assim, o agir comunicativo faz parte do paradigma lingüístico, que é apresentado por Habermas como possibilitador da interação social e da conseqüente emancipação, tão perseguida pelos teóricos críticos, e toma um caráter construtivo, já que constitui, conforme Siebeneichler²⁶⁸, ação mediada pela linguagem. E a linguagem para Habermas²⁶⁹ é “*a imagem do mundo articulada linguisticamente.*”

Logo, o processo do agir comunicativo pressupõe a predisposição dos partícipes à comunicação, que atingirá a compreensão de ambos através da linguagem, mas para isso é necessário um acordo entre eles para permitir que o processo seja eficaz.

A problemática que adentraremos adiante reside no fato de que, não havendo acesso do partícipe aos símbolos que serão usados no pretense ato comunicativo, por um lado, e não estado o partícipe oposto disponível ao acordo, institui-se o fenômeno de patologia do uso da linguagem, que Habermas pretende exterminar.

Ao tratar da relação entre autonomia privada e pública e da institucionalização formal do pleito do cidadão, Habermas²⁷⁰ afirma que:

Contudo, quando se trata de decidir se cabe ou não institucionalizar sob a forma de direitos políticos do cidadão os pressupostos da comunicação com base nos quais os cidadãos julgam se é legítimo o direito que eles mesmos firmam à luz do princípio discursivo, aí então **o código jurídico precisa estar como tal à disposição**. Para a instituição desse código, entretanto, é necessário criar o status das pessoas do direito que pertençam, como portadores de direitos subjetivos, a uma associação voluntária de

²⁶⁸ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. Op. Cit. p. 73.

²⁶⁹ *Apud* ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do Direito em Habermas: a hermenêutica**. Op. Cit. p. 90.

²⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Op. Cit. p. 301.

jurisconsortes e que efetivamente façam valer por meios judiciais suas respectivas reivindicações jurídicas.

Desse trecho que revela a influência Wittgensteiniana nessa obra de Habermas, no tocante ao uso dos signos na comunicação, abstraímos existir um código de comunicação próprio no mundo institucionalizado do direito, exercido por pessoas que o detenham. Esses profissionais, entretanto, representam interesses alheios de partes que, apesar de terem seus interesses tutelados pelo Estado e apreciados pelo Estado Juiz por meio do código jurídico, não interagem pela linguagem jurídica. De fato, têm acesso formal ao Judiciário, mas passa por ele sem comunicar-se com ele, só tendo conhecimento do que lhe foi dito, negado ou concedido por intermédio do profissional que o representa e que detém os signos.

5.2.2 O *JURISDIQUÊS* COMO PATOLOGIA DO USO DA LINGUAGEM

Por *jurisdiquês* entendemos a construção discursiva eivada de exacerbação de signos não coloquiais e não essenciais, típicos do universo jurídico, que impossibilitam o processo da ação comunicativa.

Paulo Duarte²⁷¹, nessa mesma linha de entendimento se refere ao “juridiquês”, o que não altera o significado do vocábulo:

“JURIDQUÊS” é um neologismo em prática no Brasil para designar o uso “despiciendo” dos termos técnicos do Direito (olha o *juridiquês* aí: “despiciendo” pode ser substituído pelo termo “desnecessário”, que é de uso mais corriqueiro e conhecido). Ou seja, o “juridiquês” é um termo novo que foi criado para designar **o uso desnecessário e excessivo do jargão jurídico** e de termos técnicos de Direito. (grifei)

Por sua característica de impedir o perfazimento do ato comunicativo, é que consideramos o *jurisdiquês* como patologia social, e tem essa repercussão drástica por privar um dos partícipes do pré-conhecimento dos signos utilizados no discurso.

²⁷¹ DAURTE, Paulo. *Juridiquês*. In <http://www.gostodeler.com.br/materia/5647/juridiques.html>. consultado em 10 de dezembro de 2010.

Isso por vezes pode se justificar pela operação de ideologias opressoras que excluem o leigo do pretense ato comunicacional jurídico.

Certamente, como patologia social que é, numa abordagem habermasiana da **Teoria do Agir Comunicativo**, temos que o *jurisdiquês* prejudica por fim a emancipação das pessoas, posto que, depois da guinada pragmática de Habermas, que transpôs o paradigma lingüístico sobre o mentalístico exatamente para perseguir a referida emancipação, que vem pela ação comunicativa, proporcionada pela linguagem, que possibilita a comunicação pela compreensão e interação, sendo esse processo hermeneuticamente acompanhado.

Mas, quando opera o *jurisdiquês*, não se fixa uma predisposição de conhecimento pelo partícipe oprimido (leigo, desconhecedor dos signos que serão utilizados no discurso), o que se contrapõe a outra falha no processo, a negativa de acordo pelo partícipe opressor (que domina pelo monopólio dos signos daquele discurso).

Tal fenômeno, bem como suas conseqüências quanto ao acesso à justiça, são analisados pela Sociolinguística variacionista²⁷².

Em relação ao *acesso à justiça*, que no Brasil é garantia constitucional, o termo poderia pressupor várias interpretações, inclusive quanto à sua subjetividade, mas o Ministro do STF Marco Aurélio²⁷³ acertada e perspicazmente se pronunciou sobre isso, no sentido de que: “***A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível.***” (grifei).

Frente a isso, entendemos que o termo ‘convincente’ está diretamente ligado à comunicação, já que o convencimento se dá a partir da apreensão da informação. Então, não basta de seja dada uma decisão com o conteúdo de conformidade com a lei, mas que seja acessível à cognição direta do jurisdicionado.

²⁷² Cf: COLARES, Virgínia. Por que a Linguagem Interessa ao Direito? *In Linguagem e Direito*. COLARES, Virgínia (org). Recife: Universitária/UFPE, 2010. p. 10.

²⁷³ STF – Recurso Especial 158.655, Rel Min. Marco Aurélio, D J 02/05/1997.

Partindo do pressuposto habermasiano de que a linguagem proporciona a comunicação, e no mesmo sentido, da afirmação de Beneti²⁷⁴, de que “*toda linguagem visa a comunicação de um ser a outro*”, temos que também a linguagem jurídica se concretizará quando estabelecido o diálogo entre os interlocutores que a exerçam, mas a dificuldade está exatamente no perfazimento desta função, pois, linguagem é, segundo Abbagnano²⁷⁵ “*em geral, o uso de signos intersubjetivos, que são os que possibilitam a comunicação*”, e o não conhecimento desses símbolos por uma das partes impede a comunicação e a conseqüente configuração do debate.

O jurisdicionado não conhece os símbolos intersubjetivos emitidos pelo Estado Juiz, e este, pela formação tradicionalmente dogmática que recebe, geralmente, também desconhece símbolos coloquiais emitidos pelo jurisdicionado. Como então pode estabelecer-se um diálogo entre ambos, para que sejam apreendidos os objetos cognoscíveis de cada sujeito cognoscente?

Numa perspectiva crítica, podemos identificar elementos de dominação no discurso do Poder Judiciário, pelo uso desmedido de uma linguagem não acessível ao jurisdicionado, deixando-o à margem do processo judicial do qual deveria ser parte ativa não só simbólica, mas efetivamente.

Para uma prestação nos moldes dados pelo Ministro Marco Aurélio, Busca-se exatamente evitar a maximização normalmente dada pelo direito ao sentido literal das palavras, o que agrava o problema da comunicação entre o mundo jurídico e o mundo leigo. Isso seria a exacerbação do mínimo técnico essencial da profissão, que, portanto, extrapolaria o essencial. Sem, entretanto, perdermo-nos na complexidade retórica, que mal aplicada à realidade forense, pode acarretar em falácias, o que poderia embasar a prática do *jurisdiquês*, como trataremos oportunamente.

Pela aplicação de uma visão panorâmica, a decisão judicial deve ser construída e não imposta, já que o sentenciante está representando o Estado, que só possui legitimidade para decisão, posto que lhe foi outorgada pelo próprio

²⁷⁴ BENETI, Sidnei. **Uma Nova Ética para o Juiz**. São Paulo: RT, 1997. p. 106/107.

²⁷⁵ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 615.

jurisdicionado, ainda quando do pacto social. Esse episódio foi, inclusive, exaltado pela Associação de Magistrados do Brasil, ao tratar da simplificação da linguagem jurídica: “*indivíduos abriam mão de sua total liberdade em prol do convívio social, com regras e limitações. Um sistema de ações legais substituía a **barbárie***”²⁷⁶.

A não observância do sistema normativo, criado em prol da paz da comunidade, acarretaria a perda da liberdade, com o confinamento e exclusão da sociedade para a punição do desobediente (caráter pedagógico da pena) e recuperação (caráter educativo da pena), e principalmente para que a comunidade se visse ‘protegida’ daquela presença ‘maléfica’.

Outro ponto que mudou também, com o fim da auto-tutela, foi a questão de litígios possessórios. Assim, antes do surgimento do Estado, se A e B desejavam o mesmo objeto, o mais forte conseguiria a posse do mesmo. Após o ‘pacto social’, quando um mesmo objeto fosse disputado por mais de um sujeito, era chamado o Leviatã²⁷⁷ para decidir a quem caberia a posse do objeto litigioso. Nesse momento, o Leviatã veste uma toga para decidir, e cerca-se de símbolos próprios para procedimentalizar e satisfazer o chamado que lhe foi feito, “*cabia a partir daí ao Estado mediar potenciais conflitos*”²⁷⁸.

Logo, não podemos colocar em lados opostos o sentenciante e o jurisdicionado, apesar de não compartilharem os mesmos símbolos lingüísticos. Temos que ter em mente que é essencial para o próprio sucesso do modelo a comunicação entre eles, posto que o poder decisório vem da outorga concedida pelo próprio jurisdicionado ao sentenciante (Estado-Juiz), para que se perfaça o agir comunicativo, pela dialogicidade.

A Associação dos Magistrados Brasileiros encomendou ao Ibope, em 2003, uma pesquisa sobre a opinião da população sobre o Poder Judiciário, e constatou

²⁷⁶ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O Judiciário ao Alcance de Todos: noções básicas de jurisdiquês**, 2 ed. Brasília: AMB, 2007. p. 10.

²⁷⁷ Termo que na doutrina de Hobbes personifica o Estado, por analogia ao monstro bíblico que protegia os peixes menores dos ataques predatórios dos peixes maiores.

²⁷⁸ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O Judiciário ao Alcance de Todos: noções básicas de jurisdiquês**. Op. Cit. p. 10

que, além da morosidade, uma grande queixa foi a do uso de linguagem inacessível na práxis jurídica.

Então, em 2005 foi lançada pela entidade uma campanha nacional pela simplificação da linguagem jurídica, colocando-se o “*jurisdiquês no banco dos réus*”, tendo sido designada uma comissão para reeducação lingüística dos operadores do Direito, promoveu concurso que premiou magistrados que apresentassem contribuições, possibilitou encontros interdisciplinares, etc.

Na realidade, identificamos nessa atitude da entidade a ilustração do movimento pela planificação lingüística (*plain language movement*), que antecedeu em muito as iniciativas relativamente recentes da AMB.

Virgínia Colares²⁷⁹ faz a seguinte narrativa sobre o movimento:

No mundo de língua anglo-saxônica, a preocupação com a teorização acerca da Linguagem & Direito tomou fôlego com o *plain language movement* dos anos 1970. Nos Estados Unidos, Inglaterra, Suécia, Alemanha e Israel, vários estudos começavam a questionar o uso da linguagem em contextos institucionais e o abuso no uso da linguagem pelos detentores do poder, no exercício de suas atividades profissionais. O movimento agregava profissionais de diversas áreas e as abordagens na perspectiva sociolingüística que enfatizavam a questão da assimetria na interação. Defendia-se o direito do cidadão comum de entender e ser entendido, em contextos institucionais.

Na especificidade do campo jurídico, o fato de o cidadão comum poder entender e ser entendido, no Judiciário, por exemplo, nada mais representa do que a garantia constitucional do acesso à justiça, sem sequer alcançar o status definido pelo Ministro Marco Aurélio, de uma prestação convincente. Antes disso, a luta pelo direito do cidadão comum de entender e ser entendido em Juízo representa uma tentativa de emancipação, posto que “entender e ser entendido” faz parte da ação comunicativa habermasiana, que teleologicamente se explica pela característica crítica marxista de emancipação.

Isso, numa ação conjunta com a imprensa, pois, como consta na publicação feita pelo movimento²⁸⁰:

²⁷⁹ COLARES, Virgínia. Por que a Linguagem Interessa ao Direito? In **Linguagem e Direito**. COLARES, Virgínia (org). Recife: Universitária/UFPE, 2010. p. 10.

Mídia e Judiciário têm funções essenciais na manutenção e na defesa da democracia. (...) Apesar disso, dessa constante parceria, entre esses dois importantíssimos setores da sociedade, não é raro a ocorrência de desencontros e de eventuais atritos entre as partes.

Tendo acontecido, inclusive, o evento: "Direito e Imprensa: Desencontros de Linguagem", no Salão do Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5), no Cais do Apolo, em Pernambuco.

“O Judiciário ao Alcance de Todos: noções básicas de juridiquês”²⁸¹ é exemplo de um dos frutos desse movimento. A obra, já citada nesse trabalho, funciona como cartilha, como um manual básico de funcionamento do Poder Judiciário, quebrando vários mitos que circundavam a carreira jurídica, e traduzindo para linguagem coloquial expressões em latim e outras tipicamente jurídicas.

A iniciativa demonstra a intenção de abrir o Judiciário à comunidade, como intermédio da imprensa, para que esta o leve responsabilmente ao resto da sociedade, pelo poder que conhecemos da mídia. Assim, a obra capacita os jornalistas para mais fielmente retratarem os acontecimentos judiciais. Isso porque, como bem ressalta o jornalista Franklin Martins²⁸², no prefácio da obra, os dois setores funcionam em tempos distintos, sob ritmos próprios. Enquanto o juiz deve dedicar horas às minúcias processuais, o jornalista luta contra o relógio, em busca de repassar o quanto antes à sociedade a notícia obtida²⁸³.

Uma ilustração prática trazida pela obra merece destaque²⁸⁴:

Portanto, o hercúleo desprendimento de esforços para o desaforamento do ‘juridiquês’ deve contemplar igualmente a magistratura, o ínclito parquet, os doutos patronos das partes, os copos discentes e docentes do magistério das ciências jurídicas. Entendeu?

É desafiadora a iniciativa da AMB de alterar a cultura lingüística dominante na área do Direito e acabar com textos em intrincado juridiquês, como o

²⁸⁰ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O Judiciário ao Alcance de Todos: noções básicas de juridiquês**. Op. Cit. p. 5.

²⁸¹ *Idem*.

²⁸² *Idem*.

²⁸³ Entretanto, deve-se registrar que a liberdade de tempo para análise dos processos não é ilimitada, como pode supor um leitor leigo após a apreensão do referido prefácio. Principalmente após a entrada em vigor da Emenda Constitucional número 45, que, como reflexo de tendências mundiais, determina que o processo transcorra em tempo razoável.

²⁸⁴ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O Judiciário ao Alcance de Todos: noções básicas de juridiquês**. Op. Cit. p. 4.

publicado acima. A Justiça deve ser compreendida em sua atuação por todos e especialmente por seus destinatários. Compreendida, torna-se ainda mais imprescindível à consolidação do Estado Democrático de Direito.

Isso ilustra bem a busca de integrar a sociedade ao Poder Judiciário, quebrando a ostra na qual se isola o magistrado que, monopolizando uma linguagem estranha ao cidadão comum, acaba marginalizando-o. Assim, pela simplificação da linguagem utilizada em Juízo, o jurisdicionado participará efetivamente do processo, com a assistência de advogado para cuidar dos seus direitos, mas interagindo com todos os envolvidos na lide, pelo uso de uma linguagem que lhe seja acessível, desde que utilizados símbolos lingüísticos do seu domínio.

Não buscamos a vulgarização ou superficialidade de uma linguagem profissional, ou que todo seu conteúdo transmute-se em senso comum, sob pena de descaracterizar uma comunidade sociolingüística distinta secularmente. O que buscamos é o que foi muito bem retratado pelo também é defendido pelo ministro Beneti²⁸⁵:

Não que se preconize a destecnização do que seja nome científico obrigatório. Não há como chamar de outra coisa 'preclusão', denúncia da lide'(...) sob a pretensa necessidade de que os leigos e a imprensa possam ler as decisões sem se aplicarem em conhecer os pontos específicos da técnica do direito...

Mas, repudia-se o que Geraldo Amaral²⁸⁶ Arruda denominou de “*Síndrome de Sucupira*”, que é uma *construção aparentemente erudita, mas na verdade eivada de vulgaridade*. O típico *juridiquês*, com construção barroca do texto, exagerando no emprego de expressões latinas desnecessariamente, rebuscamento das palavras e até neologismos irresponsáveis, como o encontrado pelo autor que sugeriu o termo “síndrome de sucupira”, ilustrando o fenômeno com o seguinte exemplo:

INCLUSIVEMENTE.

Frente à constatação da patologia social do juridiquês, mesmo que seja exterminado da práxis forense, existem signos não coloquiais no mundo da vida, e, como tal, são estranhos ao partícipe leigo.

²⁸⁵ BENETI, Sidnei. **Uma Nova Ética para o Juiz**. Op. Cit.p. 243.

²⁸⁶ *Apud* BENETI, Sidnei. **Uma Nova Ética para o Juiz**. Op. Cit.p. 242.

Caberá, então, ao partícipe profissional da área (e não mais opressor) traduzir à parte desassistida o mínimo técnico essencial da profissão, mas disso trataremos especificamente adiante.

Conforme Beneti²⁸⁷, “é preciso que as partes saibam claramente o motivo pelo qual ganharam ou perderam”, afirmação que se coaduna com a prestação jurisdicional completa, pregada pelo Ministro Marco Aurélio.

Mas, empiricamente não é difícil encontrarem-se pessoas que não são da área jurídica perguntando “o juiz deferiu o eu que meu advogado pediu. É bom ou ruim?”, ou “o meu pedido foi julgado precedente. Eu ganhei ou perdi?”. Caricato ou não essa realidade permeia os fóruns do país, onde a maioria dos jurisdicionados não tem acesso sequer a uma linguagem erudita e rebuscada, quiçá ao código jurídico.

Um exemplo de simplificação da linguagem, que não compromete seu conteúdo é o dado por Beneti²⁸⁸: a decisão fundamentada na ‘*falta de um pressuposto processual objetivo extrínseco*’, poderá ser apresentada à parte tendo como justificativa o fato de que ‘*não mandaram a carta de notificação antes de ajuizar o processo*’.

Massaretti Dias e Alves da Silva²⁸⁹ apresentam a divisão dos termos da linguagem jurídica em dois grupos, feita por Cornu, de um lado os que só existem em função dos *conceitos jurídicos*, e do outro, aqueles que foram importados da linguagem comum e tomaram significado próprio na jurídica.

Os autores²⁹⁰ seguem trazendo exemplos práticos, tendo como fonte o quadro de Anna Maria Becker Maciel:

²⁸⁷ BENETI, Sidnei. **Uma Nova Ética para o Juiz**. Op. Cit.p. 243.

²⁸⁸ *Idem*. 243.

²⁸⁹ MASSARETTI DIAS, Graciele da Mata/ALVES DA SILVA, Manoel Messias. Aspectos da Terminologia Jurídica. In COLARES, Virgínia (org). **Linguagem e Direito**. Recife: Universitária – UFPE, 2010. p.60.

²⁹⁰ *Idem*. p. 61.

“Quadro 1 – Termos jurídicos segundo seu uso na linguagem jurídica e na linguagem comum”

Termos jurídicos por excelência	Termos de dupla pertinência		
<i>Enfiteuse, decujus, anticrese, quirografário, exequatur, sucumbência, litisconsorte, judicante, fateusim, usucapião, testamentário, testamenteiro, testante, habeas-data, as notum, sursis.</i>	Grupo 1: Termos jurídicos usados na língua comum.	Grupo 2: Termos da língua comum usados com sentido jurídico.	Grupo 3: Termos com sentido da língua comum e implicações legais.
	<i>Usufruto, herança, salvo-conduto, quorum, tribunal, juiz, crime, julgamento.</i>	<i>Despejo, servidão, julgado, imposto, sentença, testador, tombar, tombado, tombamento.</i>	<i>Pai, mãe, filho, parente, cônjuge, empregado, empregador, férias, salário.</i>

Fonte: MACIEL, Anna Maria Becker. Apud MASSARETTI DIAS, Graciele da Mata/ALVES DA SILVA, Manoel Messias. Aspectos da Terminologia Jurídica. In COLARES, Virgínia (org). **Linguagem e Direito**. Recife: Universitária – UFPE, 2010. p.61.

Constatamos, portanto, que existe um intercâmbio entre a linguagem jurídica e a coloquial, restando apenas bom senso para que o juiz faça escolhas lexicais razoáveis, que possibilitem a apreensão do conteúdo pelo leigo, e, em se tratando da categoria dos *termos jurídicos por excelência*, proceda a apresentação do respectivo termo ao jurisdicionado, que assim iniciará a formação de um repertório novo em seu vocabulário, enriquecendo sua cidadania.

Desse modo, estar-se-ia traçando os moldes indicados pelo Min. Marco Aurélio, de uma prestação jurisdicional convincente. Não se preconiza nessa abordagem a justiça do conteúdo da decisão, partimos do pressuposto de que esta tenha sido tomada por um conhecimento formado construtivamente entre sentenciante e jurisdicionado, e finalizada em conformidade com a lei. Entretanto, como no contencioso, geralmente, as decisões terminativas não agradam a ambas as partes, acreditamos que o acesso à Justiça estará concretizado por uma entrega da prestação (em forma de decisão) de forma que seja apreendida pelo jurisdicionado, seja o que teve seu pleito atendido ou pelo preterido.

Como já vimos, a importância da linguagem na sociedade é clara, pois é pela comunicação que se desenvolve a cultura humana, o que Habermas coloca ao

lado do trabalho, na dicotomia das formas de ação humana (linguagem X trabalho). E, dispondo de tal força, a linguagem pode desencadear processos sociais drásticos e decisivos na comunidade, tais como a inserção ou exclusão de indivíduos no grupo.

O uso de símbolos desconhecidos de um dos interlocutores, sem a respectiva tradução, presta-se à dominação, pois na medida em que isola num ápice quem domina e manipula o discurso, marginaliza e subjuga o ignorante.

A prestação jurisdicional completa é uma via de mão dupla, posto que, como parte da vida social, está sujeita à ação comunicativa. Assim, a formação do diálogo entre sentenciante e jurisdicionado desassistido por advogado, pressupõe o conhecimento dos símbolos do discurso.

Mas, para se perfazer o agir comunicativo, há elementos que lhes são peculiares, como já tratamos nesse trabalho, tais como a interação, a compreensão e o acordo, acompanhados pela hermenêutica.

Se anteriormente focamos o ângulo da patologia centrada no oprimido, pela ignorância dos símbolos do discurso, agora analisamos o outro lado da moeda, o opressor que não se disponibiliza à interação, não havendo, portanto, também do lado dele a predisposição ao agir comunicativo.

A Teoria da Ação Comunicativa, apesar de criticada por Lechte²⁹¹ e Wolkmer²⁹², não representa, ao nosso modesto ver, um ideal utópico e distante da realidade, já que, no Brasil, esta na iminência de tornar-se exigência legal, através do projeto de lei, nº 7448/2006, que já foi aprovado pelo Conselho de Constituição e Justiça no último dia 30 de junho de 2010 e seguirá para votação no Senado. O projeto propõe a alteração do Código de Processo Civil, incluindo como requisito da sentença a linguagem acessível ao jurisdicionado. Inicialmente pensou-se em duas versões de sentença, uma na linguagem profissional do jurista e outra na coloquial, mas acarretaria em acúmulo de trabalho para o magistrado e colocaria em risco a

²⁹¹ LECHTE, John. **50 Pensadores Contemporâneos Essenciais – do estruturalismo à pós-modernidade**. Op. Cit. p. 213.

²⁹² WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Op. Cit. p. 283/284.

celeridade processual, por isso, pelo projeto aprovado, a sentença original já deverá ser elaborada e publicada em linguagem inteligível aos leigos.

Para tanto, deverão ser vencidos tabus, que impregnam a realidade forense, revertidos valores e repensadas medidas que integrem cada vez mais o juiz e a comunidade. E é na visão panorâmica de linguagem, de Wittgenstein, que encontramos a solução para isso, posto que se trabalhada construtivamente a linguagem, a própria decisão será mais justa e adequada à sociedade.

Por esse ângulo, a linguagem servirá de instrumento de integração entre o Poder Judiciário e a sociedade, fortalecendo o modelo de Estado Democrático de Direito. A linguagem deverá ainda servir de elemento facilitador da cidadania no processo de transição do privado ao público, pois o indivíduo vê o seu particular publicizando-se em um processo e não o deve perder de alcance, sob pena de ferimento à sua dignidade humana, entre outros.

5.2.3 NA PRAXIS DO STJ I: O JURISDIQUÊS EM MATÉRIA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER

O corpus proposto a estudo é formado por dois votos discrepantes num mesmo processo, que tramita no STJ, em Recurso Especial (nº 1097.042/DF – julgado em 24 de fevereiro de 2010).

Levando em consideração que a linguagem rebuscada e o uso de expressões em latim são sintomas do jurisdiquês, destacamos trechos do voto que apresentam esses elementos.

- a) O primeiro voto que analisamos é o do relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que adotou o posicionamento então majoritário, no sentido da prevalência da Lei Maria da Penha (11340/2006), sendo inexigível a representação da vítima no crime de lesão corporal

qualificada pela violência doméstica e familiar contra a mulher; entretanto, foi voto vencido.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento no art. 105, III, a da **Magna Carta**,
2. em que o recorrente alega ofensa aos arts. 13, 16 e 41 da Lei Maria da Penha, 88 da Lei
3. 9.099/95, 38 e 43, III do CPP e 100 e 129, § 9o. do CPB.
- (...)
4. 1. A **quaestio iuris** que ora se discute pertine à relevante, atual e urgente necessidade de se
5. definir se é processualmente exigível – ou não – a representação da parte ofendida para a
6. propositura da ação penal contra os agentes de crimes de lesão corporal leve praticados
7. contra a mulher, no âmbito das relações domésticas ou familiares (art. 129, § 9o. do CPB)...
- (...)
8. Registro ainda que não se pode esconder que existem respeitáveis teses e sustentações no
9. sentido afirmativo e negativo da exigência da representação da vítima como condição de
10. procedibilidade da ação penal nos casos de violência doméstica contra a mulher, sendo certo
11. que tais posicionamentos são influenciados por esmerados estudos sociológicos e culturais,
12. históricos e antropológicos, todos trazendo contributos de **magna valia** à perfeita
13. compreensão da matéria.
- (...)
14. No nível micro-jurídico, o agente do crime de lesão corporal, por ausente manifestação legal
15. em contrário, submetia-se à ação penal pública incondicionada, eis que o art. 100 do CPB
16. estabelece a **actio privata** como exceção a exigir previsão explícita; com o advento da Lei
17. dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95)...
- (...)
18. Parece fora de qualquer incerteza intelectual – digo-o com a **máxima venia** – não se admitir
19. que uma lei criada para coibir e punir mais rigorosamente a prática de violência contra a
20. mulher no âmbito doméstico ou familiar seja interpretada de modo a acarretar benefício
21. processual em favor do seu agente...
- (...)
22. Nesse contexto, deixar-se ao encargo da vítima a decisão sobre a **deflagração da**
23. **persecução penal**, representa, em última análise, reduzir ou negar eficácia dos propósitos
24. protetivos da norma legal, um verdadeiro retrocesso, ao se restabelecer o estado de
25. ineficácia por vezes verificado sob a égide da Lei 9.009/95
- (...)
26. É o que se verifica nos crimes contra os costumes e que a doutrina convencionou
27. chamar de **strepitu iudicii** (escândalo provocado pelo ajuizamento da ação
28. penal).

Fragmento 1

Os termos que destacamos no fragmento acima nos mostram que há uso desnecessário de vocábulos não comuns ao leigo jurídico, e que podem ser substituídos por outros da linguagem coloquial sem qualquer prejuízo à harmonia ou qualidade do texto final, como demonstramos no quadro a seguir.

JURISDIQUÊS	LINGUAGEM COLOQUIAL
Magna Carta	Constituição Federal
<i>Quaestio iuris</i>	Questão jurídica
<i>Actio privata</i>	Ação privada

Magna valia	Grande valor
Máxima vênia	Com o devido respeito
Deflagração da persecução penal	Início da ação penal

b) O segundo, é o voto vencedor do Ministro Jorge Mussi, que representa o novo modelo que passou a ser adotado pela corte, de cabimento de ação penal pública condicionada para o crime de lesão corporal leve qualificada por violência doméstica e familiar contra a mulher, considerando a representação da vítima como essencial ao processamento do fato.

1. Narra o **aresto objurgado** que o recorrido foi condenado, pelo juízo de primeiro grau, à pena
2. De 1 ano e 3 meses de detenção, no regime inicial semi-aberto, pela prática do crime previsto
3. no art. 129, § 9º, do Estatuto Repressivo, c/c art. 5º, incisos II, da Lei nº 11.340/06. O Tribunal
4. a quo, ao prover apelação da defesa, extinguiu a punibilidade do réu em razão da ausência
5. da condição de procedibilidade da ação penal, tal seja, representação da ofendida. No
6. Especial, o **Parquet** busca demonstrar que o acórdão guerreado negou vigência aos arts. 13,
7. 16 e 41 da Lei Maria da Penha; arts. 38 e 43, inciso III, ambos do Código de Processo Penal;
8. art. 88 da Lei nº 9.099/95 e arts. 100 e 129, § 9º, do Código Penal.
- (...)
9. Isso porque, consoante pacificado na doutrina e jurisprudência, a intenção do ofendido deve
10. ser extraída de qualquer ação idônea para tanto, sendo certo que, **in casu**, consta dos autos
11. o boletim de ocorrência e a submissão a exame pericial. Requereu o provimento do apelo
12. para que, reformado o aresto objurgado, seja restabelecida a sentença proferida pelo
13. magistrado de primeiro grau ou, ainda, para que as diversas manifestações da vítima sejam
14. recebidas como representação, a fim de satisfazer-se a citada condição de procedibilidade.
15. Contra-arrazoado o inconformismo, o recorrido pugnou pelo improvimento do reclamo.
16. Admitida a irrisignação pelo **Tribunal a quo**, foi proferida decisão pelo Excelentíssimo
17. Senhor Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator deste apelo raro, submetendo seu
18. julgamento à Terceira Seção, nos termos do art. 2º, caput, e § 2º, da Resolução nº 08/2008
19. desta Corte, bem como do art. 543-C, § 2º, do Código de Processo Civil.
- (...)
20. Para melhor elucidação da **questio**, transcreve-se o teor do citado dispositivo legal:
- (...)
21. Por tal razão, defende o **Parquet**, no Especial, que não se aplica ao delito de lesões
22. leves a determinação contida no art. 88 da Lei dos Juizados Especiais, de que "dependerá de
23. representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves" e lesões culposas.
- (...)
24. Apesar do tema não ser pacífico na doutrina e na jurisprudência, entendo que a pretensão
25. contida no apelo raro não merece prosperar. Depreende-se que a **mens legis** do art. 41 da
26. Lei nº 11.340/2006 visa restringir a aplicação da Lei dos Juizados Especiais somente no
27. tocante à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras aos
28. delitos cometidos com violência doméstica contra a mulher.
29. (...)
30. A Excelentíssima Senhora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em voto lapidar no
31. Habeas Corpus nº 96.992/DF, trouxe o ensinamento da jurista Maria Lúcia Karam, o qual,
32. por oportuno, transcreve-se, **in verbis**:
- (...)

Pelos termos negritados, constatamos que mesmo de conteúdo inovador, o texto ainda guarda na forma elementos de *jurisdiquês*, pois as palavras que são de sintomas do fenômeno, facilmente poderiam ser substituídas por outras em linguagem coloquial, como mostramos adiante:

JURISDIQUÊS	LINGUAGEM COLOQUIAL
Aresto objurgado	Pleito atacado
Tribunal <i>a quo</i>	Tribunal de origem
<i>Parquet</i>	Ministério Público
<i>In casu</i>	No caso
<i>Quaestio</i>	Questão
<i>Mens legis</i>	Intenção da lei
<i>In verbis</i>	Nessas palavras

Tendo como parâmetro a tabela que apresentamos anteriormente, de “termos jurídicos segundo seu uso na linguagem jurídica e na linguagem comum”, constatamos tratar-se de *jurisdiquês* a aplicação dos termos acima, pois as palavras inacessíveis ao jurisdicionado leigo, por alheias ao seu mundo da vida, foram facilmente substituídas por equivalentes em linguagem coloquial, o que demonstra a completa desnecessidade e exacerbação no seu emprego.

Sobre essa peculiaridade do uso do latim no discurso jurídico, Nelson Saldanha²⁹³ nos esclarece, ao tratar sobre esse uso feito pelo jurista (e não especificamente pelo magistrado), que essa característica se deve ao fato de sua herança escolástica, e explica da seguinte forma:

O jurista está para o advogado médio como um padrão ideal e superlativo. Mas, no plano comum, é uso acusar-se o saber do advogado de tendência ao verbalismo (incluindo-se aí as célebres citações em latim), e isso é em grande parte procedente: o saber jurídico em geral (e não só o dos causídicos em especial) tem muito de escolástica, sobretudo se pensa na

²⁹³ SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito**. 3 ed. São Paulo: RT, 1989. p. 203.

série de “distinções” que nele entram, e se tem em mira o conceito orteguiano de escolástica: um saber que degenerou em mera terminologia.

De fato, pela análise que nesse momento realizamos, constatamos a incidência desse conceito orteguiano citado por Saldanha, de que esse aspecto do saber escolástico degenerou-se “em mera terminologia”, e isso traz uma grave conseqüência quando o fenômeno atinge o discurso judicial, conforme a conclusão de Saldanha:

Certo de que a *atualização* de conhecimentos, como imperativo concreto, é um impulso salutar, mas às vezes se submerge nas citações, e nem sempre se corrige o formalismo e o formalismo que se notam na atitude intelectual do advogado. Diga-se de passagem que, sob certo aspecto, tal formalismo funciona com positividade dentro do contexto especial em que atua, embora, sob outro aspecto, implique num tipo de frases e de esquemas mentais que talvez já não correspondam aos ritmos e estruturas sociais de hoje.

É exatamente essa conseqüência apontada por Saldanha, a dessincronização das construções discursivas jurídicas frente à realidade social, que torna o *jurisdiquês* uma patologia social, posto que à medida que só um dos partícipes conhece os símbolos (expressões em latim, por exemplo), o outro fica na condição de oprimido e impossibilita-se a interação, comprometendo, assim, a ação comunicativa.

Assim, constatamos nos votos dos ministros do STJ, ora analisados, a incidência da patologia social do *jurisdiquês*, haja vista que rompe o processo de ação comunicativa pela falta de conhecimento prévio dos signos lingüísticos por um dos partícipes, que no caso, e como tal, é a parte oprimida no pseudo-discurso que o Poder Judiciário forja diariamente através da obtenção de metas, que consistem em julgar o maior número possível de processos, priorizando a rapidez, deveras em detrimento da qualidade na prestação. Deve-se considerar o princípio da razoabilidade razoavelmente! E não colocá-lo, casuisticamente, soberanamente num patamar superior ao da dignidade da pessoa humana e ao do acesso à justiça.

6. A MULHER JUDICIALIZÁVEL? A EXEGIBILIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA NO CRIME DE LESÃO CORPORAL QUALIFICADA PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER

A violência doméstica é uma arma do arsenal feminista. O feminismo é actualmente uma indústria auto-sustentada no mundo ocidental, e está a tentar usar as Nações Unidas e outras organizações, como a World Vision, para se instituir através do mundo.

(Peter Zohrab)²⁹⁴

Após adentrarmos na questão da transição por que passou o tratamento da violência doméstica contra a mulher, do privado para o público, através da publicização conquistada pelo movimento feminista e ilustrada na Lei 11340/2006, traremos agora uma terceira fase pela qual passa a questão: o privado judicializável.

Assim trataremos o assunto, posto que atualmente vigora um novo posicionamento do STJ, que possibilita à mulher vítima do delito de lesão corporal leve, qualificado pela violência doméstica (art. 129, § 9º, do CPB) escolher pelo prosseguimento ou não do feito que pode levar à condenação do agressor. Cremos estar-se facultando a privatização da violência doméstica contra a mulher, mas em circunstância diferente do inicialmente privado, pois agora a vítima dispõe da faculdade de jurisdicizar a violência que lhe atingiu.

Contextualmente, vale abordarmos a polêmica hermenêutica que fez chegar o caso a um tribunal superior.

Desde a entrada em vigor da Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha), houve dúvida sobre o tipo de ação penal cabível para apreciar o crime de lesão corporal leve advinda de violência doméstica familiar, pela polêmica sobre o poder de mando do Estado dentro do lar da família, e aqui voltamos ao processo, que cremos cíclico, da transição ente público e privado.

Frente à incerteza gerada pelo sistema legislativo sobre a matéria, abriu-se caminho para a judicialização da violência doméstica contra a mulher e o STJ de fato usou-se disso para exercer esse “poder de judicante de legislar”. Por mais paradoxal que possa parecer o termo, é o que ocorre na realidade, sob a legitimação neoconstitucional da “judicialização”.

Pois bem, passemos então à abordagem dessa judicialização operada recentemente pelo STJ, desde já firmando nosso ângulo de análise não na constitucionalidade da Lei Maria da Penha, já que a Corte competente ainda não se pronunciou sobre o assunto (STF), mas na questão do empoderamento da mulher agredida frente às duas possibilidades hermenêuticas.

6.1 DE QUEM É A ÚLTIMA PALAVRA NO *JARDIM*? MODALIDADE DE AÇÃO PENAL CABÍVEL PARA O TIPO PENAL DO ART. 129, § 9º, DO CPB

A violência doméstica e familiar contra a mulher, como já vimos ao longo do estudo, é uma triste realidade histórica que acompanha a família, e nosso país não é alheio a essa realidade, pelo contrário, pela negligência na erradicação desse tipo de violência já teve até a atenção chamada pela comunidade internacional.

Tanto Nucci²⁹⁵, como Damásio²⁹⁶ concordam no sentido de que dentre os crimes praticados contra as mulheres em circunstâncias domésticas e familiares, o mais usual é o de lesão corporal leve. São as agressões que muitas vezes começam seladas, por pequenas ofensas e vão evoluindo das primeiras mordidas, dos primeiros puxões de cabelo, dos primeiros empurrões, das primeiras tapas, são primeiros socos; às surras institucionalizadas. Nem sempre se obedece a essa gradação, mas em sendo assim, o agressor se não tiver um limite externo não vai

²⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5 ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1283.

²⁹⁶ JESUS, Damásio de. **Violência Doméstica contra a Mulher: aspectos criminais da Lei 11340/2006**. São Paulo: Saraiva, 2010.

parar, mas sim aumentar a intensidade da violência, o que tirará a conduta desse tipo, para o de lesão corporal grave, gravíssima, ou até mesmo homicídio.

No Brasil, devido à heteronormatividade, não havia leis criminais que tutelassem especificamente esse tipo de violência e as mulheres agredidas, já passavam o constrangimento de ter que ir até uma delegacia comum para noticiar seu companheiro. Uma *heterodelegacia*. Só depois, numa realidade não muito distante, surgiram as delegacias especializadas para atender mulheres. Mas, ainda assim, a heteronormatividade perdurava, o que legitimava uma *heterojustiça*.

Na prática, advindo de violência doméstica familiar ou não, o crime de lesão corporal leve, quando se chegava a instaurar Inquérito Policial, era apreciado pelas varas comuns da Justiça, dividindo atenção com crimes mais graves, como lesões corporais graves ou gravíssimas, homicídios, latrocínios, seqüestros, estupro, etc. Além de outros que a *heterojustiça* considerava mais graves que uma surrinha que o marido deu na mulher! A consequência disso é que os respectivos processos acabavam prescrevendo, pela sua menor pena máxima em abstrato.

Diante da falta de solicitação explícita de representação ou queixa-crime no texto legal do artigo 129, *caput*, do CPB, não havia discussão na aplicação do artigo 100, do CPB, que, nesses casos, prevê hipótese de Ação Penal Pública Incondicionada.

Foi então que surgiu a Lei 9099/1995 que, apesar de não privilegiar especificamente a mulher, vem para apreciar, no tocante à parte penal, delitos de menor potencial ofensivo, tendo como critério de classificação dessa modalidade o máximo da pena em abstrato, que era fixado em um ano. Mas, o artigo 61 do referido dispositivo foi alterado pela lei nº11313/2006, que, seguindo a ampliação dada pela lei 10259/2001 (que instituiu os Juizados Especiais Federais), ampliou a definição de infração penal de menor potencial ofensivo para as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Assim, desde 1995, o crime de lesão corporal leve, art. 129, caput, do CPB, foi sujeito ao rito dos Juizados Especiais Criminais (oriundos da lei 9099), por enquadrar-se pelo critério da pena máxima em abstrato.

Uma peculiaridade que é trazida pela lei 9099/1995 é no tocante à modificação do tipo de ação penal cabível para o processamento do delito. No Brasil, o artigo 100, do CPB, determina que todos os delitos constantes do diploma estão sujeitos à Ação Penal Pública Incondicionada, exceto os que explicitamente exigirem representação ou Queixa Crime por parte do ofendido. Mas, apesar de o crime de lesão corporal leve, comum ou qualificada por violência doméstica, não trazer no texto do CPB a exigência de representação ou de queixa-crime, a lei 9099/1995 faz a seguinte exigência: “*Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.*”

Esse fato representa um benefício ao agressor, se levarmos em consideração o pensamento de Hungria²⁹⁷:

Se a nova lei converte um crime de ação pública em crime de ação privada ou, diversamente da lei anterior, subordina a ação pública à representação ou requisição, cria, certamente, uma situação de **favor para o réu...**

Partindo do posicionamento genérico de Hungria, e adaptando ao nosso caso de estudo, temos que a mudança operada pelo artigo 88, da lei 9099/1995, realmente se constitui em *favor rei*, seguindo, inclusive o intuito maior dessa lei. Isso porque, em se admitindo ser sujeito o delito à Ação Penal Pública Condicionada (pela exigência de representação da vítima para a persecução penal), há possibilidade de composição civil do dano, de acordo livre entre o agressor e a vítima, etapa que não existe quando da subordinação à Ação Penal Pública Incondicionada. Outra vantagem para o agressor é que dessa representação, o ofendido poderá retratar-se ao longo do processo (antes do oferecimento ou recebimento – conforme o caso – da Denúncia, pelo MP), sendo, conseqüentemente arquivado o feito e extinta a punibilidade do acusado, mesmo sem a análise do mérito, ainda que sob a ressalva do artigo 18, do CPP.

²⁹⁷ *Apud* TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: comentários à lei 9099/1995**. 4 ed. São Pulo: RT, 2005. p. 647.

Sobre tais vantagens, temos nas palavras de Arnaldo Maranhão²⁹⁸, que:

Os princípios fundamentais da Lei nº 9099/1995, permitem ao autor do fato a oportunidade de evitar a cerimônias processuais degradantes (sentença, o rol dos culpados, a reincidência, os antecedentes criminais e a prisão), evitando-se, enfim, a sua condenação.

Isso porque, como segue esclarecendo o autor:

O princípio da legalidade processual, tradicionalmente seguido pelo Ministério Público, é substituído por uma “legalidade mitigada”, nas hipóteses taxativamente previstas em Lei, em que se abre mão da via processual clássica, mas nunca ao extremo de deixar de dar uma resposta Estatal.

Realmente, a lei 9099/1995, seguindo a tendência adotada pela política criminal brasileira, ilustra o movimento do Direito Penal Mínimo, haja vista que o objetivo dessa lei é a descriminalização de condutas, através de soluções alternativas para os conflitos, pelo que se insere no procedimento uma fase preliminar, antes mesmo do início do processo-crime propriamente dito, onde há possibilidade de composição entre as partes²⁹⁹, ou do agressor com o Ministério Público (Estado).

Apesar de os Juizados Especiais Criminais terem efetivado várias causas que antes prescreviam ao ficarem hibernando nas estantes das varas comuns, em relação à violência doméstica e familiar, não necessariamente pelo surgimento dos Juizados³⁰⁰, a situação estava grave em se tratando, principalmente, de vítimas mulheres.

De 1995 a meados de 2004, mesmo que a lesão corporal leve tivesse essa característica especial de violência doméstica e familiar, era analisada nos Juizados apenas como a forma geral do *caput* do artigo 129, do CPB. Assim, independia se a lesão ocorria entre pessoas que se encontraram esporadicamente no carnaval, por exemplo, e provavelmente não mais teriam contato, ou entre um casal, que convivera há muito e continuariam o convívio mesmo após o crime.

²⁹⁸ MARANHÃO NETO, Arnaldo Fonseca. **Estudos sobre a Justiça Terapêutica**. Recife: Bagaço, 2003. p. 39.

²⁹⁹ Apenas em casos afetos à Ação Penal Privada ou à Ação Penal Pública Condicionada.

³⁰⁰ Até o momento não conhecemos qualquer estudo que associe necessariamente a criação dos Juizados Especiais Criminais com o aumento da incidência de lesão corporal leve, em sede de ambiente doméstico e familiar contra a mulher.

Foi quando foi inserida no ordenamento nacional a qualificadora da lesão corporal leve por violência doméstica e familiar. Essa especificação entrou no CPB pela Lei nº 10886, de 17 de junho de 2004, e tinha como texto: “§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.” Além do que a pena mínima era maior e a máxima era menor: “Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.”

Ainda não existira um dispositivo que conferisse proteção diferenciada à violência doméstica no Brasil, e seu surgimento foi explicado por Delmanto³⁰¹ da seguinte forma:

Foram diversas as razões que levaram à inserção no CP deste § 9º, pela Lei nº 10886, de 17.06.2004, dentre elas, a necessidade de se reprimir, com maior rigor os casos de violência doméstica, bem como para dar cumprimento à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a chamada Convenção de Belém do Pará, promulgada pelo Brasil em agosto de 1996 (Decreto nº 1.973, de 1º.8.96).

Outro aspecto importante sobre o surgimento dessa lei, é o alertado por Marília Montenegro³⁰², para quem, o dispositivo, como também o que tipifica o assédio sexual (Lei 10224/2001), vem como tentativa feminista de enrijecimento do sistema penal na proteção da mulher, com a criação de novos tipos penais.

Entretanto, mesmo em se levando em consideração que a maior parte dos delitos domésticos e familiares cometidos contra as mulheres é o de lesão corporal leve, esse dispositivo que acresce o § 9º, no artigo 129, do CPB, ainda mantém o crime como comum, podendo ser praticado por e contra qualquer pessoa, independentemente sexo ou do gênero. Mas, teve relevância para a causa feminista porque reconheceu e tutelou a violência doméstica e familiar. Foi um passo importante.

Antes dele, porém, a lesão corporal praticada em sede de violência doméstica e familiar era tratada pelo *caput* do artigo 129, ou seja, como forma

³⁰¹ DELMANTO, Celso (ET. Al.). 8 ed. **Código Penal Comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 482.

³⁰² Cf: PESSOA DE MELLO, Marília Montenegro. **A Lei Maria Da Penha e a Força Simbólica da Nova Criminalização da Violência Doméstica contra a Mulher**. Op. Cit.

comum do delito, onde a pena mínima era de 3 meses, menor do que a do texto original do § 9º, que era de seis meses.

A entrada em vigor dessa qualificadora, acendeu uma grande polêmica sobre o tipo de ação penal cabível para sua apuração em Juízo.

Uns autores entenderam que, já que também sob a competência dos Juizados Especiais Criminais, deveria estar submetido à mesma sorte do seu *caput*, já que não foi criado nenhum tipo penal novo, sendo-lhe aplicado igualmente o artigo 88, da lei 9099/1995, o que lhe deixava submisso à Ação Penal Pública Condicionada. Até porque os Juizados já julgavam essas demandas antes mesmo de assumirem a forma de qualificadora e receberem o *nomem juris* próprio, e, portanto, dada à subordinação do parágrafo ao *caput*, deveriam continuar apreciando tais casos.

Para outra corrente, e aí localizamos também o movimento feminista, a lesão corporal qualificada pela violência doméstica familiar, pela regra do artigo 100, do CPB, já que não menciona no seu texto a necessidade de representação ou queixa, tem que respeitar a regra do artigo 100, do CPB e submeter-se à Ação Penal Pública Incondicionada. Para essa vertente de entendimento, o fato de o *caput* do artigo ser subordinado ao artigo 88, da lei 9099/1995, não vincula o novo § 9º, dadas as peculiaridades da violência doméstica e familiar.

Além disso, quem defendeu a dispensabilidade de representação para a persecução penal do § 9º ao artigo 129, do CPB, condena a política adotada para os supostos agressores dada em sede dos Juizados Especiais Criminais, também pela natureza do delito.

Os autores que se posicionam nesse sentido, entendem que a apreciação da lesão corporal qualificada por violência doméstica familiar contra a mulher pelo rito da lei 9099/1995 só aumentaria o sentimento de impunidade, pelas peculiaridades do delito, onde geralmente agressor e vítima convivem sob na mesma casa.

Como exemplo, podemos citar Lênio Strck³⁰³, que entende que:

Com o juizado especial criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou a 'surra doméstica' com a transformação do delito de lesões corporais de ação pública incondicionada para ação pública condicionada. [...] O Estado assiste de camarote e diz: batam-se

³⁰³ *Apud* PESSOA DE MELLO, Marília Montenegro. **A Lei Maria Da Penha e a Força Simbólica da Nova Criminalização da Violência Doméstica contra a Mulher**. Op. Cit.

que eu não tenho nada com isto. É o neoliberalismo no Direito, agravando a própria crise da denominada 'teoria do bem jurídico', própria do modelo liberal individual de Direito

Na contínua busca pelo enrijecimento da política criminal contra os agressores, as frentes feministas persistiram na luta para tirar da competência dos Juizados Especiais o crime do artigo 129, § 9º, pelos motivos já expostos acima.

Nesse íterim, como já tratamos no capítulo específico, o Brasil foi considerado negligente em matéria de erradicação da violência doméstica familiar contra a mulher, pela OEA, que lhe cobrou medidas afirmativas para esse combate.

É nessa atmosfera que surge a lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha), que concretiza os anseios dos que não se conformavam com a apreciação dos casos de lesão corporal leve qualificada por violência doméstica familiar (contra as mulheres) pelos Juizados Especiais Criminais, haja vista alterar o texto do § 9º, do artigo 129, do CPB, diminuindo a pena mínima para três meses, mas aumentando a máxima para 3 anos, a Lei 11340/2006 tira esse delito do rol dos crimes de menor potencial ofensivo, tolhendo a apreciação pelos Juizados Especiais Criminais.

O tipo de lesão corporal leve qualificada pela violência doméstica e familiar passou a ser assim tipificado, com as alterações da lei 11340/2006:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

(...)

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006) Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

Com isso, impediu a concessão das medidas despenalizadoras ao suposto agressor, tal qual a composição civil, a transação penal e, especificamente a possibilidade de aplicação de pena restritiva de direitos consistente na doação de cestas básicas.

Para ser ainda mais claro o texto em relação a exterminar o favor rei, em crimes de violência doméstica familiar contra a mulher, o artigo 41 da Lei Maria da

Penha é expresso ao afirmar que nesses tipos de crime não se aplica a Lei 9099/1995.

Isso cai como uma bomba no sistema jurídico, pois não foi simplesmente tirada uma vantagem do acusado, mas foi modificada toda uma sistemática processual, que se insere numa macroestrutura sistêmica de política criminal adotada por um Estado, como marco de sua soberania.

E, relação à já instaurada polêmica sobre o tipo de ação penal cabível para a persecução penal desse delito, a lei 11340/2006, só incendiou ainda mais as discussões, pois não trouxe dispositivo explícito que determinasse o tipo de ação referente ao delito de lesão corporal qualificada pela violência doméstica e familiar, e agora, contra a mulher.³⁰⁴

Mas, em relação a esse estilo legislativo, não haveria maiores problemas, pois, o § 9º do artigo 129, tal qual seu *caput*, não possui no seu texto, no CPB, a exigência de representação (nem de queixa-crime), o que, pelo artigo 100, do mesmo diploma, os deixa aptos a serem processados por Ação Penal Pública Incondicionada. E, só vinham sendo apreciados por Ação Penal Pública Condicionada, como ainda continua sendo o *caput*, por enquadrarem-se como delito de menor potencial ofensivo, e, como tal, se submeterem à lei 9099/1995, que em seu artigo 88, diz que no caso do *caput*, dependeria de representação.

A solução seria simples: afastar a aplicação do artigo 88, da lei 9099/1995, e deixar o § 9º, do artigo 129, do CPB, livre de quaisquer ressalva para que se aplique o artigo 100, do mesmo diploma, ou seja, a regra da Ação Penal Pública Incondicionada.

Realmente, seria simples, não fosse o fato de que enquanto o artigo 129, § 9º do CPB, mesmo com as alterações que sofreu pela lei 11340/2006, continua sendo crime comum, sem exigência de sexo ou gênero, seja para o pólo ativo, seja para o passivo; a referida lei (Maria da Penha) é aplicada apenas em favor de

³⁰⁴ Como a Lei 9099/1995 fez em relação à exigibilidade de representação para os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa (quando ainda não havia a forma qualificada por violência doméstica e familiar).

pessoas de gênero feminino, sendo vedada a aplicação em favor de pessoas do gênero masculino.

Então, surge os questionamentos sobre a constitucionalidade do artigo 41, da lei 11340/2006, posto que para o mesmo crime (art. 129, § 9º, do CPB) haveria dois tratos processuais distintos, sendo essa diferenciação baseada no gênero.

Para ilustrar isso, trazemos o seguinte exemplo caricato:

ARTIGO 129, §9º		DO CPB
SUJEITO ATIVO	SUJEITO PASSIVO	LEGISLAÇÃO APLICÁVEL
Masculino	Feminino	CPB e CPPB + Lei 11340/2006
Feminino	Masculino	CPB e CPPB

O ferimento ao princípio constitucional da igualdade de sexos (art. 5º, I, da CF) está no fato de que, tal qual a lei 9099/1995 era deveras benéfica ao sujeito ativo, a 11340/2006 é explicitamente maléfica a ele, se for masculino e o sujeito ativo for feminino. Entre esses malefícios está a possibilidade de medidas cautelares de urgência em seu desfavor, com seu afastamento sumário do lar e sua limitação de ir e vir em torno de certa distância da suposta ofendida, a conseqüente prisão preventiva pelo descumprimento dessas medidas, a aplicação da agravante do artigo 61, f, etc. Isso tudo, além do estigma que carrega como homem agressor da mulher vítima.

Diante do ativismo judicial de magistrados que resolveram por si mesmos judicializarem esse ponto que a lei deixou nevrálgico, decidindo pela aplicação da lei 11340/2006 em favor também de pessoas de gênero masculino, entre outros pontos, foi que o então presidente Lula, como já referido anteriormente, a propor, através da AGU uma Ação Declaratória de Constitucionalidade da Lei 11340/2006, inclusive sobre o seu artigo 41, ainda em 2006, no STF.

Infelizmente a ação ainda não foi julgada, nem concedida qualquer liminar, o processamento tem sido lento, foi aberto à audiência pública e apesar de nomeados vários *amicus curie*, não se realizou nenhuma sessão ainda.

Isso deu margem à interposição de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tendo a mais que trata do artigo 41, tomado o nº 4424/2010 (STF). Mas, tal qual a ADC, ainda não foram julgadas.

Frente às polêmicas trazidas pela Lei Maria da Penha e à falta de pronunciamento da Corte competente para dirimir essas dúvidas (STF), institucionalizou-se uma judicialização, que pode até ser considerada como ativismo judicial em alguns casos, que se inicia pelo juiz singular, e chega até o STJ, como na hipótese que ora analisamos.

Frente ao silêncio do STF sobre a constitucionalidade do artigo 41, da lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha), como já expomos os motivos que fundamentam a corrente que entende por sua inconstitucionalidade, nesse momento traremos o posicionamento doutrinário contrário, que pugna pela constitucionalidade do dispositivo, e fazemos isso através de Guilherme de Souza Nucci.

Apesar de não ser a problemática principal do nosso estudo a constitucionalidade do artigo 41, da lei 11340/2006, já que apesar de ser ele o dispositivo que determina que não se aplica a Lei 9099/1995 a crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, ao passo em que a pena do artigo 129, §9º, do CPB, teve a pena máxima majorada para três anos, automaticamente saiu da definição de crime de menor potencial ofensivo e, portanto, da competência dos Juizados Especiais Criminais.

De qualquer modo, enriquece nosso estudo trazer a fundamentação de constitucionalidade do artigo 41, da lei 11340/2006, apresentada por Nucci³⁰⁵. Para ele, há três motivos que embasam a validade do dispositivo:

1. O artigo 98, II, da CF, confere à lei ordinária a fixação do critério de crimes de menor potencial ofensivo. A lei 9099/1995, optou pelo critério

³⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Op. Cit. p. 1282/1283.

da pena máxima em abstrato, mas isso não impede que a lei 11340/2006 use o critério em função da matéria. Por isso, não eiva de constitucionalidade o artigo 41, da lei 11340/2006, que fixa que crimes de violência doméstica contra a mulher não está apto ao rol dos crimes contemplados pela lei 9099/1995.

2. Não há de se falar em ferimento ao artigo 5º, I, da CF, posto que o artigo 41, da lei 11340/2996, não fere o princípio da isonomia, apenas não se restringe à igualdade literal.
3. A restrição de aplicação da lei 9099/1995 para crimes de violência doméstica familiar contra a mulher se deve ao fato do mau uso do benefício pela má aplicação dos magistrados.

Mas, ainda assim, o Recurso Especial nº 1.097.042 -DF (2008/0227970-6) teve decisão diversa e é considerado inovador ao exigir a representação da vítima para o delito em questão, pois já havia posicionamento firmado na corte, como o seguinte: o TJDF trancou ação de crime de lesão corporal após a retratação da vítima, aceita pelo magistrado competente. O Ministério Público interpôs Recurso Especial que teve como relatora a desembargadora convocada Jane Silva e o voto de minerva do Ministro pernambucano Og Fernandes a favor da tese do Ministério Público do Distrito Federal firmou o entendimento da sexta turma no sentido de que a ação contra autores de violência doméstica contra a mulher deve ser pública incondicionada. O mesmo resultado foi adotado para o Recurso Especial 1.050.276, também do Distrito Federal.³⁰⁶

Como já foi dito nesse trabalho, cada país tem suas peculiaridades e diversidades culturais, cabendo aos tribunais superiores adequarem as leis à essa realidade, ainda mais em se tratando da Lei Maria da Penha, cuja iniciativa adveio de pressão internacional, com a participação de entidades de movimentos feministas na elaboração do texto, e não de um movimento popular maciço que a

³⁰⁶ Coordenadoria de Editoria e Imprensa 23/09/08 STJ. In www.stj.jus.br, consultado em 20 de fevereiro de 2009.

pleiteasse. Inclusive, o IPEA aferiu em pesquisa recente a “percepção sobre os efeitos da Lei Maria da Penha” em relação à capacidade de o dispositivo poder evitar ou minorar o índice de violência contra a mulher, ao que apenas 42,6% dos pesquisados afirmaram que sim, com intensidade, 36,0%, afirmaram que sim, “um pouco”, e 18, 2% afirmaram que não. Assim, não é absoluta nem unânime na população a idéia de eficiência dessa lei.

À primeira vista, a decisão inovadora do STJ, no sentido de exigir a representação da vítima para o processamento do agressor no crime do artigo 129,§ 9º, do CPB, vem em consagração ao princípio da isonomia de gênero e proporciona empoderamento à mulher, mas no momento oportuno analisaremos tanto esse voto vencedor, como o vencido, para chegarmos a um posicionamento mais seguro sobre essa questão.

Antes disso, porém, faz-se conveniente discorrermos acerca do empoderamento feminino, para termos subsídios para a referida análise que se fará na seqüência.

6.2 DA INSERÇÃO SOCIAL DA MULHER

Francisco Pereira Caetano³⁰⁷, em recente obra, traça a evolução histórica do feminismo em três momentos: o feminismo pré-moderno, o feminismo moderno e o feminismo contemporâneo. Correlacionaremos nesse item cada fase com as respectivas formas de inserção social da mulher na sociedade.

A situação da mulher³⁰⁸ brasileira, inicialmente trazida à baila, era a de exclusão da sociedade, sendo mantida no restrito âmbito privado do *jardim*. Com a implementação dos movimentos universais feministas contra a discriminação sexista, a mulher começou a ultrapassar os portões do *jardim*, rumo à *praça*! Mas,

³⁰⁷ PEREIRA, Francisco Caetano. **Da não discriminação em razão de sexo**. Recife: Linceu, 2010.

³⁰⁸ Aqui tratamos da “mulher definida pelo útero” como honesta (menção à teoria naturalista que remota do período aristotélico).

esse processo de “*sair de casa*”, acarretou numa reação rude do homem para “*mantê-la em casa*”: a violência doméstica baseada no gênero.

Essa é a fase embrionária do movimento feminista, ou, conforme Francisco Caetano Pereira³⁰⁹, o feminismo pré-moderno, que, conforme o autor: “*abrande as primeiras manifestações feministas de caráter reivindicatório da igualdade entre os sexos, o que se costumava denominar de **polêmicas feministas**.*” O autor ressalta como exemplos disso os seguintes episódios: a obra **A Cidade das Damas**, de Christine Pisan (século XV), as heresias milenaristas de Guilhermine de Bohemia (século XIII), seitas que permitiam às mulheres praticarem atividades religiosas restritas aos homens (século XVII – na Inglaterra), preciosismo – reunião de mulheres em salões para discussões literárias.

Diante da primeira tentativa de “manter a mulher em casa” pela discriminação social contra ela, a comunidade internacional tomou para si a causa e respondeu com um processo de integração, buscando a inserção da mulher na sociedade pelo expurgo da diferença, mas apesar de séculos de luta desde a época das tragédias gregas, ainda prevaleciam discursos legitimadores da desigualdade entre os sexos.

Arnaud³¹⁰ destaca ainda que desde Aristóteles a diferenciação de estatutos para as mulheres era abalizada na “*inferioridade física e fraqueza de raciocínio*”, conseqüentes da desigualdade “natural” da mulher, servindo essa tese biológica e não cientificamente provada da inferioridade do sexo feminino como pilar para o Direito Moderno, onde a mulher foi considerada um “*ser fisicamente fraco e psicologicamente frágil – e portanto socialmente perigoso*”. Além disso, relata que a mulher era socialmente definida pelo seu útero: como mãe ou prostituta. Assim: “*o papel social da dominação de um sexo sobre o outro era visto como uma divisão continuamente legitimada pelas práticas que esse sistema quase mítico determinava*”. Esse menosprezo pela mulher, legitimado pela biologização, nada mais é do que o que Foucault denominou de medicalização da mulher, que aconteceu exatamente na família burguesa.

³⁰⁹ PEREIRA, Francisco Caetano. **Da não discriminação em razão de sexo**. Op. Cit. p. 11/12.

³¹⁰ *Idem*.

Mas, do embrião representado pelo feminismo pré-moderno, surgiu com garra o feminismo moderno, que, conforme Francisco Caetano Pereira³¹¹, tem suas raízes na efervescência do movimento na Revolução Francesa, “*através de movimentos organizados por mulheres comprometidas com a construção de uma sociedade mais igualitária, sem excluir o plano da sexualidade...*”. o autor ressalta ainda a obra de Poulain de La Barre: **Sobre a Igualdade dos Sexos** (1675).

No capítulo próprio, já tratamos da Revolução Francesa em relação às mulheres. Vimos que apesar de o movimento exaltar a igualdade, como uma de suas metas, as mulheres foram excluídas dessa igualdade, que na realidade referia-se à igualdade entre os homens.

Mas, o feminismo moderno toma ainda mais força diante dessa negação da Revolução Francesa em relação às mulheres, toma como luta a igualdade entre os sexos. Assim, ao longo desse período, objetivam-se principalmente o direito da mulher ao sufrágio e a emancipação pelo trabalho, para tanto, impõe-se a igualdade delas e dos homens.

A primeira arma excludente utilizada para afastar a mulher foi a discriminação explícita dela em atividades profissionais, culturais, sociais, etc. O Brasil combateu formalmente essa discriminação³¹², através de iniciativas legislativas e de políticas públicas, seguindo a então tendência mundial de Direitos Humanos de igualdade de todos, combatendo-se a diferença em geral. A legislação nacional **formalmente** exterminou essa discriminação sexista pelo artigo 5º, I, da Constituição Federal de 1988, declarando todos iguais perante a lei, sem distinção, inclusive, de sexo. Antes mesmo disso, em 1984 o processo já havia sido desencadeado, pela ratificação pelo Brasil da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979.

Formalmente então, homens e mulheres são iguais. Então, houve um processo de integração social da mulher.

³¹¹ PEREIRA, Francisco Caetano. **Da não discriminação em razão de sexo**. Op. Cit. p. 12.

³¹² Não interessa nesse momento do estudo a efetivação prática desses institutos, o que poderá ser tratado em um outro enfoque.

O termo integração, geralmente é usado para definir processos sociais de aproximação do deficiente físico com a comunidade, mas na realidade abrange a todos os excluídos dela, não necessariamente o deficiente físico. Mas, encontramos uma consideração de Amélia Hamze³¹³, que específica, mas que pode ser ampliada aos demais excluídos da sociedade:

Com o conceito de integração, o integrar constituía localizar no sujeito o foco da mudança, e as reais dificuldades encontradas no processo de busca de “normalização” da pessoa com deficiência. Isso era um conceito que não considerava que as diferenças, na realidade, não se aniquilam, mas devem ser administradas no convívio social. Como se ao ser diferente fosse razão para determinar sua inferioridade enquanto ser humano e ser social.

Focando-se o indivíduo excluído, suas peculiaridades serão amplificadas a opressão só tenderá a crescer. Além disso, a ficção de igualdade pregada pela integração na realidade despreza o valor pessoal de cada ser humano, que não tem que seguir um padrão natural para ter valor. No caso das mulheres, por exemplo, foi pregada a igualdade entre os sexos, com isso a mulher conquistou o mercado de trabalho, mas as operárias, que tinham que mostrar que eram iguais aos homens” tiveram que se submeter a cirurgias de esterilização, pois o mercado era feito para homens.

As primeiras conquistas feministas de publicização do trato universal da questão da mulher podem ser tida como de **integração**, marcada pelo expurgo da diferença, combatendo-se, portanto a discriminação baseada no gênero. Foram marco desse processo as conquistas referentes a direitos sociais como os trabalhistas, o de voto e de educação. Cite-se ainda a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979.

Inegavelmente esse movimento integralista de mulheres tem mérito pela ruptura que proporcionou historicamente, de tirar do estritamente privado o cuidado com a mulher, mas não se mostrou suficiente frente às novas situações advindas como conseqüência das conquistas que trouxe.

³¹³ HAMZE, Amélia. **Integração ou Inclusão?** In <http://educador.brasilecola.com/trabalho-docente/integracao.htm>, consultado em 10 de dezembro de 2010.

M. B. Cortez & L. Souza³¹⁴, ao comentarem essa emancipação da mulher no mercado de trabalho, afirmam que:

Essa transformação ameaça então, os limites entre o que nossa sociedade compreende como feminino e masculino, uma vez que implica **a entrada da mulher no espaço público**, como produtora, e na necessidade de o **homem reestruturar seu papel**, na busca de outros meios para fortalecimento de sua masculinidade. (...) Nesse sentido, o **uso de violência pelo parceiro aparece como forma de reafirmar sua identidade masculina**, pois a agressividade ainda é culturalmente associada ao masculino e, por conseqüência, um meio de se fazer e se mostrar diferente da mulher. (grifei)

Então, o processo de integração, que pregou a igualdade entre os sexos, na realidade desprezou as peculiaridades de cada gênero: a mulher, que de fato tem a opção da maternidade, e o homem, que historicamente foi treinado para dominá-la.

Francisco Caetano Pereira³¹⁵, ao tratar dessa fase, fundamenta-se em Bel Bravo, e com base nela conclui que apesar de o feminismo ter conseguido legalmente o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres...

Ocorre que com isso tem representado um preço muito alto: a negação da identidade feminina (...) o feminismo, na ânsia de construir a igualdade entre os sexos, por um lado, confundiu igualdade com uniformidade, deflagrando a conseqüente “masculinização” da mulher.

A igualdade formal nega a diferença advinda da complementaridade dos sexos. A igualdade não é natural, nem social e a integração historicamente se justifica por aproximar a mulher da sociedade, fazendo sair do estritamente privado e publicizar-se, mas ao lado disso serve como legitimadora da suposta inferioridade feminina. Isso, porque, nas palavras de Flávia Piovesan³¹⁶ temos que: **“a discriminação ocorre quando somos tratados igualmente, em situações diferentes; e diferentemente, em situações iguais”**. (grifei)

Assim, inicialmente impedia-se a mulher de “trabalhar fora” sob o argumento de que ela não teria a mesma capacidade do homem, exceto em funções típicas de “mulher”, ligadas à maternidade e ao trato doméstico. Quando formalmente abriu-se

³¹⁴ **Mulheres (in)Subordinadas: o Empoderamento Feminino e suas Repercussões nas Ocorrências de Violência Conjugal.** In *Psicologia: Teoria e Pesquisa*. Vol. 24 n. 2, 2008. p. 171-180.

³¹⁵ PEREIRA, Francisco Caetano. **Da não discriminação em razão de sexo.** Op. Cit. p. 9.

³¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** Op. Cit. p. 197.

o mercado de trabalho a ambos os sexos, sob o manto da igualdade formal, ainda estamos num *heteromercado*, o que bem se ilustra nas palavras de Andre-Jean Arnaud³¹⁷:

A igualdade será conseguida quando mulheres mediócras ocuparem, como fazem homens mediócras, postos de alta responsabilidade, postos esses que no momento, só lhes são oferecidos com parcimônia, quando elas ultrapassam, manifestamente e nitidamente o nível de qualificação exigido.

Apesar de parecer irônico o trecho acima, nada mais representa que a realidade do mercado de trabalho mundial, onde de fato existem grandes executivas ocupando grandes postos, mas muitas vezes com salários inferiores aos percebidos por homens em similitude de função, e tendo que provar muito mais capacidade que um concorrente do sexo oposto.

Contra isso se opõe o feminismo contemporâneo, e, sobre ele, Francisco Caetano Pereira³¹⁸ comenta que:

O feminismo contemporâneo propicia uma salto qualitativo com relação à épocas anteriores. Isso porque, partindo do convencimento de que não basta a positivação da igualdade jurídica, faz-se necessário lutar por uma transformação efetiva bem mais além do plano formal.

Frente à crise no processo de integração da mulher à sociedade, baseado na igualdade formal entre os sexos, os direitos humanos das mulheres passam então a ser focados sob uma ótica *inclusivista*, ou como prefere Piovesan³¹⁹: por um “**Processo de especificação do sujeito de direito**”. (grifei)

Nesse processo de especificação do sujeito opera-se o reconhecimento da diferença (discriminação positiva) e combate-se a violência baseada no gênero pela exigência do respeito a esta diferença. Podem-se citar como exemplos desse processo os seguintes acontecimentos internacionais: Convenção de Viena, Convenção Interamericana para a Erradicação da Violência contra as Mulheres e a criação do Tribunal Penal Internacional.

³¹⁷ ARNAUD, André-Jean. Et. Al. (direção). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Op. Cit. p. 515/516.

³¹⁸ PEREIRA, Francisco Caetano. **Da não discriminação em razão de gênero**. Op. Cit. p. 21.

³¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. Op. Cit. p. 198.

Logo, para o segundo momento, de combate à violência doméstica contra a mulher, os movimentos de direitos humanos exaltam a sua inclusão na sociedade, não mais negando a diferença, pelo contrário, admitindo-a, mas respeitando a diversidade.

Para Forest e Lusthaus³²⁰, dois canadenses que usaram para a inclusão a metáfora do caleidoscópio, posto que:

O caleidoscópio precisa de todos os pedaços que o compõem. Quando se retira pedaços dele, o desenho se torna menos complexo, menos rico. As crianças se desenvolvem, aprendem e evoluem melhor em um ambiente rico e variado.

Logo, tal qual no caleidoscópio, na sociedade se faltar uma das peças que seja, sua visão global ficará afetada. É o conjunto das peculiaridades que enriquece e embeleza o todo eclético social.

Trazendo o assunto à realidade educacional de deficientes físicos, Mantoan³²¹ conclui que:

Resumindo, a integração escolar, cuja metáfora é o sistema de cascata, é uma forma condicional de inserção em que vai depender do aluno, ou seja, do nível de sua capacidade de adaptação às opções do sistema escolar, a sua integração, seja em uma sala regular, uma classe especial, ou mesmo em instituições especializadas. Trata-se de uma alternativa em que tudo se mantém, nada se questiona do esquema em vigor. Já a inclusão institui a inserção de uma forma mais radical, completa e sistemática, uma vez que o objetivo é incluir um aluno ou grupo de alunos que não foram anteriormente excluídos. **A meta da inclusão é, desde o início não deixar ninguém fora do sistema escolar, que terá de se adaptar às particularidades de todos os alunos para concretizar a sua metáfora - o caleidoscópio.** (grifei)

Então, na nossa sociedade contemporânea não há mais espaço para exclusões, mas também deve ser vista com prudência a integração, mas a forma de inserção mais adequada ao bem da comunidade mostra-se como a da inclusão, pela não negação da diferença e valorização da identidade própria de cada um.

³²⁰ *Apud* MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **INTEGRAÇÃO X INCLUSÃO: Escola (de Qualidade) para Todos.** In <http://www.cjb.org.br/hod/inclusao/textos/integracao.htm>, consultado em 15 de dezembro de 2010.

³²¹ *Idem.*

Em relação à identidade da mulher, temos que no processo de exclusão social há uma negação de identidade; no de integração, há uma deformidade de identidade (masculinização); e no de inclusão, há uma valorização da identidade (diversidade).

Charles Taylor³²², em obra específica sobre multiculturalismo, destaca que a formação da identidade depende do reconhecimento do outro, e se esse processo for falho ou inexistente, há um dano à identidade do sujeito.

O multiculturalismo propõe exatamente o respeito às diversidades, particulares ou coletivas, na formação da sociedade. Esse movimento tomou força no Canadá, país historicamente multicultural, que convive pacificamente com dois idiomas distintos dentro de seu território. Inclusive, o juiz da corte de apelação de Ontário, Robert Sharp³²³, quando do I Congresso Internacional que a AMB promove em Toronto, no Canadá, ratificou o multiculturalismo na Carta de Direitos canadense, ressaltando que:

A natureza dos direitos da Carta é a proteção do direito do cidadão contra a interferência do Estado. Praticamente é um documento liberal. Permite uma zona de autonomia para o indivíduo, no qual o Estado não pode interferir.

Segundo Maria Margarida Morgado³²⁴,

O multiculturalismo implica basicamente a transição de uma cultura comum ou homogênea para culturas, visando a inclusão dos racial e **sexualmente excluídos**, e das vozes daqueles que têm sobrevivido nas franjas do poder central ou nas margens dos cânones literários e culturais. (grifei)

Temos na atual sociedade a necessidade cada vez maior de lidar com raças, culturas e gêneros diferentes, o que vem paulatinamente sendo reconhecido pelas respectivas legislações. Mas, o principal desafio, é quebrar o paradigma hegemônico historicamente incutido na mente dos sujeitos, que tomam papel de opressores.

³²² TAYLOR, Charles. Multiculturalismo. **Multiculturalismo**. 2 ed. Lisboa: Piaget, 1998.

³²³ *Apud* JUNKES, Sergio Luiz da Costa. **Carta de Direitos do Canadá protege multiculturalismo, diz juiz canadense**. In <http://www.ampb.org.br/noticias/ver/6111>. Consultado em 15 de fevereiro de 2011.

³²⁴ MORGADO, Maria Margarida. **Multiculturalismo**. In <http://www.fcsh.unl.pt/invest/edtl/verbetes/M/multiculturalismo.htm>. Consultado em 20 de fevereiro de 2011.

Um exemplo prático e, infelizmente cada vez mais corriqueiro nos noticiários policiais, é o de intolerância homossexual. No Brasil, na sua maior cidade, São Paulo, tem-se firmado como arena de homofobia um dos principais redutos empresariais, a Avenida Paulista.

É realmente paradoxal, numa cidade que reúne diversas nacionalidades, naturalidades, raças e gêneros, acontecer tamanha intolerância. Isso só ratifica a impressão que Habermas teve de São Paulo, como uma cidade de contrastes, mas o que chamara a atenção dele, fora apenas o choque entre a imponência arquitetônica dos arranha-céus em meio às favelas.

Além da inclusão racial, o multiculturalismo busca a inserção social dos demais historicamente excluídos, e nesse rol, nos temos a mulher, conforme Joanildo Burity³²⁵,

Falar de multiculturalismo é falar do manejo da diferença em nossas sociedades. No entanto, isto é ainda pouco para definir as implicações do termo. Pois, ela remete não apenas a um discurso em defesa da diversidade de formas de vida existentes nas sociedades contemporâneas, mas a um conjunto de aspectos fortemente ligados entre si e que carregam a marca de um contencioso (...) **d) a demanda por inclusão e por pluralidade de esferas de valor e práticas institucionais no sentido da reparação de exclusões históricas** ... (grifei)

Assim, uma sociedade multicultural entende-se de fato como um caleidoscópio, onde a ausência de uma parte que seja, vai comprometer o resultado final da imagem do todo.

6.3 UMA QUESTÃO DE EMPODERAMENTO FEMININO

“...O poder não é, o poder se exerce. E se exerce em atos, em linguagem. Não é uma essência. Ninguém pode tomar o poder e guardá-lo em uma caixa forte. Conservar o poder não é mantê-lo escondido, nem preservá-lo de elementos estranhos, é exercê-lo continuamente, é transformá-lo em atos repetidos ou simultâneos de fazer, e de fazer com que outros façam ou pensem. Tomar-se o poder é tomar-se a idéia e o ato.”

(Julieta Kirkwood)³²⁶

³²⁵ BURITY, Joanildo. **Globalização e Identidade: desafios do multiculturalismo**. In <http://www.fundaj.gov.br/tpd/107.html>. Consultado em 18 de fevereiro de 2011.

A divergência de posicionamentos judiciais e doutrinários acerca da necessidade ou não da representação da vítima no crime de violência doméstica familiar contra a mulher mais usual de acontecer, na realidade denota a questão do poder: se a mulher tem ou não poder de decidir sobre sua própria integridade física e a conseqüente dinâmica no seu lar. E, uma das condições de inclusividade é o *empoderamento*.

Valoura³²⁷ faz um estudo ousado, onde associa o termo empoderamento com a teoria de Paulo Freire, e contrapõe ao *empowerment* norte-americano. Assim, conclui que o termo seria aplicado ao educador pernambucano, num sentido diverso do aplicado na língua inglesa: *empowerment*, já que para eles o vocábulo expressa outorga de poder, que permite a ação independentemente da autorização de outrem; uma concessão que permite determinado comportamento.

Na concepção freireana, o empoderamento adviria do próprio agente, ou seja, difere do *empowerment* porque enquanto nele o movimento é de fora para dentro (o empoderado é sujeito passivo), em Freire o empoderamento é de dentro para fora (o empoderado é sujeito ativo).

Para Schiavo e Moreira³²⁸ o empoderamento:

Implica, essencialmente, a obtenção de informações adequadas, um processo de reflexão e tomada de consciência quanto a sua condição, uma clara formulação das mudanças desejadas e da condição a ser construída. A estas variáveis, deve somar-se uma mudança de atitude que impulse a pessoa, grupo ou instituição para a ação prática, metódica e sistemática, no sentido dos objetivos e metas, traçadas, **abandonando-se a antiga postura meramente reativa ou receptiva.** (grifei)

³²⁶ Apud COSTA, Ana Alice. **Gênero, Poder e Empoderamento das Mulheres.** In http://www.agende.org.br/docs/File/dados_pesquisas/feminismo/Empoderamento%20-%20Ana%20Alice.pdf. Consultado em 20/08/2010.

³²⁷ VALOURA, Leila de Castro. **Paulo Freire, o educador brasileiro autor do termo Empoderamento em seu sentido transformador.** In WWW.paulofreire.org. Consultado em 20/08/2010.

³²⁸ Apud VALOURA, Leila de Castro. **Paulo Freire, o educador brasileiro autor do termo Empoderamento em seu sentido transformador.** *Op. Cit.*

Esse processo reforça que o processo de empoderamento inicia-se de dentro do indivíduo, para fora, para a sociedade.

Para reforçar, Valoura³²⁹ se refere a Paulo Freire afirmando que: “*para o educador, a pessoa, grupo ou instituição empoderada é aquela que realiza, por si mesma, as mudanças e ações que a levam a evoluir e se fortalecer.*”

A socióloga Ana Alice Costa³³⁰, ao tratar sobre gênero e poder, afirma que:

Ainda hoje, pese todas as transformações ocorridas na condição feminina, muitas mulheres não podem decidir sobre suas vidas, não se constituem enquanto sujeitos, não exercem o poder e principalmente, não acumulam este poder, mas o reproduzem, não para elas mesmas, mas para aqueles que de fato controlam o poder.

Associando isso à afirmação de Paulo Freire³³¹, de que:

o grande problema está em que como poderão os oprimidos que ‘hospedam’ o opressor em si, participarem da elaboração como seres duplos, inautênticos da pedagogia de sua libertação. Somente na medida em que descobrem ‘hospedeiros’ do opressor poderão contribuir para o partejamento de sua pedagogia libertadora.

O ponto de intercessão com nosso estudo está no fato de que a mulher vítima de violência doméstica pôde “sair de casa” com as garantias de políticas públicas e mais especificamente da Lei Maria da Penha.

O problema de estudo é o que já foi levantado por Damásio de Jesus³³², da seguinte forma:

A lei brasileira enfrentou o mesmo dilema no qual se viram envolvidas outras legislações: o *empowerment* das mulheres. O início da persecução criminal e seu prosseguimento devem ser deixados nas mãos das mulheres ou o poder de decisão pertence somente ao Estado? (grifei)

Interessa ao nosso estudo a dimensão de empoderamento da mulher brasileira na nova realidade processual penal. Já vimos em capítulo próprio o fenômeno da judicialização, que tirou do estritamente privado a violência contra a

³²⁹ VALOURA, Leila de Castro. **Paulo Freire, o educador brasileiro autor do termo Empoderamento em seu sentido transformador.** Op. Cit.

³³⁰ COSTA, Ana Alice. **Gênero, Poder e Empoderamento das Mulheres.** Op. Cit.

³³¹ Apud VALOURA, Leila de Castro. **Paulo Freire, o educador brasileiro autor do termo Empoderamento em seu sentido transformador.** Op. Cit.

³³² JESUS, Damásio de. **Violência Doméstica contra a Mulher: aspectos criminais da Lei 11340/2006.** Op. Cit. p. 60.

mulher, mas não sem lutas ferozes do movimento feminista. Ocorre que, o modelo implementado por essa estatização teve que se adaptado pelo próprio Poder Judiciário à realidade da mulher brasileira, isso porque, como tratamos acima, a Lei 11340/2006 permitiu duas interpretações acerca do tipo de ação penal cabível para o crime de lesão corporal leve, qualificado por violência doméstica: se a vontade (representação) da mulher agredida é essencial ou não para o processamento do respectivo agressor, com quem tem relação doméstica familiar.

Buscando solucionar o dilema da necessidade ou não da expressão de vontade da mulher agredida para processar-se o feito contra o agressor, Damásio de Jesus³³³ descreve as possibilidades dos principais tipos de ação penal existentes no nosso sistema jurídico e traz a hipótese de poder ser o crime processado por *ação penal privada*, onde só a vontade e iniciativa da mulher importaria, mas alerta sobre os poucos casos de condenação nesses tipos de ação, além do que, “*enfraqueceria a política pública de minimizar esse mal social*”. Supondo tratar-se do extremo oposto, *ação penal pública incondicionada*, onde só a vontade do Estado (Ministério Público) valeria, guiaria o transcurso apurador do fato, pelas circunstâncias, a condenação do réu poderia trazer a ruína à família.

Então, Damásio de Jesus³³⁴ conclui que:

Entre os dois caminhos a lei brasileira escolheu o meio termo, desprezando as duas variantes – nem ao céu, nem à terra. Decidiu-se por uma posição intermediária, em que a ação penal nem é exclusivamente privada nem pública incondicionada. Daí ter acolhido a ação penal pública dependente da representação.

O autor tem o entendimento de que a vontade expressa da mulher agredida é essencial ao processamento do agressor, seguindo a linha adotada pelo novo posicionamento do STJ, a partir do Recurso Especial nº 1.097.042 -DF (2008/0227970-6).

Pode ser que mesmo com a opção acima, onde há uma ambivalência de poderes do Estado e da mulher na persecução penal, nem todos os casos sejam privilegiados com as fases do processo de empoderamento já mencionadas, ainda

³³³ JESUS, Damásio de. **Violência Doméstica contra a Mulher: aspectos criminais da Lei 11340/2006**. Op. Cit. p. 60.

³³⁴ *Idem*. p. 61.

que pelas políticas públicas estatais, especialmente as promovidas pela SPM e pelas ações das Organizações Não Governamentais (ONGs) as mulheres vítimas de violência doméstica não tenham acesso ao acompanhamento hábil para possibilitar a tomada da decisão nos rígidos moldes inclusivistas.

O posicionamento atual do STJ, seguido por grande parte da doutrina, constitui um processo de integração social da mulher, posto que, despreza que ela sofre a violência doméstica familiar exatamente com base na inferioridade de gênero, que é pressuposto do paradigma patriarcal, ainda reinante nas famílias brasileiras, e coloca-a num patamar de igualdade decisória igual ao do homem na mesma situação. Ora! Se houvesse a igualdade, da qual está se usando o novo posicionamento do STJ, a OEA não cobraria ações afirmativas, que é uma discriminação positiva, do Brasil para a erradicação dessa forma de criminalidade.

Portanto, o fato de a ação penal que apreciará a lesão corporal leve sofrida pela mulher em circunstâncias domésticas depender necessariamente de seu consentimento para a propositura, não representa seu empoderamento, ao menos nos moldes da pedagogia libertadora de Paulo Freire, pois não advém da conscientização pessoal, do reconhecimento do opressor e do desejo espontâneo de libertar-se.

A mulher brasileira vítima de violência doméstica familiar ainda não está pronta para expressar sua vontade na apuração desse tipo de delito (art. 129, § 9º, do CPB), pelas peculiaridades que lhe cercam.

6.4 NA PRAXIS DO STJ II - INTEGRAÇÃO X INCLUSÃO EM MATÉRIA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER

Como a questão da constitucionalidade do artigo 41, da Lei 11340/2006 já está *sub judice* e ainda não foi apreciada pela Corte competente, o STF, os casos que têm chegado ao STJ são decididos não exclusivamente pelo crivo da harmonia do dispositivo com a Constituição, mas com base em outros fatores, como vemos

no nosso caso proposto a estudo, que podem ser resumidos na pacificação do lar e no empoderamento feminino.

Destacamos, portanto, nos votos divergentes que fazem parte do Recurso Especial nº 1097042/DF, e que compõem o corpus proposto ao estudo, trechos que demonstrem o foco de preocupação do julgador.

6.4.1 O VOTO VENCIDO – DO RELATOR

O primeiro voto que analisamos é o do relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que adotou o posicionamento então majoritário, no sentido da prevalência da Lei Maria da Penha (11340/2006), sendo inexigível a representação da vítima no crime de lesão corporal qualificada pela violência doméstica e familiar contra a mulher; entretanto, foi voto vencido. Do texto, destacamos o seguinte:

1. Deixar-se ao encargo da vítima a decisão sobre a deflagração da persecução penal,
2. representa, em última análise, reduzir ou negar eficácia dos propósitos protetivos da norma
3. legal, um verdadeiro retrocesso, ao se restabelecer o estado de ineficácia por vezes
4. verificado sob a égide da Lei 9.009/95; deixar de considerar que o temor, a ameaça, a
5. dependência econômica e a pressão Psicológica retiram da vítima da afronta a sua
6. autonomia decisória é o mesmo que imaginar que a mulher agredida no ambiente doméstico
7. seria tão heróica, tão destemida e dotada de tanta coragem pessoal que poderia superar
8. esses inegáveis fatores inibidores da sua decisão de representar contra o seu agressor.
- (...)
9. 14. De outro lado, repita-se a velha e revelha lição de que, ao interpretar a norma, não pode o
10. seu aplicador deixar de prestigiar a finalidade a que ela se destina, como é recomendação
11. hermenêutica de todos sabida e conhecida; neste caso, surge indubitável que a intenção do
12. Legislador foi a de conferir proteção mais efetiva às mulheres vitimadas pela violência
13. doméstica (art. 4o. da Lei 11.340/06), dando cumprimento a um comando constitucional
14. expresso (art. 226, § 8o. da CF), que protege a unidade familiar, que não pode se fundar na
15. opressão de um de seus membros. 15. É claro que foi intenção da lei viabilizar o acesso mais
16. concreto aos benefícios da jurisdição penal e na verdade incluindo sob a sua proteção vastos
17. contingentes da sociedade que, de outra forma, permaneceriam excluídos dessa garantia da
18. cidadania; se assim não fosse, a Lei Maria da Penha seria apenas o exercício diletante do
19. poder de legislar.
- (...)
20. 17. Parece fora de qualquer incerteza intelectual – digo-o com a máxima venia – não se
21. admitir que uma lei criada para coibir e punir mais rigorosamente a prática de violência contra
22. a mulher no âmbito doméstico ou familiar seja interpretada de modo a acarretar benefício
23. processual em favor do seu agente; em casos assim, melhor se buscar a função inibidora e
24. repressiva da Lei Maria da Penha, ou a sua motivação sócio-histórica e ideológica, técnica de
25. exegese normativa perfeitamente harmônica com as recomendações teóricas da Ciência
26. do Direito na sua fase pós-positivista, em que os valores da cultura e da civilização, da justiça
27. e da paz, são as grandes linhas mestras da nova hermenêutica jurídica, como assinala o

28. Professor PAULO BONAVIDES, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará
29. (Direito Constitucional, São Paulo-SP, Malheiros, 2008).
(...)...
30. 19. Embora a história social, política e religiosa
31. de todas as civilizações e culturas registre exemplos de mulheres extraordinárias,
32. há uma multidão incontável de outras subjugadas, escravizadas, mutiladas e
33. usadas como objeto de dominação, propriedade e posse, sobretudo nas chamadas
34. sociedades periféricas, onde a pobreza grassa, a dependência campeia e a
35. violência se alastra; creio que seria demasiado esperar de mulheres em tal situação que
36. tenham aquele prefalado nível de autonomia decisória.

Fragmento 1

Por esses trechos do voto do relator, que, apesar de representar a corrente até então dominante do STJ, foi vencido, temos a ratificação do que já foi por nós tratado no item anterior, sobre o empoderamento da mulher agredida por esse tipo de violência.

É muito claro o relator ao denunciar que empregando-se uma interpretação penal mais benéfica ao acusado, nesse caso, estar-se-ia ferindo os preceitos fundadores da própria norma, que, como não podemos perder do pensamento, de uma pressão internacional, de uma condenação junto à Organização dos Estados Americanos, onde o Brasil foi considerado negligente em matéria de violência doméstica familiar contra a mulher.

A Lei Maria da Penha, tal qual o feminismo contemporâneo e o movimento multiculturalista, parte não mais do pressuposto da igualdade irrestrita entre homens e mulheres, mas, respeita a diferença desta, e implementa uma política criminal que compense a inferioridade, ainda que temporária, que lhe foi historicamente imposta.

Seguindo essa tendência, as peculiaridades de cada mulher devem ser resguardadas, e, como conclui muito bem o relator, não pode-se reger tendo como parâmetro uma mulher heróica, que possivelmente existiu na história, mas tem-se que tutelar pela maioria, mais fraca, que não pode sozinha mudar sua realidade de violência dentro de casa.

O voto é pela inexigibilidade da representação da mulher agredida para a deflagração da ação penal que apure o crime do artigo 129, § 9º, do CPB.

6.4.2 O VOTO VENCEDOR

O segundo é o voto vencedor do Ministro Jorge Mussi, que representa o novo modelo que passou a ser adotado pela corte, de cabimento de ação penal pública condicionada para o crime de lesão corporal leve qualificada por violência doméstica e familiar contra a mulher, considerando a representação da vítima como essencial ao processamento do fato. No texto, destacamos o seguinte:

1. Observo, ainda, que a adoção de entendimento contrário, de que a ação penal seria
2. pública incondicionada, traria conseqüências por vezes não desejadas pelas vítimas,
3. uma vez que, caso haja reconciliação entre agressor e ofendida, é certo que o
4. prosseguimento da ação penal e, eventual condenação do réu, acarretará sofrimento a
5. toda família.
- (...)
6. Portanto, a melhor interpretação a ser dada é aquela que permite
7. à vítima, em um juízo discricionário, avaliar se realmente deseja mover ação penal
8. contra seu agressor, sendo certo que o próprio legislador cuidou de garantir a vontade
9. livre da ofendida nos casos de retratação, ao determinar que esta somente poderá ser
10. realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade
11. da manifestação apresentada.
- (...)

Fragmento 2

O voto vencedor foi bem mais breve e menos extenso que o voto vencido, fundamentando a decisão, em síntese, em argumentação que não se fez provar por qualquer recurso científico.

Baseou-se o Ministro Mussi, em perspectivas, não ratificadas estatisticamente, de que se a representação da mulher agredida não fosse essencial para a persecução penal desse tipo em estudo (art. 129, § 9º, do CPB), o processo contra sua agressão poderia desencadear uma crise no lar, em caso de reconciliação do casal.

Ora! Se houve a agressão é porque já há uma crise no lar. E um delito praticado dentro da instituição familiar gera muitos mais danos à estrutura do que seu respectivo processamento.

Esse ponto de vista, defendido pelo voto vencedor, representa a tentativa de integração da mulher à sociedade, desconsiderando a inferioridade de gênero que vige historicamente e mantém-se viva pelo modelo patriarcal.

A mulher ideal, ou heróica como referida no voto vencido, de fato pode ser “igual” ao homem, mas a mulher real, ainda precisa de proteção estatal que lhe garanta a vida e a dignidade, para isso sendo coerentemente aplicada a discriminação positiva, em forma de ações afirmativas, como o dispositivo da Lei Maria da Penha que equivocadamente foi interpretado pelo presente voto, de forma desconexa com a política criminal adotada e a realidade social de inclusão social da mulher agredida.

7. CONCLUSÃO

O estudo histórico nos revelou que a situação da mulher durante muito tempo, pelo menos da Antiguidade Clássica até a Modernidade Iluminista, foi de completa exclusão da vida na dimensão pública. Os dois autores que tomamos para fundamentar esse momento do estudo, Jürgen Habermas e Nelson Saldanha, mostram que na família, sob o manto do patriarcado, a submissão da mulher ao homem teve grande importância para a fixação do *status* dele na comunidade.

Nelson Saldanha, usando a metáfora do jardim, para representar o privado, e da praça, para representar o público, demonstrou que a estruturação arquitetônica e urbanística retratam historicamente a divisão entre a dimensão da vida privada e a pública. Refere-se ao equilíbrio grego entre as duas dimensões, figuradas exatamente pela casa da família e a ágora, que, mesmo com religiões distintas, conviviam harmonicamente, desde que o *pater familias* monopolizasse do poder no lar. Na seqüência, demonstra que essa estruturação patriarcal segue pela Idade Média e, com a fragmentação do poder, o *pater familias*, agora também senhor feudal, toma ainda mais força dentro de casa, perante sua mulher e demais subordinados.

Jürgen Habermas, no mesmo direcionamento, fala-nos da esfera privada, onde a pequena família era mantida e, só na família burguesa, passa a ultrapassar essa dimensão, através da esfera pública literária, que publicizava as particularidades do lar com os romances burgueses. Formam-se os clubes para discussão literária, nos cafés, mas, apesar da resistência feminina, essa atividade era restrita aos homens. Diante da explosão renascentista, a discussão literária fez surgir a imprensa, que ao institucionalizar-se tomou ainda mais força na formação da opinião pública. Naturalmente, a esfera pública literária evolui para esfera pública política. Essas esferas públicas tem papel intermediador entre a esfera privada, da pequena família, e o Estado, público por excelência.

Assim, a esfera pública literária (onde se localiza a imprensa) foi a responsável pela publicização do privado a partir da família burguesa, e, ao verificar

seu papel na divulgação da violência doméstica familiar contra a mulher, na família contemporânea, verificamos, pela aplicação da Análise Crítica do Discurso em matéria jornalística, que a imprensa atual propaga ideologia machista, mantenedora do paradigma patriarcal, e que legitima essa forma de violência contra a mulher.

Após essa verificação, voltando à seqüência histórica do processo de transição do privado ao público, temos que mesmo que ainda numa fase embrionária, o feminismo pré-moderno já fixava suas posições e organizava-se rumo a uma institucionalização. Diante da completa exclusão da mulher, baseada na suposta inferioridade em razão do sexo, ainda que instintivamente, o primeiro objetivo do movimento feminista era promover a igualdade formal entre homens e mulheres.

Só após a Revolução francesa, com a tão almejada (pelas mulheres) organização e institucionalização do feminismo é que ela passou a ser considerada sob a ótica da formação cultural do gênero feminino e não mais sob o determinismo fisiológico do sexo. Isso liberta a mulher da condenação naturalística que a inferiorizava, deixando o caminho livre para participar do processo de formação de seu próprio gênero. Ao lado disso, o movimento feminista demonstrou ser possível a existência da mulher fora ou além do patriarcado. É a fixação do feminismo moderno.

Assim, derrubados os mitos aristotélicos da inferioridade feminina, e comprovada sua capacidade de emancipação, a mulher passou a romper os muros do *jardim*, a contemporaneidade iniciada no pós-guerra nos mostra isso. A mulher ultrapassou o privado para ir trabalhar, freqüentar universidades, e sua “inferioridade” foi substituída pela tese da igualdade formal entre mulheres e homens, expurgando-se as diferenças.

No pós-guerra, os homens precisaram das mulheres e o trabalho feminino, que fora defendido por Platão só para “desintegrar a família patrimonial”, passou a ser aceito socialmente, frente à ausência do homem no lar, por estar guerreando, ou por sua inaptidão pelas seqüelas físicas da guerra. Houve uma mudança prática na dinâmica da família contemporânea em conseqüência dessa pseudo emancipação

feminina, mas o tempo mostrou que a referida igualdade entre os sexos era utópica. De fato, houve um processo de integração social da mulher pelo sufrágio, pela educação e pelo trabalho, mas isso fez entrar em colapso a família contemporânea, pois não houve uma preparação estrutural no lar, para sustentar o processo repentino de emancipação feminina, pois a mulher “saiu de casa”, mas ninguém a substituiu nas suas funções, que também não foram redistribuídas internamente. Mesmo com toda a força do movimento feminista no sentido de implementar a igualdade irrestrita entre homens e mulheres, o mercado de trabalho foi o primeiro a denunciar a diferença: a necessidade de licença maternidade. Por isso, nas fábricas temos a ilustração caricata do processo de integração social da mulher, onde eram aceitas como operárias, mas desde que de fato fossem “iguais aos homens”, então se masculinizavam pelo procedimento médico-cirúrgico de esterilização.

Constatamos então, que a integração social da mulher fundamenta-se sobre uma igualdade artificial!

Entre erros e acertos, constatou-se que de fato a mulher é diferente do homem, mas que, mesmo assim, constituía um ser humano digno de direitos. Então, diante dessas constatações, que postura tomar? A mulher já demonstrou ser capaz emocional e intelectualmente, apesar de ter a fisiologia diversa da do homem, exatamente pela complementaridade entre os sexos. Diante dessas constatações, não havia mais como retroceder no processo de publicização da mulher e conseqüente inserção social. Não se podia, por ter sido frustrada a tese da igualdade formal entre homens e mulheres, simplesmente reconfiná-las em casa, até porque a sociedade perderia com a ausência de sua influência e força de trabalho. Nada mais justo e lógico do que aceitá-la na vida da dimensão pública não negando, mas respeitando e valorizando suas possíveis diferenças.

É a inclusão social da mulher. Pela inclusão, a sociedade é vista por um caleidoscópio, onde a exclusão de uma de suas peças torna a visão final menos bela e menos rica. Refletindo o movimento multiculturalista, muito forte no Canadá e que repercutiu pelo resto do mundo ocidental, a inclusão social reconhece as diferenças do outrora excluído e tira o foco de adaptabilidade dele e remonta à sociedade, ela sim terá que adequar-se às peculiaridades de cada classe de

indivíduos e não o contrário. No tocante às mulheres, nesse sentido, firma-se o feminismo contemporâneo.

Uma das condições da inclusão é o empoderamento. Vimos que existe a posição norte americana sobre isso, com o empowerment, que se opera por um movimento que vem do exterior do indivíduo para seu interior, mas posicionamo-nos no sentido de entender o empoderamento, como analogia à teoria de Gilberto Freire, como rota inversa do *empowerment*, ou seja, emanando do interior do indivíduo e alcançando a sociedade. Nesse processo há fases a serem cumpridas, como a conscientização do problema e a decisão espontânea de livrar-se exercer o poder e expurgar-se o opressor. A diferença principal entre as duas concepções é que uma impõe o uso do poder, *empowerment*, e a outra faculta o uso, restringindo a um exercício consciente desse poder.

O uso do poder da mulher, e no caso, contra o homem, será posto em cheque quando a relação privada, doméstica e familiar, chega ao extremo público do Estado juiz. Isso se dá porque com o alcance público das particularidades da família, vem à tona também essa triste realidade: a violência doméstica familiar contra a mulher!

Isso faz com que ela seja tutelada especialmente para minimizar as diferenças históricas que a põem em situação de risco na segurança familiar. O Brasil, pela tendência ao privatismo, advinda de sua tradição de colônia portuguesa, custou a publicizar a proteção da mulher dentro da sua casa e, por isso, uma brasileira precisou acionar a tutela nacional através de entidades internacionais. Foi o caso de Maria da Penha Maia Fernandes, onde a OEA considerou o Brasil negligente na erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher. Legislou-se a matéria e os casos de incidência foram levados ao Poder Judiciário. Frente às polêmicas que trouxe a Lei Maria da Penha, por quebrar com um paradigma milenarmente firmado, o patriarcado, vimos que se contestou sua constitucionalidade e frente ao silêncio da corte competente par ao respectivo julgamento, o STF, ocorreu a judicialização do tema, com juízes de diversas instâncias decidindo conforme entendimento pessoal e não uniformizado.

Uma causa estritamente particular, por ocorrer dentro da casa da família, PE tornada pública, legislada e judicializada. Vimos que esse é o fenômeno da judicialização, que vem ganhando cada vez mais espaço em sociedades desequilibradas sócio-politicamente. Isso traz conseqüências que Jürgen Habermas e Antoine Garapon consideram como risco à democracia. Entre essas causas, dedicamo-nos a uma destacada por Luís Roberto Barroso, sobre o discurso judicializado. Analisando os votos do STJ no Recurso Especial que mudou o posicionamento da corte em relação à exigibilidade de representação da mulher agredida nos crimes de lesão corporal leve qualificada por violência doméstica familiar, constatamos uma exacerbação desnecessária da linguagem jurídica, ou seja, constatamos o uso do juridiquês pelo STJ, o que impede a perfeição da ação comunicativa, pela falta de pressupostos de conhecimento dos símbolos lingüísticos pelo jurisdicionado. Portanto, detectamos uma patologia do uso da linguagem, nos moldes habermasianos, no discurso judicial do STJ sobre violência doméstica contra a mulher.

Em meio a todas essas mudanças de ultrapassar a dimensão privada em direção à pública, de ver causas particulares levadas ao Estado, a mulher, que deixou de ser inferior, se tornou igual e agora tem direito de ser diferente na medida de suas peculiaridades femininas, é questionada sobre sua vontade de punir ou não seu marido (companheiro ou afins) pela violência que outrora era legitimada dentro de casa.

Essa decisão constitui um explícito exercício de poder feminino. Mas, demonstramos que para que esse poder seja exercido plenamente, há que se operar todo um processo de empoderamento, com a conscientização da mulher agredida.

Numa sociedade em que uma entidade internacional precisou intervir no sistema interno de política criminal e sugerir a tomada de medidas afirmativas, fica clara a seriedade da situação, no caso, da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nessas circunstâncias, e seguindo a tendência mundial do multiculturalismo e do feminismo contemporâneo, é legitimada, em nome da segurança da mulher, a *preferred hiring*, ou *discriminação positiva*, como defende Jürgen Habermas³³⁵, para grupos que estão historicamente em desvantagens, como as mulheres e os negros.

Reanalizamos os dois votos divergentes do STJ sobre a essencialidade da representação da vítima na persecução penal do artigo 129, § 9º, do CPB, mas dessa vez focando na identificação de elementos lexicais que direcionem o discurso para uma integração ou uma inclusão social da mulher.

Verificamos que o voto, vencido, que considera dispensável a expressão de vontade da mulher agredida em processar seu agressor enquadra-se numa postura inclusivista, pois considera as limitações histórico-culturais que ainda impedem a mulher de exercer esse poder na atualidade, entendimento que consideramos mais condizente com o processo de inclusão social da mulher que traduz tendência maciça no mundo ocidental.

Já no voto vencedor, que condiciona a persecução penal do agressor à representação da vítima, representa a inserção social da mulher pela integração, pois considera que tem as mesmas condições de tomada de decisão e de exercício de poder que o homem, posição que consideramos retrograda na atual sistemática social brasileira.

Vale ressaltar que a população recentemente se manifestou em apoio ao entendimento do voto vencido do STJ. Em 07 de dezembro de 2010 foi divulgado o SIPS³³⁶, sobre a igualdade de gênero, promovido pelo IPEA³³⁷ e um dos questionamentos foi: “*Se a mulher sofre agressão, você acha que deve haver investigação, mesmo que ela não queira?*” A essa pergunta, 91,0% dos entrevistados (90,6% - homens, 91,4% - mulheres) respondeu que sim.

Por todo estudo produzido nessa dissertação, constatamos que a mulher passou de uma exclusão social, onde era restrita ao privado, a uma integração

³³⁵ Em entrevista a Sérgio Paulo Rouanet e Barbara Freitag. In SCHWARTZ, Adriano. **Memórias do Presente vol. 2: 100 entrevistas do “Mais”: 1992-2002: Artes do Conhecimento**. Op. Cit. p. 116.

³³⁶ Sistema de Indicadores de Percepção Social. Consta no anexo dessa dissertação.

³³⁷ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

social, onde foi considerada igual ao homem e, conseqüentemente, masculinizada. Hoje a mulher é considerada em suas peculiaridades, pela diversidade sexual que guarda com o homem, pela natureza complementar de ambos. Isso porque o sujeito contemporâneo, considerado pós-moderno por Stuart Hall³³⁸, antes de chegar a essa fase foi sujeito cognoscente e sujeito sociológico também, e, numa sociedade de “modernidade tardia” as diferenças são valorizadas na formação do todo, o que faz com que as peculiaridades femininas, que outrora inferiorizavam a mulher, hoje sejam vistas como possibilitadoras de um mundo mais completo, rico e acima de tudo, mais belo!

³³⁸ HALL, Stuart. A Identidade Cultural na Pós-modernidade. Op. Cit. p. 10/13.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

ARNAUD, André-Jean. Et. Al. (direção). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Tradução de Patrice Charles, Ef. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O Judiciário ao Alcance de Todos: noções básicas de jurisdiquês**, 2 ed. Brasília: AMB, 2007.

BACHELARD, Gaston. **A Poética do Espaço**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

BARBOSA, Ana P. Algumas Incursões sobre o Significado de Espaço Público nos Pensamentos de Hanna Arendt, Jüergen Habermas, Charles Taylor e Nelson Saldanha. *In Diálogos Latinoamericanos*, nº 10, Universidad de Aarhus, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:

<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>,

consultado em 19 de janeiro de 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *In Neoconstitucionalismo*. Coordenação QUARESMA, Regina (et al.) – 1 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BENETI, Sidnei. **Uma Nova Ética para o Juiz**. São Paulo: RT, 1997.

BORBOREMA FILHO, Edmilson de Albuquerque. **A Metáfora na Construção da Percepção da Realidade no Discurso Jornalístico**. Tese de Doutorado em Lingüística – UFPE, 2004.

BRANDÃO, Ruth Silviano. **Mulher ao Pé da Letra: a personagem feminina na literatura**. 2 Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p.113-114.

BURITY, Joanildo. **Globalização e Identidade: desafios do multiculturalismo**. In <http://www.fundaj.gov.br/tpd/107.html>. Consultado em 18 de janeiro de 2011.

CALADO, Vinicius/COLARES, Virgínia. **Negligência informacional: uma análise jurídico-discursiva de precedente do STJ**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010.

CALDWELL, Helen. **O Otelô Brasileiro de Machado de Assis: um estudo de Dom Casmurro**. São Paulo: Ateliê Editorial, 2008.

COLARES, Virgínia. **Linguagem e Direito no Brasil**. Disponível em <http://www.jfce.gov.br>, consultado em 04 de maio de 2010.

_____. Por que a Linguagem Interessa ao Direito? *In Linguagem e Direito*. COLARES, Virgínia (org). Recife: Universitária/UFPE, 2010.

COLASANTI, Marina. **A Nova Mulher**. 11 ed. Rio de Janeiro: Nórdica, 1980.

CORRÊA, Sônia. Violência e os direitos humanos das mulheres – a ruptura dos anos 90. *In: Direitos Humanos – temas e perspectivas*. Regina Novaes (Org.). Rio de Janeiro: Maud, 2001.

CORTEZ, Mirian Béccheri/SOUZA, Lídio de. Mulheres (in)Subordinadas: o Empoderamento Feminino e suas Repercussões nas Ocorrências de Violência Conjugal. *In Psicologia: Teoria e Pesquisa*. Vol. 24 n. 2, 2008.

CORTIZO, Maria Del Carmen/GOYENECHÉ, Priscila Larratea. Judicialização do Privado e Violência contra a Mulher. *In Revista Katálise*. Florianópolis. V. 13 nº 1 p. 102-109 jan/fev 2010.

COSTA, Ana Alice. **Gênero, Poder e Empoderamento das Mulheres**. *In* http://www.agende.org.br/docs/File/dados_pesquisas/feminismo/Empoderamento%20-%20Ana%20Alice.pdf. Consultado em 20/08/2010.

DELMANTO [et al]. **Código penal comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 11340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2 ed. São Paulo: RT, 2010.

DUARTE, Paulo. **Juridiquês**. *In* <http://www.gostodeler.com.br/materia/5647/juridiques.html>. Consultado em 10 de dezembro de 2010.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do Direito em Habermas: a hermenêutica**. São Paulo: Cabral Universitária, 2007.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e Mudança Social**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

FARIA, Eduardo José. A crise do Judiciário no Brasil. *In Independência dos juízes: aspectos relevantes, casos e recomendações*. / organização: Jayme Benvenuto

Lima Jr; co-organização: Sébastien Conan; apresentação: Jayme Benvenuto Lima Jr.- Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

FERREIRA, Andréa. Violência Doméstica e Sexista: estudo de caso de mulheres sob proteção do Provisa. In Violência e Direitos Humanos. **Revista Direitos Humanos** - Gajop. Ano 4. Nº 8. Dez/2004.

GARCIA DA SILVA, Denise Elena/RAMALHO, Viviane. Análise de Discurso Crítica: representações sociais na mídia. In **Análises do Discurso Hoje**. Vol. 2. Gláucia Muniz Proença Lara/Wander Emediato (org). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOTTLIEB, Gabriele. **Judicialização das Políticas Públicas: Afronta à Democracia?** In <http://www.anpg.org.br/~anpg/userfiles/file/gabrielegottlieb.pdf> consultado em 22 de dezembro de 2010

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. **O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições**. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: D P & A, 2006.

_____. Quem precisa da identidade? *In* SILVA, Tomaz Tadeu da. (org) **Identidade e Diferença**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000.

HAMZE, Amélia. **Integração ou Inclusão?** *In* <http://educador.brasilecola.com/trabalho-docente/integracao.htm> consultado em 20 de agosto de 2010.

HIRSCBERGER, Johannes. **História da Filosofia Contemporânea**. 2 ed. São Paulo: 1968.

JESUS, Damásio de. **Violência Doméstica contra a Mulher: aspectos criminais da Lei 11340/2006**. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNKES, Sergio Luiz da Costa. **Carta de Direitos do Canadá protege multiculturalismo, diz juiz canadense**. *In* <http://www.ampb.org.br/noticias/ver/6111>. Consultado em 15 de fevereiro de 2011.

LACAN, Jacques. O estádio do Espelho como Formador da Função do Eu. *In* ZIZEK, Slavoj (org). **Um Mapa da Ideologia**. Rio de Janeiro: Contra ponto, 1996. p. 97/103.

LAMAS, Marta. Simone de Beauvoir, Feminista. *In* **Simone de Beauvoir... entre nosotras**. México: Instituto de Iãs Mujeres de La Ciudad de México, 2009

LECHTE, John. **50 Pensadores Contemporâneos Essenciais – do estruturalismo à pós-modernidade**. 5 ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010.

LEITÃO, Rômulo Guilherme. **A Judicialização da Política: o caso de Fortaleza**. *In* <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Romulo%20Guilherme%20Leitao.pdf> Consultado em 10 de janeiro de 2011.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **INTEGRAÇÃO X INCLUSÃO: Escola (de Qualidade) para Todos**. In <http://www.cjb.org.br/hod/inclusao/textos/integracao.htm> consultado em 23 de agosto de 2010.

MARANHÃO NETO, Arnaldo Fonseca. **Estudos sobre a Justiça Terapêutica**. Recife: Bagaço, 2003

MASSARETTI DIAS, Graciele da Mata/ALVES DA SILVA, Manoel Messias. Aspectos da Terminologia Jurídica. In COLARES, Virgínia (org). **Linguagem e Direito**. Recife: Universitária – UFPE, 2010.

MENEZES, Anderson de Alencar. **Habermas: com Frankfurt e além de Frankfurt**. Recife: Instituto Salesiano de Filosofia/FASNE, 2008.

MISKOLCI, Richard. **A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização**. In Revista Sociologias. Porto Alegre, ano 11, nº 21, jan/jun/2009. p. 150/182.

MORGADO, Maria Margarida. **Multiculturalismo**. In <http://www.fcsh.unl.pt/invest/edtl/verbetes/M/multiculturalismo.htm>. Consultado em 20 de janeiro de 2011.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O Problema da Razoabilidade e a Questão Judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Código Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2008.

_____. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5 ed. São Paulo: RT, 2010.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. **Direito e Literatura em Machado de Assis.**(Inédito).

PEREIRA, Francisco Caetano. **Da não discriminação em razão de sexo.** Recife: Linceu, 2010.

_____. **Subordinação e Gênero.** Recife: LICEU, 2001.

PESSOA DE MELLO, Marília Montenegro. **A Lei Maria Da Penha E A Força Simbólica Da Nova Criminalização Da Violência Doméstica Contra A Mulher.** Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: www.conpedi.org. Consultado em 20 de dezembro de 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUEIROZ, Maria Emília Miranda de Oliveira. **A Abertura do Poder Judiciário às Ciências não Jurídicas – as equipes técnicas interdisciplinares na execução de penas alternativas.** Monografia de final do curso de Direito, na Universidade Católica de Pernambuco. Unicap, 2002.

_____. A Violência Doméstica contra a Mulher e “Dom Casmurro” e “Otelo”: uma análise da ficção literária à luz do atual Direito Positivo Brasileiro. In DE OLIVO, Luís Carlos Cancellier (org.). **Novas Contribuições à Pesquisa em Direito e Literatura.** Florianópolis: Fundação Boiteux: FAPESC, 2010. P. 83-124.

RAMÍREZ, Gabriela Rodríguez. Uma Violencia indebida. *In Simone de Beauvoir... entre nosotras.* México: Instituto de Iãs Mujeres de La Ciudad de México, 2009.

REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. 2 ed. Rio de Janeiro: 2009.

RESENDE, Paulinho/LIMA, Evandro (composição). **MARIA DA PENHA**. Intérprete: Alcione

RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. 2 ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

RIFIOTIS, Theophilos. As Delegacias Especiais de proteção à Mulher e a “Judicialização” dos Conflitos Conjugais. *In* **Sociedade e Estado**. Brasília. V. 19, nº 1. p. 85-119. Brasília, jan/jun 2004. p. 85-119.

_____. Judicialização das Relações Sociais e Estratégias de Reconhecimento: repensando a “violência conjugal” e a “violência intrafamiliar”. *In* **Revista Katálise**. Florianópolis. V. 11. Nº 2 pp. 225-236. Jul/dez 2008.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **O Jardim e a Praça: o privado e o público na vida social e histórica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005.

_____. **Sociologia do Direito**. 3 ed. São Paulo: RT, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. *In* SOUTO, Cláudio/FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica**. 2 Ed. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002.

SCHWARTZ, Adriano. **Memórias do Presente vol. 2: 100 entrevistas do “Mais”: 1992-2002: Artes do Conhecimento**. São Paulo: Publifolha, 2003.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

SILVA, Luciana Pereira da. **O Discurso da Imprensa Escrita Recifense nas Notícias de Violência Contra a Mulher nos Casos de “Legítima Defesa Da Honra”**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Orientação: Professora Doutora Virgínia Colares. Pró-reitoria de Pesquisa e Pós-graduação. Mestrado em Ciências da Linguagem, 2009.

SOUZA ARAÚJO, Maria Vilma de. A Evolução nas Conquistas pela Igualdade de Gênero. *In* **Revista Consulex** – ano XIII – nº. 306. Brasília: Editora Consulex, out/2009.

SOUZA LAGO, Mara Coelho de. Sobre Trabalho, casas, mulheres... ainda. *In* **Saberes e fazeres de Gênero: entre o local e o global**. Luzinete Simões Minella, Suzana Bornéo Funk (org). Florianópolis: UFSC, 2006.

SOUZA, Luiz Antonio de/ KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: lei 11340/2006**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

TAYLOR, Charles. Multiculturalismo. **Multiculturalismo**. 2 ed. Lisboa: Piaget, 1998.

THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: comentários à lei 9099/1995**. 4 ed. São Pulo: RT, 2005.

VALOURA, Leila de Castro. **Paulo Freire, o educador brasileiro autor do termo Empoderamento em seu sentido transformador**. *In* WWW.paulofreire.org. Consultado em 20/08/2010.

VICENT, Gérard. Uma História do Segredo? *In* VICENT, Gérard/PROST, Antoine (org). **História da Vida Privada, 5: da Primeira Guerra a nossos dias**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WHITE, Stephen K. **Razão, Justiça e Modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas**. São Paulo: Ícone, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Fundamentos de História do Direito**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

WOLKMER. Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

ZOHRAB, Peter. **Sexo, Mentiras e Feminismo**. Trad. Jacinto Castanho. *In* <http://peterzohrab.tripod.com/p4dvlies.html>. Consultado em 07 de janeiro de 2011.

ANEXO

- Notícia jornalística divulgada pelo Jornal Aqui Pernambuco, sobre violência doméstica familiar contra a mulher.
- Voto vencido, do relator, no Recurso Especial nº 1.097.042 -DF (2008/0227970-6).
- Voto vencedor, no Recurso Especial nº 1.097.042 -DF (2008/0227970-6).
- SIPS de igualdade de gênero, de 07/12/2010.

▶ É MUITA CACHAÇA NO QUENGO ◀

BÊBADO CIUMENTO TENTA MATAR A MULHER

Cheio de manguaça, Cláudio Ferreira de Lima, 31 anos, lascou um raspador de coco na cabeça da companheira, que foi socorrida e passa bem. Acusado foi preso

Raphael Guerra // Especial para o Aqui PE
Foto: Raphael Guerra/Contraste

O guardante do pedreiro Cláudio Ferreira de Lima, de 31 anos, foi preso ontem (18) acusado por tentativa de homicídio. Ele é suspeito de tentar matar a própria mulher, uma idosa, em casa com quem vive há mais de 14 anos, por ciúme. O que chamou a atenção da polícia foi a forma usada por ele para praticar o crime: utilizou um raspador de coco para golpeá-la na cabeça.

Por sorte, ela conseguiu fugir, pedir socorro e ser levada para um hospital, onde foi atendida e medicada. Depois, seguiu para a delegacia local e prestou queixa contra a agressão sofrida. Na tarde de anteontem, policiais foram à residência do casal, no bairro da Vila Rica, no Jaboatão dos Guararapes, e encontraram o suspeito dormindo. Sem reagir e com sinais de embriaguez, ele foi algemado e levado à delegacia, onde foi autuado.

"Segundo a delegada Viviane Santa Cruz, que estava de plantão na Força-Tarefa Sul, do Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP), não é a primeira vez que a vítima é agredida pelo companheiro. O agressor constantemente tinha muito ciúme dela e não a deixava sair da residência. Quando ela saiu e voltou, ontem (anteontem), ele pegou o raspador de



Foto: Fernando Galvão/TopFoto PE/D.A. Press

BICADO, O ACUSADO (E) NEM CONSEGUIU FUGIR. VÍTIMA (D) TEVE UM CORTE NA CABEÇA. NO DETALHE, A ARMA DO CRIME

coco e começou a deferir golpes contra a sua cabeça. A vítima, inclusive, disse que uma vez já chegou a ser atingida por um facão", contou. Ainda de acordo com a delegada, a mulher chegou a fazer uma ocorrência na Delegacia da Mulher, em São João Amaro, no Recife, mas continuou morando com ele. O casal tem quatro filhos.

Antes de seguir para o Centro de Observação Criminológica

APRESENTAÇÃO

A delegada Viviane Santa Cruz

de Tragem (Cotel), em Abreu e Lima, Cláudio Ferreira de Lima conversou com a reportagem. "A gente sempre tinha briga por causa do álcool mesmo, da cachaça. Quando ela está embriagada, vai para cima de mim também. Peço desculpas a ela. Só quem sabe como foi que fiquei é Deus", disse.

ainda apresentou outro caso à imprensa, também ontem pela manhã. Durante buscas relacionadas a um homicídio, a polícia descobriu de três jovens que conversavam, em atitude suspeita, no Alto do Corrope, no bairro Padre Roma. Na abordagem, Josildo Santos da Silva, 18, puxou um revólver calibre 38 do bolso.

Um PM foi mais rápido que ele, sacou também uma arma e

disparou na coxa do jovem, que ainda conseguiu fugir e só foi capturado quando era atendido na emergência do Hospital Memorial de Jaboatão. "Ele contou uma história de que havia se ferido numa tentativa de assalto, para justificar o tiro", disse a delegada. Após sair do hospital, ele seguiu para o Cotel, onde deve responder por porte ilegal de armas e tentativa de disparo contra a polícia.

Bandido preso acusado de espancar um comerciante

Raphael Guerra // Especial para o Aqui PE
Foto: Raphael Guerra/Contraste

Um dos suspeitos de assaltar o espancar um comerciante enquanto ele tentava fechar a porta de seu armazém, na noite da segunda-feira, está preso. Após diligências da equipe do Batalhão 107, Batalhão de Polícia Militar, o jovem Denis dos Santos Nunes, de 26 anos, foi capturado com a arma esconida por

ameaçar a vítima. Outro suspeito segue foragido. Ontem, a delegacia local assumiu as investigações. O crime aconteceu nas proximidades da PE-05, em Jardim Primavera, no município de Camaragibe, na Região Metropolitana do Recife.

Por volta das 18h, o comerciante de 46 anos, que preferiu não revelar o nome, se preparava para fechar o estabelecimento. Dois bus-

aram o assalto. Em seguida, levaram ele para os fundos da loja onde começou a série de torturas. "Eles mostraram a arma e apontaram para a minha cabeça, pedindo dinheiro. Fui amarrado, deitado e estouraram o meu nariz. Depois, ameaçaram pedindo mais. Case, e eu não consegui, disseram que iam cortar minha orelha", descreveu a vítima. O crime chocou a comunidade, que pediu ajuda à polícia.

"Transeuntes informaram que um assalto havia ocorrido nas proximidades, fizemos abordagens e capturamos um deles com o revólver calibre 38. Populares informaram que seriam dois rapazes, mas o outro conseguiu fugir", disse um dos PMs que participou na prisão. O outro suspeito ainda ficou com o quarto de R\$ 50 em dinheiro, dada pelo comerciante como recompensa pelo resgate.

Denis dos Santos Nunes foi levado à Delegacia de plantão de São Lourenço da Mata, onde prestou depoimento. Ele foi autuado em flagrante por porte qualificado (agravado por portar arma de fogo) e foi encaminhado ao Centro de Observação Criminológica Tragem (Cotel), em Abreu e Lima, onde aguarda diligências finais. A vítima também prestou depoimento e foi encaminhada ao (ML), no Recife.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.097.042 - DF (2008/0227970-6)

RELATOR : **MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**
RECORRIDO : **JOSÉ ANTÔNIO DA SILVA BUENO**
ADVOGADO : **FERNANDO BOANI PAULUCCI - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA.

1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima.

2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras.

3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, que lavrará o acórdão.

Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho (Relator), Og Fernandes e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), que deram provimento ao recurso.

Votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Nilson Naves, Felix Fischer, Arnaldo Esteves Lima e Maria Thereza de Assis Moura.

Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho (Relator), Og Fernandes e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Superior Tribunal de Justiça

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.
O Dr. Fernando Antônio Calmon Reis sustentou oralmente pelo
recorrente.

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2010.(Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.097.042 - DF (2008/0227970-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITÓRIOS
RECORRIDO : JOSÉ ANTÔNIO DA SILVA BUENO
ADVOGADO : FERNANDO BOANI PAULUCCI - DEFENSOR PÚBLICO E
OUTROS

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento no art. 105, III, *a* da Magna Carta, em que o recorrente alega ofensa aos arts. 13, 16 e 41 da Lei Maria da Penha, 88 da Lei 9.099/95, 38 e 43, III do CPP e 100 e 129, § 9º. do CPB, insurgindo-se contra aresto assim ementado:

PENAL. PROCESSO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI 11.340/06. LESÕES CORPORAIS LEVES. NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. APELO PROVIDO.

1. A natureza da ação do crime do art. 129, § 9º., do Código Penal, é pública condicionada à representação. O art. 41 da Lei 11.340/06, ao ser interpretado com o art. 17 do mesmo diploma, apenas veda os benefícios como transação penal e suspensão condicional do processo, nos casos de violência familiar.

2. Impõe-se a extinção da punibilidade quando ausente a condição de procedibilidade consubstanciada na representação da vítima.

3. Recurso provido (fls. 212).

2. Em seu apelo especial, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios sustenta, em síntese, que o crime de lesão corporal leve sempre se processou mediante ação penal pública incondicionada, passando a exigir-se representação da vítima apenas a partir da Lei 9.099/95, cuja aplicação restou afastada pelo art. 41 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Aduz, ainda, que inexistente incompatibilidade entre os arts. 41 e 16 da Lei 11.340, porquanto o art. 41 afastou a necessidade de representação da vítima apenas em relação ao crime de lesão corporal leve; ao passo que a referência à representação da mulher, feita no

Superior Tribunal de Justiça

art. 16 do referido diploma legal, tem pertinência a outros crimes cuja a ação penal é condicionada, como, por exemplo, os crimes contra os costumes (art. 225 do CPB) e o crime de ameaça (art. 147 do CPB).

3. Contra-razões apresentadas às fls. 252/259. Recurso admitido às fls. 261/263.

4. Em face das alegações tecidas às fls. 289 e da multiplicidade de apelos especiais que veiculam a matéria, o presente Recurso Especial foi por mim admitido como representativo da controvérsia, sendo, nos termos dos arts. 2o., *caput* da Resolução 08/08 desta Corte e 543-C, § 2o. do CPC, submetido a julgamento perante esta Terceira Seção.

5. Registro que, ao abrigo da faculdade prevista art. 3o. da Resolução 8/2008-STJ, habilitaram-se neste processo Oswaldo D'Albuquerque Lima Neto, Susye Almeida D'Albuquerque Lima, Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, Renato Vasconcelos Magalhães, Rivaldo José Penha e Defensoria Pública do Distrito Federal.

6. O MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República JOÃO FRANCISCO SOBRINHO, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do Recurso (fls. 267/270).

7. É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.097.042 - DF (2008/0227970-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITÓRIOS
RECORRIDO : JOSÉ ANTÔNIO DA SILVA BUENO
ADVOGADO : FERNANDO BOANI PAULUCCI - DEFENSOR PÚBLICO E
OUTROS

VOTO

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06). LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. PRESCINDIBILIDADE DA REPRESENTAÇÃO DA PARTE OFENDIDA APÓS A LEI 11.340/06 (ART. 41). PARECER DO MPF PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO APELO RARO. RECURSO PROVIDO PARA RESTABELEECER A SENTENÇA CONDENATÓRIA DE PRIMEIRO GRAU.

1. *Os acusados do crime de lesão corporal eram submetidos a processo mediante ação penal pública incondicionada, por inexistir norma excepcionando a regra geral do art. 100 do CPB; A Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), instituiu a exigência da representação da parte ofendida, para se deflagrar a ação penal, nos casos de lesões corporais leves e lesões culposas (art. 88).*

2. *A Lei Maria da Penha afastou expressamente a incidência da Lei 9.099/95, da procedibilidade das persecuções pelos delitos nela definidos, alterando a natureza da ação penal respectiva, de pública condicionada à representação, para incondicionada, nos crimes de lesão corporal praticados no âmbito doméstico ou familiar; recusar essa conclusão é negar eficácia ao art. 41 da referida Lei, cujo propósito foi reprimir de modo diferenciado os ilícitos nela contemplados: a exegese jurídica não tem a força de impedir a produção de efeitos pelas normas legais que estão em harmonia com os princípios do ordenamento positivo.*

3. *Deixar-se ao encargo da vítima a decisão sobre a deflagração da persecução penal, representa, em última análise, reduzir ou negar eficácia dos propósitos protetivos da norma legal, um verdadeiro retrocesso, ao se restabelecer o estado de ineficácia por vezes verificado sob a égide da Lei 9.009/95; deixar de considerar que o temor, a ameaça, a dependência econômica e a pressão psicológica retiram da vítima da afronta a sua autonomia decisória é o mesmo que imaginar que a mulher agredida no ambiente doméstico seria tão heróica, tão destemida e dotada de tanta coragem pessoal que poderia superar esses inegáveis fatores inibidores da sua decisão de representar contra o seu agressor.*

Superior Tribunal de Justiça

4. Não se detecta qualquer incompatibilidade entre a transmutação da natureza da ação penal e o disposto nos arts. 12 e 16 da Lei Maria da Penha que aludem à figura da representação da parte ofendida, porquanto essas disposições aplicam-se apenas às nas ações penais nos crimes de ameaça (art. 147 do CPB), nos contra os costumes (art. 225 do CPB) e nas contrações penais.

5. A razão de se reservar à parte ofendida o juízo de conveniência da instauração da ação penal em determinados delitos, como os crimes contra os costumes, não está relacionada apenas à gravidade do ilícito; essa reserva ocorre também para proteger outros valores, como a intimidade da vítima, nos casos em que a publicidade do fato delituoso pode gerar consequências morais, sociais ou psicológicas desfavoráveis em face do strepitu iudicii.

6. Não há incongruência em se adotar a ação penal pública incondicionada nos casos de lesão corporal leve ocorrida no ambiente familiar e se manter a sua condicionalidade no caso de outros ilícitos, pois aqui se dá proteção a valores subjetivos igualmente prezáveis pela ordem jurídica.

7. Recurso Especial representativo de casos repetitivos a que se dá provimento, para restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau, em conformidade com o parecer ministerial.

1. A *quaestio iuris* que ora se discute pertine à relevante, atual e urgente necessidade de se definir se é processualmente exigível – ou não – a representação da parte ofendida para a propositura da ação penal contra os agentes de crimes de lesão corporal leve praticados contra a mulher, no âmbito das relações domésticas ou familiares (art. 129, § 9º. do CPB), tendo-se presente a expressiva quantidade de feitos dessa espécie, cujo trâmite se acha paralisado nesta Corte Superior e em vários egrégios Tribunais Estaduais, na expectativa dessa definição.

2. Antes de analisar o tema sob o seu aspecto estritamente jurídico, peço vênias à Corte para registrar que se trata de assunto que atraiu o interesse processual de não poucas pessoas e grupos sociais afeitos à implementação de medidas de proteção à mulher vítima de violência doméstica, habilitados neste feito, a que fizeram aportar manifestações de ordem jurídica e de

outras ordens, cuja autuações foram por mim invariavelmente deferidas.

3. Registro ainda que não se pode esconder que existem respeitáveis teses e sustentações no sentido afirmativo e negativo da exigência da representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal nos casos de violência doméstica contra a mulher, sendo certo que tais posicionamentos são influenciados por esmerados estudos sociológicos e culturais, históricos e antropológicos, todos trazendo contributos de magna valia à perfeita compreensão da matéria.

4. Deve-se ressaltar que a violência indiscriminada se disseminou perigosamente nas chamadas sociedades pós-modernas, numa expansão assustadora, talvez modelada pelas muitas guerras de Estados ambiciosos e imperialistas, estúpidas e brutais, que se travam nos dias de hoje, a desafiar o estudo multidisciplinar e compreensivo das condutas humanas em seus variados sentidos, como o ilustre Professor FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI demonstrou em livro de excelente e superior composição (*As Teorias da Conduta em Direito Penal*, São Paulo-SP, RT, 2009), de cuja leitura me socorri com grande proveito para elaborar este voto.

5. No nível micro-jurídico, o agente do crime de lesão corporal, por ausente manifestação legal em contrário, submetia-se à ação penal pública incondicionada, eis que o art. 100 do CPB estabelece a *actio privata* como exceção a exigir previsão explícita; com o advento da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), passou-se a exigir a representação do ofendido nos casos de lesões corporais leves e lesões culposas, nos termos do seu art. 88, na dicção desse dispositivo:

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

6. Essa passou a ser a regra do procedimento; contudo, a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), em seu art. 41, dispôs expressamente não serem aplicáveis aos crimes nela previstos a dita Lei dos Juizados Especiais (Lei

Superior Tribunal de Justiça

9.099/95), pelo que, a partir de tal diploma normativo, instalou-se este aparente impasse: a Lei Maria da Penha afastou, na íntegra, a Lei 9.099/95, nos casos de crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico, alterando inclusive a natureza da ação penal, ou apenas buscou vedar a aplicação dos institutos despenalizadores da composição civil, da suspensão condicional do processo e da transação penal?

7. Reveja-se o dispõe art. 41 da Lei 11.340/06, com esta configuração:

Art. 41 - Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

8. De fato, se está na Lei 9.099/95, que regula os Juizados Especiais, a previsão de que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais e lesões culposas (art. 88) e a Lei Maria da Penha, no seu art. 41, afasta a incidência desse diploma despenalizante, faz-se obviamente inviável a aplicação daquela regra aos crimes cometidos sob a égide dessa nova Lei.

9. Na verdade, não havendo no citado artigo a previsão de qualquer exceção, é de se entender pelo afastamento peremptório e inequívoco da Lei 9.099/95, embora a alguns eminentes Julgadores pareça que a Lei Maria da Penha produz a não aplicação apenas parcial da Lei dos Juizados Especiais.

10. Com efeito, não pode passar despercebido que tanto a 5a. como a 6a. Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em algumas oportunidades, já se manifestaram em sentido oposto ao agora afirmado, como o demonstram os julgados seguintes, da lavra de preclaros Ministros desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL LEVE. LEI MARIA DA PENHA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA. APLICAÇÃO DA LEI 9.099/95. RESTRIÇÃO. INSTITUTOS DESPENALIZADORES. ESPONTANEIDADE DO ATO. VERIFICAÇÃO. ANÁLISE DO CASO

Superior Tribunal de Justiça

CONCRETO.

I - A intenção do legislador ao afastar a aplicação da Lei 9.099/95, por intermédio do art. 41 da Lei Maria Penha, restringiu-se, tão somente, à aplicação de seus institutos específicos, despenalizadores - acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

II - A ação penal, no crime de lesão corporal leve, ainda que praticado contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, continua sujeita à representação da ofendida, que poderá se retratar nos termos e condições estabelecidos no art. 16 da Lei 11.340/06.

III - O art. 16 da Lei 11.340/06 autoriza ao Magistrado aferir, diante do caso concreto, acerca da real espontaneidade do ato de retratação da vítima, sendo que, em se constatando razões outras a motivar o desinteresse da ofendida no prosseguimento da ação penal, poderá desconsiderar sua manifestação de vontade, e, por conseguinte, determinar o prosseguimento da ação penal, desde que, demonstrado, nos autos, que agiu privada de sua liberdade de escolha, por ingerência ou coação do agressor.

Recurso desprovido (REsp. 1.051.314/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 14.12.2009).

✧ ✧ ✧

LEI MARIA DA PENHA. DELITO DE LESÕES CORPORAIS DE NATUREZA LEVE (ART. 129, § 9º DO CP). AÇÃO PENAL DEPENDENTE DE REPRESENTAÇÃO. POSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA.

1. O art. 16 da Lei 11.340/06 é claro ao autorizar a retratação, mas somente perante o Juiz. Isto significa que a ação penal, na espécie, é dependente de retratação.

2. Outro entendimento contraria a nova filosofia que inspira o Direito Penal, baseado em princípios de conciliação e transação, com o objetivo de humanizar a pena e buscar harmonizar os sujeitos ativo e passivo do crime (HC 113.608/MG, Rel. Min. OG FERNANDES, Rel. p/Ac. Min. CELSO LIMONGI, DJe 03.08.2009).

11. Entretanto, respeitando a posição dos que defendem a tese da inaplicação apenas parcial da Lei dos Juizados Especiais, ousou afirmar que se fosse

Superior Tribunal de Justiça

o intuito do Legislador manter a representação como condição de procedibilidade da ação penal calcada na Lei Maria da Penha, por certo teria declarado expressamente essa orientação, de sorte a excepcionar a regra geral estabelecida no art. 100 do CPB, é a ação penal pública incondicionada, como se sabe.

12. Ao meu modesto ver, toda vez que se pretender excepcionar a aplicação de qualquer regra geral, haver-se-á de fazê-lo de modo inequívoco, máxime em temas penais, onde o princípio da estrita legalidade atua de forma praticamente inflexível; lembre-se por oportuno o teor do mencionado artigo do Código Penal:

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

13. Assim, pode-se afirmar que o sistema jurídico adota a regra da ação penal pública, ficando a sua versão privada como exceção, de sorte que, para se afastar a aplicação da norma-regra geral do sistema, ou seja, desviar a solução do caso do padrão assimilado pelo sistema, requer-se previsão literal e explícita; do contrário – ousar afirmar – a solidez do sistema ou sua *integridade positiva*, para usar essa feliz expressão do saudoso Professor PINTO FERREIRA, da Faculdade de Direito do Recife, da Universidade de Pernambuco, restaria comprometida e fragilizada.

14. De outro lado, repita-se a velha e revelha lição de que, ao interpretar a norma, não pode o seu aplicador deixar de prestigiar a finalidade a que ela se destina, como é recomendação hermenêutica de todos sabida e conhecida; neste caso, surge indubitável que a intenção do Legislador foi a de conferir proteção mais efetiva às mulheres vitimadas pela violência doméstica (art. 40, da Lei 11.340/06), dando cumprimento a um comando constitucional expresso (art. 226, § 8o. da CF), que protege a unidade familiar, que não pode se fundar na opressão de um de seus membros.

15. É claro que foi intenção da lei viabilizar o acesso mais concreto aos benefícios da jurisdição penal e na verdade incluindo sob a sua proteção vastos contingentes da sociedade que, de outra forma, permaneceriam excluídos dessa

Superior Tribunal de Justiça

garantia da cidadania; se assim não fosse, a Lei Maria da Penha seria apenas o exercício diletante do poder de legislar.

16. A Lei 11.340/06, em toda sua extensão, traz indicativos inequívocos do intuito declarado de tratar com maior rigor a violência doméstica e familiar, ora incrementando a pena ou criando uma qualificadora ao crime de lesão corporal (art. 129, § 9º. do CPB), ora criando agravante (art. 61, II, *f* do CPB), ora impossibilitando o uso dos institutos despenalizantes da Lei 9.099/95 (art. 41 da Lei 11.340/06), ora vedando a aplicação de penas pecuniárias (cestas básicas) ou outras de prestação financeira (art. 17 da Lei 11.340/96), dentre outros.

17. Parece fora de qualquer incerteza intelectual – digo-o com a máxima venia – não se admitir que uma lei criada para coibir e punir mais rigorosamente a prática de violência contra a mulher no âmbito doméstico ou familiar seja interpretada de modo a acarretar benefício processual em favor do seu agente; em casos assim, melhor se buscar a função inibidora e repressiva da Lei Maria da Penha, ou a sua motivação sócio-histórica e ideológica, técnica de exegese normativa perfeitamente harmônica com as recomendações teóricas da Ciência do Direito na sua fase pós-positivista, em que os valores da cultura e da civilização, da justiça e da paz, são as grandes linhas mestras da nova hermenêutica jurídica, como assinala o Professor PAULO BONAVIDES, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (Direito Constitucional, São Paulo-SP, Malheiros, 2008).

18. Nesse contexto, deixar-se ao encargo da vítima a decisão sobre a deflagração da persecução penal, representa, em última análise, reduzir ou negar eficácia dos propósitos protetivos da norma legal, um verdadeiro retrocesso, ao se restabelecer o estado de ineficácia por vezes verificado sob a égide da Lei 9.009/95; seria, ao meu modesto sentir – *e digo isso com o maior respeito aos doutos pontos de vista em contrário* – deixar de considerar que o temor, a ameaça, a dependência econômica e a pressão psicológica tiram da vítima da afronta a sua autonomia decisória ou imaginar que a mulher agredida no ambiente doméstico seria tão heróica, tão destemida e dotada de tanta coragem pessoal que poderia superar

Superior Tribunal de Justiça

esses inegáveis fatores inibidores da sua decisão de representar contra o seu agressor.

19. Embora a história social, política e religiosa de todas as civilizações e culturas registre exemplos de mulheres extraordinárias, há uma multidão incontável de outras subjugadas, escravizadas, mutiladas e usadas como objeto de dominação, propriedade e posse, sobretudo nas chamadas sociedades periféricas, onde a pobreza grassa, a dependência campeia e a violência se alastra; creio que seria demasiado esperar de mulheres em tal situação que tenham aquele prefalado nível de autonomia decisória.

20. Tal conclusão, aliás, ganha reforço ao se observar que verificando as discussões doutrinárias e jurisprudenciais oriundas da edição da Lei Maria da Penha, a Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal (Projeto de Lei 156 de 2009), ao cogitar da inclusão do art. 129-A no CPB, que irá reproduzir o teor do art. 88 da Lei 9.099/95, sugere esclarecer, no referido dispositivo legal, *a desnecessidade de representação da vítima no caso de violência doméstica e familiar contra a mulher*, ainda que a lesão seja de natureza leve; eis a orientação da referida Comissão:

Por fim, quanto à necessidade de representação da vítima no caso de lesões corporais leves e culposas, o art. 675 do projeto de Código introduz o art. 129-A no Código Penal, nada mais do que reproduzindo o teor do art. 88 da Lei nº 9.099, de 1995. Até aí tudo bem. Ocorre que, para dissipar quaisquer divergências jurisprudenciais, convém tornar clara a desnecessidade de representação da vítima no caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda que a lesão seja de natureza leve.

(...).

Com efeito, também incluímos ressalva no art. 129-A que se quer introduzir ao Código Penal com o objetivo de excepcionar de forma expressa os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dessa forma, atendemos às justas reivindicações dos movimentos ligados à defesa dos direitos das mulheres no sentido de preservar o espírito e as conquistas da Lei Maria da Penha (Site do Senado Federal, GETPDF,

Superior Tribunal de Justiça

fls. 152/153).

21. Sobre o tema, o eminente doutrinador GUILHERME DE SOUZA NUCCI, ao comentar o § 9º. do art. 129 do Código Penal, leciona o seguinte:

Mas para atingir de fato, sem demagogia, as situações de violência doméstica, não se poderia partir de uma cominação de pena pífia. Note-se, desde logo, que um lesão corporal leve dolosa, onde quer e por quem quer que seja cometida, tem a pena abstrata estabelecida em detenção, de 3 meses a 1 ano. Destarte, o legislador, pretensamente para fazer frente ao incremento da punição aos agressores de familiares, fixou a pena de detenção, de 3 meses a 3 anos. O que mudou? O mínimo legal permaneceu o mesmo, saltando o máximo para 3 anos, em virtude da Lei 11.340/2006, de modo a não mais ser considerada infração de menor potencial ofensivo. Somos levados a concluir que pouca utilidade haverá, inclusive pelo fato de estarem muitos juízes habituados à aplicação sistemática da pena mínima. Em suma, pretender punir mais gravemente um crime como a violência doméstica jamais poderia redundar em um singelo aumento do máximo em abstrato da pena. Se alguma vantagem houve, está concentrada na ação penal, que passa a ser pública incondicionada, em nossa visão, retornando para a iniciativa do Ministério Público, sem depender da representação. Isto porque o art. 88 da Lei 9.099/95 preceitua que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves (prevista no caput do art. 129) e lesões culposas (constante no § 6º. do mesmo artigo). Ora, a violência doméstica, embora lesão corporal, cuja descrição típica advém do caput, é forma qualificada da lesão, logo, não mais dependente de representação da vítima. (Código Penal Comentado, 7ª. edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 585/586).

22. Corroborando com o aqui disposto, confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte no sentido de que a averiguação da lesão corporal de natureza leve praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher independe de representação:

HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. LEI Nº 11.340/2006. LESÃO CORPORAL QUALIFICADA. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. DELITO QUE SE PROCESSA MEDIANTE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.

1. Com o advento da Lei nº 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha, o crime de lesão corporal qualificada, previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, cometido contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, é

Superior Tribunal de Justiça

apurado mediante ação penal pública incondicionada.

2. O crime de lesão corporal qualificada, imputado ao paciente, prescinde de representação da vítima, motivo porque o acórdão que determinou o recebimento da denúncia não lhe está a causar qualquer constrangimento ilegal.

3. Ordem denegada (HC 108.098/PE, Rel. Min. NILSON NAVES, Rel. p/Ac. Min. PAULO GALLOTTI, DJe 03.08.2009).



PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL SIMPLES OU CULPOSA PRATICADA CONTRA MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO. PROTEÇÃO DA FAMÍLIA. PROIBIÇÃO DE APLICAÇÃO DA LEI 9.099/1995. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. RECURSO PROVIDO PARA CASSAR O ACÓRDÃO E RECEBER A DENÚNCIA.

1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Inteligência do artigo 226 da Constituição da República).

2. As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato.

3. Somente o procedimento da Lei 9.099/1995 exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve e culposa para a propositura da ação penal.

4. Não se aplica aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, a Lei 9.099/1995. (Artigo 41 da Lei 11.340/2006).

5. A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do artigo 129, § 9º do Código Penal e se disciplina segundo as diretrizes desse Estatuto Legal, sendo a ação penal pública incondicionada.

6. A nova redação do parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, feita pelo artigo 44 da Lei 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos a

Superior Tribunal de Justiça

lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando por mais um motivo, a exigência de representação da vítima.

7. Recurso provido para receber a denúncia (REsp. 1.050.276/DF, Rel. Min. JANE SILVA, DJU 24.11.08).



PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL LEVE PRATICADA COM VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A MULHER. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/95 E, COM ISSO, DE SEU ART. 88, QUE DISPÕE SER CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO O REFERIDO CRIME. AUSÊNCIA DE NULIDADE NA NÃO-DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA PREVISTA NO ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA, CUJO ÚNICO PROPÓSITO É A RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Esta Corte, interpretando o art. 41 da Lei 11.340/06, que dispõe não serem aplicáveis aos crimes nela previstos a Lei dos Juizados Especiais, já resolveu que a averiguação da lesão corporal de natureza leve praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher independe de representação. Para esse delito, a Ação Penal é incondicionada (REsp. 1.050.276/DF, Rel. Min. JANE SILVA, DJU 24.11.08).

2. Se está na Lei 9.099/90, que regula os Juizados Especiais, a previsão de que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais e lesões culposas (art. 88) e a Lei Maria da Penha afasta a incidência desse diploma despenalizante, inviável a pretensão de aplicação daquela regra aos crimes cometidos sob a égide desta Lei.

3. Ante a inexistência da representação como condição de procedibilidade da ação penal em que se apura lesão corporal de natureza leve, não há como cogitar qualquer nulidade decorrente da não realização da audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/06, cujo único propósito é a retratação.

4. Ordem denegada, em que pese o parecer ministerial em contrário (HC 91.540/MS, de minha relatoria, DJe 13.04.2009).



HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. TESE DE FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. NÃO

Superior Tribunal de Justiça

OCORRÊNCIA. INEQUÍVOCA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA VÍTIMA. OFERECIMENTO DE NOTITIA CRIMINIS PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. VALIDADE COMO EXERCÍCIO DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE RIGORES FORMAIS. PRECEDENTES. PLEITO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DO SURSIS PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-INCIDÊNCIA DA LEI N.º 9.099/95.

1. A representação, condição de procedibilidade exigida nos crimes de ação penal pública condicionada, prescinde de rigores formais, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal no sentido de que se promova a responsabilidade penal do agente, como evidenciado, *in casu*, com a notitia criminis levada à autoridade policial, materializada no boletim de ocorrência.

2. Por força do disposto no art. 41 da Lei n.º 11.340/06, resta inaplicável, em toda sua extensão, a Lei n.º 9.099/95.

3. Ordem denegada (HC 130.000/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 08.09.2009).

23. Por fim, não se detecta qualquer incompatibilidade entre a transmutação da natureza da ação penal e o disposto nos arts. 12 e 16 da norma, que aludem à figura da representação da parte ofendida, visto que, apesar de essas disposições não se aplicarem em casos de lesões corporais leves, têm plena incidência nas ações penais nos crimes de ameaça (art. 147 do CPB), nos contra os costumes (art. 225 do CPB) e nas contravenções penais.

24. Nesse ponto, não é demais lembrar que a razão para se destinar ao ofendido o juízo de oportunidade e conveniência para instauração da ação penal em determinados delitos nem sempre está relacionada com a menor gravidade do ilícito praticado.

25. Por vezes, isso se dá para proteger a intimidade da vítima em casos que a publicidade do fato delituoso, eventualmente, pode gerar danos morais, sociais e psicológicos. É o que se verifica nos crimes contra os costumes e que a doutrina convencionou chamar de *strepitu iudicii* (escândalo provocado pelo ajuizamento da ação penal). Assim, não há qualquer incongruência em alterar a natureza da ação nos casos de lesão corporal leve para incondicionada enquanto se mantém os crimes contra os costumes no rol dos que estão condicionados à

Superior Tribunal de Justiça

representação.

26. Dessa forma, ante a inexigibilidade da representação como condição de procedibilidade da ação penal em que se apura lesão corporal de natureza leve, deve-se restabelecer a sentença de primeiro grau que condenou o recorrido à pena de 1 ano e 3 meses de detenção.

27. Ante o exposto, pelo meu voto provejo o presente recurso ministerial para restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau, lembrando que este julgamento representa um caso recursal repetitivo.

28. É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.097.042 - DF (2008/0227970-6)

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de recurso especial repetitivo processado no rito definido no art. 543-C do Código de Processo Civil e na Resolução nº 8/STJ, interposto pelo Ministério Público, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que, à unanimidade, deu provimento ao apelo da defesa, restando assim ementado:

"PENAL - PROCESSO PENAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEI 11.340/06 - LESÕES CORPORAIS LEVES - NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO - CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - APELO PROVIDO. 1- A natureza da ação do crime do art. 129, § 9º, do Código Penal, é pública condicionada a representação. O artigo 41 da lei 11.340/06, ao ser interpretado com o artigo 17 do mesmo diploma, apenas veda os benefícios como transação penal e suspensão condicional do processo, nos casos de violência familiar. 2. Impõe-se a extinção da punibilidade quando ausente a condição de procedibilidade consubstanciada na representação da vítima. 3. Recurso provido".

Narra o aresto objurgado que o recorrido foi condenado, pelo juízo de primeiro grau, à pena de 1 ano e 3 meses de detenção, no regime inicial semi-aberto, pela prática do crime previsto no art. 129, § 9º, do Estatuto Repressivo, c/c art. 5º, incisos II, da Lei nº 11.340/06.

O Tribunal *a quo*, ao prover apelação da defesa, extinguiu a punibilidade do réu em razão da ausência da condição de procedibilidade da ação penal, tal seja, representação da ofendida.

No Especial, o *Parquet* busca demonstrar que o acórdão guerreado negou vigência aos arts. 13, 16 e 41 da Lei Maria da Penha; arts. 38 e 43, inciso III, ambos do Código de Processo Penal; art. 88 da Lei nº 9.099/95 e arts. 100 e 129, § 9º, do Código Penal.

Afirma que, com o advento da Lei nº 11.340/2006, não se aplicam as disposições contidas na Lei 9.099/1995 aos crimes praticados contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar, destacando que a ação penal relativa ao

Superior Tribunal de Justiça

delito de lesões corporais leve, perpetrado em aludidas condições, possui natureza pública incondicionada.

Busca demonstrar que a nova lei deve ser interpretada de forma que "*propicie a efetiva investigação criminal contra a mulher nas hipóteses de violência doméstica [...] porquanto, no regime anterior, tomaram-se 'letra morta' os crimes de lesões corporais leves sujeitos à representação, a par da dicção conferida ao art. 88 da Lei nº 9.099/95*" (fls. 229).

Diz que o art. 4º da Lei nº 11.340/2006 determinou a interpretação da norma com a observância dos fins sociais a que se destina, principalmente no tocante às condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica ou familiar.

Salienta que o art. 16 da Lei Maria da Penha, o qual dispõe acerca da possibilidade de retratação da vítima antes do recebimento da denúncia, tem aplicação somente nas hipóteses em que a lei penal exige representação, o que não ocorre, entretanto, no crime de lesões corporais leves.

Por fim, assevera que, ainda na hipótese de ser considerado o crime como de ação penal pública condicionada à representação, esta de fato ocorreu nos autos, uma vez que a vítima efetivamente manifestou vontade de processar o autor da infração penal. Isso porque, consoante pacificado na doutrina e jurisprudência, a intenção do ofendido deve ser extraída de qualquer ação idônea para tanto, sendo certo que, *in casu*, consta dos autos o boletim de ocorrência e a submissão a exame pericial.

Requeru o provimento do apelo para que, reformado o aresto objurgado, seja restabelecida a sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau ou, ainda, para que as diversas manifestações da vítima sejam recebidas como representação, a fim de satisfazer-se a citada condição de procedibilidade.

Contra-arrazoado o inconformismo, o recorrido pugnou pelo improvimento do reclamo.

Admitida a irresignação pelo Tribunal *a quo*, foi proferida decisão pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator deste apelo raro, submetendo seu julgamento à Terceira Seção, nos termos do art. 2º, *caput*, e

Superior Tribunal de Justiça

§ 2º, da Resolução nº 08/2008 desta Corte, bem como do art. 543-C, § 2º, do Código de Processo Civil.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

O cerne da questão objeto do apelo raro cinge-se à seguinte dúvida: se nos crimes de lesão corporal leve, perpetrados no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, após o advento da Lei n.º 11.340/06, a ação penal procede-se ou não mediante representação da ofendida, haja vista o disposto em seu art. 41, que veda a aplicação da Lei n.º 9.099/95 aos casos em comento.

Para melhor elucidação da *quaestio*, transcreve-se o teor do citado dispositivo legal:

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

Por tal razão, defende o *Parquet*, no Especial, que não se aplica ao delito de lesões leves a determinação contida no art. 88 da Lei dos Juizados Especiais, de que *"dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas"*.

Apesar do tema não ser pacífico na doutrina e na jurisprudência, entendo que a pretensão contida no apelo raro não merece prosperar.

Depreende-se que a *mens legis* do art. 41 da Lei nº 11.340/2006 visa restringir a aplicação da Lei dos Juizados Especiais somente no tocante à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras aos delitos cometidos com violência doméstica contra a mulher.

Ora, analisando-se outros dispositivos contidos na Lei Maria da Penha, como o art. 12, inciso I, e art. 16, conclui-se que o legislador não quis arredar o instituto da representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal pública nos delitos de lesão corporal leve, perpetrados com violência doméstica contra a mulher.

Superior Tribunal de Justiça

No art. 12, inciso I, determinou-se que a autoridade policial, ao fazer o registro da ocorrência em casos de violência doméstica, tome por termo a representação da vítima, se apresentada; logo, esta pode, ou não, ser oferecida pela ofendida. Já no art. 16, estabeleceu que eventual retratação da ofendida deve ser realizada em audiência a ser designada para tal fim, após ouvido o Ministério Público, e antes do recebimento da denúncia, veja-se:

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

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada ;" (grifou-se)
[...]

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

Portanto, consoante ensinança de Maria Berenice Dias, "de modo expresso, há referência na Lei Maria da Penha à representação da vítima (LMP, artigo 12) e à possibilidade de renúncia à representação em juízo (LMP, artigo 16). Assim, mister reconhecer que, logrando o magistrado compor de forma consensual as causas geradoras da violência, mister assegurar à vítima a possibilidade de desistir da representação que havia formalizado na polícia. Para evitar a repetição das desastrosas situações a que as mulheres foram submetidas nos juizados especiais, agora para desistir da representação deve comparecer perante o juiz e o Ministério Público, acompanhada de advogado" ('A Lei Maria da Penha na Justiça', publicado em ADV - Advocacia Dinâmica: boletim informativo semanal, Ano 27, nº 38, setembro 2007, p. 774).

Observo, ainda, que a adoção de entendimento contrário, de que a ação penal seria pública incondicionada, traria consequências por vezes não desejadas pelas vítimas, uma vez que, caso haja reconciliação entre agressor e ofendida, é certo que o prosseguimento da ação penal e, eventual condenação do

réu, acarretará sofrimento a toda família.

Acerca do tema, por ser bastante elucidativo, transcreve-se lição da já mencionada autora Maria Berenice Dias:

"Não há como pretender que prossiga a ação penal depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com definição de alimentos, partilha de bens e guarda de filhos e visitas.

A possibilidade de trancamento do inquérito policial em muito facilitará a composição dos conflitos envolvendo as questões de Direito das Famílias, que são bem mais relevantes do que a imposição de uma pena criminal ao agressor. A possibilidade de dispor da representação revela formas através das quais as mulheres podem exercer poder na relação com os companheiros.

Há um argumento que precisa ser considerado. A vítima tem enorme dificuldade de denunciar um ente amado com quem convive, que é o pai de seus filhos e provê o sustento da família. Quando consegue chegar a uma delegacia para registrar a ocorrência, vai buscar auxílio para que a paz volte a reinar na sua casa. Não tem o desejo de se separar e nem quer que seu cônjuge ou companheiro seja preso, só quer que ele pare de agredi-la. A denúncia na delegacia e a busca de apoio do Poder Judiciário são os recursos encontrados pelas mulheres para fazer cessar períodos de agressão contínua. A condenação criminal, na grande maioria dos casos, não é a intenção da vítima. Ora, se a mulher souber que necessariamente ele será processado, havendo a possibilidade de ser levado para a cadeia, é capaz de desistir. Tal irá inibir a denúncia e a violência doméstica continuará envolta em silêncio e medo. Legislações muito rígidas desestimulam as mulheres agredidas a denunciarem seus agressores e registrarem suas queixas. Sempre que o companheiro ou esposo é o único provedor da família, o medo de sua prisão e condenação a uma pena privativa de liberdade acaba por contribuir para a impunidade.

Ao interpretar-se uma lei, mister atentar à sua matriz, que revela a intenção do legislador. É preciso compreender seus motivos, as necessidades que o orientaram e os princípios que o inspiraram. Como diz Damásio de Jesus 'para a compreensão do significado da norma é necessário indagar a sua finalidade: a ratio legis'. E inexistente dúvida quanto a intenção da lei de ser favorável à mulher e não ao seu agressor.

Há um derradeiro argumento que põe por terra todas as tentativas de transformar a lesão corporal leve em delito

de ação penal pública incondicionada. O Projeto de Lei 4.559/2004, que deu origem à Lei Maria da Penha, trazia o procedimento na fase policial e o processo judicial e de modo expresso afirmava (art. 30): Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a ação penal será pública condicionada à representação. No Senado é que houve a exclusão do procedimento minuciosamente detalhado, que constava da versão originária do projeto. De roldão foi excluído o dispositivo que colocaria uma pá de cal em toda a discussão que acabou surgindo. De qualquer modo, mesmo admitindo-se a renúncia à representação, as demais benesses da Lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis à violência doméstica. Não há possibilidade de composição de danos ou aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (Lei 9.099/95, art. 72). Não mais cabe ao Ministério Público propor transação penal com aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa (Lei 9.099/95, art. 76). Também é descabida a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89) ou a aplicação de pena restritiva de direito de conteúdo econômico. Aliás, foi para dar ênfase a esta vedação que a Lei Maria da Penha acabou por afirmar (art. 17): "É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique no pagamento isolado de multa" (A Lei Maria da Penha na Justiça, São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 124-125).

No mesmo sentido, assim lecionam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

"No sentido da necessidade de representação, invoca-se, ainda, a importância (e conveniência) de, nos casos de violência doméstica e familiar, se aguardar a consciente manifestação de vontade da vítima, pois, na esmagadora maioria das vezes, se percebe rápida reconciliação entre os envolvidos, servindo o processo penal apenas para perturbar a paz familiar, quando a finalidade do aplicador da lei deve ser, sempre, a preservação da família, restaurando a harmonia no lar". (in "Violência Doméstica - Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo", São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 135).

A Excelentíssima Senhora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em voto lapidar no *Habeas Corpus* nº 96.992/DF, trouxe o ensinamento da jurista Maria Lúcia Karam, o qual, por oportuno, transcreve-se, *in verbis*:

"Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher contra sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular para tratá-la como coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizand-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar e sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é, ou não, um 'agressor' - ou que, pelo menos, não deseja que seja punido" (Violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 48-53).

Por fim, saliento que no caso do crime de estupro, cuja gravidade nem de longe se compara com o que verte, é necessária a representação por parte da vítima; logo, não seria razoável a imposição, à mulher, do prosseguimento da ação penal relativa ao delito de lesão corporal leve, quando esta não mais pretendesse a condenação criminal de seu companheiro.

Portanto, a melhor interpretação a ser dada é aquela que permite à vítima, em um juízo discricionário, avaliar se realmente deseja mover ação penal contra seu agressor, sendo certo que o próprio legislador cuidou de garantir a vontade livre da ofendida nos casos de retratação, ao determinar que esta somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada.

Nesse vértice, da Quinta Turma:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. LEI MARIA DA PENHA. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Lei Maria da Penha é compatível com o instituto da representação, peculiar às ações penais públicas condicionadas e, dessa forma, a não-aplicação da lei 9.099, prevista no art. 41 daquela lei, refere-se aos institutos despenalizadores nesta previstos, como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

2. O princípio da unicidade impede que se dê larga interpretação ao art. 41, na medida em que condutas idênticas praticadas por familiar e por terceiro, em concurso, contra a mesma vítima, estariam sujeitas a disciplinas diversas em relação à condição de procedibilidade.

3. A garantia de livre e espontânea manifestação conferida à mulher

pelo art. 16, na hipótese de renúncia à representação, que deve ocorrer perante o Magistrado em audiência especialmente designada para esse fim, justifica uma interpretação restritiva do art. 41.

5. O processamento do ofensor, mesmo contra a vontade da vítima, não é a melhor solução para as famílias que convivem com o problema da violência doméstica, pois a conscientização, a proteção das vítimas e o acompanhamento multidisciplinar com a participação de todos os envolvidos são medidas juridicamente adequadas, de preservação dos princípios do direito penal e que conferem eficácia ao comando constitucional de proteção à família.

6. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo Juízo de 1º grau" (HC 110965/RS, rel. Min. LAURITA VAZ, rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10-09-2009, DJe de 03-11-2009).

No mesmo sentido:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL LEVE. LEI MARIA DA PENHA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95. RESTRIÇÃO. INSTITUTOS DESPENALIZADORES.

I - A intenção do legislador ao afastar a aplicação da Lei n.º 9.099/95, por intermédio do art. 41 da Lei Maria Penha, restringiu-se, tão somente, à aplicação de seus institutos específicos despenalizadores - acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

II - A ação penal, no crime de lesão corporal leve, ainda que praticado contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, continua sujeita à representação da ofendida, que poderá se retratar nos termos e condições estabelecidos no art. 16 da Lei n.º 11.340/06 (Precedentes).

III - O art. 16 da Lei n.º 11.340/06 autoriza ao magistrado aferir, diante do caso concreto, acerca da real espontaneidade do ato de retratação da vítima, sendo que, em se constatando razões outras a motivar o desinteresse da ofendida no prosseguimento da ação penal, poderá desconsiderar sua manifestação de vontade, e, por conseguinte, determinar o prosseguimento da ação penal, desde que, demonstrado, nos autos, que agiu privada de sua liberdade de escolha, por ingerência ou coação do agressor.

Ordem concedida" (HC 137620/DF, rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08-09-2009, DJe de 16-11-2009).

Por fim, da Sexta Turma, colaciona-se:

"Lei Maria da Penha. Delito de lesões corporais de natureza leve (art. 129, § 9º do CP). Ação penal dependente de representação. Possibilidade de retratação da representação. Extinção da punibilidade pela decadência.

1. O art. 16 do Lei nº 11.340/06 é claro ao autorizar a retração, mas somente perante o juiz. Isto significa que a ação penal, na espécie, é dependente de retratação.

2. Outro entendimento contraria a nova filosofia que inspira o Direito

Superior Tribunal de Justiça

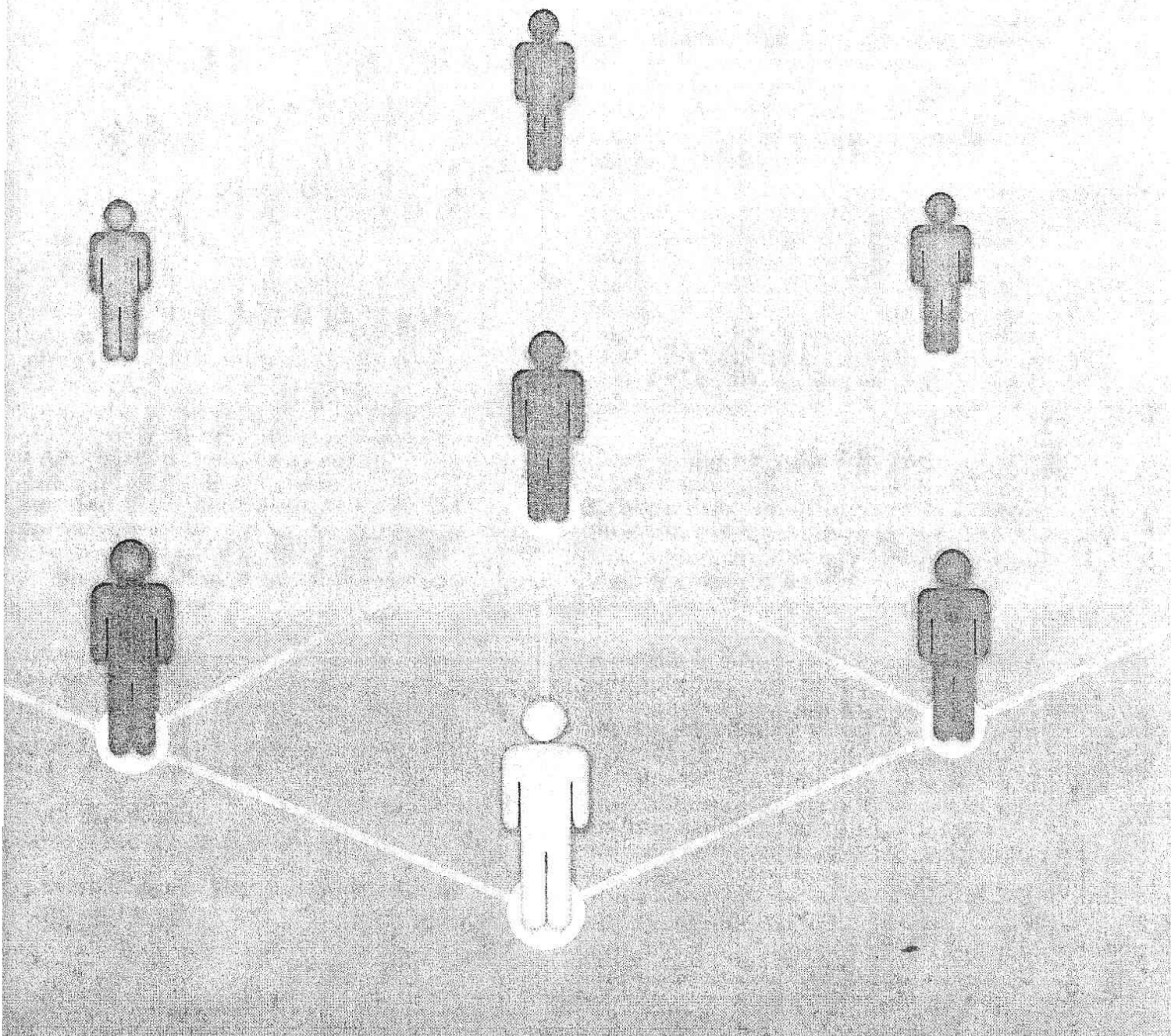
Penal, baseado em princípios de conciliação e transação, com o objetivo de humanizar a pena e buscar harmonizar os sujeitos ativo e passivo do crime" (HC 113.608/MG, rel. Min. OG FERNANDES, rel. p/ Acórdão Min. CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 05-03-2009, DJe de 03-08-2009).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

SIPS

Sistema de Indicadores de Percepção Social



Igualdade de Gênero

7 de dezembro de 2010

Governo Federal
Secretaria de Assuntos Estratégicos da
Presidência da República
Ministro Samuel Pinheiro Guimarães Neto

Presidente

Marcio Pochmann

Diretor de Desenvolvimento Institucional

Fernando Ferreira

Diretor de Estudos e Relações Econômicas e
Políticas Internacionais

Mário Lisboa Theodoro

Diretor de Estudos e Políticas do Estado, das
Instituições e da Democracia

José Celso Pereira Cardoso Júnior

Diretor de Estudos e Políticas

Macroeconômicas

João Sicsú

Diretora de Estudos e Políticas Regionais,
Urbanas e Ambientais

Liana Maria da Frota Carleial

Diretor de Estudos e Políticas Setoriais, de
Inovação, Regulação e Infraestrutura

Márcio Wohlers de Almeida

Diretor de Estudos e Políticas Sociais

Jorge Abrahão de Castro

Chefe de Gabinete

Pérsio Marco Antonio Davison

Assessor-chefe de Imprensa e Comunicação

Daniel Castro

URL: <http://www.ipea.gov.br>

Ouvidoria: <http://www.ipea.gov.br/ouvidoria>

O Sistema de Indicadores
de Percepção Social (SIPS)

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (**Ipea**) atua como importante agente no cenário das políticas públicas. O Instituto assume o compromisso de articular e disseminar estudos e pesquisas, subsidiar a elaboração de planos, políticas e programas governamentais, assessorar processos decisórios de instituições governamentais, além de cooperar com governos e entidades internacionais no seu campo de atuação. Apesar do imenso leque de ações voltadas para a elaboração de estudos sobre cenários, o **Ipea** tem pouca tradição na formulação de dados primários.

O trabalho atual, portanto, possui como benefício direto o aprimoramento das funções do Instituto dentro da sociedade civil, tornando-se um produtor de dados primários em nichos específicos de atuação. Esse novo ramo de atividade garantirá visibilidade e respaldo ao **Ipea**, concedendo-lhe maior participação no ciclo de planejamento, implementação e avaliação das políticas públicas do País.

Esta pesquisa configura um sistema de indicadores sociais para verificação de como a população avalia os serviços de utilidade pública e o grau de importância deles para a sociedade. Logo, permitirá ao Estado atuar de maneira mais eficaz e em pontos específicos da complexa cultura e demanda da população brasileira.

O *Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS)* tem como finalidade servir um quadro de dados sobre a percepção da população nas seguintes questões: i) justiça; ii) cultura; iii) segurança pública; iv) serviços para mulheres e de cuidados das crianças, v) bancos; vi) mobilidade urbana; vii) saúde; viii) educação; e; ix) qualificação para o trabalho. Logo, as análises dos dados servirão como arcabouço pragmático para otimizar a eficácia e a eficiência dos investimentos públicos diante dos serviços direcionados a estes fins.

A pesquisa servirá tanto como indicador essencial para o setor público estruturar da melhor maneira suas ações, como também uma forma de a sociedade civil entender o que de fato se configura como de interesse comum e quais os fatores mais requisitados ao Estado.

Introdução¹

A promoção de igualdade de gênero por meio de políticas públicas se dá de diversas formas e os resultados, muitas vezes, são difíceis de mensurar. Como, por exemplo, medir a percepção dos usuários de uma educação voltada para a igualdade de gênero? Por outro lado, políticas públicas destinadas especificamente às mulheres dizem respeito somente a elas, ou podem ser consideradas políticas promotoras da igualdade de gênero? Ou ainda: se o objeto é a igualdade de gênero, não há necessidade de que haja foco sobre políticas que interfiram na organização da vida familiar, em que a desigualdade entre homens e mulheres vem sendo sempre persistente²? Esse conjunto de perguntas formou o pano de fundo para a elaboração das questões a serem aplicadas no *Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS)* destinadas ao tema da igualdade de gênero. Diante disso, foram escolhidos dois grandes temas para a elaboração da pesquisa: serviços de combate e prevenção da violência contra as mulheres e serviços de cuidado de crianças relacionados à atividade escolar. Como são serviços ou destinados especificamente para as mulheres, no caso do atendimento das vítimas de violência, ou de cuidados de crianças, a bateria de questões foi intitulada *Serviços para mulheres e de cuidado de crianças*. Em relação ao tema da violência, foi examinada a percepção da população acerca do papel que o Estado vem desempenhando diante de um problema social da mais extrema relevância, que é a violência contra as mulheres, e que inclusive vem sendo tratado como prioridade pela Secretaria de Políticas para as Mulheres, por meio do Pacto Nacional pelo Enfrentamento da Violência contra as Mulheres³. Quanto aos serviços de cuidado, procurou-se perceber possíveis demandas pela oferta de serviços, que, no caso, foram os de creche e o de transporte escolar público para as regiões urbanas.

Com isso, pode-se dizer que, mais do que serviços, o objeto cuja percepção foi medida nessa bateria de questões foram as próprias políticas públicas voltadas para esses dois temas, cujos serviços são apenas parte de uma estrutura maior e de uma concepção mais ampla de atuação do Estado.

¹ Texto elaborado pela técnica de Planejamento e Pesquisa Maria Aparecida Azevedo Abreu e pela coordenadora de Igualdade de Gênero do Ipea, Natália de Oliveira Fontoura.

² A esse respeito, ver no *Comunicado do Ipea n° 65* as análises a respeito da divisão do trabalho doméstico a partir dos dados da PNAD 2009.

³ O *Pacto Nacional pelo Enfrentamento da Violência contra as Mulheres* será objeto de análise específica no *Boletim de Políticas Sociais n° 19* (em elaboração).

2. Combate e prevenção à violência contra as mulheres

Em relação ao tema da violência, embora as mulheres sejam as destinatárias dos serviços específicos de proteção à mulher, as perguntas foram endereçadas a todos os entrevistados, homens e mulheres, de forma a captar a percepção em relação à estrutura estatal – por meio de leis – e órgãos de proteção, existente para a prevenção da violência contra a mulher e o combate a essa violência. Neste sentido, a concepção de serviço e de política pública adotada foi bastante ampla, para abranger o papel do Estado diante do problema social e também os tipos de ação que ele deve empreender para enfrentar esse problema.

A primeira pergunta, de caráter bastante geral, foi a seguinte:

“Você acha que a violência doméstica⁴ é:

- 1. Um grande problema na nossa sociedade*
- 2. Um problema só de algumas mulheres*
- 3. Não é um problema”*

Essa questão, embora não tenha como objeto diretamente a percepção sobre serviços ou sobre uma política pública específica, foi formulada porque ela poderia ajudar na interpretação da percepção sobre os serviços e legislação (estrutura estatal) com o foco na violência contra as mulheres. Ela diz respeito à visão que o entrevistado tem sobre o papel do estado em relação à violência doméstica. Por exemplo, se houvesse um grande número de pessoas que acreditassem que a violência doméstica não é um problema ou é um problema somente de algumas mulheres, provavelmente a interpretação sobre a Lei Maria da Penha, ou sobre os serviços de atendimento à mulher estaria prejudicada, pois os entrevistados simplesmente não veriam a necessidade e a utilidade desses mecanismos estatais de combate à violência doméstica.

Nessa questão, foram estes os resultados:

⁴ A violência doméstica, de modo geral, não se restringe à violência contra a mulher, podendo ser realizada contra homens, principalmente na relação entre pais e filhos. No entanto, para os fins desta pesquisa, a utilização da expressão “violência doméstica” praticamente como sinônimo de “violência contra a mulher nas relações conjugais e familiares” faz sentido, pois há um compartilhamento de entendimento, pela sociedade, de que há uma violência doméstica contra a mulher de uma dimensão tão relevante que a parte, neste caso, coincide com o todo.

Tabela 1 – Percepção sobre a violência doméstica geral e por sexo

A violência doméstica é...	Total %	Homens %	Mulheres %
Um grande problema da nossa sociedade	81,9	81,7	82,1
É um problema só de algumas mulheres	14,9	14,0	15,6
Não é um problema	1,7	1,8	1,5
NS/NR	1,5	2,5	0,8
Total	100	100	100

Fonte: *Ipea/SIPS*

Elaboração: *Ipea/DISOC*

Os dados da tabela mostram que 81,9% da população, entre homens e mulheres, consideram esse tipo de violência um grande problema da sociedade, 14,9% consideram que se trata de um problema apenas de algumas mulheres e apenas 1,7% consideraram que a violência doméstica não é um problema. O que os dados da tabela também apontam é que não há grandes diferenças entre a opinião dos homens e das mulheres. Entre os homens, 81,7% consideraram a violência um grande problema da nossa sociedade. Entre as mulheres, o índice é de 82,1%.

Entre as regiões, há diferenças a serem apontadas: na região Sul, 77,8% das pessoas acreditam que a violência doméstica é um grande problema da nossa sociedade, enquanto no Nordeste, 86% das pessoas têm essa opinião.

As respostas a esta pergunta indicam que a população se encontra bastante sensível ao problema, e que tem caminhado na direção de afastar o pernicioso ditado popular de que “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”. Por outro lado, essa predominância de resposta poderia indicar uma tendência do conjunto de pessoas entrevistado a responder aquilo que é considerado socialmente desejável. No entanto, as respostas às demais perguntas parecem indicar que as respostas obtidas nesta questão foram consistentes e confiáveis.

Nesse sentido, foram aplicadas três questões que diziam respeito à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Como a lei é parte importante da política nacional de combate e prevenção à violência, verificar o tipo de percepção que a sociedade tem a respeito dela pode contribuir para identificar possíveis obstáculos ou catalisadores para que sejam atingidos os objetivos da política.

A primeira pergunta foi:

“Você conhece a Lei Maria da Penha?” (que define as punições e encaminhamentos para as situações em que a mulher sofre algum tipo de violência de seu companheiro).

Tabela 2 – Conhecimento sobre a Lei Maria da Penha geral e por sexo

Você conhece a Lei Maria da Penha?	Total %	Homens %	Mulheres %
Sim	75,7	75,6	75,9
Não	4,5	4,5	4,6
Já ouvi falar	19,6	19,6	19,4
NS/NR	0,1	0,1	0,1
Total	100	100	100

Fonte: Ipea/SIPS

Elaboração: Ipea/DISOC

De acordo com a tabela acima, mais de 95% dos entrevistados conhecem ou já ouviram falar da Lei Maria da Penha, sem que tenha havido variações em decorrência da região ou da escolaridade do entrevistado, o que revela ao menos um bom ponto de partida na informação sobre os mecanismos estatais de combate à violência doméstica. Os números apresentam um avanço em relação aos da pesquisa realizada em 2009 pelo instituto Ibope, em parceria com o Instituto Avon e outras instituições. Na pesquisa, ao ser feita a pergunta “Você conhece, ainda que de ouvir falar, a Lei Maria da Penha?”, 78% dos entrevistados afirmaram que sim⁵.

Se muitos já ao menos ouviram falar da lei, grande parte da população acredita que a lei pode contribuir, ao menos um pouco, para a diminuição da violência contra as mulheres, como mostra a Tabela 3.

⁵ Para acessar o relatório dessa pesquisa, ver o link:

http://200.130.7.5/spmu/docs/pesquisa_AVON_violencia_domestica_2009.pdf

Vale apontar que nesse relatório já era apontado “um expressivo aumento do conhecimento da Lei Maria da Penha de 2008 para 2009”, de 68% para 78%. Neste aspecto, vale apontar também que a Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) lançou, em 6 de agosto de 2009, o Prêmio Boas Práticas na Aplicação, Divulgação ou Implementação da Lei Maria da Penha.

Tabela 3 – Percepção sobre os efeitos da Lei Maria da Penha geral e por sexo

Você acha que a Lei Maria da Penha pode evitar ou diminuir a violência contra as mulheres?	Total %	Homens %	Mulheres %
Sim, muito	42,6	44,3	41,1
Sim, um pouco	36,0	35,5	36,5
Não	18,2	17,3	19,0
NSR	3,2	2,9	3,5
Total	100	100	100

Fonte: *Ipea/SIPS*

Elaboração: *Ipea/DISOC*

Na tabela acima, percebe-se que há algum otimismo em relação aos efeitos da Lei Maria da Penha: 78,6% consideram que a lei pode evitar ou diminuir muito (42,6%) ou ao menos um pouco (36%) a violência contra as mulheres.

Além dessas questões mais gerais sobre a lei, foi aplicada uma questão específica sobre um tema bastante polêmico que diz respeito à iniciativa da ação penal correspondente aos crimes enquadrados nos termos da lei. A Lei Maria da Penha tinha como um dos objetivos resolver um problema decorrente da aplicação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, conhecida como Lei dos Juizados Especiais, que, entre outras coisas, condicionava os crimes de lesões corporais leves, mesmo que cometidos no âmbito das relações domésticas, à representação da vítima. Essa sistemática, no âmbito das relações sociais que caracterizam um ambiente de violência doméstica, prejudicava a vítima das agressões, normalmente a mulher, que, além de sofrer o dano, deveria ter ainda a coragem de denunciar o agressor e suportar todo o risco dessa ação. Por conta disso, a Lei Maria da Penha estabeleceu, entre outras medidas, em seu artigo 41, que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Tal mudança, entretanto, não produziu todo o efeito esperado em razão de sucessivas decisões judiciais que reiteram a interpretação de que as lesões corporais leves sofridas no ambiente doméstico, para que sejam levadas a julgamento, dependem de representação da vítima. Tal interpretação foi reafirmada em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça⁶. Essa interpretação, diante do processo histórico que levou

⁶ No julgamento do Recurso Especial nº 1.097.042/DF, realizado em 24 de fevereiro de 2010, o STF interpretou: “A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima”.

à aprovação da Lei Maria da Penha, representou um retrocesso, mas ainda não significa o termo final na busca de um processo judicial mais condizente com a real situação da mulher nos casos de violência doméstica. A Procuradoria Geral da República⁷ requereu ao Supremo Tribunal Federal que a aplicação da Lei nº 9.099 fosse afastada nos casos de lesão corporal leve contra a mulher, como determina o artigo 41 da Lei Maria da Penha, por ser esta a interpretação condizente com os tratados internacionais que tratam da igualdade de gênero assinados pelo Brasil e por ser esta a interpretação de acordo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana⁸. O julgamento favorável dessa ação poderá contribuir muito para a efetividade da Lei Maria da Penha.

Diante disso, foi feita a seguinte pergunta:

“Quando ocorre um assassinato, o crime é investigado mesmo se a família da vítima não prestar queixa⁹. Se a mulher sofre agressão do companheiro, você acha que deve haver uma investigação, mesmo que ela não queira?”

As respostas estão na Tabela 4, a seguir:

Tabela 4 – Percepção sobre o tipo de ação penal nos crimes de violência contra a mulher geral e por sexo

Se a mulher sofre agressão, você acha que deve haver investigação, mesmo que ela não queira?	Total	Homens	Mulheres
Sim	91,0	90,6	91,4
Não, porque esse é um problema particular do casal e o Estado não deve se envolver	4,3	5,0	3,8
Não, porque a vontade da mulher deve ser respeitada	3,5	3,3	3,7
Não, porque esse não é um crime tão grave assim	0,2	0,1	0,1
NS/NR	1,0	1,0	1,0
Total	100	100	100

Fonte: *Ipea/SIPS*

Elaboração: *Ipea/DISOC*

⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, autuada em 4 de junho de 2010, cujo relator é o Ministro Marco Aurélio

⁸ A Advocacia Geral da União já se manifestou, requerendo que a ação não seja conhecida por se tratar de questão infraconstitucional, mas subsidiariamente concordando que a interpretação deve ser a da não aplicabilidade da Lei nº 9.099/1995.

⁹ A expressão “prestar queixa” não faz parte do vocabulário técnico de direito processual penal. O termo correto é “apresentar representação” ou “oferecer representação”. No entanto, a expressão é de largo uso popular e, para que a pergunta fosse amplamente compreendida pelos entrevistados, optou-se por ela.

O que os dados mostram é que a imensa maioria (91%) da população é a favor, nos casos em que a mulher sofre agressão de seu companheiro, de que haja investigação, mesmo que ela não apresente ou que retire a queixa. Apenas 4,3 % dos entrevistados responderam que nestes casos a investigação não deve prosseguir porque esse é um problema particular do casal. Responderam que não, porque a vontade da mulher deve ser respeitada, 3,5% dos entrevistados, enquanto 0,2% consideraram que a investigação não deveria prosseguir porque esse não é um crime tão grave. Mesmo considerando as diferentes regiões e escolaridades dos entrevistados, não houve diferenças substantivas.

Digno de relevância também é o fato de que homens e mulheres tiveram opinião muito parecida neste caso, sendo, portanto, a questão vista como relevante e grave por toda a sociedade, o que reforça, mais uma vez, que o problema da violência contra as mulheres não diz respeito somente a elas, mas à sociedade como um todo.

Não se pretende com a apresentação destes resultados buscar a defesa de que a opinião pública deva orientar a decisão dos tribunais. Essa opinião, no entanto, ajuda a iluminar um dos propósitos da lei, que foi justamente o de, numa questão candente da vida social, tornar a ação pública incondicionada, e não mais partir de uma ideia de “respeito à vontade da vítima”. Neste sentido, vale a pena lembrar que, numa relação de dominação, a eficácia desta é verificada justamente pela intensidade com que o dominado incorpora a visão e o discurso do dominador. Ora, numa relação violenta, é comum que a vítima não perceba sua própria condição e acredite que é correto sofrer aquele tipo de agressão¹⁰. Ademais, como a violência doméstica se dá no âmbito de uma relação íntima – que muitas vezes ainda envolve questões relacionadas à guarda e manutenção dos filhos e repartição de patrimônio, para além das dúvidas de foro íntimo relacionadas à preservação da relação –, as mulheres se vêem, muitas vezes, em situação de grande dificuldade para manter a ação penal contra seus companheiros e são desestimuladas a fazê-lo. Esse fenômeno contribui para a perpetuação de relações de violência e para a revitimização dessas mulheres.

É justamente porque a relação entre homem e mulher diz respeito a uma forma de dominação e de violência específica que há a necessidade de atendimentos especiais às vítimas. Diante dessa necessidade, surgiram os serviços especializados de

¹⁰ BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2009. pp. 45-55.

atendimento à mulher em situação de violência, que foram objeto de perguntas específicas no questionário aplicado no SIPS.

A primeira delas foi:

“Você conhece alguma mulher que já usou algum serviço de atendimento à mulher?”

A essa pergunta, foram dadas as seguintes respostas:

Tabela 5 – Conhecimento sobre o uso de serviços de atendimento à mulher

Você conhece alguma mulher que já usou algum serviço de atendimento à mulher?	Total %	Homens %	Mulheres %
Sim	30,8	28,8	32,6
Não	69	71,1	67,1
NS/NR	0,2	0,1	0,3
Total	100	100	100

Fonte: *Ipea/SIPS*

Elaboração: *Ipea/DISOC*

Como se vê pelos dados acima, pouco mais de 30% afirmaram conhecer alguma mulher que tenha usado um serviço de atendimento desse tipo. Nesse aspecto, se combinarmos estes dados com a percepção geral de que a violência é um problema de toda a sociedade e com o conhecimento da Lei Maria da Penha, pode-se dizer que as mulheres ainda procuram pouco os serviços de atendimento ou falam pouco sobre essa procura, mesmo para outras mulheres. É possível dizer, ainda, que a disponibilidade desses serviços é muito restrita. A Região Sul é a que apresenta a menor porcentagem de pessoas que conhecem alguém que utilizou os serviços (24,1%). A maior porcentagem está na Região Norte (38,2%). Em relação à escolaridade, 22% das pessoas com escolaridade até a 5ª série do ensino fundamental (antiga 4ª série do 1º grau) conhecem alguém que utilizou serviços de atendimento à mulher, enquanto nas demais faixas o índice é de cerca de 34%.

De forma complementar a essa pergunta, foi perguntado qual foi o serviço utilizado. Os entrevistados deveriam responder, de forma espontânea, qual serviço foi utilizado no caso de que ouviu falar. Assim, 42% dos entrevistados aos quais se aplicou a pergunta (12,9% do total de entrevistados) responderam “Delegacia de Mulheres” e 18,6% (5,7% do total de entrevistados) responderam “Delegacia”/ “Polícia Civil”. Os demais responderam outros serviços, ou simplesmente se referiram à lei Maria da

Penha, à realização de boletim de ocorrência etc. Isso indica que as delegacias de atendimento às mulheres têm sido o serviço mais procurado para atendimento da mulher vítima de violência ou, pelo menos, o mais lembrado pelos respondentes de uma pesquisa, talvez por ser o serviço mais antigo e mais conhecido. Cabe lembrar, no entanto, que as delegacias de mulheres ainda cobrem uma parte muito pequena do território. Em 2009, de acordo com dados compilados pela Secretaria de Políticas para as Mulheres, eram somente 408 delegacias especializadas no país, a maioria na região Sudeste.

2. Serviços de educação e transporte escolar

Além do tema da violência doméstica contra as mulheres, foram incluídas no SIPS questões sobre creche, escola e transporte escolar. Trata-se de serviços destinados a crianças e adolescentes, mas que costumam ter impacto direto sobre a vida das mulheres. Isso se deve ao fato de que ainda são as mulheres as principais responsáveis pelo trabalho doméstico e pelo trabalho de cuidado, independentemente de sua inserção no mercado de trabalho ou de sua posição na família¹¹. Os cuidados com os filhos parecem responder por grande parte do tempo dedicado a essas atividades. A existência ou não de serviços públicos de atendimento a crianças, sua disponibilidade e possibilidades de acesso, seus horários de funcionamento impactam as possibilidades abertas às mulheres brasileiras no que se refere à inserção no mercado de trabalho, formação e capacitação profissional, lazer, cuidados com a própria saúde etc. Essa relação não precisaria ser tão direta caso houvesse mais compartilhamento de tarefas, uma cultura de paternidade ativa e responsável e convenções sociais mais igualitárias acerca do que é feminino e feminilidade, masculino e masculinidade e acerca das responsabilidades e atribuições de homens e mulheres na sociedade. Diante do quadro atual no nosso País, resta, portanto, a adoção de políticas públicas voltadas à promoção dessas mudanças culturais, ao incentivo ao compartilhamento do trabalho doméstico não remunerado e à valorização social desse tipo de trabalho como responsabilidade de todos e de todas e do Estado, empresas e famílias. Isto inclui políticas públicas voltadas

¹¹ Ver: *Comunicado Ipea n° 65*, de novembro de 2010; *Comunicado Ipea n° 40*, de março de 2010 e FONTOURA, Natália; GONZALEZ, Roberto. *Aumento da participação de mulheres no mercado de trabalho: mudança ou reprodução da desigualdade?*. Nota técnica publicada em *Boletim Mercado de Trabalho: Conjuntura e análise*, n. 41, Nov. 2009, pp. 21-26

para o cuidado de crianças, adolescentes, idosos, enfermos, pessoas com deficiência e pessoas com algum tipo de dependência temporária ou permanente.

No âmbito do SIPS, investigou-se preliminarmente a percepção dos entrevistados acerca de serviços de creche, educação e transporte escolar. Devido ao reduzido escopo da pesquisa, trata-se de informações preliminares, que traduzem fenômenos a serem mais aprofundadamente investigados, de forma a que se possa contribuir para a adoção de novas políticas públicas e ao aperfeiçoamento daquelas já existentes.

As questões referentes ao acesso à creche e à escola pública pelas crianças e adolescentes só foram feitas aos entrevistados e entrevistadas que afirmaram ter filhos com idade até 4 anos e com idade entre 4 e 14 anos, respectivamente.

Do total de pessoas com filhos menores, somente 25% afirmaram utilizar creche para o cuidado da criança. Nesse conjunto, 67,4% utilizam creche pública. Entre os respondentes que afirmaram não utilizar creche, 72,8% disseram que não utilizam porque não precisam ou preferem utilizar outros serviços para o cuidado da criança.

Apesar dos evidentes limites à comparação, os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do IBGE, mostram que, do total de crianças com idade entre 0 e 3 anos que frequentavam estabelecimento de ensino, 59,1% estavam na rede pública¹².

A oferta de creches públicas ainda é muito limitada no Brasil, apesar da expansão recente. Em 2009, de acordo com dados do Censo da Educação Básica, do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), do Ministério da Educação, havia 1,24 milhão de matrículas iniciais em creches da rede pública no Brasil¹³. Se considerarmos que no mesmo ano havia, no Brasil, cerca de 13,3 milhões de crianças com até 4 anos de idade (das quais 10,8 milhões com idade entre 1 e 4 anos), que seriam o público potencial das creches, tem-se que o acesso ainda é consideravelmente limitado.

Soma-se a isso o fato de que ainda é muito presente em nosso país a concepção acerca da responsabilidade da mãe pelos cuidados com os filhos pequenos. Diante disso, muitas mulheres deixam de trabalhar no mercado para cuidar de seus filhos, mesmo não sendo esta uma opção deliberada. Por outro lado, como ainda temos

¹² Cf. IBGE. *Síntese de indicadores sociais 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

¹³ De acordo com o *Censo da Educação Básica* de 1999, havia 831.978 matrículas naquele ano, das quais 490.070 eram de crianças com menos de 4 anos de idade (ver: www.inep.gov.br)

um país em que o trabalho doméstico remunerado é um fenômeno de grandes proporções, muitas famílias optam por contratar uma babá para o cuidado dos filhos pequenos. Essa é uma realidade bastante frequente entre as famílias de classe média, especialmente tendo em vista os baixíssimos salários aferidos por essa categoria e, ainda, seus reduzidos níveis de formalização. Isto faz com que mesmo as famílias que não possuem renda extremamente elevada possam contratar este tipo de serviço. Entre as famílias de renda mais reduzida, também são comuns arranjos privados para o cuidado com as crianças menores, como recorrer às avós, às tias ou às vizinhas. Mais uma vez, tem-se a responsabilidade feminina e o estabelecimento de uma cadeia de mulheres no trabalho doméstico. Quanto mais na ponta desta cadeia se encontra a mulher, maior a tendência de precarização e exploração do trabalho. Supõe-se que esse tipo – em geral, precário – de arranjo se reduziria significativamente caso houvesse mais oferta de creches públicas, sobretudo em locais onde as famílias mais precisam delas.

Cabe lembrar, ainda, que a importância das creches não está somente na possibilidade que abrem às mulheres em geral e no reconhecimento do papel do Estado no trabalho de cuidado, mas também, e de maneira muito especial, nas conseqüências que trazem para o desenvolvimento das crianças e para a possibilidade de permanecerem no sistema de ensino¹⁴.

Como o objetivo do SIPS não é de medir acesso, mas as percepções dos indivíduos sobre alguns serviços, cabe destacar que, entre aqueles que utilizam creche pública, 87,7% consideram a creche muito boa ou boa, 10,5% a consideram regular e 1,8% a consideram ruim. Entre os que têm filhos em creche privada, 90,5% consideram o serviço muito bom ou bom e 9,5% avaliam como regular. Pode-se concluir, portanto, que os serviços são bem avaliados por aqueles que os acessam.

Do total que utiliza creche para o cuidado dos filhos menores, 71% afirmaram que os horários da creche coincidem com seu horário de trabalho. Essa questão se coloca de maneira bastante importante para mães e pais que trabalham, pois muitas vezes as jornadas laborais diárias a serem cumpridas se estendem para além do horário de funcionamento das creches e escolas. Esse problema se coloca de maneira

¹⁴ A influência da frequência em creche para a permanência nos anos escolares posteriores vem sendo objeto de estudos que têm apresentado resultados diversos. Em CURI, Andréia Zaitune e MENEZES FILHO, Naércio Aquino “Os Efeitos da Pré-Escola sobre Salários, Escolaridade e Proficiência” disponível em http://www.insper.edu.br/sites/default/files/2006_wpe057.pdf, são apresentados resultados que demonstram que a frequência em creche está associada a uma maior permanência na educação superior, embora não apresente efeitos nos níveis fundamental e médio de ensino.

mais aguda para aqueles que trabalham em locais muito distantes do local onde os filhos estudam, pois é preciso se somar à jornada de trabalho o tempo necessário de deslocamento até o estabelecimento de ensino. É bastante positivo, portanto, que tantos respondentes avaliem os horários das creches freqüentadas por seus filhos e filhas como adequados. A título de ilustração, tem-se que, de acordo com dados do Censo da Educação Básica 2009, 64,7% das matrículas em creches eram de horário integral.

Do total de pessoas com filhos de idade entre 4 e 14 anos, 74,2% responderam que os filhos frequentavam escola pública. A esse conjunto de pessoas foram colocadas as questões acerca do deslocamento para a escola. Quase 70% afirmaram que as crianças vão para a escola acompanhadas. A tabela abaixo apresenta os dados referentes ao meio de transporte.

Tabela 6 – Distribuição percentual das pessoas de 4 a 14 anos que freqüentam escola pública segundo meio de transporte utilizado para ir à escola

Meio de transporte	%
A pé	65,4
Ônibus	13,0
Carro	9,4
Bicicleta	6,4
Transporte escolar privado	3,2
Outros	2,6
Total (N = 625)	100,0

Fonte: Ipea/SIPS

Elaboração: Ipea/DISOC

A predominância da ida a pé para a escola indica que a maior parte das crianças frequenta estabelecimento de ensino próximo de casa – contudo, pode-se deduzir, também, que muitas crianças podem despender muito tempo no trajeto entre a casa e a escola, já que, apesar de grande parte ir a pé, 83,4% dos respondentes afirmaram que, caso houvesse transporte escolar público e gratuito para o filho, utilizariam este serviço, como se pode ver na Tabela 7.

Tabela 7 – Percepção sobre potencial utilização de serviço de transporte escolar gratuito

Se houvesse transporte escolar público gratuito para seu filho, você utilizaria?	%
Sim	83,4
Não, porque não necessito	12,8
Não, porque não confiaria nesse tipo de serviço	3,5
NS/NR	0,3
Total	100

Fonte: Ipea/SIPS

Elaboração: Ipea/DISOC

O transporte escolar público existe no Brasil como política pública somente para as zonas rurais. Atualmente, encontram-se em vigor o Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar (PNATE) e o Programa Caminho da Escola. O primeiro consiste na transferência de recursos financeiros da União para estados e municípios, em caráter suplementar, para custear o oferecimento de transporte escolar aos alunos do ensino fundamental público residentes em áreas rurais. O segundo tem como objetivo renovar a frota de veículos escolares e garantir segurança e qualidade ao transporte dos estudantes, a padronização dos veículos de transporte escolar, a redução dos preços dos veículos e o aumento da transparência nessas aquisições.

O mérito desses programas, que se expandiram muito nos últimos anos, está em contribuir para o acesso e permanência na escola dos estudantes das zonas rurais, que ainda apresentam taxas de frequência escolar inferiores às dos estudantes das áreas urbanas.

Faz-se necessário, no entanto, refletir sobre as necessidades das famílias residentes nas áreas urbanas e o papel do Estado na oferta de serviços destinados a crianças e adolescentes. Além da necessidade de ofertar creches, pré-escolas e escolas, é preciso rever os conceitos hoje presentes de que a forma como as crianças se dirigem à escola e retornam para casa não passa de questão a ser gerenciada no âmbito privado. A que se deve este pressuposto? Cabe refletir que o trabalho de levar e buscar os filhos na escola pode se tornar um grande impedimento ou um importante limite à inserção de pais e mães – e especialmente destas, como apontado anteriormente – no mercado de trabalho ou em outras atividades. Se considerados homens e mulheres que trabalham em locais distantes de suas residências, realidade muito comum em nossas cidades, mais uma vez tem-se uma questão a ser resolvida e que não deve ser objeto somente de arranjos privados, se considerarmos que os trabalhos de cuidado com as pessoas que

mais precisam deles deve ser de responsabilidade não somente das famílias, mas também das empresas e do Estado¹⁵.

Dessa forma, uma política pública ainda a ser implementada no País diz respeito ao transporte escolar público urbano destinado a crianças e adolescentes que frequentam escola pública, de modo a garantir sua segurança, a reforçar o papel estatal na reprodução social, a incentivar a participação de mulheres no mercado de trabalho e a reduzir a sobrecarga de trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares.

¹⁵ Ver: OIT (Organização Internacional do Trabalho). **Trabalho e família**: rumo a novas formas de conciliação com corresponsabilidade social. Brasília: OIT, 2009.

Metodologia

A técnica amostral utilizada para a confecção da pesquisa pode ser denominada como “amostragem por cotas”, visando assim, à representatividade e operacionalidade.

Margem de erro

Foram entrevistadas 2.770 pessoas nas cinco regiões do País. A técnica de amostragem por cotas consistiu em dimensionar o tamanho da amostra, de modo a garantir a margem de erro geral (nível nacional) de 1,86%, considerando um nível de confiança de 95%, com $p = 0,5$, dado a heterogeneidade das regiões brasileiras. A margem de erro máxima por região é 5% e $p = 0,7$, mantendo-se o mesmo nível de confiança. A fim de isolar o erro amostral proveniente das variáveis que acredita-se terem grande variabilidade, as seguintes variáveis foram controladas: idade, sexo, escolaridade, renda, UF, região metropolitana (RM) e não-RM e porte do município. O controle foi realizado através das cotas, de forma que se manteve a composição da população na distribuição percentual daquelas variáveis. Mantendo-se essa composição, a variabilidade da amostra nesses quesitos é igual à da população. Esse controle possibilita maximizar as estimativas e se obter uma margem de erro de 5%, com nível de confiança de 95%, para os níveis do Brasil e das grandes regiões.

Acesso ao entrevistado

As entrevistas são realizadas com pessoas físicas nas residências, de modo a obter as informações diretamente das famílias, segundo seu local de moradia.

Distribuição e dimensionamento da amostra

Inicialmente, foi calculado o número de entrevistas necessário de forma a garantir um nível mínimo de confiança de 5% para cada região do território nacional, mantendo-se também a proporcionalidade existente. Em seguida, a amostra de cada região foi dividida proporcionalmente entre os respectivos estados. Por sua vez, as amostra estaduais foram dicotomizadas entre metropolitana e não metropolitana. A partir daí, os municípios que compõem a amostra final foram selecionados, contemplando-se municípios autorrepresentativos, médios e pequenos. Na seleção, procurou-se representar cada estado espacialmente, ao mesmo tempo em que se buscou garantir operacionalidade das rotas.