MARIA CLAUDIA GIROTTI DO COUTO

LEI MARIA DA PENHA E PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE:
DIÁLOGO ENTRE UM DIREITO PENAL MÍNIMO E AS DEMANDAS DE PROTEÇÃO
CONTRA A VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo – 2016

MARIA CLAUDIA GIROTTI DO COUTO

Nº USP 6488110

LEI MARIA DA PENHA E PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE:
DIÁLOGO ENTRE UM DIREITO PENAL MÍNIMO E AS DEMANDAS DE PROTEÇÃO
CONTRA A VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação da Professora Associada Mariângela Gama de Magalhães Gomes frente ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo – 2016

LEI MARIA DA PENHA E PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE:
DIÁLOGO ENTRE UM DIREITO PENAL MÍNIMO E AS DEMANDAS DE PROTEÇÃO
CONTRA A VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL

MARIA CLAUDIA GIROTTO DO COUTO

DATA: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

1ª Examinadora: _____

Orientadora: Professora Associada Mariângela Gama de Magalhães Gomes

2º Examinador(a): _____

3º Examinador(a): _____

Às Marias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, que forneceram a base material e imaterial para que eu pudesse perseguir o sonho de realizar esta pós-graduação. Muito obrigada pelo carinho e pelo suporte.

Agradeço à professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes pela confiança em mim investida e por permitir que eu desenvolvesse, ao longo dos três anos do mestrado, a convicção de que meus ideais profissionais estão intimamente conectados com a docência e a pesquisa.

Direciono meus agradecimentos também aos professores Sérgio Salomão Shecaira e Maíra Rocha Machado pelas valiosas contribuições na ocasião de minha banca de qualificação.

Agradeço ao professor Alvino Augusto de Sá pelo acolhimento desde o final da minha graduação e por inspirar, por meio do Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade (GDUCC), uma vontade imensa de transformar as relações humanas. Prolongo o agradecimento às companheiras e aos companheiros de coordenação do GDUCC, com quem estabeleci tantas trocas e tanto aprendi.

Agradeço ao Gabriel Figueiredo pela cumplicidade incondicional, pelas incansáveis revisões textuais e pelos debates que me engrandeceram imensamente.

À Maria Luiza Gorga, muito obrigada pela revisão cuidadosa deste trabalho e pelas críticas que contribuíram de forma determinante para as minhas conclusões. Registro meu agradecimento também à Mariana Lins e à Suzane Silva pelas leituras atentas e pelas sugestões.

Aos colegas e amigos Renato Watanabe de Moraes, Décio Franco David, Gustavo Marin e Nidival Frota Bittencourt, meu agradecimento pelo companheirismo em todos os momentos da pós-graduação.

Agradeço ao Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena, da FGV Direito SP, pela oportunidade de participar como pesquisadora do projeto *A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil*. Desenvolvi, ao longo dessa pesquisa, reflexões muito importantes sobre o tema do meu trabalho e por meio dela estabeleci contato com pessoas incríveis.

Agradeço ao Núcleo de Metodologia de Ensino, da FGV Direito SP, por me acolher também como pesquisadora e por me proporcionar discussões ricas e cotidianas sobre a

docência e a carreira acadêmica. Registro minha gratidão aos meus colegas de trabalho por me reconfortarem durante o solitário processo de redação da dissertação, compartilhando das minhas angústias e provendo o incentivo de que precisava em todos os momentos.

Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e à Biblioteca departamental de Direito Penal do Largo de São Francisco, por oferecerem significativa parte do material de pesquisa que utilizei.

The master's tools will never dismantle the master's house.

AUDRE LORDE

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto a investigação sobre os limites e possibilidades presentes na aplicação do Direito Penal no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil. Para tanto, após esclarecidas questões acerca do fenômeno da violência doméstica, como suas origens e características, analisa-se a trajetória política que levou à elaboração da Lei n. 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”). É realizada, então, uma análise das previsões legais da Lei Maria da Penha, com especial destaque para as repercussões de caráter penal para o agressor. Posteriormente, dedica-se um capítulo à investigação do Princípio da Subsidiariedade e problematiza-se a aplicação do Direito Penal como instrumento de poder do Estado e como via de política pública, sendo abordados também o aspecto simbólico do Direito Penal e as funções da sanção penal em um Estado Democrático de Direito. Por fim, concretiza-se no último capítulo a investigação sobre as atrações e repulsões entre o Direito Penal e as iniciativas de enfrentamento da violência de gênero no Brasil.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípio da Subsidiariedade. Violência de Gênero. Lei Maria da Penha. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This research intends to investigate both the limits and the possibilities concerning the use of Criminal Law to fight domestic violence against women in Brazil. For this purpose, after clarifying the basic characteristics and origins of domestic violence, we analyze the political trajectory that led to the creation of Law n. 11.340/2006 (“Maria da Penha Law”). An analysis of the legal provisions of the Maria da Penha Law is then presented, with particular emphasis on the criminal repercussions for the aggressor. Subsequently, a chapter is devoted to investigating the Principle of Subsidiarity and discussing the applications of Criminal Law both as an instrument of power and as a means of public policy, spanning the symbolic aspects of Criminal Law as well as the functions of criminal sanctions in a Democratic State. Finally, the last chapter elaborates on the attractions and repulsions between criminal law and the initiatives to fight gender-based violence in Brazil.

Keywords: Criminal Law. Principle of Subsidiarity. Gender-based violence. Maria da Penha Law. Human Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	17
1.1. Considerações Introdutórias	17
1.2. Assimetria nas representações de gênero: as bases da violência	19
1.2.1. A construção dos papéis femininos e masculinos	23
1.2.2. A divisão desigual de poder no sistema de sexo/gênero instituído	26
1.3. A agressão doméstica: entre o público e o privado.....	28
1.3.1. As características específicas da violência direcionada à mulher	30
1.3.2. A invisibilização da agressão doméstica e o ciclo da violência	35
1.3.3. Feminicídio íntimo: a violência doméstica extrema.....	40
1.4. O crime de violência doméstica na legislação brasileira	42
2. A LEI MARIA DA PENHA	45
2.1. Considerações Introdutórias	45
2.2. A emergência de uma política pública para o enfrentamento da violência doméstica	48
2.3. Construção e Estrutura da Lei Maria da Penha.....	55
2.3.1. Histórico.....	55
2.3.2. Os bens jurídicos tutelados pela Lei n. 11.340/2006 e suas formas de proteção	57
2.3.2.1. A Assistência.....	59
2.3.2.2. A Prevenção	62
2.3.2.3. A Punição	64
2.4. Alteração interpretativa promovida pela ADI 4.424/DF	66
2.5. A efetividade da Lei Maria da Penha.....	74
2.5.1. Políticas Públicas de enfrentamento da violência doméstica.....	77
3. O ALCANCE DO DIREITO PENAL	80
3.1. Introdução	80
3.2. A subsidiariedade: Direito Penal como a última fase do controle social.....	81
3.3. Direito Penal como instrumento de poder do Estado	88
3.4. Funções da Pena em um Estado Democrático de Direito	90
3.5. Direito Penal como política pública.....	96

3.6. Direito Penal como símbolo	100
4. LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO PENAL PARA EFETIVAR A PROTEÇÃO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	106
4.1. Considerações introdutórias.....	106
4.2. A aplicação do Direito Penal para assegurar direitos das minorias	108
4.2.1. A (problemática) expansão penal.....	108
4.2.2. O reconhecimento de novas demandas e a penalização.....	111
4.3. Transformação dos mecanismos que geram a violência doméstica e aplicação do Direito Penal: um diálogo possível?	115
4.3.1. Entre a repressão e a libertação	115
4.3.2. Entre a afirmação e a transformação	119
4.3.2.1. A via penal como instrumento afirmativo.....	122
4.3.2.2. A via penal como instrumento transformativo	124
4.4. O viés penal da Lei Maria da Penha e seu impacto no autor da violência.....	128
4.5. Perspectivas possíveis e a busca por um Direito Penal Mínimo.....	131
4.5.1. Responsabilização	131
4.5.2. O lugar do Direito Penal	133
CONCLUSÃO	136
BIBLIOGRAFIA	140

INTRODUÇÃO

A histórica assimetria de papéis masculinos e femininos faz com que persista nos dias atuais uma distribuição não igualitária de poder e de voz no seio social, posto que a imagem da mulher ainda se relaciona muito intimamente com o ambiente doméstico e suas demandas tendem a ser invisibilizadas pela reduzida representação política que possuem.

A violência doméstica assumiu e assume um papel nessa *organização social de gênero*, a ponto de ser durante muito tempo naturalizada e concebida como integrante legítima da dinâmica de relações entre um homem e uma [“sua”] mulher, emergindo muitas vezes quando há uma quebra das expectativas relativas a papéis e funções de gênero tidas como naturais.¹

Nesse contexto, a Lei n. 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”) vem a assegurar formalmente que a violência contra a mulher praticada em âmbito doméstico não reflete uma questão de ordem privada, como durante muito tempo foi vista, mas que representa uma atualização de um sistema de sexo/gênero² que se mostra opressor para as mulheres e danoso ao corpo social como um todo. Visa a tentar corrigir, em âmbito jurídico, os *efeitos desiguais* dos arranjos sociais tradicionais, marcados pela subordinação feminina, atuando também de forma *simbólica*, voltando-se, ainda que de forma indireta, a combater os próprios processos que *geram* as desigualdades. No limite em que busca corrigir os efeitos desiguais na ponta final do processo, a Lei Maria da Penha se apresenta como uma medida de discriminação positiva da mulher, objetivando acelerar o processo de concretização de seus direitos.

Uma questão, porém, se coloca: a previsão, na Lei Maria da Penha, de sanções penais a fim de garantir a proteção de um segmento oprimido, sendo que, de acordo com expressiva corrente de viés garantista, o Direito Penal não deveria comandar ou impulsionar as transformações sociais.³ Persiste, no entanto, nas políticas de segurança pública, uma

¹ TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 19.

² Sistema de sexo/gênero é definido por Gayle RUBIN como “um conjunto de arranjos através dos quais uma sociedade transforma a sexualidade biológica em produto da atividade humana, na qual estas necessidades sexuais transformadas são satisfeitas”. Tradução livre. RUBIN, Gayle: *El Tráfico de Mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo*, Nueva Antropología, Vol. VIII, n. 30, México, 1986, p. 02.

³ FRANCO, Alberto Silva. *Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção*. Justiça e Democracia, São Paulo, n. 1, 1996, p. 171.

sensação de que a punição seria um caminho apto a resolver de forma satisfatória os mais diversos problemas, identificando e afastando o *inimigo* que não compactuou com a manutenção da ordem imposta.⁴ Essa posição se mostra questionável, uma vez que, num Estado Democrático, é problemático que as demandas por igualdade se apresentem para os cidadãos eminentemente como forma de culpabilização. O que se percebe, na realidade, é que o excessivo recurso a sanções duras acaba por desqualificar reivindicações legítimas e necessárias.⁵

SILVA SÁNCHEZ aponta que é comum ao legislador contemporâneo a gana de proteger certos bens que ainda não foram assumidos pela sociedade como fundamentais por meio da incriminação.⁶ Esse Direito Penal usado para promover determinada ética pode se revelar problemático, uma vez que mitiga a função instrumental desse ramo do Direito e abre margem para que as forças políticas creditem à penalização o papel de equacionar os conflitos sociais ou, ainda, de aquietar determinados segmentos da sociedade.⁷

Este trabalho tem como finalidade investigar o potencial e os limites do Direito Penal na efetivação da proteção da mulher contra a violência de gênero, sem, nesse percurso, limitar-se a uma lógica punitivista.

A dificuldade de o Direito Penal superar – ou ao menos *controlar* – seu agir repressivo é reconhecida por Álvaro PIRES como um dos maiores entraves da racionalidade penal moderna. Sustenta-se, ainda, a crença segundo a qual a resposta natural ao crime é a pena, o castigo, a expiação do mal pelo mal, cabendo ao Direito Penal a obrigação de punir. No que tange à violência doméstica, esse raciocínio se mostra bastante perigoso, já que a discriminação em razão do gênero, que legitima a violência, muito dificilmente será eficazmente combatida por uma iniciativa punitiva.⁸

Ainda segundo PIRES, o ato de se atribuir uma punição não deve fechar-se em si mesmo, mas “comunicar o sentido dessa ação, ligando-a à atribuição de responsabilidade

⁴ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p.79-92, 1996, p. 82.

⁵ SINGER, Helena. *Direitos Humanos e Volúpia Punitiva*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1998, p. 12.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 302.

⁷ FRANCO, *op. cit.*, p. 172-174.

⁸ Sobre o tema, ver PIRES, Álvaro. “Direito Penal e orientação punitiva: um problema só externo ao direito?” in *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Maria Lúcia KARAM (org.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 191 e PIRES, Álvaro. “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos”. *Revista Novos Estudos*, n° 68, março de 2004.

para ter chance que ela seja compreendida como punição”.⁹ De outra forma, ainda que a atuação do Direito Penal esteja voltada a tutelar com eficácia determinado bem jurídico, o *sentido* da resposta penal não teria sido comunicado com sucesso, correndo o risco de revestir-se de uma roupagem totalitária.

Ao analisarmos a Lei Maria da Penha com essa lente proposta por PIRES, é perceptível certo descompasso, uma vez que, conforme consta em seu art. 1º, o intuito maior da Lei repousa na criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.¹⁰ Cabe refletir em que medida o castigo penal de fato contribui para *coibir* e *prevenir* as agressões domésticas e até que ponto é palatável a crítica segundo a qual a sanção somente surge para tentar reafirmar valores sociais *depois* que a violência já ocorreu, comportando, consequentemente, ínfima capacidade preventiva.

Não se tem a intenção, neste estudo, de propor a abolição do Direito Penal ao se tratar de condutas que afrontem os direitos das minorias representativas (ou, mais especificamente, da mulher em situação de violência), mas sim de problematizar seu papel na conquista e solidificação de novos direitos, reconhecendo os limites reais de sua atuação para transformar valores sociais e atentando às implicações (benéficas ou não) de sua função simbólica.

Percebe-se que, quando se trata da proteção à mulher em âmbito doméstico, ocorrem dois movimentos em sentidos opostos:

(i) Falta de identificação de parte da sociedade com os objetivos da Lei 11.340/2006, já que não se enxerga uma subordinação a um poder masculino, mas sim papéis sociais legítimos e tradicionalmente solidificados. Por não ser reconhecida tanto a dificuldade da mulher em ocupar o espaço público quanto a dificuldade de libertar-se de uma lógica opressiva, a lei gera antipatia por traduzir o que seria uma espécie de “privilégio” feminino.

(ii) Luta, por parte das instâncias legislativas e dos movimentos sociais para implementar e afirmar na sociedade (ainda marcada por um sistema de sexo/gênero opressor)

⁹ PIRES, *op. cit.*, 2005, p. 202.

¹⁰ Art. 1º da Lei 11.340/2006: Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

uma efetiva proteção da mulher contra a violência doméstica, reconhecida e defendida pelos citados grupos como uma manifestação por direitos humanos. A Lei Maria da Penha surge, assim, como uma iniciativa oficial de combate à assimetria dos papéis sociais de homens e mulheres.

O conflito gerado por esses dois movimentos compõe um debate dissonante. Quando esse debate passa a ser permeado também por um viés punitivo, a discussão ganha uma tônica nova: *os limites em que seria lícito usar o instrumento mais rígido e contundente do Estado – o Direito Penal – para assegurar direitos humanos*.

Observa-se na sociedade brasileira um recurso crescente ao punitivismo como fundamental política pública, surgindo como primeira ou única saída para se controlar as demandas.¹¹ A necessária *intervenção mínima* que se espera do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito dá lugar ao enrijecimento das sanções e visa-se a punir mais, com maior eficiência e exemplaridade,¹² como se o Direito Penal fosse um pronto remédio contra a generalidade dos males sociais.¹³ Essa iniciativa se mostra sensivelmente incoerente quando se trata de uma luta por direitos humanos, que de forma alguma deveria se alinhar com demandas conservadoras que clamam por punição.

Partindo do pressuposto da necessidade e importância da Lei Maria da Penha como um instrumento social relevante, faz-se imperativo ir além para refinar o debate e enfrentar a questão do aparente paradoxo existente entre a busca por um Direito Penal garantista e o uso da punição para atingi-lo.

A presente dissertação busca analisar a questão completa, desde as origens da necessidade de uma lei dirigida às mulheres vítimas de violência doméstica até o potencial de impacto da Lei Maria da Penha na busca por uma efetiva transformação social no que tange à assimetria de poder baseada no gênero. O fio condutor será o princípio da subsidiariedade, que auxiliará na busca por compreender os limites e as possibilidades de o Direito Penal operar como um instrumento idôneo para a concretização de lutas por direitos das minorias.

Para tanto, serão apresentados quatro capítulos:

¹¹ FRANCO, *op. cit.*, p.171.

¹² SINGER, *op. cit.*, p.12.

¹³ GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. “A intervenção mínima para um direito penal eficaz.” *Direito e Sociedade*, Curitiba, v. 1, n. 1, p.165-193, set./dez. 2000, p. 171.

No primeiro, serão discutidas as origens da assimetria de representação dos universos feminino e masculino e a consequente divisão desigual do poder no sistema de sexo/gênero presente na sociedade.¹⁴ Essa primeira abordagem se mostra imprescindível para a compreensão dos processos históricos e culturais a partir dos quais se desenhou a violência doméstica nos moldes em que hoje se apresenta, o que possibilita uma reflexão mais fundamentada acerca dos possíveis remédios a serem adotados para combatê-la.

No segundo capítulo da pesquisa será abordada a origem da Lei Maria da Penha como uma política pública de proteção à mulher, bem como a forma de inserção desta Lei no Direito Penal e na sociedade brasileira. Serão estudados, nesse momento, os vieses de *proteção* e de *punição* da Lei Maria da Penha, seus reflexos no efetivo combate à violência contra a mulher e um balanço dos primeiros anos em que a Lei esteve em vigor. Abordar-se-á, também, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que pacifica a interpretação de que não é necessária a representação da vítima no crimes de lesão corporal leve.

O terceiro capítulo tratará do princípio da fragmentariedade e seu diálogo com as demandas sociais de proteção às minorias. Nesse momento será abordada a função do Princípio da Subsidiariedade em um Estado Democrático de Direito e o uso do Direito Penal como o instrumento mais rígido e contundente de poder do Estado. Serão estudadas também as formas com que o Direito Penal é apresentado à população como medida simbólica e como política pública, bem como a relação que essas pretensas funções estabelecem com a busca por um Direito Penal Mínimo.

No quarto e último capítulo será elaborada uma reflexão acerca dos limites e possibilidades de o Direito Penal de fato efetivar uma proteção satisfatória à mulher contra a violência doméstica, considerando a problemática da adoção de um discurso com inclinação punitivista para implementar esse objetivo. Serão desenvolvidas ponderações sobre os efeitos de um discurso punitivo (i) para a transformação social, no que tange à assimetria de papéis de gênero e (ii) para o agressor,¹⁵ realizando assim uma ponte com o

¹⁴ “A sociologia, a antropologia e outras ciências humanas lançaram mão da categoria gênero para demonstrar e sistematizar as desigualdades socioculturais existentes entre mulheres e homens, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, e criam polos de dominação e submissão.” TELES e MELO, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵ Em geral, o homem autor dessa espécie de violência a pratica como um método primitivo para lidar com o sentimento de perda de poder, uma vez que em parte significativa dos casos a violência doméstica se dá quando há um rompimento com as expectativas sobre papel e função da mulher dentro do relacionamento assimétrico. O homem vê, na violência, um tratamento legítimo para lidar com essa situação. Sobre o tema, ver reportagem intitulada *Grupo de SP ajuda homens agressores a parar de bater; conheça*. Disponível em <http://mulher.terra.com.br/vida-a-dois/grupo-de-sp-ajuda-homens-agressores-a-parar-de-bater->

sujeito mediato (sociedade) e imediato (agressor) das medidas penais. Por fim, será investigada a possibilidade de um diálogo entre a penalização das condutas relacionadas à violência doméstica e a transformação social na busca de uma sociedade em que a violência não se manifeste na organização social de gênero – ou, indo além, na busca por uma sociedade em que seja superada a própria organização social balizada pelo gênero.

1. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

1.1.Considerações Introdutórias

A violência contra a mulher em ambiente doméstico é um fenômeno que foi durante muito tempo naturalizado e silenciado. Sua compreensão como questão pública e social é relativamente recente,¹⁶ sendo tema da pauta feminista no país em sede legislativa somente após 1970 e tendo seu reflexo legal mais paradigmático apenas em 2006, com a entrada em vigor da Lei n. 11.340 (“Lei Maria da Penha”).

Faz-se importante destacar que violência contra a mulher, violência de gênero e violência doméstica não são categorias sinônimas. Essas possuem pontos de tangência, mas não refletem o mesmo fenômeno. *Violência contra a mulher* engloba toda espécie de agressão contra pessoas do sexo feminino; *violência de gênero*, por sua vez, se refere à violência sofrida pela mulher em razão de ser mulher; já a *violência doméstica* (ou violência intrafamiliar) se expressa como toda forma de violência sofrida em um ambiente doméstico, permeada por relações de consanguinidade ou afinidade. A Lei Maria da Penha tem como foco a violência sofrida pela mulher em decorrência de seu gênero quando permeada por uma relação de convivência, coabitação ou afeto, convergindo, assim, as categorias de violência acima elencadas.

É comum, no entanto, a referência à violência contra a mulher nesse contexto específico somente como “violência doméstica”. Esse costume não se revela de todo impreciso, já que, de acordo com dados do CNJ, quase 72% das agressões sofridas por mulheres se dão em ambiente doméstico, motivo pelo qual mostra-se cabível a identidade dessa espécie de violência com uma questão mormente feminina.¹⁷

Em uma pesquisa realizada em 2013 pela Secretaria de Transparência do Senado Federal, detectou-se que 65% das mulheres que já sofreram violência foram agredidas pelos próprios parceiros (maridos, companheiros, namorados), enquanto 13% relatam já terem

¹⁶ TELES e MELO, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷ Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Brasília, 2013. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf. Consulta realizada em 10 de abril de 2015.

sido agredidas por ex-namorados, ex-maridos ou ex-parceiros.¹⁸ O meio doméstico, que deveria ser um *locus* privilegiado de afeto e intimidade, emerge como cenário da violência, e essa particularidade espacial, bem como seu sentido simbólico, são componentes peculiares que geram incompreensão a quem analisa o problema, seja pelo seu epicentro (como é o caso das vítimas) ou de forma externa. A perpetuação de ciclos de violência, nos quais a vítima percebe a agressão que lhe é infringida e, apesar disso, mantém a relação com o autor, é comum quando se contempla o fenômeno da violência doméstica e traz à tona manifestações sociais estereotipadas a respeito da mulher que sofre com essa espécie de agressão. Observa-se uma significativa falta de empatia com esse sofrimento, o que motiva a culpabilização das vítimas e representa, em última análise, mais um componente de manutenção ou até mesmo legitimação das violências infringidas.¹⁹

A submissão de alguém a uma violência se relaciona com o cerceamento da autonomia individual, sendo o *medo* sentido pela vítima o cerne de várias espécies de violência. A insegurança gerada na vítima mobiliza um forte sentimento de submissão e pode compor o processo de anulação de suas próprias convicções, o que provoca, em última instância, a aceitação do domínio sobre si e a empatia com essa situação. Sônia Maria de Araújo COUTO, ao se referir à violência em relações de gênero, argumenta que não há a vontade, por parte do agressor, de aniquilar ou destruir o outro, mas sim de preservá-lo enquanto ser anulado e oprimido. Segundo a autora, “a violência deseja a sujeição consentida”, na qual a vontade alheia é interiorizada pela vítima e a perda da autonomia não é sequer reconhecida.²⁰

A violência doméstica, ainda que possa se manifestar das formas mais diversas (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, segundo a Lei Maria da Penha),²¹ tem em todas as suas modalidades de expressão uma similaridade: representam um meio utilizado pelo homem para coagir e submeter a mulher ao seu domínio,²² destituindo-a de sua condição

¹⁸ SECRETARIA DE TRANSPARÊNCIA. Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. DataSenado, Março de 2013. Disponível em [http://www.senado.gov.br/noticias/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia Domestica contra a Mulher 2013.pdf](http://www.senado.gov.br/noticias/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia%20Domestica%20contra%20a%20Mulher%202013.pdf). P. 05. Consulta realizada em 10 de abril de 2015.

¹⁹ Uma análise mais aprofundada sobre o tema será realizada no tópico 1.3.2.

²⁰ COUTO, Sônia Maria de Araújo. *Violência Doméstica: uma nova intervenção terapêutica*. Belo Horizonte: Autentica/FCH-Fumec, 2005, pp. 21 e 23.

²¹ Art. 7º da Lei 11.340/2006: “São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física (...); II - a violência psicológica (...); III - a violência sexual (...); IV - a violência patrimonial (...); e V - a violência moral (...).”

²² TELES e MELO, *op. cit.*, p. 15.

de sujeito.²³ São vias utilizadas pelo indivíduo de sexo masculino que se vê legitimado a empreender essas formas de dominação, radicalizando as desigualdades de gênero aculturadas e atualizando-as na violência contra sua parceira íntima, posta em estado de passividade.²⁴

Tentar compreender as razões do surgimento, difusão e manutenção dessa crença na superioridade masculina é importante para se avaliar o fenômeno da violência doméstica, uma vez que, insistimos, esta nada mais é do que uma manifestação extrema da discriminação de gênero.²⁵ Assim sendo, teceremos nos próximos tópicos algumas linhas sobre como são representados e construídos os gêneros, bem como sobre a assimetria de poder político entre eles. Posteriormente, descreveremos características específicas da agressão doméstica, considerando sua invisibilização e seu caráter cíclico. Por fim, será feito um levantamento histórico das normas legais que abordam a violência doméstica para introduzir adequadamente o segundo capítulo do trabalho, que tratará de forma exclusiva da Lei Maria da Penha.

1.2.Assimetria nas representações de gênero: as bases da violência

A origem da assimetria de papéis entre os gêneros feminino e masculino é amplamente discutida e encontra fundamentos nos mais diversos campos, do marxismo à psicanálise. A tendência desenvolvida no decorrer do século XX é a da busca pela desnaturalização das diferenças entre os sexos e a emergência do culturalismo como cerne da assimetria na representação dos papéis do homem e da mulher na sociedade. O gênero, portanto, emerge como um aprendizado, fruto de uma construção social, material e simbólica que atribui funções e valores próprios a elementos tidos como femininos e masculinos. Os gêneros somente se construiriam a partir de um arcabouço de símbolos e códigos socialmente valorados e historicamente atribuídos aos indivíduos.

²³ BERENSTEIN, Isidoro. “Notas sobre la violencia”, in *Revista Psicoanálisis*, Vol. XXII, nº 2, Montevideo, 2000, p. 257.

²⁴ BERENSTEIN, *op. cit.*, p. 264.

²⁵ “A discriminação não deixa de ser um aspecto fundamental da violência. Significa o processo que sustenta e justifica os atos violentos.” TELES e MELO, *op. cit.*, p. 28.

Observa-se que aquilo que se considera estudo sobre gênero se relaciona com o estudo do papel da mulher na sociedade,²⁶ como se gênero lhe fosse um atributo próprio, ausente no indivíduo do sexo masculino. O mesmo acontece no que tange aos estudos sobre raça: soa como se somente indivíduos de ascendência negra fossem titulares do que se considera raça. Isso se deve ao fato de que a neutralidade estaria no homem branco, considerado o “indivíduo padrão” para fins sociais e políticos – fato que revela seu protagonismo histórico na construção dos papéis sociais.²⁷ Esse protagonismo afastou paulatinamente os grupos que se diferenciam de seus padrões, o que excluiu as mulheres (e também negros) dos processos políticos, buscando, para tanto, estratégias legitimadoras dessa exclusão.

A definição de gênero nas Ciências Sociais e na área da saúde é plural. De acordo com Gayle RUBIN, trata-se de “um conjunto de arranjos através dos quais a matéria-prima biológica do sexo e da procriação humanas é moldada pela intervenção humana e social e satisfeita de forma convencional”. Ou, resumidamente, “uma divisão dos sexos socialmente imposta”.²⁸

Já na visão de Joan SCOTT, o conceito de gênero pode ser apresentado de várias formas: (i) “(trata-se de) um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos”; ou então (ii) “gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder”; e ainda (iii) “um meio de decodificar o sentido e compreender as relações complexas entre diversas formas de interação humana”.²⁹

Judith BUTLER defende que o gênero se baseia em uma performatividade, sendo, por si, incapaz de expressar uma característica interior a cada indivíduo. Ele seria vivido como uma interpretação. Afirma também que “as regulações de gênero são organizadas em um aparato de poder por meio do qual a produção e a normatização do

²⁶ É comum que o estudo de gênero também se relacione com pessoas homossexuais, bissexuais, transgêneros, enfim, pessoas que fogem do padrão homem branco cisgênero.

²⁷ De acordo com Bruna FRANCHETO, “a justaposição linguística, que reúne numa só palavra – homem – dois significados distintos: homem enquanto humanidade e homem enquanto ser humano do gênero masculino, demonstra o enraizamento e a cristalização cultural desse ocultamento do feminino (...)”. FRANCHETO, Bruna *et al.* *Antropologia e Feminismo: Perspectivas Antropológicas da Mulher*. Rio de Janeiro: Zahar, vol.1, n°1, 1981, p. 16.

²⁸ RUBIN, *op. cit.*, pp. 05 e 11.

²⁹ SCOTT, Joan. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 16, n° 2, julho-dezembro de 1990, p. 21-23. Nas palavras de SCOTT: “o uso do gênero coloca ênfase sobre todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas que não é diretamente determinado pelo sexo nem determina diretamente a sexualidade”. SCOTT, *op. cit.*, p. 07.

masculino e do feminino tomam lugar a partir de variadas formas, como, por exemplo, hormônios ou cromossomos”.³⁰

Bruna FRANCHETO afirma que “a noção de identidade de gênero refere-se à construção social do sexo, ou seja, aos papéis e valores que o constituem em dado momento histórico, em uma sociedade particular, englobando o sexo biológico”.³¹

Em Lilia SCHRAIBER, Ana Flávia D’OLIVEIRA e Márcia COUTO, encontramos a seguinte definição: “(...) Gênero é um conjunto de referências que estruturam a organização material e simbólica de toda a vida social.”. Mais adiante: “(...) uma construção histórica que estrutura a percepção e produz atitudes e comportamentos.”³²

Maria Amélia TELES e Mônica MELO referem-se ao termo gênero como sendo “um instrumento, como uma lente de aumento que facilita a percepção das desigualdades sociais e econômicas entre mulheres e homens (...)”. Ainda segundo as autoras, a categoria gênero opera como uma forma de “demonstrar e sistematizar as desigualdades (...) que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, (...) criando polos de dominação e submissão”.³³

Pra além das diferentes concepções a respeito do que é gênero, cabe uma afirmação que, na literatura sobre o tema, caminha para certo consenso: as diferenças de gênero são funcionais.³⁴ Isso se deve ao fato de que há mais do que uma assimetria ou um desnível – observa-se de fato um abismo de poder entre representações femininas e masculinas e, como consequência, a utilização de reiteradas estratégias para manutenção dessa estrutura, que perpetua um androcentrismo no domínio do espaço público. Estando o espaço político em mãos masculinas,³⁵ a própria percepção e repercussão dessa desigualdade

³⁰ BUTLER, Judith. *Undoing gender*. Nova York, Routledge, 2004 in DEBERT, Gita Grin; GREGORI, Maria Filomena. “Violência e Gênero: Novas propostas velhos Dilemas”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 23, n° 66, fevereiro de 2008, p. 177.

³¹ FRANCHETO, *op. cit.*, p. 16.

³² SCHRAIBER, Lilia Blima; D’OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; COUTO, Márcia Thereza. “Violência e saúde: contribuições teóricas, metodológicas e éticas de estudos da violência contra a mulher”. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro. Vol. 25, supl. 2, p. s205-s216, 2009, p. S209. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009001400003&lng=en&nrm=iso. Acesso realizado em 30 de junho de 2015.

³³ TELES e MELO, *op. cit.*, pp. 16 e 17.

³⁴ ABOIM, Sofia. “Do público e do privado: uma perspectiva de gênero sobre uma dicotomia moderna” in *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 95, mai. 2012, p. 98. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000100006>. Acesso realizado em 02 de maio de 2015.

³⁵ De acordo com TELES e MELO, como o poder político e social se desenvolveu por meio de mãos masculinas, essa dominação foi processada por uma série de construções humanas, tais quais a cultura, a religião, a filosofia e a ciência. *Op. cit.*, p. 29.

é mitigada, o que obstaculiza a busca por um tratamento equânime para mulheres (e pelas mulheres). Não é excessivo considerar que se trata de uma tecnologia que dificulta inclusive a consolidação de políticas democráticas, uma vez que a existência de desigualdades de fato mesmo diante de igualdade de direitos reflete a existência de processos de dominação.³⁶

Dentro das normas hierárquicas de gênero às quais a mulher está submetida se encontram a divisão sexual do trabalho e a violência, que historicamente refletem o controle masculino sobre os bens femininos, seu comportamento e seu corpo. Os conflitos e tensões entre os polos se dão quando há a fuga feminina do espaço que lhe foi destinado – seja em sentido literal (ambiente doméstico), seja em sentido simbólico (da passividade que deveria compor seu modo de agir).³⁷

A divisão sexual do trabalho se compõe, no estudo do Gênero, com a associação do masculino ao espaço público e do feminino ao espaço privado, onde se mantêm as funções reprodutivas da vida em sociedade. O trabalho do homem é historicamente vinculado ao ambiente externo, fabril, no qual o indivíduo vende sua força de trabalho e pelo qual auferir algum valor monetário. Já o trabalho feminino tem sua dimensão situada no ambiente doméstico, envolvendo cuidado com a prole e manutenção do lar. Esse ofício, ainda que jamais possa ser considerado de menor complexidade ou de menor demanda física, não é remunerado – e, diante de um sistema em que o capital financeiro é central à sobrevivência, a não remuneração do serviço atribuído às mulheres faz com que este decaia em valor simbólico. Assim, ainda que o trabalho externo do homem somente se sustente pela prévia existência de alguém que arque com o trabalho doméstico (gerando seus filhos, preparando sua alimentação e mantendo a ordem do lar), a atuação doméstica é desvalorizada hierarquicamente, uma vez que não gera proventos financeiros.³⁸ Ainda que durante o século XX a mulher tenha precisado ocupar o mercado de trabalho externo, observa-se que o homem não ocupou na mesma medida a lacuna que por ela seria deixada no espaço doméstico. O preenchimento deste espaço ainda fica mormente a cargo das mulheres, que não raramente acumulam uma dupla jornada de trabalho.³⁹

³⁶ ABOIN, *op. cit.*, p. 109.

³⁷ D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas *et al.* “Fatores associados à violência por parceiro íntimo em mulheres brasileiras”. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, Vol. 43, n. 2, Abril de 2009, p. 300. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102009000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso realizado em 12 de maio de 2015.

³⁸ De acordo com RUBIN, o trabalho doméstico, por ser gratuito, sustenta o trabalhador e contribui para o aumento da mais-valia do capitalista. RUBIN, *op. cit.*, p. 04.

³⁹ Esse preenchimento do espaço privado é feito em geral ou pelas próprias mulheres que também trabalham fora da residência ou então por outras mulheres contratadas para ocupar essa lacuna, como babás, cuidadoras

Portanto, não se trata somente de uma divisão espacial de onde o trabalho é executado: trata-se do valor simbólico conferido a cada espécie de trabalho e, além disso, ao poder político oriundo dessa valorização. Como as decisões políticas ocorrem no espaço público, estas tenderão a priorizar as pessoas que o frequentam com maior constância e intensidade. Uma vez que a mulher se vê tendo que acumular as responsabilidades de um trabalho externo e outro doméstico, é evidente que sua atuação política fica prejudicada.⁴⁰

A análise do simbolismo ao redor da divisão entre o público e o privado é imprescindível para o reconhecimento da opressão de um gênero por outro. Como à mulher foi conferido o espaço doméstico (e não nos cabe averiguar, neste momento, todas as teorias sobre a origem dessa circunstância), a própria compreensão sobre *o que é ser mulher* se define pela função que esta historicamente ocupou. O trabalho por ela desenvolvido ganhou roupagem de expressão de carinho e cuidado para com a família: seria um ofício para o qual de fato não caberia remuneração, uma vez que somente seria uma manifestação de amor feminino dirigido às pessoas de seu círculo. Assim sendo, a mulher passa a ser definida e definir-se a partir da função de cuidado que lhe é atribuída na divisão sexual das tarefas.

1.2.1. A construção dos papéis femininos e masculinos

Ainda que a divisão sexual do trabalho expresse muito sobre a opressão feminina, é importante ressaltar que a subordinação das mulheres é anterior ao capitalismo – e ainda que se consiga explicar a desigualdade, persiste a questão a respeito da assimetria (hierarquia), já que não se trata somente do exercício do trabalho em planos espaciais e políticos diferentes, mas também da atribuição de um valor muito diverso a cada espécie de

e empregadas domésticas que comumente se encaixam em outro eixo de opressão além do gênero (classe social e/ou raça). Sobre eixos de opressão, ver FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era ‘pós-socialista’”. *Cadernos de Campo*, n. 14-15, 2006, pp.231-239, e, sobre a divisão do trabalho doméstico, ver INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA APLICADA. “Trabalho para o mercado e trabalho para casa: persistentes desigualdades de gênero” in *Comunicados do IPEA*, Brasília, Vol. 149, 2012. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120523_comunicadoipea0149.pdf. Consulta realizada em 20 de abril de 2015.

⁴⁰ “[A]s mulheres, bem como outras categorias sociais, foram excluídas da participação ativa no mundo do político e da governança, da cidadania e mesmo das sociabilidades tradicionais associadas ao exercício da masculinidade”. ABOIM, *op. cit.*, p. 112.

ocupação. Na visão de SCOTT, é preciso investigar como são realizadas e reproduzidas as representações de gênero na sociedade:

[N]ão podemos fazer isso sem dar certa atenção aos sistemas de significados, isto é, às maneiras como as sociedades representam o gênero, o usam para articular regras de relações sociais ou para construir o sentido da experiência. Sem o sentido, não tem experiência; e sem processo de significação, não tem sentido.⁴¹

As justificativas de ordem biológica são as que mais comumente se associam à exclusão da mulher no panorama sócio-político. Em *O segundo sexo*,⁴² Simone de BEAUVOIR defende que a subordinação da mulher teria como fundamento primeiro o seu próprio organismo, que lhe condena à função de reprodutora.⁴³

Uma das passagens mais repetidas de todo o trabalho de BEAUVOIR é a máxima “não se nasce mulher, torna-se mulher”, por meio da qual a autora questiona um suposto essencialismo feminino e se posiciona no sentido de afirmar que *ser mulher* é uma construção social baseada no aprendizado (ou, talvez, na imposição) e na consequente reprodução de atributos como fragilidade, passividade, emocionalidade e dependência.

Por oposição, o masculino se define pela virilidade, o controle sobre os sentimentos, a agressividade e a violência. É neste contexto em que se revela a complexidade do fenômeno da violência doméstica. O processo de socialização do homem perpassa a agressividade e um modo de agir pautado na violência como via de reação ante situações que representariam um *teste* para a masculinidade, como a eventual necessidade de submeter-se ou até de admitir a vontade do outro (notadamente quando este é considerado inferior na hierarquia social).⁴⁴ O uso desses recursos é banalizado e concebido quase como

⁴¹ Ainda sobre o tema, SCOTT questiona: “Como podemos explicar no seio dessa teoria a associação persistente da masculinidade com o poder e o fato de que os valores mais altos estão investidos na virilidade e não na feminilidade? Como podemos explicar o fato de que crianças aprendem essas associações e avaliações mesmo quando elas vivem fora de lares nucleares ou dentro de lares onde o marido e a mulher dividem as tarefas parentais?”. *Op. cit.*, pp. 11 e 15.

⁴² BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. 4ª Edição. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

⁴³ FRANCHETO, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁴ COUTO, Márcia Thereza; SCHRAIBER, Lilia Blima. “Representações da violência de gênero para homens e perspectivas para a prevenção e promoção da saúde” in GOMES, Romeu (Org.). *Saúde do homem em debate*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011, p. 196.

um elemento atávico do seu ser – e essa justificativa encontra, ainda nos dias atuais, uma boa penetração social.

Faz-se necessário destacar que ainda que se reconheça essa divisão desigual e assimétrica de papéis sociais, funções e, conseqüentemente, valores que envolvem a formação de cada gênero como algo a ser combatido, é preciso reconhecer que ela compõe o inconsciente de parte significativa da coletividade e deve-se, portanto, lidar com suas implicações. Se o processo de aculturação é o componente que dá sentido ao mundo social e natural, há que se observar que este é dinâmico e se retroalimenta. Assim sendo, combater os fatores que geram o sexismo, fazendo com que seus mecanismos percam importância no processo de socialização, significa, por mais incoerente que soe, dar destaque a esses processos: somente a partir do reconhecimento dos símbolos que geram assimetria (e de seu potencial danoso) é possível lutar para que eles não sejam mais fundamentais para a determinação e a diferenciação dos gêneros.⁴⁵

No que tange à violência contra a mulher, observa-se que um discurso bastante difundido é o de que uma suposta fragilidade feminina justificaria o não cabimento de agressões físicas a ela dirigidas.⁴⁶ Esse posicionamento indica que a violência seria um recurso inadequado não por não refletir uma forma idônea de solução de conflitos, mas porque, no embate em questão, uma das partes estaria em uma desvantagem significativa (dirigir agressões a uma mulher refletiria, portanto, uma “covardia”, uma afronta à masculinidade). Tal raciocínio, ainda que em um primeiro momento se revele pacifista, acaba por reduzir a mulher ao estereótipo de fragilidade e vulnerabilidade e, ao mesmo tempo, elevar o poder simbólico do homem de força e superioridade – conferindo a ele o dever de proteção ou tutela da mulher. Citando Teresa de LAURETIS, Heleieth SAFFIOTI defende que a naturalização do corpo feminino como frágil e do corpo masculino como detentor de força física compõe uma das tecnologias de gênero.⁴⁷

⁴⁵ “[O]s modos de viver não se referem apenas ao exercício individual pautado na liberdade e autonomia, pois, antes, pertencem à espera da coletividade nas quais os aspectos simbólicos da cultura e estruturais da sociedade dão forma ao vivido”. COUTO e SCHRAIBER, 2011, *op. cit.*, p. 198.

⁴⁶ COUTO e SCHRAIBER, 2011, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁷ SAFFIOTI, Heleieth I. B. “Já se mete a colher em briga de marido e mulher”. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 13, n. 4, Dezembro de 1999, p. 85. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000400009&lng=en&nrm=iso. Acesso realizado em 02 de maio de 2015.

1.2.2. A divisão desigual de poder no sistema de sexo/gênero instituído

Se, retomando a concepção de SCOTT, gênero é uma forma basilar de significar relações de poder, cabe analisar como operam os mecanismos da atribuição desigual desse recurso para a construção da identidade masculina e feminina. Ainda na visão da mesma autora, esse poder a que nos referimos trata-se de “um controle ou acesso diferencial aos recursos materiais e simbólicos”⁴⁸ que foi capaz de desenhar a forma com que os gêneros se inter-relacionam e se definem no curso da história.⁴⁹ No mesmo sentido se coloca Heleieth SAFFIOTI, para quem a desigualdade entre os gêneros, longe de ser ontológica, “é posta pela tradição cultural, pelas estruturas de poder, pelos agentes envolvidos na trama de relações sociais”.⁵⁰

Nesse contexto, a violência emerge como parte integrante do poder, fundida de maneira inexorável com o processo de elaboração da identidade masculina. Sobre o tema, SAFFIOTI argumenta: “O poder apresenta duas faces: a da potência e a da impotência. As mulheres são socializadas para conviver com a impotência; os homens – sempre vinculados à força – são preparados para o exercício do poder”. Segundo a autora, condições que retiram do indivíduo masculino essa condição de poder, tais como o desemprego, podem catalisar comportamentos agressivos, que emergem como recurso primitivo para lidar com essa perda: “O papel de provedor das necessidades da família é, sem dúvida, o mais definidor da

⁴⁸ SCOTT, *op. cit.*, p. 22-23.

⁴⁹ De acordo com DEBERT e GREGORI, dentre os recursos citados se insere a distribuição da justiça, conferida às mulheres de maneira desigual, dada sua reduzida voz no espaço político. DEBERT e GREGORI, 2008, *op. cit.*, p. 165. Na visão de Nancy FRASER, as mulheres se inserem nas “coletividades bivalentes”, vez que são vítimas tanto de uma injustiça social ou simbólica quanto de uma injustiça político-econômica. A autora inclui dentre os exemplos de injustiça social o sexismo, as representações banalizadas e objetificantes da mulher na mídia, sua marginalização nas esferas públicas de decisão e, finalmente, a violência doméstica. Essa espécie de injustiça demandaria reconhecimento das mulheres como um grupo portador de características próprias e necessidades próprias no contexto social. Quando trata de injustiça político-econômica, FRASER se refere à gratuidade do trabalho doméstico e à desvalorização da mão de obra feminina no mercado de trabalho. A fim de solucionar essa modalidade de injustiça, seria imprescindível um rompimento da divisão sexual do trabalho, o que promoveria a redistribuição econômica equitativa entre homens e mulheres. Haveria, de acordo com a autora, uma relação dialética entre as demandas de reconhecimento e distribuição: essas se retroalimentariam e criariam um ciclo vicioso de subordinação cultural e econômica. Essa “injustiça de gênero” somente se resolveria por meio de uma profunda transformação nos campos da cultura e da economia.

⁵⁰ LAURETIS, Teresa de. *Technologies of gender*. Bloomington e Indianapolis, Indiana University Press, 1987 *apud* SAFFIOTI, 1999, *op. cit.*, 82-83.

masculinidade. Perdido esse status, o homem se sente atingido em sua própria virilidade, assistindo à subversão da hierarquia doméstica”.⁵¹

Em estudos realizados com homens agressores e mulheres vítimas de violência, não raro se reproduz a crença de que a agressividade masculina seria incontrolável, já que intuitiva e parte inseparável de seu ser.⁵² Diante dessa sensação, muitas mulheres não concebem a agressão doméstica como algo passível de criminalização, uma vez que seria apenas uma manifestação de uma vocação interna e natural para o agir violento.⁵³ Diante dessa celeuma, Guita DEBERT e Maria Filomena GREGORI lembram que o próprio conceito de violência pode passar por um processo de ressignificação, já que ele “é construído historicamente e depende do poder de voz daqueles que participam do jogo democrático”.⁵⁴

O recurso à agressividade, em geral, ocorre ante duas justificativas subjetivas que se fundem: (i) como ferramenta de socialização e prática educativa⁵⁵ e (ii) a fim de manter o poder na dinâmica relacional ou de prevenir sua perda.⁵⁶ O receio pela perda do poder mobilizaria, assim, atitudes violentas, que visam a manter o padrão de assimetria. De acordo com Sônia Maria de Araújo COUTO:

[A]o se sentir ameaçado com a perda do poder, [o homem] reage com violência, supondo ter o direito de submeter a mulher à condição de

⁵¹ SAFFIOTI, 1999, *op. cit.*, p. 87.

⁵² Sobre o tema, ver SCHRAIBER, Lilia Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia P L; COUTO, Márcia Thereza. “Violência e saúde: estudos científicos recentes”. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 40, n. especial, Agosto de 2006, p. 114 Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102006000400016&lng=en&nrm=iso. Acesso realizado em 30 de junho de 2015; D'OLIVEIRA, Ana Flávia P. L.; FALCÃO, Maria Thereza Couto; FIGUEIREDO, Wagner dos Santos e SCHRAIBER, Lilia Blima. *Violência dói e não é direito: A violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos*. São Paulo: Editora UNESP, 2005, p. 10 e COUTO, Márcia Thereza et al. “Concepções de gênero entre homens e mulheres de baixa renda e escolaridade acerca da violência contra a mulher, São Paulo, Brasil”. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, 2006, p. 1329. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232006000500021&lng=en&nrm=iso. Acesso em 13 de maio de 2015.

⁵³ A luta dos movimentos sociais de emancipação, como o movimento feminista, e a emergência de iniciativas legislativas voltadas aos direitos humanos contribuem para que ações que eram percebidas como inevitáveis e imponderáveis, tais quais o agir violento por parte do homem em uma relação doméstica, passem a ser combatidas. Dedicaremos, mais adiante, algumas linhas sobre a atuação das instâncias jurídicas de poder e seu eco positivo na afirmação dos direitos humanos.

⁵⁴ DEBERT e GREGORI, 2007, *op. cit.*, p. 166.

⁵⁵ SCHRAIBER, Lilia et al. “Violência vivida: a dor que não tem nome”. *Interface - Comunicação, Saúde e Educação*. Botucatu, v. 7, n. 12, Fevereiro de 2003, p. 42. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832003000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso realizado em 30 de junho de 2015.

⁵⁶ SCHRAIBER, D' OLIVEIRA e COUTO, *op. cit.*, 2009, p. S209.

escravidão, ou ser de seu dever a “educação” da mulher através dos métodos corretivos e violentos.⁵⁷

O reconhecimento da violência como método didático foi aculturado e ainda se encontra legitimado para uma fatia da sociedade.⁵⁸ A violência doméstica segue esse padrão no limite em que, por meio de atitudes agressivas, sejam de natureza física ou moral, o agressor comunica à vítima que ela não estaria cumprindo aquilo que ele encara como sendo seu papel natural (como mãe, esposa). Tenta-se constantemente manter um padrão de relacionamento centrado na desigualdade, em que, para que o homem agressor emergja em poder, é necessário diminuir a vítima. De acordo com Márcia Thereza COUTO, trata-se não somente de um recurso para punir a mulher, mas de “um expediente que se integra na dinâmica de dominação-subordinação entre os parceiros”.⁵⁹

1.3. A agressão doméstica: entre o público e o privado

Diante do arcabouço simbólico que confere papéis sociais diferentes e assimétricos a mulheres e homens, faz-se necessário enxergar a agressão ocorrida em seio doméstico não como um evento isolado de violência, mas como a atualização de um sistema de dominação-subordinação histórico e pautado no gênero.

Ainda que a violência doméstica esteja presente em todos os segmentos sociais, ignorando fronteiras de classe, grau de industrialização e renda,⁶⁰ observa-se significativa subnotificação de sua ocorrência. De acordo com o DataSenado, menos de 40% das vítimas afirma ter procurado alguma instância de ajuda, seja esta oficial ou não, após a primeira

⁵⁷ COUTO, Sônia Maria de Araújo, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁸ Observa-se que, ainda que a violência doméstica contra a mulher se encontre bastante legitimada mesmo nos dias atuais, ela já é vista como um recurso que desumaniza o sujeito que a recebe, sendo juridicamente reconhecida como uma prática a ser combatida. A prática de violência na socialização de crianças, no entanto, segue o mesmo modelo de pedagogia pela agressão e também deve ser combatida, ainda que essa luta não tenha tanta penetração social.

⁵⁹ COUTO e SCHRAIBER, 2011, *op. cit.*, p. 193.

⁶⁰ SAFFIOTI, 1999, *op. cit.*, p. 87.

agressão. As demais afirmam não ter procurado ajuda alguma ou então ter buscado auxílio somente a partir da terceira agressão (21% e 32% dos casos, respectivamente).⁶¹

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Avon em parceria com o DataPopular em novembro de 2014⁶² revelou que, dentre a mulheres de 16 a 24 anos, 60% já sofreu alguma espécie de violência em relacionamentos amorosos. Os números do DataSenado, no entanto, são mais modestos, ainda que também alarmantes – de acordo com a pesquisa, 20% das mulheres reconhecem ter sido vítima de violência doméstica (a pesquisa foi realizada com mulheres de 16 anos ou mais). Apesar dos diferentes recortes de pesquisa e das inúmeras implicações metodológicas que interferem nos resultados observados, é preciso considerar um fator importante: a dificuldade em tratar a experiência vivida como violência, o que dificulta uma obtenção de dados precisa sobre o fenômeno.

As causas da cifra obscura no que tange às agressões domésticas são plurais. Dentre elas há empecilhos *subjetivos* da vítima, como por exemplo a não-percepção da violência como algo incomum,⁶³ ou então a vergonha que se relaciona à admissão pública de uma agressão doméstica; e entraves de ordem *objetiva*, como a falta de instâncias confiáveis para relatar o ocorrido, ou mesmo a crença na ineficácia de uma denúncia. O medo do agressor, no entanto, emerge como principal fator apontado por mulheres para não formalizar uma denúncia (74% das mulheres de acordo com o DataSenado).

Para que se possa realizar uma política pública eficaz e que rompa as barreiras entre o universo público e o privado, é preciso compreender esses obstáculos e tentar solucioná-los dialogando com várias áreas do conhecimento.⁶⁴ Imprescindível, também, tratar com especial seriedade as dificuldades estatais em se oferecer medidas transformativas no âmbito das origens e consequências da agressão doméstica, já que reproduzir ou ignorar

⁶¹ SECRETARIA DE TRANSPARÊNCIA, *op. cit.*, p. 06.

⁶² INSTITUTO AVON E DATA POPULAR. *Violência contra a mulher: o jovem está ligado?* Novembro de 2014. Disponível em http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2014/12/pesquisaAVON-violencia-jovens_versao02-12-2014.pdf. Consulta realizada em 28 de abril de 2015.

⁶³ A violência sexual encontra particular dificuldade de percepção pelas vítimas quando elas se encontram em parcerias estáveis, uma vez que o sexo não consensual ainda é tido como dever da esposa. D'OLIVEIRA et. al., 2005, p. 14.

⁶⁴ A problemática da violência doméstica não possui apenas um *locus*: ela está presente no direito, na psicologia, na medicina e nas ciências sociais. Há estudos na área da saúde, notadamente aqueles coordenados por Lília SCHRAIBER, que relatam o fenômeno da medicalização da mulher que vive em um ambiente de violência doméstica. Os profissionais raramente obtêm capacitação para amparar adequadamente essas ocorrências e, a fim de oferecer uma resposta rápida à queixa feminina, receitam ansiolíticos. Não há preparo para que se perceba que eventuais sintomas como a angústia, a ansiedade e a depressão podem estar diretamente relacionados com a permanência em um contexto de violência conjugal. SCHRAIBER, 2003, p. 45.

as condições perpetuadoras dessas agressões nada mais é do que uma forma de institucionalização da violência contra a mulher.

1.3.1. As características específicas da violência direcionada à mulher

As espécies de agressão direcionadas à mulher no âmbito de um relacionamento íntimo (ou após ter havido um relacionamento íntimo, no caso de agressores ex-parceiros), são diversas, mas guardam entre si uma similaridade: seja na sua modalidade física, moral patrimonial, psicológica ou sexual, não intentam somente uma dominação sobre a mulher – mais do que isso, os gestos comunicam que sua vontade como sujeito não tem espaço naquela dinâmica. Ocorre, assim, o cerceamento de sua dignidade pessoal, refletido em uma desumanização: ela se torna o objeto do qual o agressor se utiliza para afirmar seu poder e/ou para satisfazer seus ímpetos sexuais. Nesse sentido, a violência nada mais é do que um meio de coagir ou submeter a mulher ao domínio masculino.⁶⁵

É preciso lembrar que o tema de que tratamos chama-se violência *doméstica* não somente pelo tipo de espaço no qual as agressões se dão, mas pelo vínculo afetivo ou de confiança que advém de relações domésticas, seja em relacionamentos presentes (marido e mulher, namorado e namorada) ou em relacionamentos em que o convívio doméstico já existiu, mas não mais persiste. Reiteramos que as agressões de caráter doméstico podem ser perpetradas em espaços públicos (local de trabalho ou de lazer da mulher, em geral) ou no espaço privado (mais frequente). Faz-se necessário destacar que mesmo a violência ocorrida no interior de uma residência alcança o espaço público por meio de seus reflexos marcados no corpo da mulher e em sua autodeterminação como sujeito.

A violência física é a mais comumente identificada na sociedade e entre as vítimas,⁶⁶ já que seus efeitos transcendem as paredes do lar na forma de hematomas, cortes, arranhões e escoriações diversas. Soam, para parte da população sem acesso a mais profundas reflexões sobre o tema, como a única manifestação da violência doméstica.

⁶⁵ TELES e MELO, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁶ 62% das mulheres que já foram vítimas de violência relatam que a agressão sofrida foi de ordem física. Dados do DataSenado, *op. cit.*, p. 5.

Apesar desse reconhecimento, nota-se que boa parte dos *feminicídios íntimos* cometidos no Brasil advém de práticas continuadas e acentuadas de violência física contra a mulher.⁶⁷

Informações oriundas do *Mapa da Violência 2012: homicídios de mulheres no Brasil* revelam que 71,8% das mulheres que procuraram atendimento no Sistema Único de Saúde (SUS) em decorrência de violência física relatam que a agressão ocorreu em sua residência. Quando se analisa a relação da vítima com o agressor, tem-se que, a partir dos 15 anos de idade, a maior parte das agressões físicas dirigidas à mulher advém de parceiros e ex-parceiros.⁶⁸ Faz-se necessário destacar que nem todas as manifestações de violência física motivam a procura do sistema de saúde – tapas e empurrões, por exemplo, podem sequer deixar marcas físicas; e mesmo socos, chutes, cortes e apertões, que em geral deixam marcas, podem acabar não sendo necessariamente levados a atendimento médico. Torna-se difícil, portanto, realizar um levantamento que demonstre a exata ordem de grandeza dessa violência no Brasil.

A violência sexual se define em constranger a mulher a ter relações sexuais por meio de violência física ou por ameaças. Esta espécie de violência se mostra ainda mais difícil de identificar, uma vez que não se torna evidente no espaço público. Persiste a dificuldade de algumas mulheres em se verem como vítimas de violência sexual quando esta é perpetrada por um companheiro devido ao fato de elas encararem o sexo como dever seu dentro de um relacionamento, ainda que a despeito de sua vontade ou até mesmo contra ela. Essa percepção se relaciona ao fato de a sexualidade feminina não ser valorizada socialmente, fazendo com que seus desejos não sejam o foco na dinâmica sexual.

A modalidade psicológica da violência contra a mulher se manifesta por meio de atitudes que lhe despertam medo. Em geral o agressor ameaça a vítima para que esta deixe

⁶⁷ Considera-se feminicídio íntimo o crime em que a mulher é assassinada por seu companheiro ou ex-companheiro. Pesquisa publicada em maio de 2015 pela Fundação Getúlio Vargas em parceria com o Ministério da Justiça e o PNUD revelou que parte significativa dos homicídios femininos perpetrados por parceiros ou ex-parceiros se deu por exacerbação de violências que já estavam presentes no relacionamento antes do feminicídio. Para mais informações, consultar MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). “A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil”. *Diálogos Sobre Justiça*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. Disponível em http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_femicidio.pdf. Consulta realizada em 15 de março de 2015.

⁶⁸ Quando se avalia o percentual de atendimentos femininos por violência física segundo relação do agressor com a vítima e faixa etária, percebe-se que as agressões são perpetradas por parceiros ou ex-parceiros em 36,9% dentre as mulheres com idade na faixa entre 15 e 19 anos; 66,3% na faixa entre 20 e 29 anos; 71,9% na faixa de 30 a 39 anos; 64,9% na faixa entre 40 a 49 anos; 53,1% na faixa de 50 a 29 anos; e 27,4% na faixa etária que abarca 60 anos ou mais. Dados do Mapa da violência 2012: Homicídio de mulheres no Brasil. FLACSO Brasil e Centro Brasileiro de Estudos Latino Americanos. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf. Consulta realizada em 18 de abril de 2015.

de ter certos comportamentos que este considera inadequados ao seu papel social, cerceando assim sua liberdade e autodeterminação. As ameaças podem dirigir-se à própria mulher, no sentido de infringir-lhe violência física, ou inclusive de assassiná-la, ou a pessoas de seu círculo próximo, como filhos, pais e amigos.⁶⁹ É comum em contextos de violência contra a mulher o homem ameaçá-la a fim de que esta não admita publicamente que sofre agressões. Em geral, momentos de rompimento ou tentativas de término da relação são especialmente permeados por violência psicológica.⁷⁰

A violência moral⁷¹ de característica doméstica identifica-se por humilhações, sujeição da mulher ao domínio masculino e desconsideração da mulher como pessoa. Luís Roberto CARDOSO DE OLIVEIRA chama a atenção, no entanto, para a dimensão moral presente em todas as espécies de violência nas quais há o binômio opressor-oprimido. De acordo com o autor, a definição mais comum de violência, qual seja, a de “uso ilegítimo da força”, não é substancialmente suficiente por si só, comportando uma dimensão imaterial e simbólica sobre o que seria ou não de fato ilegítimo. Atitudes violentas, nesta análise, não existiriam de forma autônoma – elas trariam em si uma mensagem que comunica uma suposta superioridade do agressor em detrimento da vítima. Socos, empurrões e ameaças seriam violências que emergem em gravidade de acordo com a motivação ideológica e a autoria de quem os praticou. Tais atitudes trariam, assim, um componente moral indissociável.

Embora a violência física, ou aquilo que aparece sob este rótulo, tenha uma materialidade incontestável e a dimensão moral das agressões (ou dos atos de desconsideração à pessoa) tenha um caráter essencialmente simbólico e imaterial, creio que a objetividade do segundo aspecto ou o tipo de violência encontra melhores possibilidades de fundamentação do que a do primeiro. Aliás, arriscaria dizer que na ausência da “violência moral”, a existência da “violência física” seria uma mera abstração. Sempre que se discute a violência como um problema social tem-se como referência a ideia do uso ilegítimo da força, ainda que frequentemente este aspecto seja

⁶⁹ A violência indireta, pouco estudada, também se revela como uma modalidade de agressão de caráter doméstico. Ela se caracteriza por atingir pessoas pertencentes ao convívio afetivo da vítima, como seus familiares e amigos.

⁷⁰ As ameaças ante a possibilidade de término da relação podem ser dirigidas à mulher, a pessoas de seu círculo social ou podem conter um discurso de autoaniquilação por parte do agressor (“se você se separar de mim eu me mato”). Sobre o tema, consultar MACHADO, 2015.

⁷¹ Boa parte da bibliografia consultada sobre o tema não realiza distinção entre violência moral e psicológica, já que essa classificação somente se tornou mais frequente após 2006 com a Lei Maria da Penha. Achamos, no entanto, pertinente tecer essa diferenciação a fim de analisar em separado as condutas que infringem medo (ameaças) e aquelas que atingem a mulher em sua subjetividade, sendo estas últimas muito mais abrangentes. Apesar de a própria Lei 11.340/2006 classificar como violência psicológica o que aqui classificamos como violência moral, compreendemos que esta última definição se mostra mais adequada na análise realizada.

tomado como dado, fazendo com que a dimensão moral da violência seja pouco elaborada e mal compreendida, mesmo quando constitui o cerne da agressão do ponto de vista das vítimas.⁷²

Relatos de mulheres vítimas de violência doméstica advindos das pesquisas de campo de Lilia SCHRAIBER indicam que o componente moral das agressões se revela o mais marcante do conjunto da experiência: “Palavras machucam muito, dói mais que tapa”, resume uma das entrevistadas. Em outro momento, uma vítima ressalta que a dimensão moral se traduz em situações de maior constrangimento do que a violência física: seriam “feridas que não cicatrizam”.⁷³ Relembramos que as agressões de caráter doméstico têm sede em relacionamentos de cunho afetivo e íntimo, compondo uma dinâmica particular de expectativas dentre as quais não deveria estar a violência.⁷⁴

A Lei Maria da Penha inclui, no rol do artigo 7º, a violência patrimonial. Nesta modalidade de violência, há a apropriação, por parte do homem, dos proventos advindos do trabalho da vítima ou de suas propriedades. Adotando a análise de CARDOSO DE OLIVEIRA, a dimensão moral aqui contida se expressaria no cerceamento da liberdade e da independência das quais a mulher poderia usufruir por meio do seu trabalho.

Uma marcante característica da violência contra a mulher cometida em âmbito doméstico é a sua rotinização, já que, como lembra SAFFIOTI, a violência doméstica, diferentemente da urbana, acaba por incidir sempre sobre as mesmas vítimas.⁷⁵ As agressões podem ser incluídas na dinâmica relacional do casal, o que coloca a vítima em posição vulnerável:

Rigorosamente, a relação violenta se constitui em verdadeira prisão. Nesse sentido, o próprio gênero acaba por se revelar uma camisa de força: o homem deve agredir (...), e mulher deve suportar agressões de toda ordem, porque seu “destino” assim determina.⁷⁶

⁷² CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. “Existe violência sem agressão moral?” Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 23, nº 67, p. 135-146, junho de 2008, p. 135.

⁷³ SCHRAIBER *et. al.*, 2003, *op. cit.*, p. 50 e p. 52.

⁷⁴ No mesmo sentido caminha SAFFIOTI, com nossa ressalva a respeito do caráter muito mais moral do que psicológico em sua fala: “No que respeita a violência doméstica, uma grande parte das mulheres que a vivenciou considera mais difícil superar a violência psicológica – humilhações que reduzem a autoestima – do que certas agressões físicas como tapa, empurrão.” SAFFIOTI, Heleieth. “Violência Doméstica: questão de polícia e da sociedade”. In: Corrêa, M. (org.) *Gênero e Cidadania*. Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero - Pagu/Unicamp, Coleção Encontros, 2002, p. 68.

⁷⁵ *Idem*, p. 88.

⁷⁶ SAFFIOTI, 1999, *op. cit.*, p. 88.

Sônia Maria de Araújo COUTO, sobre o tema, cita o conceito de *violência perfeita*, inaugurado por Marilena CHAUI, que consistiria na “completa interiorização da vontade e da ação alheia na submissão ao desejo do outro, de modo com que a perda da autonomia não seja percebida nem reconhecida.”⁷⁷ Esse mecanismo contribui para a concepção (ou impressão) de convivência da mulher ante a opressão que sofre, já que faz com que ela submeta a constituição dos seus desejos e de sua própria autodeterminação às vontades do agressor.

A este raciocínio se encontra a oposição de Maria Filomena GREGORI, que defende possuírem os relacionamentos íntimos um caráter de parceria – o que teria o condão de relativizar as posições de agressor e vítima. Segundo a autora, a violência pode ser uma forma de comunicação entre o casal, que, ainda que perversa e danosa, foi pactuada pela mulher, fazendo com que as agressões conjugais representem muito mais o componente de um jogo relacional do que uma luta de poder.⁷⁸ A mulher é vista, nesse sentido, como agente também ativo de violência, quase como “cúmplice”. A intenção de GREGORI não é, no entanto, culpabilizá-la pela violência, mas destacar sua capacidade de libertar-se dessa situação e, conseqüentemente, dos papéis de gênero fixos e dualistas. A posição de vítima seria danosa por conferir um caráter de “não-sujeito” à mulher, como se sua passividade ante o controle masculino fosse imutável e indelével.

Em decorrência dessa interpretação, que visa tanto sublinhar a participação feminina na relação violenta quanto, de outro lado, destacar a possibilidade de a mulher agir ativamente para romper esse pacto, ocorreu a adoção da expressão “mulher em situação de violência” em detrimento de “mulher vítima de violência” por algumas entidades feministas.⁷⁹ No entanto, diante da ainda expressiva culpabilização feminina pela violência doméstica (culpabilização esta que ocorre inclusive institucionalmente), mesmo autoras que partilham da posição de GREGORI a respeito de uma prejudicial “vitimização” feminina admitem que a instrumentalização do termo *vítima* se mostra pertinente no atual contexto social brasileiro.⁸⁰

⁷⁷ CHAUI, Marilena. “Participando do debate sobre mulher e violência” In *Perspectivas antropológicas da mulher 4*. Rio de Janeiro: Zahar Editores in COUTO, 2005, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁸ GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 134 in SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. “Violência contra as mulheres e violência de gênero: Notas sobre estudos feministas no Brasil”. *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y El Caribe*, Vol. 16, nº 1, 2005, p. 152. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>. Acesso realizado em 28 de abril de 2015.

⁷⁹ SANTOS, *op. cit.*, p. 153.

⁸⁰ *Idem*, p. 160.

1.3.2. A invisibilização da agressão doméstica e o ciclo da violência

Por não ser reconhecida como uma demanda autônoma que possui particularidades de opressão, a violência contra a mulher muitas vezes é tratada como violência intrafamiliar⁸¹ (tendo essa associação raízes na divisão espacial em que os papéis de gênero se manifestam). Além disso, revela a preocupação não em zelar pela mulher como feixe próprio de direitos, mas em se manter coesa a *instituição família*,⁸² a despeito dos eventuais desvios que possam ocorrer em seu núcleo.⁸³

Danielle ARDAILLON e Guita Grin DEBERT⁸⁴ publicaram, em 1987, um estudo pioneiro de processos relacionados a violência doméstica contra a mulher, abordando espancamentos, estupros e homicídios. No que tange à violência física, uma das conclusões a que as autoras chegaram foi a de que quando a agressão é denunciada há a tendência, por parte das instâncias de justiça, de avaliar a atuação do agressor no seio doméstico. Assim, muito se repete, em juízo, sobre o papel do homem como “bom pai” ou “provedor”, o que dá a impressão de que é esta *moral familiar* masculina que deve ser julgada. Além dessa conclusão, as autoras relatam a frequência com que é questionada, institucionalmente, a iniciativa feminina em realizar a denúncia, principalmente se o foco desta não for a primeira agressão. O fato de a mulher ter sofrido violência física anteriormente sem ter noticiado à polícia parece deslegitimar sua demanda, soando o processo judicial como uma espécie de barganha na relação marido e mulher. De maneira paradoxal, a reincidência acabaria por relativizar o crime, já que, pela ótica policial, não seria coerente que a mulher denunciasse uma prática que já tenha silenciado em um momento anterior. A mesma pesquisa revelou a

⁸¹ Isso se reflete, inclusive, na orientação institucional do Decreto 40.693/96 do Estado de São Paulo, que ampliou a competência das Delegacias de Defesa da Mulher (DDMs) para que investigassem os crimes praticados contra crianças e adolescentes, a fim de ampliar seu objeto para os delitos cometidos no seio da família. DEBERT e GREGORI, 2008, *op. cit.*, p. 169.

⁸² É curioso analisar, nesse momento, a origem da palavra *família*. Conforme descrevem TELES e MELO, sua origem latina, *famulus*, “significa conjunto de escravos domésticos, considerando-se como parte desse todo mulher, filhos e agregados”. TELES e MELO, *op. cit.*, p. 29.

⁸³ SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, Patriarcado, Violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 88.

⁸⁴ ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita Grin. *Quando a vítima é mulher: análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio*. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 1987.

difficuldade associada à identificação do crime de tentativa de homicídio, uma vez que boa parte dessas ocorrências se davam em relacionamentos em que a agressão física era frequente (as denúncias, portanto, tenderiam a se fundamentar no crime de lesão corporal). Além disso, nota-se a marcante presença de tentativas de reconciliação por parte de delegados e juízes nos processos de violência física contra a mulher, sob argumentos de manutenção da coesão familiar.⁸⁵

SAFFIOTI elenca quatro fatores que contribuiriam para o silenciamento da violência por parte das mulheres: (i) a relação afetiva existente entre vítima e agressor, que faz com que a agredida não deseje a punição do homem ou o seu afastamento dos filhos; (ii) a dependência de parceiro em sentido amplo, uma vez que, como as mulheres não pertencem a grupos dominantes, parte da sua autodeterminação deriva do relacionamento que estabelece com o homem; (iii) a ainda existente dependência financeira de muitas mulheres para com seus companheiros, que faz com que a mulher não tenha condições materiais de arcar com o próprio sustento e o sustento dos filhos; e (iv) a pressão social e advinda da família estendida (amigos, igreja) pela preservação da núcleo familiar, tido como algo sagrado e que deve ser mantido a qualquer custo.⁸⁶

Um sentimento que se reproduz entre as mulheres vítimas de violência é o de culpa pela agressão. O mecanismo de culpabilização das vítimas diante do agressor, da comunidade e para consigo mesmas se apresenta como um dos mais perversos e funcionais mecanismos da violência de gênero, uma vez que tira o foco das raízes culturais da assimetria de poder e o coloca sobre as próprias vítimas, fazendo com que estas silenciem a respeito da violência que sofrem.

De acordo com pesquisas recentes,⁸⁷ permanece bastante aceito o discurso masculino de que a violência somente ocorre em situações nas quais há “provocação” feminina (“ela me faz perder a cabeça”).⁸⁸ Não se problematiza o uso da violência como

⁸⁵ Ressalta-se que essa pesquisa foi realizada quando a presença de Delegacias de Defesa da Mulher ainda era insipiente, bem como a identificação da violência doméstica como fenômeno autônomo em relação à intrafamiliar. Serão analisados, no decorrer da presente dissertação, fatores que distinguem o atendimento específico à mulher nas DDMs, bem como a tentativa de preparo dos profissionais nelas atuantes no recebimento das denúncias.

⁸⁶ Idem, p. 87-88.

⁸⁷ SCHRAIBER *et. al.*, 2005, *op. cit.*, p. 01 e 2009, p. S211.

⁸⁸ “[H]á a aceitação cultural de que o homem pode ‘perder a cabeça’. Esse depoimento das mulheres surge, via de regra, acompanhado de justificativas do comportamento masculino expressas por elas próprias: ‘não fez por mal’ ou então ‘quando ele bebe’ perde mesmo a cabeça. Entenda-se: em determinados contextos, o homem teria direito a perder o controle, seria moral e culturalmente permitido. E nesse sentido é tido como

forma padrão de reagir aos conflitos e solucioná-los, o que transmite a mensagem de que o homem seria quase que instintivamente impelido a tomar determinada atitude agressiva. A mulher, dessa forma, não teria se precavido suficientemente para se preservar dessa espécie de reação que, ainda que indesejável, é tida como natural da constituição masculina.

Uma vez que o homem (branco e heterossexual) ainda é considerado o indivíduo padrão para fins sociais e políticos, suas atitudes e percepções do mundo passaram por um processo de normatização e validação social. Diante disso, a mulher vê suas demandas e vontades como algo a ser construído sobre essas bases normatizadas – e, se a violência é naturalizada como comportamento esperado de um homem, fugir dela somente seria possível diante de uma prudente atuação feminina.

A esse sentimento de culpa é acrescida a vergonha de admitir que se sofre com uma relação abusiva, já que, nessa lógica de culpabilização, a violência somente existiria devido a um comportamento feminino inadequado. Torna-se delicado também, para a mulher-vítima, o fato de que sua situação de violência seja conhecida e de ela não ter forças pra dela libertar-se, ficando a mulher sujeita ao julgamento alheio que passa a considerá-la cúmplice das agressões.

Uma ampla gama de questões institucionais igualmente obstaculizam a visibilização da violência doméstica ou a tomada dessa situação como problema passível de intervenção.⁸⁹ Ainda que haja, por parte da vítima, percepção sobre a ilegitimidade da agressão que sofre e vontade de libertar-se dessa opressão, há a dificuldade em encontrar instâncias seguras para realizar a denúncia. Em pequenas comunidades as relações sociais formam uma teia de contatos que podem constranger a mulher-vítima a não formalizar uma ocorrência. Acresce-se a tal fenômeno a possibilidade de ser dada pouca credibilidade às denúncias, que podem ser encaradas como mero recurso de barganha ou vingança no relacionamento com o parceiro agressor,⁹⁰ ou mesmo a alegação de se tratarem de questões de ordem social ou psicológica⁹¹ – o que acaba por patologizar o sofrimento feminino como se este fosse um desvio de saúde mental que a mulher precisasse tratar.

comportamento ‘natural’, ou atenuado por circunstâncias tidas como inexoráveis, por exemplo, beber, também visto como comportamento ‘natural’ para os homens.” SCHRAIBER *et. al.*, 2009, p. S211.

⁸⁹ SCHRAIBER, *et al.*, 2003, p. 44.

⁹⁰ Abordaremos tais fatores de maneira pormenorizada no próximo capítulo do presente trabalho.

⁹¹ SCHRAIBER, Lilia Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia P. L. “Violência Contra Mulheres: Interfaces com a Saúde”, in *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, vol. 3, n. 5, 1999a, p. 21.

Os fatores acima elencados – culpa, vergonha, dependência financeira, existência de laços afetivos com o agressor, falta de credibilidade às denúncias, acesso dificultado às instâncias de ajuda, entre tantos outros – interagem entre si fazendo com que a mulher permaneça na relação abusiva. É possível que se forme, nesse cenário, o chamado *ciclo da violência doméstica*, que consiste na repetição dos momentos violentos intercalados com períodos pacíficos entre o casal nos quais o homem promete não mais repetir condutas agressivas.⁹²

Conforme assevera BARROSO FILHO,⁹³ a primeira violência em geral não ocorre nos momentos iniciais de contatos do casal, sendo precedida pela consolidação de um vínculo de confiança. A agressão rompe de maneira drástica com essa base e, sem compreender a violência sofrida, a mulher tende a recorrer a dois mecanismos para elucidar o motivo dessa conduta, quais sejam: (i) a culpabilização, já que a falta de justificativas plausíveis pra violência a leva a considerar que esta só pode ter ocorrido por uma provocação sua. Esse recurso em geral acarreta muita angústia e não raramente casos de depressão, sejam leves, moderados ou mais severos; (ii) a busca por fatores externos ao relacionamento do casal que possam minimamente explicar ou justificar os comportamentos agressivos do parceiro, tais como a ocorrência de aborrecimentos no trabalho que o tenham deixado irritado ou então o uso de bebidas alcoólicas.

Estando no bojo de um relacionamento afetivo ou já inserta em uma família constituída, é difícil que a mulher se veja como vítima de uma assimetria de poder que muitas vezes sequer é racionalizada pelos próprios parceiros. Nesse contexto, o recurso a elementos alheios à própria determinação do parceiro em agir de maneira violenta soa como um conforto e um meio de tranquilizar a psique da mulher: ela passa a considerar que na ausência dos fatores facilitadores da violência (álcool, aborrecimentos no trabalho e sua própria “provocação”) o homem voltará a ser o parceiro pacífico que sempre foi e que compõe sua idealização.

Forma-se assim, uma sequência de acontecimentos: (1) a agressão doméstica, que rompe com a paz e a racionalidade dentro da relação; (2) o pedido de desculpas (muitas

⁹² TELES e MELO apontam que se trata de um fenômeno com fases muito bem delimitadas, que consistem em tensão relacional, violência aberta, arrependimento e “lua-de-mel”. TELES e MELO, *op. cit.*, p. 25.

⁹³ BARROSO FILHO, José. “O perverso ciclo da violência doméstica contra a mulher... Afronta a dignidade de todos nós”. Portal do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-secretaria-geral/433-informacoes-para/imprensa/artigos/13325-o-perverso-ciclo-da-violencia-domica-contra-a-mulher-afronta-a-dignidade-de-todos-n>. Consulta realizada em 25 de abril de 2015.

vezes sincero) e a demonstração de arrependimento por parte do companheiro, que aparenta se envergonhar pela agressão. Concomitantemente, a vítima lança mão dos recursos acima expostos para manter sua integridade psíquica e, de alguma forma, tentar digerir o gesto agressivo. Inaugura-se, aí, a fase conhecida como “lua-de-mel”,⁹⁴ na qual o casal reestabelece seus vínculos e tenta superar a vivência agressiva. (3) Por fim, ocorre o retorno à normalidade da relação, agora permeada pelas tensões que emergem da incompleta superação do agir violento. A mulher, culpabilizada, passa a se portar de forma a evitar ser agredida novamente, o que implica sua anulação como sujeito. Ela teme provocar a violência e teme ser vítima dos fatores externos (bebida, problemas no trabalho), que estariam fora de seu controle. É rompida, assim, a sensação de segurança na companhia do parceiro, uma vez que não é possível prever suas reações ante as adversidades. Ao mesmo tempo, resiste a esperança de que o parceiro mude e deixe de ser violento.

A manutenção da mulher nesse ciclo de violência a coloca em um permanente risco de sofrer agressões, além de minar cada vez mais sua compreensão de si como sujeito autônomo.⁹⁵ Nesse momento, faz-se importante lembrar que não é adequado considerar a mulher por si vulnerável no que tange à violência, uma vez que esta característica não é ontológica. Tal concepção se mostra demasiadamente simplista e mascara o fato de que a vulnerabilidade somente existe pela prévia existência da situação de opressão (que, no caso, deriva do eixo *gênero*).

Não se trata meramente de uma questão de autoestima feminina para libertar-se, uma vez que, segundo COUTO:

[L]iberdade não deve ser considerada como escolha voluntária de uma possibilidade entre as diversas que se apresentam ao sujeito, mas enquanto a capacidade de autodeterminação para pensar, querer, agir e sentir. [...] O que somos e o que fazemos pode ter a capacidade aumentada e diminuída segundo a nossa capacidade de submetemos ou não à força e à violência que contra nós encontra-se dirigida.⁹⁶

Reforça-se que é preciso, além de conscientizar a comunidade acerca da complexidade dessa questão, disponibilizar recursos institucionais para o amparo e

⁹⁴ Expressão usada por SAFFIOTI e BAROSO FILHO que se tornou frequente na literatura que aborda o ciclo da violência doméstica. Diz respeito a um momento pacífico e de resgate de carinho dentro do relacionamento.

⁹⁵ Essa circunstância tem um potencial danoso à integridade psíquica da mulher.

⁹⁶ COUTO, *op. cit.*, p. 24. Discorreremos mais pormenorizadamente sobre o tema quando tratarmos da ADI 4424/2012 e da necessidade ou não de representação nos crimes de lesão corporal leve em contexto doméstico.

recebimento das demandas das mulheres, sejam estas pela criminalização da conduta ou meramente para expor a angústia relacionada à violência.

1.3.3. Femicídio íntimo: a violência doméstica extrema

Femicídio é o termo designado para indicar assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres. Ocorre nesse crime a materialização e a atualização extremadas do conflito de poder que já se expressa na violência doméstica. Por essa razão, não raramente os crimes de femicídio possuem características misóginas, apresentando inflicção de ferimentos em locais distintivos do corpo da mulher, como seios e vagina. É comum observar também desfigurações e violência sexual aliada aos homicídios dessa espécie – características essas que atentam contra a individualidade e a subjetividade da vítima, cerceando sua identidade e reduzindo-a a um objeto [sexual]. Nota-se, por esse dado, uma intenção de aniquilar a vítima não apenas fisicamente, mas afirmar o domínio e a superioridade do homem sobre a vida da mulher.⁹⁷

O homicídio de mulheres se dá, de acordo com o Mapa da Violência 2012, dentro da residência da vítima em 41% dos casos. Um número acentuado de agressores é companheiro ou ex-companheiro da mulher, o que confere a esses femicídios um caráter *íntimo*. O uso de objetos perfuro-cortantes, notadamente facas e demais utensílios presentes no lar, é significativo nessa modalidade de crime e reforçam a proximidade da relação estabelecida entre vítima e autor.⁹⁸

Na pesquisa qualitativa realizada por MACHADO sobre os femicídios íntimos no Brasil demonstra-se que parte expressiva das mulheres assassinadas já havia acessado o sistema de justiça para denunciar alguma espécie de violência doméstica. Conclui-se, portanto, no referido estudo, que muitas mortes poderiam ter sido evitadas caso fossem oferecidas vias de proteção mais eficazes às mulheres. Por essa razão não seria descabido

⁹⁷ MACHADO, 2015, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁸ De acordo com o Mapa da Violência, o uso de facas para a prática do femicídio se dá em 25,8% dos casos, contra 15,1% no caso dos homicídios masculinos. A pesquisa realizada por MACHADO em 2015 revela que uso frequente de utensílios domésticos para efetuar as lesões somente é possível porque vítima e agressor vivem na mesma casa e compartilham um sentimento de confiança.

considerar que feminicídios íntimos são, em geral, *mortes anunciadas*, em que as violências que a mulher sofre são tomadas com seriedade pelo sistema de justiça somente após a ocorrência do homicídio ou de sua tentativa.⁹⁹

Verifica-se a dificuldade estrutural do sistema judicial em considerar a morte da mulher como o ponto culminante de um histórico de violências de gênero. A necessidade de inserir dados como “motivo do crime” na quesitação e de avaliar se as supostas motivações, isoladamente, seriam ou não torpes ou fúteis mascara eventuais situações de abuso que podem compor a dinâmica relacional do casal agressor-vítima. Essa estrutura da quesitação permite que situações incidentais como “ciúme” ou “traição” sejam inseridos como motivos dos assassinatos, quando seria mais adequado considerar, nesse campo, todo o arcabouço de assimetria de poder manifestado no sentimento de posse em relação à mulher. Assim, “ciúme” ou “traição” poderiam ser *estopins* para a violência extremada, mas não a real *motivação* do crime, que derivaria da percepção masculina de seu domínio sobre vida e morte da mulher.¹⁰⁰

De encontro a essa dificuldade estrutural, relevante o fato de que, em 8 de março de 2015, foi incluída, no texto do Código Penal Brasileiro, a qualificadora que trata do feminicídio. A opção legislativa por punir de forma mais gravosa os homicídios de mulheres em decorrência de serem mulheres¹⁰¹ é uma forma de o Estado brasileiro indicar que é preciso zelar pela vida das mulheres de forma particular. Essa “inflação” do Direito Penal nesse aspecto não deixa de ter um forte caráter simbólico que também está presente nas especificidades penais trazidas pela Lei Maria da Penha.

⁹⁹ MACHADO, 2015, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁰ Conforme destacam TELES e MELO, está muito presente nos processos criminais relativos a feminicídios a expressão “ou será minha ou não será de mais ninguém”. TELES e MELO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰¹ De acordo com o Código Penal, a classificação de um feminicídio se dá quando o crime de homicídio tenha sido motivado por “razões da condição de sexo feminino”. Essa redação não considera o gênero como um aprendizado e uma performance de papéis sociais – limita-se à determinação biológica para classificar o que seria uma mulher. Essa particularidade, estrategicamente barganhada pela bancada fundamentalista do parlamento brasileiro quando da aprovação do texto legal, exclui transgêneros da previsão penal e deixa incompleta a “proteção” à mulher, uma vez que somente abarca as mulheres cisgênero. Código Penal: Feminicídio: VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: [...] § 2º-A: Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

1.4.O crime de violência doméstica na legislação brasileira

A fim de compreender as razões e estratégias da luta que culminou na promulgação da Lei nº 11.340/2006, faz-se necessário realizar um retorno histórico e uma análise da forma com que o Direito brasileiro se posicionava a respeito da violência doméstica contra a mulher. É possível perceber que a bagagem legislativa se apresenta como reflexo dos valores sociais vigentes em sua respectiva época, na medida em que traduzem a formalização dos anseios da sociedade (ou pelo menos de seu segmento politicamente ativo), e também contribui como sendo ela mesma uma fonte de valores, uma vez que transmitem o discurso oficial do Estado ao qual os cidadãos se submetem. A assimetria nas representações de gênero e a falta de acesso da mulher à política se expressam de maneira clara na legislação pátria, bem como o protagonismo masculino no espaço público. Percebemos que a violência doméstica contra a mulher sempre existiu, mas somente é percebida como *crime* (ou conduta social e penalmente reprovável) há relativamente pouco tempo.

Ocorreu, no contexto colonial brasileiro e em boa parte dos novos territórios dominados por Portugal no período colonial, a importação do referencial legal da metrópole, fazendo com que a organização social fincasse seus pilares em um modelo que em muito pouco se relacionava com a dinâmica local.¹⁰² Os primeiros textos jurídicos a vigorar no Brasil foram as Ordenações Manuelinas e, logo em seguida, as Ordenações Filipinas – normas que traziam previsões não apenas sobre como o cidadão deveria portar-se em sua vida pública, mas também disposições acerca de condutas morais e valores. As Ordenações Filipinas traziam delimitações claras a respeito de papéis de gênero e posições a serem ocupadas por homens e mulheres na sociedade, conferindo aos homens a possibilidade de fazerem uso da violência no trato com sua esposa como uma forma de interação legítima e reconhecida – violência esta que poderia resultar em justificado homicídio, como nos casos de adultério.¹⁰³

¹⁰² SOUZA, Jaime Luiz C., BRITO, Daniel Chaves, BARP, Wilson José. “Violência doméstica: reflexos das ordenações filipinas na cultura das relações conjugais no Brasil”. *Teoria & Pesquisa: Revista das Ciências Sociais*. V. 18, nº 1, janeiro-junho de 2009, p. 65.

¹⁰³ “[N]ão somente poderá o marido matar sua mulher e o adúltero, que achar com ella em adultério, mas ainda os póde licitamente matar, sendo certo que lhe cometterão adultério; e entendendo assi provar, e provando depois o adultério per prova licita e bastante conforme á Direito, será livre sem pena alguma, salvo nos casos

Os Códigos Penais de 1830 e 1890 penalizavam igualmente o adultério feminino e masculino, mas a sociedade via de forma distinta essas duas práticas. O adultério feminino, segundo se cria, apresentava-se como muito mais gravoso, pois poderia trazer uma prole ilegítima para o seio do casamento, abalando a reputação do marido. O adultério praticado pelo homem, por sua vez, era visto como uma prática social aceitável.

O Código Penal de 1940 reafirmou essa disposição e também criminalizou o adultério. Ainda que o homicídio de um cônjuge infiel não tivesse mais guarida legal, emergiu a tese da *legítima defesa da honra* e inaugurou-se a modalidade de *crime passionnal*. Por serem raríssimas as manifestações violentas femininas diante de uma traição, dada seu histórico de opressão, os homicídios nos casos em questão passaram a ter como agente o homem traído.¹⁰⁴

O art. 25 do Código Penal vigente, ao tratar de legítima defesa, não explicita quais os bens jurídicos que a comportam, mas a doutrina defende que qualquer bem pode ser objeto dessa excludente de ilicitude, inclusive a honra. Ao longo do século XX e há até cerca de 30 anos, a legítima defesa da honra sempre se relacionou com o homicídio por parte de um marido/companheiro/irmão de uma mulher infiel e/ou de seu amante, em defesa da honra conjugal e familiar.¹⁰⁵

Com relação ao crime de estupro, trazia o Código Penal de 1830 que constituía crime “ter cópula carnal por meio de violência ou ameaça, com mulher honesta”. Sobre o mesmo tema, pouco inovou o Código de 1890: “É crime estuprar mulher virgem ou não, mas honesta”. O Código Penal de 1940 contava com uma disposição já revogada segundo a qual seria extinta a punibilidade de todos os crimes contra os costumes caso a vítima se casasse com o agressor.¹⁰⁶

Outros marcos legislativos relevantes que abordam a violência doméstica contra a mulher são: Reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7209/1984), que estabeleceu

sobreditos, onde serão punidos segundo acima dito he.” Livro V, Título XXXVIII. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1188.htm>. Consulta realizada em 26 de fevereiro de 2015.

¹⁰⁴ PIMENTEL, Silvia Carlos da Silva; PANDJIARJIAN, Valéria. “Legítima Defesa da Honra: ainda uma excludente?” In: *Seminário A proteção dos Direitos Reprodutivos e Direitos Sexuais no Sistema de Justiça: Contexto Internacional e Experiência Brasileira*, 1999, Rio de Janeiro, 1999, p. 91.

¹⁰⁵ “[A] figura da “legítima defesa da honra” consiste em tese jurídica que visa tornar impune a prática de maridos, irmãos, pais ou ex-companheiros e namorados que matam ou agridem suas esposas, irmãs, filhas, ex-mulheres e namoradas fundada ou “justificada” na defesa da honra da família ou da honra conjugal. Entretanto, frise-se que, no entender de grande parte da doutrina e jurisprudência, não há honra conjugal ou da família a ser protegida, na medida em que a honra é atributo próprio e personalíssimo, referente a um indivíduo e não a dois ou mais indivíduos.” PIMENTEL, *op. cit.*, p. 91-92.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 88-89.

que uma das circunstâncias agravantes do art. 61 do Código Penal incluiria o fato de o crime ser praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; Constituição Federal de 1988,¹⁰⁷ que consagrou no art. 226 que cabe ao Estado assegurar “a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”; Lei nº 10455/02, responsável por criar a previsão de afastamento do companheiro agressor do lar conjugal; Lei nº 10714/03, que determinou a criação de um disque-denúncia específico para tratar de violência contra a mulher; Lei nº 10778/03, prevendo a obrigatoriedade de notificação, pelos serviços de saúde públicos e privados, de atendimentos relacionados a violência doméstica; Lei nº 10886/04, que criou o parágrafo relativo à violência doméstica no art. 129 do Código Penal,¹⁰⁸ e a recente lei 13.104/2015, que prevê o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio.

¹⁰⁷ Necessário destacar também a previsão de igualdade de todos perante a Lei, em direitos e obrigações (art. 5º, I).

¹⁰⁸ Art. 129 do Código Penal - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...) Violência Doméstica: § 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.

2. A LEI MARIA DA PENHA

2.1. Considerações Introdutórias

A Lei n. 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”) entrou no ordenamento pátrio a fim de preencher lacunas normativas advindas das disposições presentes na Constituição Brasileira de 1988, na Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher.¹⁰⁹ Trata-se de um diploma breve e que traz disposições acerca da criação de novas estratégias para o enfrentamento da violência contra a mulher, bem como reafirma o compromisso de instituições e medidas já existentes no acolhimento da vítima dessa forma particular de violência.

A missão trazida pela lei em tela e já expressa em seu art. 1º se volta à criação de mecanismos hábeis não só para *coibir* a violência doméstica e familiar contra a mulher, mas também para *prevenir* a perpetração da agressão.¹¹⁰ Revela-se, assim, a não exclusividade – e, mais do que isso, o não protagonismo – do caráter penal em suas previsões. A Lei se reveste, em determinados momentos, de roupagem de declaração de direitos das mulheres, o que se alinha à ainda atual fase de consolidação da democracia e do paulatino reconhecimento de demandas particulares de determinados grupos sociais. Compõe, além disso, um fenômeno de modificação da forma com que se enxerga a violência,

¹⁰⁹ A Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 266, a seguinte disposição: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Sobre a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, trataremos mais detidamente adiante.

¹¹⁰ “Art. 1º: Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

que antes somente encontrava seu *locus* na segurança pública e hoje acha guarida também em temáticas relacionadas a direitos humanos.¹¹¹

A violência tratada na Lei Maria da Penha é a classificada como “doméstica e familiar” e, de acordo com seu art. 5º, seu cerne abrange qualquer ação ou omissão baseada no gênero e direcionada a uma mulher, inclusive quando esta ocorre no bojo de uma relação homoafetiva feminina.¹¹² São três seus âmbitos de incidência: (i) a unidade doméstica (espaço físico), (ii) a família e (iii) relações íntimas de afeto, sejam presentes ou passadas, independentemente da existência de coabitação. Ainda que os efeitos da Lei somente se voltem para mulheres que sofram violência nos âmbitos acima descritos, seus artigos 2º e 3º trazem disposições acerca dos direitos de toda e qualquer mulher – distribuindo entre família, sociedade e poder público a responsabilidade pela criação de garantias ao exercício de tais direitos.¹¹³

A publicação da Lei Maria da Penha se inclui no momento de ascensão de novos atores políticos na luta pela conquista de uma universalidade de direitos e da consolidação da cidadania para grupos historicamente oprimidos. Permanece, no entanto, a dificuldade de o Direito lidar com a violência que é tema da referida norma, já que as angústias que a cercam, bem como suas possíveis vias de solução ou composição (nas óticas de vítima e agressor), fazem uso de perspectivas e linguagens externas às do Direito.¹¹⁴ Daí a

¹¹¹ O art. 6º, inclusive, traz textualmente a previsão segundo a qual “[a] violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

¹¹² Dialogam, nessa previsão, as concepções de BUTLER, para quem gênero se baseia em uma performance, e de SCOTT, que trata gênero como uma das formas de significar relações de poder. Por essa lente, torna-se cabível haver uma relação afetiva composta por duas mulheres em que ainda assim se observe violência com origem e/ou motivação sexista. Essa previsão também tem sua importância por romper com a concepção de mulher única e exclusivamente como vítima.

¹¹³ “Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.”

¹¹⁴ DEBERT, Guita Grin. “Conflitos éticos nas Delegacias de Defesa da Mulher”. In DEBERT, Guita G.; GREGORI, Maria Filomena; e PISCITELLI, Adriana (orgs.). *Gênero e Distribuição da Justiça: as delegacias de defesa da mulher na construção das diferenças*. Coleção Encontros. Campinas: Pagu/Unicamp, 2006, p. 33.

importância em se valorizar os instrumentos extrajurídicos da Lei n. 11.340/2006 e não somente sua vertente mais popular, que é a previsão de punição mais gravosa dos agressores.

Um dos motivos pelos quais se viu necessária a elaboração de um diploma legal voltado à violência doméstica e familiar contra a mulher foi o fato de que a agressão entre pessoas que compartilham um círculo afetivo não são, em geral, o foco do Direito Penal.¹¹⁵ Dentro de uma lógica que dialoga a relevância de um bem jurídico com a gravidade da punição que se associa à violação a esse bem, verifica-se que lesões corporais de natureza leve, por exemplo, de acordo com nosso ordenamento, não representam ofensividade acentuada, dado o fato de a pena relacionada a essas infrações ser relativamente baixa.¹¹⁶ Sendo de direta observação o fato de que uma lesão corporal de natureza leve ocorrida no seio de uma relação afetiva possui uma carga simbólica muito distinta daquela que ocorre entre duas pessoas estranhas, mostrava-se inadequado que o diploma que vigesse na lida de casos de violência doméstica fosse o Código Penal, nos mesmos exatos termos em que se apresenta para as demais situações de agressão. Em que pesem as diversas críticas à lógica punitiva que serão tecidas no Capítulo 3 deste estudo, um agravamento das punições pela prática de violências ocorridas em âmbito doméstico se apresentou como um símbolo de valorização diferenciada do significado da agressão contra a mulher em um contexto doméstico.

Na análise da Lei Maria da Penha, ao simbolismo penal se soma o importante simbolismo social que possui o reconhecimento de uma demanda especificamente feminina no universo legal. Positivar que a violência atinge homens e mulheres de maneira diversa pode se mostrar como um significativo passos para o enfrentamento das assimetrias que geram as agressões e para o empoderamento feminino na busca por uma vida sem violência.

No presente capítulo serão discutidos diversos tópicos relativos à Lei n. 11.340/2006. Inicialmente, abordaremos o processo de surgimento da Lei como um momento culminante na luta por políticas públicas que abordam a violência doméstica como fenômeno particularizado, desde o advento das Delegacias de Defesa da Mulher e dos Juizados Especiais Criminais, criados pela Lei n. 9.099/1995, até a advertência dada ao Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos devido à negligência ante a violência vivida por Maria da Penha Fernandes.

¹¹⁵ DEBERT, 2006, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁶ Código Penal: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.”

Prosseguiremos com a análise da proteção do bem jurídico pelo diploma em tela, abordando seu viés preventivo e sua veia punitiva. Em sequência, trataremos da alteração interpretativa promovida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424/DF, de fevereiro de 2012, que versou sobre a aplicação da Lei n. 9.099/1995 e sobre a desnecessidade de representação da vítima nos casos de lesão corporal leve. Por fim, será discutida a efetividade da Lei Maria da Penha, que em 2015 completa 9 anos em vigor.

2.2. A emergência de uma política pública para o enfrentamento da violência doméstica

A persistência, ainda durante a década de 1970, de assassinatos femininos sob a justificativa da antiga tese de “legítima defesa da honra” fez com que diversos movimentos feministas brasileiros se unissem em campanhas de combate à violência contra a mulher – notadamente aquela cometida por parceiros íntimos. Sob o slogan “quem ama não mata” foi iniciada a luta por um sistema de justiça livre de discriminações de gênero.¹¹⁷

Como um reflexo desta mobilização e também em decorrência de um processo de democratização das instituições, foi criada em São Paulo a primeira Delegacia de Defesa da Mulher (DDM), em 1985.¹¹⁸ Fruto da luta de movimentos sociais e da politização da justiça, as DDMs passaram a operar como uma instância que oficializou o atendimento que já era realizado por organizações civis no auxílio a mulheres vítimas de violência doméstica, como o SOS Mulher. Apesar de não terem sido fundadas com um propósito político muito

¹¹⁷ A ilegitimidade da tese de legítima defesa da honra somete foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal na década de 1990 (BARSTED, Leila Linhares. “Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida da advocacy feminista”. In CAMPOS, Carmen Hein (org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 19). Caso paradigmático foi o assassinato de Ângela Diniz por seu companheiro Raul Fernando do Amaral Street (Doca Street) em 1976. O advogado de defesa, Evandro Lins e Silva, argumentou que Raul teria cometido o crime “por amor” e conseguiu que seu cliente fosse condenado a apenas dois anos de prisão, sendo beneficiário da suspensão condicional da pena. A mobilização da sociedade civil, capitaneada pelo movimento feminista, fez com que fosse realizado um novo julgamento. Neste último, Raul foi condenado a 15 anos de prisão. Sobre o início da luta feminista no combate às discriminações de gênero no sistema de justiça, ver CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. “O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 39.

¹¹⁸ GREGORI, Maria Filomena. “Delegacias de Defesa da Mulher de São Paulo e as instituições: paradoxos e paralelismos”. In DEBERT, Guita G.; GREGORI, Maria Filomena; e PISCITELLI, Adriana (orgs.). *Gênero e Distribuição da Justiça: as delegacias de defesa da mulher na construção das diferenças*. Coleção Encontros. Campinas: Pagu/Unicamp, 2006, p. 62.

explícito – já que se questionava, inclusive no movimento de mulheres, a pertinência de uma política pública de *segurança* para tratar de violência doméstica – as DDMs passaram a refletir também uma expectativa de diminuição da impunidade quando da ocorrência de crimes com um componente de gênero.¹¹⁹ Acabaram por representar, durante mais de vinte anos, a mais importante política pública de enfrentamento da violência doméstica que o Brasil já teve, compondo um importante espaço de fortalecimento feminino.¹²⁰

A motivação para o fomento das referidas instituições se direcionou à criação de um espaço em que mulheres pudessem se sentir seguras em relatar episódios de violência pelos quais passaram e para os quais poderiam buscar uma resposta jurídico-penal. Muito mais do que um local de coleta de ocorrências, as DDMs acabaram identificando-se como uma via de visibilidade ao fenômeno da violência contra a mulher, de onde seria possível colher dados sobre tipo de violência praticada, perfil de vítima e agressor, consequências jurídicas ansiadas pela mulher e outras demandas específicas do fenômeno da violência de gênero.¹²¹

As críticas à atuação das Delegacias de Defesa da Mulher se apresentaram em vários âmbitos, sendo essa política acusada inclusive de promover um privilégio à população feminina. As ressalvas que partiram de movimentos feministas organizados, no entanto, centravam-se na concepção de que a criminalização da violência contra a mulher deveria de fato ser uma bandeira importante na luta contra as opressões às quais a mulher está sujeita, mas que essa não seria a única demanda existente. Ainda que o espancamento de esposas e companheiras seja uma expressão convincente da assimetria de poder entre os gêneros, a política pública de enfrentamento à questão não deveria se resumir à punição dos agressores.¹²²

A não-suficiência da oferta de uma resposta penal tornou-se evidente na prática cotidiana das DDMs, seja pelo fato de a punição não ser capaz de transformar o comportamento dos homens que perpetravam violências, seja porque ela muitas vezes não é desejada pela vítima. Houve uma tendência, por parte das vítimas, em se considerar a

¹¹⁹ GREGORI, 2006, *op. cit.*, p. 64-65. O S.O.S. Mulher é um serviço fundado em Campinas em 1980 vinculado ao Sistema Único de Assistência Social. Opera proporcionando apoio, orientação e acompanhamento de pessoas vítimas de violência de gênero.

¹²⁰ IZUMINO, Wania Pasinato. “Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à justiça”, *XXVIII Encontro da Associação Nacional de Pós Graduação em Ciências Sociais – ANPOCS*, Caxambu, Minas Gerais, 26 a 28 de outubro de 2004, p. 15. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down082.pdf>. Acesso realizado em 10 de julho.

¹²¹ IZUMINO, 2004, *op. cit.*, p. 13-14.

¹²² DEBERT, 2006, *op. cit.*, p. 36-37.

Delegacia como instância não só de penalização dos agressores, mas também de acolhimento, assemelhando-se a um núcleo de assistência social para onde as mulheres se encaminham para desabafar sobre queixas e também para intimidar os companheiros e maridos violentos. As DDMs tornaram-se, assim, um recurso simbólico para que as mulheres negociassem suas relações familiares, o que fez com que a instituição sofresse uma ressignificação: de um canal para lutar contra a impunidade, tornou-se uma via de busca pela libertação das violências de gênero e pela própria autonomia, ainda que, institucionalmente, não fosse possível responder a essa expectativa.¹²³

Outra crítica frequente à atuação das DDMs se relaciona à falta de preparo das trabalhadoras e dos trabalhadores para lidar com a violência de gênero. De acordo com estudos de campo realizados por DEBERT e GREGORI, ainda que fossem previstos cursos de capacitação periódicos sobre o tema quando da criação da instituição, observou-se uma tendência ao desconhecimento, por parte das policiais, delegadas e escrivãs, de um sentido mais profundo do propósito das Delegacias Especiais.¹²⁴ Pelo fato de os profissionais serem treinados para empenhar uma atividade investigativa e com viés punitivo, havia dificuldade de compreensão das motivações femininas na realização das denúncias e da frequente demanda pela não persecução penal do próprio agressor. Mostrava-se presente, inclusive, a crença de que a “lógica da queixa” (nos termos de GREGORI, em que a mulher reportava ocorrências de violência por diversas vezes seguidas sem levar adiante nenhum processo criminal) contribuía para a manutenção de uma vitimização feminina. A presença das instituições como uma via “paternal” de proteção às mulheres obliteraria o pleno empoderamento dessas, uma vez que se mostrariam como canais aos quais se poderia recorrer e ainda assim perpetuar a convivência com o agressor.¹²⁵

A sensação de ausência de legitimidade das demandas especificamente femininas, no que tange à violência, encontrou respaldo oficial em 1996: o Decreto n. 40.693 ampliou, no Estado de São Paulo, as atribuições e competências das Delegacias de Defesa da Mulher, impondo que estas realizassem a investigação e a apuração de delitos cometidos contra crianças e adolescentes em meio doméstico. Esta determinação acabou por oficializar,

¹²³ DEBERT, 2006, *op. cit.*, p. 26, GREGORI, 2006, *op. cit.*, p. 70 e IZUMINO, 2004, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁴ As integrantes do Conselho Estadual da Condição Feminina (CEFE), já experientes no atendimento de mulheres vítimas de agressões domésticas, realizaram um conjunto de propostas para pautar o atendimento das DDM, dentre as quais se incluíam cursos de capacitação em violência de gênero. Para o CEFE, o registro das ocorrências seria apenas uma das etapas do processo de criminalização e enfrentamento da violência e não deveria se encerrar nesse momento. IZUMINO, 2004, *op. cit.*, p. 14.

¹²⁵ GREGORI, 2006, *op. cit.*, p. 68.

indiretamente, a atuação das DDMs como uma instituição de defesa da família, negando a existência de particularidades (ou da relevância dessas particularidades) nos crimes cometidos com um componente de gênero.

Um ano antes, em 1995, com a Lei n. 9.099 e a criação dos Juizados Especiais Criminais (JECrims), operou-se uma significativa transformação da atuação das Delegacias. A missão dos Juizados se voltava à aplicação rápida e efetiva do Direito e, para isso, pregava a simplificação dos procedimentos, a oralidade e a economia processual, e previa competência para “a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo”.¹²⁶ Tornaram-se objeto dos JECrims todos os crimes e contravenções penais considerados de menor potencial ofensivo, e tal classificação foi adotada de acordo com o critério técnico de extensão máxima da pena cominada, fixado em 2 anos.¹²⁷

Deu-se, então, um processo de feminização dos juizados, uma vez que os crimes mais comumente perpetrados em contexto doméstico, quais sejam, lesões corporais leves e ameaças, possuíam suas penas máximas cominadas em um ano e seis meses, respectivamente, de acordo com o Código Penal brasileiro. Os casos de violência doméstica passaram a responder por parte significativa dos atendimentos dos JECrims e começaram a ter um acompanhamento processual bastante diverso daquele que se operava junto às DDMs.¹²⁸

O movimento feminista teceu críticas contundentes ao modo com que o novo diploma legal estava sendo aplicado aos casos de violência doméstica. A forma com que os crimes-objeto dos Juizados foi definida, a saber, “crimes de menor potencial ofensivo” e sua

¹²⁶ Art. 60 da Lei n. 9.099/1995: “O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.”

¹²⁷ Textualmente, a Lei nº 9.099/1995 trazia em seu art. 2º: “[o] processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. Art. 60 da Lei nº 9.099/1995: “O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência”. Art. 61 da Lei nº 9.099/1995: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

¹²⁸ Sobre o processo de feminização dos juizados, ver DEBERT, 2006, *op. cit.*, p. 14. De acordo com CAMPOS e CARVALHO, a violência doméstica passou a responder por cerca de 60 a 70% do volume processual dos Juizados. CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. “Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo”. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 409-422, setembro de 2006, p. 412. Artigos do Código Penal: Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

aplicação a agressões domésticas, foi apontada como responsável por banalizar tais condutas e atribuir-lhes a pecha de crimes *irrelevantes*, como se não representassem lesividade bastante para o Direito e para a sociedade. A medida da *ofensa* estabelecida foi a pena máxima cominada no Código Penal – e essa escolha não contemplou a natureza particular da violência doméstica, uma vez que a sanção relacionada a crimes de lesão corporal desses casos seguia a previsão comum contida no Código Penal (detenção de três meses a um ano).¹²⁹

De acordo com a Lei n. 9.099/1995, cabem aos juízes a promoção de audiências de conciliação a fim de realizar, sempre que possível, a composição dos conflitos e a transação penal, com aplicação de penas não privativas de liberdade. Esse momento, em que vítima e agressor se encontram perante um mediador, é muitas vezes apontado como um episódio de exposição para a mulher, que vê seu conflito não raramente ser *reprivatizado*. Segundo Carmen Hein de CAMPOS, a conciliação pressupõe uma condição de igualdade de poder entre os litigantes e, em crimes relacionados à violência doméstica, não ocorre essa simetria.¹³⁰

O procedimento pode ser interpretado, também, por outros prismas, já que se adequaria às expectativas das mulheres que não esperam, do sistema de justiça, uma punição penal de seus agressores, mas sim uma conversa mediada sobre a vivência violenta. Seria um momento privilegiado para que a mulher pudesse falar sobre suas necessidades e expectativas diante do relacionamento com o autor e das possíveis respostas judiciais. Pela óptica de IZUMINO, a audiência de conciliação pode ser considerada uma oportunidade de dar voz à mulher, conferindo-lhe uma chance para o exercício de poder.¹³¹

¹²⁹ Na visão de IZUMINO, a interpretação judicial de que crimes de violência contra a mulher são de menor potencial ofensivo representam um viés institucional de discriminação de gênero. IZUMINO, 2004, *op. cit.*, p. 18. Em depoimento, uma das delegadas das DDMs entrevistada por DEBERT relata: “A gente levou 12 anos fazendo aparecer que a violência doméstica era crime. De repente, isso foi banalizado”. DEBERT, 2006, *op. cit.*, p. 44.

¹³⁰ De acordo com Iáris CORTES e Myllena CALAZANS, cerca de 90% dos casos se encerrava em arquivamento nas audiências de conciliação, restando às mulheres a sensação de ausência de resposta efetiva por parte do poder público ante a violência sofrida. CALAZANS e CORTES, 2011, *op. cit.*, p. 42. Sobre o processo de *reprivatização* do conflito de violência doméstica, ver CAMPOS e CARVALHO, 2006, *op. cit.*, p. 416. Sobre a promoção de conciliações entre vítima e agressor, CAMPOS afirma: “[a] forma de aplicação dos novos institutos acaba renovando a disputa conjugal em desfavor à vítima, devolvendo o poder ao autor de violência, pois, em última análise, é o sujeito que tem a capacidade de aceitar os termos da proposta. Reprivatiza-se, portanto, conflito que veio ao Judiciário buscar resolução do Poder Público”. CAMPOS e CARVALHO, 2006, *op. cit.*, p.415-416.

¹³¹ IZUMINO, 2004, *op. cit.*, p. 17.

A forma de penalização dos agressores mostra-se como um outro ponto sensível. Alega-se que muitas mulheres, ao recorrerem aos Juizados Especiais, desconheciam o procedimento e a orientação da instituição em prezar pela aplicação de penas não privativas de liberdade. Haveria duas consequências perversas desse fato. A primeira se relaciona a uma possível banalização da violência, uma vez que a condenação dos agressores se pautaria, em boa parte das vezes, no pagamento de multas ou de cestas básicas. O caráter pecuniário dessas penas fez com que socialmente fossem desvalorizadas como instrumento punitivo, o que alimentaria uma sensação de impunidade perante o ato violento de caráter doméstico. Restaria reforçado, dessa maneira, o sentimento de não gravidade da conduta.¹³² Outra característica distintiva dos procedimentos dos Juizados que poderia se mostrar danosa à mulher vítima de violência seria o fato de o registro de lesões corporais de natureza leve ser condicionado à representação da ofendida, tornando possível a retirada dessa representação para que o processo não mais prosseguisse. O comportamento feminino, dessa forma, seria o único instrumento hábil a determinar o início da ação penal e também o seu encerramento, fazendo com que mesmo as mulheres que conseguiram romper com a barreira do medo alimentado pelo parceiro agressivo ficassem expostas a novas violências para que retirassem a notícia-crime realizada – ou então que se expusessem a violências muito mais contundentes do que a que gerou ida à delegacia, em decorrência de uma vingança pela realização da queixa.¹³³

É necessário pontuar, no entanto, que a exigência da representação da vítima ante uma violência e a possibilidade de retratação podem se apresentar como uma vertente da autodeterminação da mulher, a fim de respeitar suas estratégias de negociação de poder no seio da relação familiar e de contemplar as respostas que esperam de suas atitudes, sejam estas alcançadas via Juizado ou pelo diálogo direto com o agressor.¹³⁴

A retirada da notícia-crime pela vítima, prática que já se mostrava presente nas DDMs, geralmente se mostrava de difícil compreensão por parte dos funcionários dos Juizados e dava ensejo a uma percepção vitimizada da mulher, o que se refletia em violência institucional. A mulher agredida e presa em uma relação abusiva passou a ser apontada como

¹³² Art. 62 da Lei nº 9.099: O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

¹³³ De acordo com IZUMINO, o comportamento da mulher acaba se transformando em um instrumento de descriminalização da violência sofrida por ela. IZUMINO, 2004, *op. cit.*, p. 19.

¹³⁴ Abordar-se-á com mais profundidade a questão da representação na vítima nos crimes de lesão corporal leve no tópico 2.3. deste trabalho.

responsável por não permitir que os crimes contra ela fossem investigados e por instrumentalizar o aparato de justiça. Essa instrumentalização, que já reflete um avanço na busca por direitos, era considerada não como um passo na libertação da mulher e de sua tomada de posição como sujeito de direitos, como defende IZUMINO,¹³⁵ mas como uma estratégia de chantagem usada pela vítima para submissão do companheiro agressor. É preciso considerar que, ao contrário das DDMs, os funcionários dos Juizados sequer dispunham de capacitação para realizar atendimentos de violência doméstica. CAMPOS afirma que há dificuldade por parte dos operadores do Direito na compreensão do esforço envolvido na realização de uma queixa e em se ponderar a existência de inseguranças e incertezas diversas.

Eles ignoram, por exemplo, que as inúmeras denúncias nas delegacias são tentativas de confiar no sistema legal e fazem parte do processo de ruptura do denominado ciclo da violência doméstica. A mulher agredida não é uma mulher irracional, que não sabe o que quer. É uma mulher que está buscando, por meio de vários mecanismos, mudar a situação de violência. Como consequência, o tratamento jurídico dispensado a estes casos será fundamental para a mudança da situação e para a confiabilidade futura no sistema.¹³⁶

Observou-se, assim, que a emergência dos Juizados Especiais Criminais mostrou-se muito mais danosa do que bem sucedida no que tange ao oferecimento de acolhimento jurídico às vítimas de violência doméstica. Visando desafogar a justiça e trazer alternativas de caráter garantista no trato de crimes com penas máximas cominadas em até 2 anos, a Lei n. 9.099/1995 centralizou o debate sobre a violência de gênero no rito processual e deixou de problematizar de forma mais profunda suas motivações e consequências.¹³⁷ Houve um desvirtuamento da atuação das Delegacias de Defesa da Mulher, que deixaram de exercer o papel já deficiente que empreendiam, e instaurou-se uma sensação de impunidade e de não relevância social da violência doméstica.

¹³⁵ IZUMINO, 2004, *op. cit.*, p. 07.

¹³⁶ CAMPOS, Carmen Hein de. “Violência doméstica e direito penal crítico” in JONAS, Eline. *Violências Esculpidas*. Goiânia: Editora da UCG, 2007, 146.

¹³⁷ CAMPOS e CARVALHO, 2006, *op. cit.*, p. 411.

2.3. Construção e Estrutura da Lei Maria da Penha

2.3.1. Histórico

Ante as evidentes deficiências da aplicação da Lei n. 9.099/1995 a casos de violência doméstica, mostrou-se imprescindível repensar a legislação sobre o tema. O movimento feminista emergiu como ator político e fomentou a idealização de um diploma legal inovador, voltado exclusivamente para interesses específicos das mulheres vítimas de violência. Faz-se necessário destacar, no entanto, que o processo de elaboração, tramitação e publicação da Lei Maria da Penha foi uma longa jornada que intentava não apenas a suprir as referidas demandas legislativas internas, mas também cumprir determinações internacionais.

Um marco na história dos Direitos Humanos, a Declaração Universal de 1948 inaugurou a aplicação de instrumentos internacionais de proteção, caracterizados pela ótica da indivisibilidade e universalidade de tais direitos. Percebeu-se, no curso histórico, que se mostrava insuficiente tratar os indivíduos de forma genérica, uma vez que algumas violações de direito se direcionam a grupos específicos, o que demandaria, por conseguinte, um tratamento particular e diferenciado por parte dos Estados e de organizações internacionais. Nesse contexto se insere a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – CEDAW), de 1979, que determina a adoção, pelos Estados-parte, de medidas legais, políticas e programáticas para eliminar a discriminação contra a mulher, seja em âmbito familiar ou institucional, por empresas e pelo próprio Estado. Mesmo não sendo a violência contra a mulher o foco da referida Convenção, o Comitê CEDAW tratou da matéria em sua Recomendação Geral n. 19:

Family violence is one of the most insidious forms of violence against women. It is prevalent in all societies. Within family relationships women of all ages are subjected to violence of all kinds, including battering, rape, other forms of sexual assault, mental and other forms of violence, which are perpetuated by traditional attitudes. Lack of economic independence forces many women to stay in violent relationships. The abrogation of their

*family responsibilities by men can be a form of violence, and coercion. These forms of violence put women's health at risk and impair their ability to participate in family life and public life on a basis of equality.*¹³⁸

A Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, e a Plataforma de Ação de Pequim, de 1995, trouxeram ao cenário internacional a concepção segundo a qual os direitos das meninas e das mulheres são parte integral, inalienável e indivisível dos Direitos Humanos. Foi em 1994, com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção do Belém do Pará”), aprovada pela Organização dos Estados Americanos, que se delineou o maior marco internacional de combate à violência contra a mulher. Traz o art. 7º da referida Convenção: “[o]s Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência [...]”.¹³⁹

Foi tendo por base a Convenção de Belém do Pará que se deu a condenação do Brasil pela negligência e omissão ante a violência doméstica sofrida por Maria da Penha Fernandes, que fora vítima de tentativa de homicídio por duas vezes, sendo ambas perpetradas por seu então companheiro. O autor dos crimes, ainda que julgado culpado pela justiça brasileira, permanecia em liberdade depois de 15 anos da realização do julgamento

¹³⁸ UN Women. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. General recommendation n. 19. Disponível em <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>. Acesso realizado em 10 de agosto de 2015.

¹³⁹ Sobre o tema, ver PIMENTEL, Sílvia e PIOVESAN, Flávia. “A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 105. São tópicos elencados pelo artigo: “a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação; b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos; g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes; h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.” Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Organização dos Estados Americanos. Disponível em <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso realizado em 14 de agosto de 2015.

perante o Tribunal do Júri devido aos sucessivos recursos judiciais de que se utilizou. O caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a impunidade do agressor de Maria da Penha Fernandes deu causa à advertência sofrida pelo País.

As recomendações da Comissão ao Brasil se deram em cinco sentidos: 1) completar o processamento penal do autor dos crimes contra Maria da Penha Fernandes; 2) investigar a responsabilidade pelos atrasos injustificados no processamento do autor e aplicar as medidas administrativas cabíveis; 3) assegurar reparações simbólicas e materiais à vítima; 4) adotar medidas para evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório dado a mulheres vítimas de violência de gênero no País; e 5) apresentar à Comissão um relatório informando o cumprimento das demais recomendações no prazo de 60 dias.¹⁴⁰

A condenação brasileira deu ensejo à constituição de um grupo de trabalho interministerial que, em parceria com a sociedade civil, iniciou a elaboração de uma proposta de instrumentos – inclusive legislativos – para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher.¹⁴¹ O Projeto de Lei 4559 começou a tramitar no Congresso Nacional em dezembro de 2004 e, após dois anos e diversas discussões acerca das disposições legais previstas, foi sancionada a Lei n. 11.340/2006, que passou a ser chamada de “Lei Maria da Penha” a fim de proporcionar uma reparação simbólica à Maria da Penha Fernandes. A Lei representou e representa um momento emblemático de participação do movimento de mulheres na seara legislativa e política do Brasil.

2.3.2. Os bens jurídicos tutelados pela Lei n. 11.340/2006 e suas formas de proteção

¹⁴⁰ O tópico 4 se desdobra em cinco itens: “a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais; e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.” RELATÓRIO 54/01. *Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Organização dos Estados Americanos. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso realizado em 18 de agosto de 2015.

¹⁴¹ PIMENTEL e PIOVESAN, 2011, *op. cit.*, p. 112.

A Lei Maria da Penha trouxe mecanismos que visam a tratar do fenômeno da violência doméstica e familiar de forma plural e multidisciplinar, não se limitando à persecução penal do autor por parte do Estado. O diploma legal incorporou a perspectiva de gênero no tratamento dado a essa espécie de agressão e determinou, em seu art. 42, a vedação à aplicação dos procedimentos previstos pela Lei n. 9.099/1995 – uma das maiores demandas dos movimentos sociais que compuseram o consórcio para elaboração da Lei n. 11.340/2006. O art. 17 da Lei previu a vedação da substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa e a aplicação de penas de cestas básicas, ou de prestações pecuniárias, a fim de combater o sentimento de impunidade e de não gravidade despertado por essa prática nos Juizados Especiais Criminais.¹⁴² Alterou-se o paradigma de enfrentamento à violência doméstica, uma vez que esta se distanciou da equiparação com crimes de menor potencial ofensivo.

Foi suprida uma demanda que já era sentida quando da implantação das Delegacias de Defesa da Mulher: alegava-se que a ausência de uma legislação específica para tratar e conduzir os casos relacionados à violência doméstica e familiar limitava o âmbito de atuação e a capacidade de intervenção das funcionárias e dos funcionários das DDMs. Ainda que a mulher agredida fosse ouvida e acolhida – nos limites das competências das delegadas, escrivãs e policiais – não era possível atender a demandas específicas da vítima nem conduzir os processos de forma alheia ao que previam os Códigos Penal e Processual Penal de então. A Lei Maria da Penha conferiu uma roupagem de *legalidade* de que a atuação das Delegacias carecia para poder receber as vítimas de forma mais adequada.

A Lei n. 11.340/2006 traz, em seu art. 3º, que devem ser asseguradas condições para que as mulheres exerçam de forma efetiva uma ampla gama de direitos: à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, cabendo, de acordo com o par. 2º do mesmo artigo, à família, à sociedade e ao poder público a criação das condições necessárias para o exercício de tais direitos.

¹⁴² Art. 17 da Lei n. 11.340/2006: 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 o pagamento isolado de multa.

Destaca-se que, na redação da Lei Maria da Penha, optou-se pelo uso da expressão “mulheres em situação de violência” em detrimento de “mulheres vítimas de violência”. Essa escolha teve como intuito refutar que à mulher caberia uma posição passiva frente ao agressor e destacar que a situação de vítima é (ou pode ser) transitória. Visou-se romper com termos que pudessem estigmatizar a mulher a fim de deslocá-la para um lugar de sujeito.¹⁴³

É possível realizar uma classificação dos dispositivos da Lei em comento de modo a compreender seus mecanismos punitivos, protetivos e de assistência à mulher que sofreu violência doméstica. Nos tópicos que se seguem, realizaremos essa categorização dos diferentes aspectos da proteção da mulher e nela incluímos a análise dos artigos que mais adequadamente se enquadram em cada um desses contornos.

2.3.2.1. A Assistência

A vertente de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar está permeada por toda a Lei n. 11.340/2006. Foram reunidos procedimentos já existentes e vários criados pela Lei exclusivamente para atender aos fins de proteção e melhor acolhimento à vítima de agressão doméstica.

O art. 9º da Lei Maria da Penha prevê a articulação entre diferentes políticas públicas, dialogando princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde, da Lei Orgânica da Assistência Social e do Sistema Único de Segurança Pública. Em atenção à vulnerabilidade financeira feminina, presente em muitos casos de violência doméstica, foram implementadas duas medidas: a garantia de inclusão da mulher em programas assistenciais e a manutenção de seu vínculo trabalhista. Sendo a mulher servidora pública integrante da administração direta ou indireta, é prevista prioridade na sua remoção – medida que vai ao encontro de casos em que a vítima, mesmo tendo deixado a relação abusiva, ainda sofre ameaças por parte do parceiro ou ex-parceiro. Caso a mulher seja trabalhadora do setor privado, a Lei

¹⁴³ CAMPOS, Carmen Hein. “Disposições Preliminares – art. 1º, 2º, 3º e 4º” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 178.

prevê a manutenção do vínculo trabalhista por até seis meses quando for necessário afastamento do local de trabalho.¹⁴⁴ O dispositivo ainda contempla o acesso da mulher vítima de violência sexual a serviços de contracepção de emergência e à profilaxia de HIV e Doenças Sexualmente Transmissíveis.

O capítulo da Lei referente ao atendimento da mulher pela autoridade policial, que abarca os artigos 10, 11 e 12, visa a proporcionar à mulher um atendimento eficaz, amplo e isento de violências institucionais – que, na experiência dos Juizados Especiais, manifestava-se em geral pela culpabilização da vítima, pela negligência no atendimento e até mesmo pela tentativa de realizar a composição informal do conflito perante o agressor. Destaca-se que as medidas de proteção contidas na Lei devem ser adotadas não apenas diante da efetivação da violência, mas também na sua iminência.¹⁴⁵ Os incisos do art. 11 preveem providências a serem tomadas pela autoridade policial a fim de suprir demandas bastante específicas de crimes em que o local de perpetração é o próprio lar da vítima e muitas vezes também do agressor: o inciso III prevê o fornecimento de transporte à mulher e aos seus dependentes para um local seguro, se presente risco à sua vida, e o inciso IV prevê o acompanhamento de uma autoridade policial no domicílio da ofendida para que ela retire do local seus pertences, caso haja necessidade.

No que tange aos procedimentos usados para conduzir judicialmente os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (processo, julgamento e execução), a Lei Maria da Penha prevê a aplicação dos Códigos de Processo Penal e Civil e, no que couber, dos Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente (ECA). Fausto Rodrigues de LIMA defende que a ofendida pode beneficiar-se, por exemplo, do direito de preferência na tramitação dos processos, de que fala o Estatuto do Idoso, e das regras específicas de sigilo processual do ECA. O art. 14 da Lei traz a possibilidade de criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDF), bem como a possibilidade de funcionamento noturno dessas instituições. Os JVDFs comportam competência cível e criminal e neles devem ser processados todos os crimes de violência doméstica, à exceção dos dolosos contra a vida, cuja competência é constitucionalmente definida como sendo do Tribunal do Júri. Ao

¹⁴⁴ Ela Wiecko CASTILHOS destaca que caberia ao juiz criminal o reconhecimento de vínculo empregatício, mas ressalta que essa posição não é pacífica na doutrina. CASTILHOS, Ela Wiecko. “Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar – artigo 9º” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 244.

¹⁴⁵ Art. 10 da Lei nº 11.340/2006: Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.

tratar dos processos cíveis, a Lei Maria da Penha elenca como Juizado competente o do domicílio/residência da ofendida, o do lugar do crime ou o do domicílio do agressor. Essa medida se alinha com o fato de que muitas mulheres são obrigadas a deixar sua residência original ou o local onde se deu a agressão em decorrência de perseguições e ameaças por parte do autor.¹⁴⁶

As medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha são de duas ordens: há as de caráter urgente conferidas à ofendida e as que obrigam o agressor. Verifica-se, no art. 19, a legitimação extraordinária do Ministério Público para solicitar a concessão de tais medidas, inovação que desperta críticas por poder representar uma afronta à autonomia feminina.¹⁴⁷ Defende-se, no entanto, que essa estratégia pode representar um auxílio à vítima que não conhece essa alternativa legal ou que não vislumbra a existência de medidas que possam lhe conferir maior resguardo ou proteção. As medidas protetivas de urgência são instrumentos que almejam proporcionar uma proteção imediata à ofendida, oferecendo-lhe acolhida para ela e seus dependentes longe do lar ou do local onde ocorreu a violência e protegendo seu patrimônio. O rol trazido pelos artigos 23 e 24 da Lei não é taxativo e as medidas têm caráter cumulativo.¹⁴⁸

Haja vista o histórico tratamento discriminatório recebido pela mulher em situação de violência, a Lei Maria da Penha previu, em seus artigos 27 e 28, que a vítima deve estar sempre acompanhada de um advogado em todos os atos processuais, sejam cíveis ou criminais e que a mulher tem direito a uma assistência judiciária específica, humanizada

¹⁴⁶ Sobre a adoção de procedimentos do Estatuto do Idoso e do ECA, ver LIMA, Fausto Rodrigues de. “Dos procedimentos – artigos 13 a 17” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 266. Art. 14 da Lei nº 11.340/2006: Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

Art. 33 da Lei nº 11.340/2006: Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

Os artigos 16 e 17, pertencentes a essa seção, serão estudados mais adiante, no item 2.3.

¹⁴⁷ LAVIGNE, Rosane M. Reis e PERLINGEIRO, Cecília. “Das medidas protetivas de urgência” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 299.

¹⁴⁸ HEERDT, Samara Wilhelm. “Das medidas protetivas de urgência à ofendida – artigos 23 e 24” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 317.

e gratuita. Esse acompanhamento visa a minimizar a desinformação e a omissão ante agressões, bem como a orientar adequadamente a ofendida sobre as consequências jurídicas e práticas de suas decisões. Trata-se de uma previsão que se volta à superação de violências institucionais e de negligências a respeito do crime relatado. Ressalta-se que, ainda que haja assistência jurídica, esta deve sempre primar pelo protagonismo da mulher e de seus interesses conscientemente manifestados.¹⁴⁹

A Lei também determinou a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e previu a possibilidade de atendimento multidisciplinar das mulheres que a eles recorressem. Ainda que a presença de uma equipe multidisciplinar seja facultativa, a possibilidade de amparo psicossocial e de saúde (além de jurídico) mostra-se de fundamental importância no acolhimento de uma vítima de violência doméstica. A equipe poderá prover o magistrado responsável pelo processo criminal e cível de laudos e avaliações sobre a agressão sofrida, para que eventuais medidas protetivas sejam concedidas de forma adequada a cada caso concreto. Mostra-se necessário que, a fim de fornecer uma rede de proteção efetiva e eficiente à mulher, as servidoras e os servidores dos Juizados Especiais passem por constante capacitação nos temas de violência de gênero e violência doméstica.¹⁵⁰

2.3.2.2. A Prevenção

O viés preventivo da Lei Maria da Penha se encontra eminentemente no art. 8º do referido diploma. É prevista a articulação entre os entes federativos e desses com organizações não-governamentais a fim de implementar diretrizes que deverão guiar a política de coibição da violência doméstica. Fala-se da coleta de dados sobre essa espécie de agressão, a fim de melhor delinear as ações de enfrentamento, e do combate a representações femininas estereotipadas em mídias diversas, cuja violência simbólica atinge um sem-

¹⁴⁹ BELLOQUE, Juliana Garcia. “Da assistência judiciária – artigos 27 e 28” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 344;

¹⁵⁰ KATO, Shelma Lombardi. “Da equipe multidisciplinar – artigos 29 a 32” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 349.

número de mulheres. Destaca-se, também, a previsão de realização de campanhas de conscientização sobre violência doméstica e a inclusão, nos currículos escolares, de conteúdos relativos a direitos humanos e equidade de gênero – medidas que almejam combater fatores geradores do sexismo, que, conforme já abordado no Capítulo 1 deste trabalho, está ligado de forma umbilical à violência doméstica e familiar contra a mulher.¹⁵¹

A promoção de campanhas e programas de enfrentamento também está presente no art. 35 da Lei, que também prevê a criação de centros de educação e reabilitação para agressores. Tenta-se, nesses centros, por meio de grupos supervisionados por psicólogos, despertar reflexão acerca dos conflitos *intra* e *interindividuais* que operaram como fator do agir violento para que o homem dispa-se da sensação de legitimidade ao agredir uma mulher e não mais o faça. Tais centros representam a constatação de que medidas punitivas não se mostram suficientes quando se trata dessa espécie particular de violência.¹⁵²

A Lei n. 11.340/2006 prevê a implementação de canais de atendimento especializados nas demandas femininas, em particular nas Delegacias de Defesa da Mulher, e a capacitação permanente das e dos profissionais envolvidos no acolhimento das ocorrências realizadas por mulheres agredidas. Como já referido no tópico anterior, almeja-se combater a violência institucional contra a mulher agredida, que acaba por provocar uma vitimização secundária da vítima.¹⁵³

¹⁵¹ No que tange à prevenção, deve-se mencionar as medidas protetivas de urgência, cuja funcionalidade é evitar novas agressões ou a concretização de ameaças.

¹⁵² De acordo com Alvinó Augusto de Sá, conflitos interindividuais são aqueles que se se associam a fins racionais, ainda que não socialmente ajustáveis, como por exemplo o espólio de determinada quantia em dinheiro pelo fato de o agente estar em condição de privação material – ou simplesmente pelo fato de o agente desejar determinado bem por não conseguir obtê-lo das formas tradicionais e legais. Por outro lado, conflitos intraindividuais são aqueles que se relacionam com finalidades irracionais ou irrealísticos, sendo a conduta quase um fim em si mesma. O objetivo seria a descarga de tensões e frustrações internas e o ato praticado seria a simbolização do conflito. Compreendemos que a violência doméstica contra a mulher em muito se relaciona com conflitos de natureza intraindividual e que os crimes são a materialização de tensões relacionadas a tradições culturais e de papéis de gênero. Trataremos de forma mais pormenorizada de grupos de apoio a homens agressores mais adiante no presente estudo. Sá, Alvinó Augusto de. *Criminologia Clínica e psicologia criminal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56-57.

¹⁵³ “A vitimização primária é normalmente entendida como aquela provocada pelo cometimento do crime, pela conduta violadora dos direitos da vítima – pode causar danos variados, materiais, físicos, psicológicos, de acordo com a natureza da infração, personalidade da vítima, relação com o agente violador, extensão do dano, dentre outros. Por vitimização secundária ou sobrevivimização, entende-se aquela causada pelas instâncias formais de controle social, no decorrer do processo de registro e apuração do crime [...]”. BARROS, Flaviane de Magalhães. *A Participação da Vítima no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 72.

2.3.2.3. A Punição

O caráter punitivo da Lei n. 11.340/2006 é o que teve maior repercussão quando de sua promulgação. Houve modificação do Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal em relação ao procedimento pátrio quando da tramitação de crimes de violência doméstica, deixando mais gravosa a punição a eles relacionada.

O art. 5º, que trata do alcance da Lei, traz em seu *caput* a reprodução da definição de violência contra a mulher contida na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”) e demarca o componente de gênero existente nessas agressões. Necessário destacar que, para além de constituição biológica, o gênero abarca todo um papel social e um conjunto de vivências, o que permite, na interpretação da Lei, a inclusão de mulheres transgêneras dentre os sujeitos passivos, independentemente da prévia realização de cirurgia de adequação sexual. O parágrafo único do mesmo artigo prevê ainda a abrangência da lei no caso de relacionamentos homoafetivos, fazendo com que mulheres também possam ser punidas nos termos da Lei Maria da Penha por agressão doméstica e familiar contra uma parceira ou ex-parceira.¹⁵⁴

As formas de violência contra a mulher expressas no art. 7º da Lei contemplam cinco dimensões de agressões com um componente de gênero, porém, o *caput* do mesmo dispositivo esclarece que não se trata de um rol taxativo:

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

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

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização,

¹⁵⁴ CRUZ, Rúbia Abs e SIMIONI, Fabiane. “Da violência doméstica e familiar – art. 5º” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 186.

exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

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

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

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

Diante das previsões da Lei n. 11.340/2006, foi implementada uma alteração no Código Penal a fim de conferir uma punição mais gravosa aos crimes que envolvessem violência contra a mulher. Sendo o crime de agressão física o que detém maior visibilidade, decidiu-se por inserir o parágrafo 9º no art. 129, aumentando a pena-base de três meses a um ano para três meses a três anos de detenção:

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:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Modificou-se também o art. 61 do Código, que incluiu como qualificadora o cometimento do crime no seio de uma relação doméstica:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...]

II - ter o agente cometido o crime: [...]

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

O art. 61 tem o condão de agravar a punição aos demais crimes relacionados à violência contra a mulher que não o de agressão física. Ele agrava a pena (i) do crime de ameaça (art. 147 do Código), que dialoga com a chamada *violência psicológica* da Lei Maria da Penha; (ii) do crime de estupro (art. 213), ao qual se relaciona a *violência sexual*; (iii) dos crimes de calúnia (art. 138), difamação (art.139) e injúria (art. 140), ligados à *violência moral*.¹⁵⁵

A Lei Maria da Penha previu também alteração do art. 152 da Lei de Execução Penal a fim de incluir o parágrafo único:

Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.¹⁵⁶

A fixação de sanções mais gravosas nos crimes cometidos com violência doméstica contra a mulher representa a tentativa de abordar com mais seriedade penal tal fenômeno, rompendo com a lógica implementada pela Lei n. 9.099/1995 – cujos institutos deram ensejo à acusação de instrumentalização da violência doméstica para se alcançar um Direito Penal mais garantista. Faz-se necessário discutir a respeito das consequências desse agravamento de penas para o agressor, para a vítima e para a sociedade que, ao mesmo tempo que tenta combater a violência, usa-se preponderantemente de instrumentos punitivos para tal enfrentamento.

2.4. Alteração interpretativa promovida pela ADI 4.424/DF

¹⁵⁵ É possível incluir, nesse rol, o favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228), o rufianismo (art. 229) e o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B), ainda que a aplicação da Lei 11.340/2006 seja mais rara nesses casos.

¹⁵⁶ A realização de programas de reeducação e recuperação para homens agressores também se mostra presente no art. 35 da Lei 11.340/2006, conforme já mencionado.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF teve seu fundamento na investigação sobre a interpretação conferida aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei Maria da Penha, que tratam da possibilidade de retratação da mulher diante de uma representação por lesão corporal leve ocorrida em contexto de violência doméstica. Ressalta-se que ainda que o texto legal traga o termo *renúncia*, o sentido a ele conferido é o de *retratação*, ou seja: o ato da vítima desistir da ação penal fazendo com que a notícia crime por ela encaminhada seja retirada e não siga seu curso processual. Assim, inferia-se o caráter público *condicionado* à representação vítima para que o crime fosse denunciado, já que ela teria o condão de fazer com que a representação fosse retirada.

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; [...]

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.

O referido procedimento de retratação, caro às ações penais públicas condicionadas à representação da vítima, passou a ser adotado nos crimes de lesão corporal de natureza leve a partir do surgimento da Lei n. 9.099/1995, que traz em seu art. 88 que “[a]lém 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.” Apesar de a Lei Maria da Penha trazer textualmente em seu art. 41 a inaplicabilidade da Lei n. 9.099/1995 aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, o que ocorreu na prática dos Tribunais foi a transposição do conteúdo do art. 88 da referida lei para o tratamento jurídico processual dado a agressões domésticas.

A emergência de uma lei específica que se voltasse ao fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher em muito se deve ao insucesso dos Juizados Especiais Criminais no que tange a essa temática, bem como à identificação de uma proteção deficiente da mulher vítima dessa espécie de violência, conforme já explorado em tópicos anteriores

deste estudo. Ainda que estivesse presente esta perspectiva, verificou-se que prevaleceu o costume dos JECrims a respeito da interpretação sobre o caráter público condicionado à representação da ofendida diante dos crimes de lesão corporal leve. Isso se deve não ao deliberado desrespeito aos preceitos do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, mas sim à interpretação segundo a qual haveria a vedação à aplicação da Lei n. 9.099/1995 somente no que se refere aos institutos despenalizadores desta, quais sejam, a aplicação de penas de “cesta básica” ou de multa quando de crimes cometidos em circunstância doméstica.¹⁵⁷

Esse entendimento foi corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.097.042/DF, em que se decidiu que:

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.¹⁵⁸

O posicionamento do STJ sublinha o fato de o legislador da Lei Maria da Penha ter optado, no art. 16, pela previsão de retratação por parte da ofendida e restringe essa possibilidade aos crimes de lesão corporal leve. Com isso visa a harmonizar o referido dispositivo com a orientação trazida pelo art. 41, sobre a não aplicação da Lei n. 9.099/1995.

Apesar do entendimento do STJ, o Procurador-Geral da República apresentou o pedido no Supremo Tribunal Federal por uma interpretação mais condizente com os preceitos constitucionais dos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei Maria da Penha, alegando que condicionar a ação pública relativa a lesões corporais de natureza leve à representação da vítima refletiria em uma proteção deficiente da mulher. Apontou que a previsão do art. 41 da Lei n. 11.340/2006 sobre a não aplicação da Lei n. 9.099/1995 deveria ser integralmente considerada, não apenas no que se refere à inaplicabilidade dos seus institutos

¹⁵⁷ Artigo 41 da Lei nº 11.340/2006: “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.”

¹⁵⁸ Recurso Especial nº 1.097.042 - DF (2008/0227970-6), relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em <http://www.recursoescriminais.mppr.mp.br/arquivos/File/STJ/REsp1097042.pdf>. Acesso realizado em 02 de agosto de 2015.

despenalizadores. O núcleo do pedido se situa na alegação de que a forma com que se conduz o rito processual das lesões corporais leves cometidas em seio doméstico, condicionando-as à representação da vítima, transgrediria a previsão constitucional dos artigos 5º, inciso XLI, e 226, parágrafo 8º, referentes respectivamente ao dever legal de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e ao dever de assegurar a assistência à família na pessoa de cada um de seus membros, fomentando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Restaria configurada, assim, a afronta ao princípio da proibição da proteção deficiente, que integra, por sua vez, o princípio da proporcionalidade.

A ADI foi votada procedente em fevereiro de 2012 e contou somente com um posicionamento em sentido contrário, por parte do Ministro Antonio Cezar Peluso. O relator, Ministro Marco Aurélio Mello, asseverou em seu voto que a renúncia à representação (ou retratação) por parte da vítima não deriva de seu exercício livre e espontâneo, mas sim do “fato de vislumbrar uma evolução do agente”.¹⁵⁹ Segundo o Ministro, deixar a possibilidade de ação estatal a critério da vítima não se mostra condizente com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que sua manifestação encontrar-se-ia cerceada por fatores como o medo de represálias por parte do agressor, que são comumente observadas quando a vítima procura por ajuda. Mostrar-se-ia necessário considerar toda a gama de pressões que circundam a mulher vítima de violência doméstica e familiar, desde as de ordem financeira até as que refletem a assimetria de poder no convívio com o parceiro, derivada de construções históricas e culturais da nossa sociedade. Tais fatores seriam responsáveis por impedir a mulher de romper com a relação violenta e contribuiriam para a *indubitável* carência de espontaneidade quando do recuo diante de uma representação. Esse posicionamento também se encontra presente no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que destaca que a livre manifestação de vontade da ofendida seria inibida pela permanente coação física e moral a que a mulher em situação de violência doméstica estaria sujeita.

A Ministra Rosa Weber, em seu voto, destacou o compromisso firmado pelo Brasil na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”) e a condenação do país pelo que chamou de *ineficiência seletiva* do sistema judicial para tratar de crimes com componente doméstico, o

¹⁵⁹ Voto do Ministro Marco Aurélio Mello na ADI 4.424/DF, p. 02. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/07/ADI4424STF09022012.pdf>. Acesso realizado em 04 de agosto de 2015.

que retrataria um evidente tratamento discriminatório para com a violência de gênero. Defende que em crimes de violência doméstica e familiar a vontade da vítima se encontra vulnerável a pressões internas e externas como talvez em nenhuma outra espécie de violência – e, diante disso, exigir da ofendida a representação como condição à ação penal refletiria a imposição de uma exigência maior à mulheres vítimas dessa violência do que às vítimas de lesões corporais leves em outros contextos sociais. A vinculação da vítima ao agressor, no caso dos crimes de violência doméstica, conferiria um impacto muito maior (e, portanto, desproporcional) da exigência de representação.

O voto do Ministro Luiz Fux, que acompanha o relator em seu posicionamento, traz que é possível identificar uma afronta à dignidade humana feminina na interpretação pela necessidade de representação da mulher diante de crimes de lesão corporal leve e contexto doméstico. O fato de o crime ser condicionado à manifestação da ofendida refletiria um obstáculo “à efetivação do direito fundamental à proteção de sua inviolabilidade física e moral”. Na dicção de Carlos Ayres Britto, a alteração interpretativa vai ao encontro da mudança de mentalidade que a Lei Maria da Penha se destina a promover. Segundo o Ministro, a vítima de uma agressão doméstica tende a ser condescendente com o autor e a alteração em comento teria a capacidade de proteger “a agredida dela mesma, de sua excessiva condescendência”.¹⁶⁰ O voto do Ministro Celso de Mello se delineia no sentido de defender que o Direito represente um instrumento de libertação da mulher e não de opressão, a fim de banir a matriz ideológica patriarcal da sociedade brasileira. O Ministro conclui defendendo que o resultado do julgamento em tela tende a fortalecer e efetivar a reação do Estado na repressão e prevenção dos crimes praticados em contexto doméstico e familiar.

O único voto dissonante ao do relator foi o do Ministro Antonio Cezar Peluso, que apresenta três linhas argumentativas diversas. Na primeira delas, o Ministro considera a intenção do legislador em manter a previsão de representação da vítima no texto legal. Alega que, sendo a lei produto da discussão de uma equipe multidisciplinar e de diversas audiências

¹⁶⁰ Voto do Ministro Luiz Fux na ADI 4.424/DF, p. 09. Sobre a necessidade de que a ação penal nos crimes de lesão corporal leve não seja condicionada à representação da mulher que sofre violência doméstica, manifesta-se o Ministro Ayres Britto: “[A]ssim como Lacordaire disse que entre fracos e fortes, ou seja, entre hipossuficientes e hipersuficientes, a liberdade é que escraviza e a lei é que liberta, há uma fábula conhecidíssima: a mesma liberdade para lobos e cordeiros é excelente para os lobos.” Na linha argumentativa do Ministro Ayres Britto, a Ministra Cármen Lúcia assevera: “[A]s pessoas que, todos os dias, foram aquebrantadas, mutiladas, enfraquecidas e que têm medo, começam a achar que a vida delas depende daqueles que, pelo menos, as deixam sobreviver!” ADI 4.424/DF, p. 04. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/07/ADI4424STF09022012.pdf>. Acesso realizado em 04 de agosto de 2015.

públicas, não seria idôneo desconstruir essa escolha. A segunda via de argumentação se baseia na relativização de um suposto vício de vontade da mulher agredida que realiza a retratação. De tal modo, ainda que na maioria dos casos a vítima seja constrangida a retirar a notícia-crime de violência doméstica, é preciso olhar para os casos em que tal constrangimento não existe e que a retratação representa nada menos que uma decisão legítima da mulher. De acordo com o Ministro,

[m]uitas mulheres não fazem a delação, não levam a notícia-crime por decisão que significa exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do seu destino. Isso é dimensão que não pode ser descurada. O ser humano se caracteriza, exatamente, por ser sujeito da sua história, a capacidade que tem de se decidir por um caminho, e isso me parece que transpareceu à edição dessas duas normas agora contestadas.¹⁶¹

Seria configurado, dessa forma, um desrespeito à autodeterminação feminina, que teria o condão de escolher se tem interesse em influir no curso processual ou não. Em terceiro lugar se encontra uma argumentação que revela a preocupação com o núcleo familiar e com a proteção da família:

[o] legislador, como o constituinte levaram em consideração, como valores, que têm que ser de algum modo compatibilizados, a necessidade da proteção da condição da mulher e a necessidade da manutenção da situação familiar, em que está envolvida não apenas a condição da mulher ou a condição do parceiro, mas também filhos, netos, outros parentes, e que constituem elemento fundamental na mecânica da sociedade.¹⁶²

Faz-se necessário destacar que a posição adotada pelo Ministro Cezar Peluso dialoga com a crítica realizada por SAFFIOTI, segundo a qual um dos desafios no enfrentamento da violência doméstica é a tentativa, por meio de diversos atores sociais, de manutenção da unidade familiar (“sagrada família”) ainda que isso se dê às custas da integridade física ou psíquica da mulher.¹⁶³ Essa afirmação do Ministro Peluso não

¹⁶¹ Voto do Ministro Cezar Peluso na ADI 4.424/DF, p. 02. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/07/ADI4424STF09022012.pdf>. Acesso realizado em 04 de agosto de 2015.

¹⁶² *Idem*, p. 03.

¹⁶³ SAFFIOTI, 2004, *op. cit.*, p. 88.

reconhece a assimetria presente nas relações de gênero e nem as especificidades da violência contra a mulher que fazem com que muitas mulheres silenciem.

Apesar de o resultado da votação da ADI 4.424/DF revelar uma posição quase pacífica entre os membros do Supremo Tribunal Federal, com dez votos no sentido de admitir interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei n. 11.340/2006, a questão do cabimento ou não de retratação da ofendida despertou intensos debates na seara acadêmica e no movimento feminista.¹⁶⁴

A experiência de coação moral se revela como frequente dentre as mulheres que sofrem violência doméstica e familiar. Não raramente se encontram casos de mulheres que vivenciam essa espécie de agressão há mais de uma década e que encontram no silêncio uma via de proteção contra eventuais violências mais contundentes. A pesquisa *A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil*, já mencionada neste trabalho, relata como parte considerável dos homicídios e tentativas de homicídio que compuseram o levantamento jurisprudencial do relatório advieram de momentos de ruptura ou denúncia por parte das mulheres que já sofriam agressões domésticas. Resta claro, na argumentação dos Ministros favoráveis à interpretação conforme dos artigos em debate, a existência de uma preocupação a respeito dos efeitos do silenciamento da violência doméstica e de que ele se reflita na manutenção da violação dos direitos femininos à própria integridade física, ferindo, por consequência, a autoestima e capacidade de autodeterminação da mulher agredida.

De uma outra perspectiva, ainda que se reconheça a marcante presença de coações morais e ameaças por parte do agressor a fim de que a vítima não leve à notícia-crime à autoridade policial ou que ela retire a representação já realizada, considera-se que é preciso relativizar a crença segundo a qual as ações da mulher somente se derivam de uma prévia determinação masculina. Na visão de críticos do resultado da ADI 4.424/DF, o vício na retratação pode existir, mas não estaria presente na totalidade dos casos em que esta ocorre. A decisão mostrar-se-ia negativa por reafirmar o mito da irracionalidade feminina, segundo o qual a mulher precisa ser defendida e protegida, já que não saberia se colocar nos relacionamentos ou na vida social e pública.

¹⁶⁴ Faz-se necessário destacar que a decisão do Supremo Tribunal Federal envolveu somente o crime de lesão corporal leve. As ações penais referentes ao crime de ameaça, que se enquadra na chamada violência psicológica, permanece condicionado à representação da ofendida, já que assim prevê o Código Penal: “Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.”

Pondera-se que tornar incondicionada a ação penal relativa a lesões corporais leves em contexto doméstico poderia implicar lesar o direito de autodeterminação da mulher e privar-lhe de publicizar a violência no momento em que achar mais pertinente – ou de simplesmente não representar contra seu agressor por julgar insatisfatória a resposta penal que o Estado (por meio do Direito Penal) pode oferecer. Alega-se que retirar da vítima a possibilidade de realizar uma representação e de retratar-se logo em seguida priva a mulher de compor suas relações com o companheiro a título de renegociar os termos da relação. Se antes a mulher poderia utilizar os instrumentos disponibilizados pelo sistema de justiça para demonstrar que tem voz (recuperando seu poder no relacionamento assimétrico) para depois retirar a representação – já que o referido instrumento já teria cumprido seu papel – agora ela não pode mais participar do curso do processo penal. A vítima teria perdido um espaço de ação em prol de uma aparente tutela de seus interesses, como se fosse equiparada a um agente incapaz.¹⁶⁵

Questiona-se se o fato de a realização da notícia-crime ocorrer mesmo a despeito da vontade da ofendida não representaria uma outra via de opressão à liberdade feminina, que se deslocou do homem agressor para agora se fixar na iniciativa de outrem e no Estado. Conferir a possibilidade de iniciativa a outras pessoas que não a mulher agredida ou retirar-lhe a alternativa de retratação poderia significar uma verticalidade no trato da violência doméstica, já que despe a mulher de protagonismo para oferecer-lhe uma suposta proteção que pode, naquele momento, não ser sua demanda mais imediata. A hodierna interpretação dos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei Maria da Penha, nesse sentido, iria no caminho de calar as mulheres, uma vez que tomar-lhes-ia a voz e por elas falaria.

Resta evidente, na decisão do STF, que a vontade da vítima deve ter um limite e que a desautorização de sua atitude (ou omissão) deve prevalecer quando se coloca em risco sua vida ou quando há afronta à sua dignidade física e psicológica. Ainda que a decisão se mostre alinhada à demandas fáticas e que esteja de acordo com a previsão do art. 4º da Lei Maria da Penha, é preciso reconhecer que a Lei n. 11.340/2006 em tela tenta privilegiar

¹⁶⁵ Sobre o tema, Maria Lúcia KARAM defende que “[q]uando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente dita 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 se 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.” KARAN, Maria Lúcia. “Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal” in *Boletim do IBCCrim*, nº 168, novembro de 2006.

simbolicamente a voz da mulher na libertação de um relacionamento abusivo – e os votos dos Ministros deixaram de enfrentar, em sua maioria, em que limites a retirada da autonomia feminina não refletiria, por si, uma nova violência.¹⁶⁶

Com a impossibilidade de retratação, apresentam-se duas preocupações. A primeira é a de a mulher em situação de violência deixar de registrar eventuais agressões por ter ciência de que não seria possível influir posteriormente no curso do processo penal. Poderia haver, portanto, uma invisibilização ainda mais expressiva dos casos de violência doméstica e familiar, já que a mulher agora sequer disporia da instrumentalização da representação contra o parceiro (e da retirada desta) como via para renegociar seu papel no relacionamento com o agressor. A segunda angústia relacionada a interpretar a ação penal como incondicionada seria a estigmatização da mulher que, diante do registro de uma violência realizado por outrem, não se mostra satisfeita com o ato da notificação alheia ou com a solução que o direito penal pode apresentar.

Essas duas preocupações deixam claro o quanto a presença de uma tipificação penal para a violência doméstica não é suficiente para compreender ou enfrentar o fenômeno. Faz-se necessário ainda lutar pela visibilização da violência e pelo rompimento dos ciclos de agressão, mas não apenas isso: é preciso acolher a vítima sem julgá-la por sua decisão de denunciar ou de eventualmente já ter silenciado alguma violência que sofreu. Evidencia-se, assim, o viés transformativo que as iniciativas de enfrentamento da violência doméstica devem ter, operando na eliminação das assimetrias de poder entre os gêneros e no empoderamento feminino.

2.5. A efetividade da Lei Maria da Penha

Ainda que seja sensível a necessidade de adoção de medidas a fim de combater a assimetria entre os gêneros e suas consequências (notadamente a violência contra a mulher), mostra-se difícil medir a efetividade da Lei Maria da Penha para além de seu sentido

¹⁶⁶ Art. 4º da Lei Maria da Penha: “Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

simbólico. A temática em geral se mostrava carente de avaliação estatística e a esta se colocam vários empecilhos, tais como a não compreensão, por parte da vítima, de estar sofrendo violência e a invisibilização do fenômeno, que em parte se relaciona com o fator anterior e em parte reflete o medo de denunciar as agressões. Não por outro motivo a Organização das Nações Unidas, por meio da Recomendação n. 19, solicitou seriedade na compilação de dados estatísticos qualitativos e quantitativos sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher a fim de que fosse possível investigar a eficácia das medidas de combate adotadas no Brasil e adequadamente responder às demandas que sobrevierem a essas iniciativas. A indisponibilidade de dados acerca de violência contra a mulher no meio doméstico faz com que uma das únicas investigações possíveis seja a análise comparativa do número de homicídios femininos e masculinos em determinadas situações (como o local do crime e a relação entre agressor e vítima). Estudos publicados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA em março de 2015 revelam que de fato é possível verificar uma redução do número de crimes de homicídios femininos perpetrados por companheiros ou ex-companheiros no domicílio comum ou da vítima desde a publicação da Lei Maria da Penha, em 2006.¹⁶⁷

Sendo a violência doméstica um fenômeno multifacetado, não é possível desenhar um único eixo de ação político para seu enfrentamento. Deve haver um trabalho conjunto e integrado entre sistema de justiça, assistência social, instituições multiplicadoras de ensino e cultura, segurança pública, hospitais e postos de saúde a fim de implementar uma articulação transversal e intersetorial voltada ao combate da violência com componente de gênero.

Antes de analisar as instituições que foram criadas ou modificadas para emitir ou reproduzir políticas públicas, cabe considerar os fatores que podem obstaculizar o acesso das mulheres em situação de violência doméstica ao sistema de justiça para além das questões subjetivas já elencadas, como não-reconhecimento da violência vivenciada e medo de realizar a representação: (i) desconhecimento da Lei n. 11.340/2006; (ii) impossibilidade de fazer uso do conhecimento da Lei, caso ele exista, ou inexistência de ferramentas para

¹⁶⁷ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Nota Técnica – A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil (versão preliminar). Brasília, março de 2015. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24608. Acesso realizado em 25 de agosto de 2015.

concretizar o direito positivado e (iii) insatisfação com o tratamento oferecido pelo sistema de justiça.

No que tange ao primeiro tópico, pesquisas realizadas pelo *DataSenado* apontam que 99,1% das brasileiras conhecem ou já ouviram falar da Lei Maria da Penha.¹⁶⁸ Portanto a Lei n. 11.340/2006 caminha bem no que se refere à sua difusão. Quanto à possibilidade de fazer uso do conhecimento da Lei Maria da Penha, é preciso avaliar se a informação a respeito da existência da lei contempla seu real objeto e se este objeto é reconhecido como uma demanda efetiva da comunidade em que a mulher está inserida. Ainda que a violência contra a mulher seja uma realidade que incomode e fira a subjetividade de diversas vítimas, é possível que as ofendidas não vislumbrem possibilidades de publicização das agressões devido à ausência de instituições para amparar as mulheres. Essa situação reflete uma das facetas da violência institucional contra as vítimas de agressões domésticas e familiares, uma vez que a elas é negada a possibilidade de libertarem-se de uma vida com violência.

O terceiro tópico elencado, sobre a insatisfação com o tratamento oferecido pelo sistema de justiça, possui dois vieses. O primeiro deles é a persistência de um tratamento discriminatório contra a mulher em situação de violência, que pode ocorrer em todas as fases processuais, seja por parte de policiais, delegados, defensores ou juízes. Essa realidade evidencia a necessidade da promoção de cursos e capacitações voltados aos atores do sistema de justiça, a fim de acolher adequadamente a mulher que neles enxerga uma via de auxílio. A segunda perspectiva sobre a insatisfação das vítimas se refere à resposta que o sistema de justiça pode oferecer à demanda, qual seja, a penalização do agressor. Conforme já explorado no presente trabalho, muitas vezes a resistência na realização da representação por parte da mulher agredida pode derivar de sua vontade de que o parceiro-agressor não seja condenado a cumprir uma pena, seja pelo fato de a vítima ainda nutrir afeto pelo companheiro, seja por não achar que uma pena possa resolver ou equacionar a questão da violência sofrida. De acordo com Carmen Hein de CAMPOS, ainda que a aplicação da conciliação entre vítima e autor fosse danosa, já que aplicada nos moldes da Lei n. 9.099/1995, a supressão desse procedimento deixou uma lacuna. Seria necessário, portanto,

¹⁶⁸ Dado retirado do estudo *Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Secretaria de Transparência. DataSenado, Disponível em http://www.senado.gov.br/noticias/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf. Acesso realizado em 21 de agosto de 2015.

construir novas alternativas que permitissem à vítima o acesso à justiça e a sensação de que sua demanda foi ouvida e sua dor levada em consideração.

[R]esta perguntar se é possível avançar não apenas a aplicabilidade da Lei, mas, sobretudo, as respostas penais e não penais por ela oferecidas. Sabe-se que a Lei não criou tipo penal novo, mas tampouco ofereceu alternativas às tradicionais respostas penais. Ao contrário, ao impossibilitar a aplicação da conciliação, da transação penal e da suspensão condicional do processo, ela subtraiu essas alternativas jurídicas sem oferecer outras. Se isso foi necessário diante do quadro que se apresentava pela aplicação da Lei 9.099/95, hoje parece ser fundamental construir novas possibilidades.¹⁶⁹

2.5.1. Políticas Públicas de enfrentamento da violência doméstica

A Lei n. 11.340/2006 é frequentemente apontada como símbolo máximo da luta contra a violência doméstica no Brasil. Porém, por tratar-se de uma iniciativa legislativa, requer uma densa rede institucional que permita a efetiva implementação de suas medidas, não sendo possível que ela, sozinha, alcance seus objetivos para além do simbolismo. Faz-se necessário tratar brevemente dos instrumentos nacionais de enfrentamento da violência contra a mulher e também das iniciativas de enfrentamento já existentes quando da promulgação da Lei e que com ela emergiram em importância e ganharam reconhecimento. Pontuaremos, assim, sobre a atuação da Secretaria de Políticas para as Mulheres.

A Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, criada em 2003, visa a desenvolver um plano de atuação conjunto com os Ministérios, a sociedade civil e a comunidade internacional. A Secretaria possui três linhas principais de ação: (a) Políticas do Trabalho e da Autonomia Econômica das Mulheres; (b) Enfrentamento à Violência contra as Mulheres; e (c) Programas e Ações nas áreas de Saúde, Educação, Cultura, Participação Política, Igualdade de Gênero e Diversidade. A redução de todas as formas de violência contra a mulher surge como um dos principais objetivos do Plano

¹⁶⁹ CAMPOS, Carmen Hein. “Razão e sensibilidade: Teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 09-10.

Nacional de Políticas para as Mulheres de 2013-2015, desdobrando-se em oito objetivos específicos:

- I. Garantir e proteger os direitos das mulheres em situação de violência considerando as questões étnicas, raciais, geracionais, de orientação sexual, de deficiência e de inserção social, econômica e regional.
- II. Garantir a implementação e aplicabilidade da Lei Maria da Penha, por meio de difusão da lei e do fortalecimento dos instrumentos de proteção dos direitos das mulheres em situação de violência.
- III. Ampliar e fortalecer os serviços especializados, integrar e articular os serviços e instituições de atendimento às mulheres em situação de violência, especialmente as mulheres do campo e da floresta.
- IV. Proporcionar às mulheres em situação de violência um atendimento humanizado, integral e qualificado nos serviços especializados e na rede de atendimento.
- V. Desconstruir mitos e preconceitos em relação à violência contra a mulher, promovendo uma mudança cultural a partir da disseminação de atitudes igualitárias e valores éticos de irrestrito respeito às diversidades e de valorização da paz.
- VI. Identificar e responsabilizar os agressores das mulheres que sofrem violência doméstica e sexual.
- VII. Prestar atendimento às mulheres que têm seus direitos humanos e sexuais violados, garantindo os direitos sexuais e os direitos reprodutivos na perspectiva da autonomia das mulheres sobre seu corpo e sobre sua sexualidade.
- VIII. Garantir a inserção das mulheres em situação de violência nos programas sociais nas três esferas de governo, de forma a fomentar sua independência e autonomia.¹⁷⁰

A implementação de redes de atendimento e enfrentamento da violência contra a mulher, realizada pela Secretaria em parceria com as entidades estaduais e municipais, visa a fazer com que as iniciativas sejam especializadas e que se tornem acessíveis ao maior número de mulheres possível. Tais redes contemplam quatro eixos previstos na Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher de 2011 – garantia de direitos, assistência, combate e prevenção – e são compostas por agentes de várias ordens, desde órgãos governamentais e não governamentais, formuladores, executores ou fiscalizadores de políticas públicas, órgãos federais, estaduais e municipais responsáveis pelas garantias de

¹⁷⁰ SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (2013-2015)*. Disponível em http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/SPM_PNPM_2013.pdf. Acesso realizado em 23 de agosto de 2015.

direitos e pelos serviços voltados à mulher em situação de violência (sejam especializados ou não), universidades e serviços voltados à responsabilização dos agentes de agressões domésticas. A rede contempla Centros Especializados da Mulher, Casas Abrigo, Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Promotorias e Defensorias Especializadas, Centrais de Atendimento e Denúncia.¹⁷¹

O programa “Mulher, viver sem violência”, implementado pelo Governo Federal em parceria com 26 unidades da federação¹⁷² em 2013, almeja ampliar e integrar os serviços públicos de atendimento à mulher em situação de violência. Os destaques do programa são a implantação de unidades móveis para atendimento a mulheres em situação de violência no campo e na floresta, iniciativas de organização e humanização do atendimento às vítimas de violência sexual e a construção de Casas da Mulher Brasileira.¹⁷³

As iniciativas de enfrentamento, como se vê, são plurais e envolvem uma grande gama de serviços públicos. A despeito desse reconhecimento institucional de que a violência doméstica se trata de um fenômeno que demanda uma ação multifacetada, o aspecto mais impactante de seu enfrentamento é a intervenção penal operada sobre o agressor. Longe de ser a iniciativa de maior resolutividade no combate a violências com componente de gênero (se é que é possível falar em resolutividade), o Direito Penal chama para si a legitimidade de também atuar nesse conflito. No próximo capítulo trataremos do alcance desse ramo do Direito a fim de traçar os contornos dessa legitimidade de atuação e melhor compreender as suas possibilidades de intervenção no controle social.

¹⁷¹ De acordo com dados da Secretaria de Políticas para as Mulheres, o país conta em 2015 com 238 Centros Especializados da Mulher; há 77 casas abrigo, concentradas em 70 municípios; há 470 Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher e Núcleos de atendimento em delegacias comuns; são 101 Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Varas Adaptadas de Violência Doméstica e Familiar; há 58 Promotorias Especializadas e Núcleos de Gênero do Ministério Público; há 42 Defensorias da Mulher. Dados retirados do site https://sistema3.planalto.gov.br/spmu/atendimento/atendimento_mulher.php?uf=TD. Acesso realizado em 27 de agosto de 2015.

¹⁷² Com exceção de Pernambuco.

¹⁷³ A Casa da Mulher Brasileira será implantada em todas as capitais dos Estados, com exceção de Recife, e visam a concentrar serviços relacionados ao atendimento de mulheres em situação de violência. Haverá apoio psicossocial, serviços de promoção de autonomia econômica, delegacia, defensoria pública, promotoria, juizados e varas especializadas, alojamentos de passagem e serviços de transporte, além de brinquedoteca. Dados retirados do site <http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/cmb>. Acesso realizado em 27 de agosto de 2015.

3. O ALCANCE DO DIREITO PENAL

3.1. Introdução

O presente capítulo visa a tecer algumas considerações acerca da legitimidade da intervenção penal na sociedade brasileira, realizando, para tanto, um retorno a um dos princípios penais limitadores do *ius puniendi* estatal: o princípio da subsidiariedade. Busca-se, a partir da análise do referido princípio, elaborar reflexões a respeito das barreiras à punição que um Estado Democrático de Direito deve comportar, conferindo ao Direito Penal um papel não só coadjuvante, mas de efetiva *ultima ratio*. A subsidiariedade penal apresenta-se como uma das dimensões do minimalismo penal, que, por ser indissociável do princípio em tela, também será abordado no presente capítulo. Buscar-se-á delinear a conceituação e a relevância do princípio da subsidiariedade e, por conseguinte, do princípio da intervenção mínima, a partir do levantamento bibliográfico de obras de autores brasileiros e estrangeiros que influenciaram e influenciam as concepções sobre o tema no País.¹⁷⁴

Não se perderá de vista a funcionalidade de controle social atribuída ao Direito Penal, razão pela qual será realizada uma breve exposição sobre a instrumentalização deste ramo do Direito a fim de conferir legitimidade e poder ao Estado, que reproduz em normas e condutas a sua ideologia. No mesmo tópico, enfrentar-se-á a questão do papel que uma sanção penal pode ter em um Estado Democrático de Direito, ainda que se admita a pena como último recurso no enfrentamento de condutas desviantes.¹⁷⁵

Posteriormente, analisaremos duas outras dimensões sociais nas quais o Direito Penal foi inserido: a da política pública e a da simbologia. Será problematizada a demanda por crescimento e enrijecimento das sanções e discutido o sentido culturalmente atribuído às punições para fins de equalização da ordem social. No que tange ao viés simbólico,

¹⁷⁴ Ressalta-se que princípio da intervenção mínima comporta, em si, não apenas a dimensão do princípio da subsidiariedade, mas também dos princípios da ofensividade (ou lesividade), da fragmentariedade, da necessidade e da proporcionalidade. Neste trabalho focaremos no viés subsidiário implícito no minimalismo penal.

¹⁷⁵ Aqui encaradas como desviantes única e exclusivamente da norma penal, sem considerar normatizações sociais como orientação e identidade sexual, classe e raça.

realizaremos uma reflexão a respeito das crescentes demandas de proteção a novos bens jurídicos e de como o Direito Penal se coloca nessa seara.

As questões suscitadas neste capítulo, aliadas às considerações já anteriormente realizadas sobre violência de gênero e Lei Maria da Penha, servirão de apoio ao quarto e último capítulo do presente trabalho, no qual serão discutidas as medidas penais às quais se sujeitam autores de violência doméstica e familiar contra a mulher.

3.2. A subsidiariedade: Direito Penal como a última fase do controle social

O fato de o Direito Penal ser o instrumento mais contundente de que o Estado dispõe faz com que seja imprescindível ponderar sobre qual seria sua adequada e proporcional aplicação. Por meio dele o Estado visa a proteger os bens jurídicos eleitos como essenciais para seus cidadãos, ainda que seja também com ele que o mesmo Estado, legitimamente, garanta meios de violar as liberdades humanas. Sendo um fragmento do contrato social, o Direito – assim como sua vertente penal – se modifica de acordo com as demandas culturais, econômicas, sociais e políticas, e também tem o condão de interagir com essas variáveis.

Ao cercear as liberdades individuais, as sanções impõem uma penalização que muitas vezes transcende o espaço temporal da pena e se prolonga para toda uma existência, limitando oportunidades e não raramente marginalizando aquele que passa pelo sistema penal. Os efeitos deletérios e duradouros do cárcere, no entanto, não são os únicos resultados negativos de uma política penal repressiva: a subsistência da lógica do castigo contribui para que a imposição de uma sanção seja a mais imediata resposta diante dos desvios sociais. Sobre essa orientação punitiva que parece prevalecer na racionalidade penal moderna, Álvaro PIRES, indaga: “Como conciliar nossa crença secular numa suposta ‘obrigação de punir’ com o princípio segundo o qual o direito criminal deveria ser um recurso de última instância ou de ‘*ultima ratio*’”? De acordo com o autor, a sociedade contemporânea tende a naturalizar tanto a tipificação de condutas em ilícitos penais como a atribuição desmedida

de penas para aquele que infringe a norma.¹⁷⁶ Mostra-se complexa a análise sobre quando seria justo e necessário impor um castigo penal, motivo pelo qual cumpre tentar compreender a origem das demandas de punição e problematizar a aplicação de sanções.

A defesa de um Direito Penal mínimo já pode ser observada no século XVIII na obra de Cesare BECCARIA.¹⁷⁷ Na doutrina nacional, foi com autores como Aníbal Bruno e Magalhães Noronha que o tema se apresentou de forma explícita: de acordo com o primeiro, o direito penal “se distingue entre os outros pela gravidade das sanções que impõe e a severidade de sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada”, razão pela qual seria necessário parcimônia na sua utilização. Magalhães NORONHA ressalta os efeitos graves desse ramo do Direito, pelo que incumbiria ao Direito Penal a limitação de “tutelar os valores mais elevados ou preciosos [...] somente onde há transgressão de valores mais importantes ou fundamentais para a sociedade”.¹⁷⁸

Nelson HUNGRIA expõe de forma mais evidente em sua doutrina o princípio da intervenção mínima, alegando que as sanções penais devem ser o último recurso para equacionar a vontade normativa do Estado e a vontade individual: “[s]e um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal”.¹⁷⁹

Na dicção de Miguel REALE JUNIOR, “[o Direito Penal] constitui uma espécie de controle social, mas de caráter formal e residual, pois só atua diante do fracasso dos instrumentos informais de controle”. Ainda que ele permaneça como uma possível resposta para que a sociedade sinta-se protegida, não é sensata a pretensão de que o Direito Penal se mostre eficaz para impedir a prática de delitos. De acordo com o autor, far-se-ia necessário avaliar a existência de outros meios idôneos e eficazes para promover respeito aos bens jurídicos:

[O] recurso à intervenção penal cabe apenas quando indispensável, em virtude de que tem o Direito Penal caráter subsidiário, devendo constituir a *ultima ratio* e, por isso, ser fragmentário, pois o antijurídico penal é

¹⁷⁶ PIRES, 2005, *op. cit.*, páginas 01 e 05.

¹⁷⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

¹⁷⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo 1º. Editora Forense Rio, 1967, p. 26 e NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Vol. 1. 38ª Edição. São Paulo: Rideel, 2009, p. 05.

¹⁷⁹ “Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. [...] As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado.” HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 178.

restrito em face do antijurídico decorrente do Ordenamento, por ser obrigatoriamente seletivo, incriminando apenas algumas das condutas lesivas a determinado valor, as de grau elevado de ofensividade [...]. Assim, sendo possível a tutela por via extrapenal, esta deve prevalecer. [...] O Direito Penal há de ser regido pelo princípio da intervenção mínima, subsidiária e fragmentária, como *extrema ratio*.¹⁸⁰

Nilo BATISTA ressalta que, ainda que o princípio da intervenção mínima não esteja expressamente contido na Constituição Federal da República de 1988 nem no Código Penal Brasileiro, ele deve ser subentendido na adoção como fundamento da “dignidade da pessoa humana” e como objetivos a promoção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, a fim de alcançar o “bem de todos”.¹⁸¹ Na visão do autor, o Direito Penal se assemelha a um remédio a ser ministrado “somente quando qualquer outro se mostrar ineficiente”.¹⁸² Em sentido semelhante, Cezar Roberto BITENCOURT defende que a criminalização de uma conduta é inadequada e não recomendável se outras formas de sanção forem bastantes e suficientes para a tutela de determinado bem jurídico: “o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”. Dever-se-ia, portanto, recorrer a esse ramo do Direito apenas quando já se esgotarem os meios extrapenais de controle social.¹⁸³

Luiz Regis PRADO defende que “o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa”. Lembra o autor que a sanção penal, por impor sérias restrições aos direitos fundamentais, reveste-se de especial gravidade e deve ser reduzida a um mínimo imprescindível, demandando aplicação apenas na medida em que for hábil a exercer eficácia.¹⁸⁴ Análise similar faz René Ariel DOTTI, segundo o qual a pena criminal deve ser reservada apenas às mais graves lesões a bens jurídicos: “[o] Estado

¹⁸⁰ “[Faz-se necessário] analisar se há outro meio de se promover o respeito ao valor que se pretende tutelar, idôneo e eficaz, ao qual se deve preferir, afastando-se o recurso ao instrumento forte, de graves consequências como o da repressão penal. Só se necessário e idôneo a atender a exigência de proteção do valor relevante por este meio forte, visando à paz social, legitima-se a incriminação.” REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 03, 11, 25 e 26.

¹⁸¹ Respectivamente: art. 1º, inc. III; e art. 2º, inc. I e IV, todos da Constituição de 1988.

¹⁸² BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 83 e 84.

¹⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13 e 14.

¹⁸⁴ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 11ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 171.

somente deve recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o delito.” Ainda segundo o autor, o princípio da intervenção mínima deve ser atendido pelo Poder Legislativo, ao eleger sanções penais somente quando do ataque a bens jurídicos que guardam relação com a Constituição, e pelo Poder Judiciário, que deveria optar por determinar penas alternativas à prisão sempre que possível.¹⁸⁵

Ao tratar do princípio da necessidade, correlato ao princípio da subsidiariedade ora em debate, Mariângela Gama de Magalhães GOMES assevera que o Direito Penal se mostra como uma “faca de dois gumes”, uma vez que a proteção do bem jurídico implica, em seu verso, uma ameaça a todos a quem a norma se destina. Assim sendo, faz-se necessário, segundo a autora, “que o interesse a ser protegido pela norma apresente relevância suficiente para justificar, em contrapartida, uma delimitação da esfera de liberdade”.¹⁸⁶ Especificamente sobre o princípio da subsidiariedade, GOMES afirma que este possuiria um aspecto negativo e outro positivo:

[D]e acordo com o aspecto negativo, o Estado não pode proteger penalmente o bem jurídico quando este poderia receber a mesma proteção através de outras medidas sócio-políticas, ao passo que o aspecto positivo impõe que o Estado seja obrigado a tomar todas as medidas não penais que evitem a utilização do recurso ao direito penal.¹⁸⁷

Na leitura de Janaína Conceição PASCHOAL, uma vez que estamos inseridos em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal “deve ser o último recurso de que o Estado pode lançar mão para proteger bens jurídicos, ou seja, o Estado deve intervir o mínimo possível por meio do Direito Penal”. A autora trata o princípio da subsidiariedade como uma importante vertente do Direito Penal Mínimo, segundo o qual é preciso fazer uso de medidas oriundas de outros ramos do Direito em detrimento de intervenções penais: “[é] em razão do dever de tentar utilizar primeiramente todas as outras armas estatais que se pode falar em subsidiariedade”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 107, 140 e 141.

¹⁸⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 83.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 85-86.

¹⁸⁸ “[P]ara se proteger um bem não basta que se trate de bem relevante a uma dada sociedade, fazendo-se necessário verificar em que medida os outros ramos do direito (civil, administrativo, fiscal etc.) ou mesmo

Alice BIANCHINI defende que a aplicação do Direito Penal deve ocorrer apenas quando se mostrar estritamente necessário, em termos de utilidade social, sendo a pena admitida exclusivamente na ausência de um mal menor que possa substituí-la. Relata a autora que “a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância que o bem jurídico tutelado assume”.¹⁸⁹ A observação da autora se alinha à de Paulo de Souza QUEIROZ, que defende que “o direito penal somente deve ser chamado a intervir quando fracassarem outras instâncias de controle social (jurídicas, inclusive), como família, escola, trabalho, direito civil e administrativo.” Sobre a natureza subsidiária do Direito Penal, o autor afirma que este deve ser “a *ultima ratio* da política social”.¹⁹⁰

Concepções similares podem ser encontradas na doutrina estrangeira. Ao tratar do tema, Claus ROXIN afirma que somente se podem punir lesões a bens jurídicos indispensáveis à vida comum ordenada, pelo que o direito penal deve retirar-se das questões onde bastarem outros ramos do direito, devendo-se recorrer a ele somente como última alternativa. De acordo com o autor, é a necessidade social que confere legitimidade ao Direito Penal, e sua aplicação desnecessária afronta a paz jurídica, motivo pelo qual o bem jurídico receberia uma dupla proteção: através do Direito Penal e perante ele, uma vez que a utilização exacerbada desse instrumento provocaria justamente as situações que se pretenderia combater.¹⁹¹

Santiago MIR PUIG afirma que o critério de gravidade da sanção deve guiar a aplicação ou não aplicação do Direito Penal, devendo este ser usado apenas para afrontas a bens jurídicos que afetarem em maior medida a vida dos cidadãos. Assim sendo, o Direito

outros instrumentos (negociação, mediação etc.) não seriam suficientemente eficazes para proteger o bem em análise.” PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Editora Manole, 2003, p. 15 e 16.

¹⁸⁹ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002, p. 28.

¹⁹⁰ “[esta] decorre [...] da circunstância de o direito penal constituir a forma mais violenta de intervenção do Estado na vida dos cidadãos. E, se o é, impõe que somente quando não forem realmente suficientes outros modos de intervenção social ou jurídica se possa recorrer, legitimamente, ao direito penal, para proteção de bens jurídicos fundamentais.” Ainda sobre o tema, o autor comenta: “O caráter subsidiário do Direito Penal em face de outras formas de controle social decorre, portanto, de imperativo político-criminal proibitivo do excesso: não se justifica o emprego de um instrumento especialmente lesivo da liberdade se se dispõe de meios menos gravosos e mais adequados de intervenção, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade.” QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal – Introdução Crítica*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, pp. 12 e 13.

¹⁹¹ ROXIN, Claus. “Sentido e Limites da Pena Estatal” in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28.

Penal deveria se limitar a ser o último recurso, atuando somente quando os demais meios de controle social, sendo jurídicos ou não, mostrarem-se insuficientes.¹⁹²

Francisco MUÑOZ CONDE interpreta o Direito Penal como uma instituição de controle formalizada, que, ainda que faça uso da violência para impor suas norma, o faz de maneira *contratual* e normativa. A esse ramo do Direito caberia somente intervir em casos de ataques graves a bens jurídicos de maior importância, devendo permanecer as perturbações de natureza mais leve a cargo de outros instrumentos. Segundo o autor, ao Direito Penal corresponde a tarefa “mais temida e mais ingrata”, qual seja, a de “punir com as sanções mais graves os ataques mais intoleráveis aos bens jurídicos mais relevantes” (tradução nossa). Assim sendo, diante de conflitos hábeis de serem solucionados com medidas menos radicais, as sanções penais deverão ser preteridas.¹⁹³

A percepção de Eduardo López BETANCOURT destaca a inadequação existente no uso do Direito Penal para todo e qualquer fim, o que acarretaria, segundo o autor, uma tensão social perniciosa e de verdadeiro pânico. Esse ramo do Direito deveria permanecer, portanto, como um recurso extremo: “a las sociedades se les debe de educar para una adecuada y justa convivencia social y sólo, como ultimo instrumento, se debe de amenazar con la imposición de una sanción, cuya sustentación se encuentra en la ley penal.” De acordo com o autor, deve-se aplicar o Direito Penal quando meios de controle de caráter não-penal não forem suficientes e para proteger os bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais intoleráveis. O abuso na aplicação da lei penal implicaria o desrespeito aos direitos humanos e seria danoso à paz social.¹⁹⁴

Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINAS também define o Direito Penal como um instrumento de controle social formal que somente deve ser posto em funcionamento quando os mecanismos primários de controle social informal fracassarem no

¹⁹² MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General*. 7ª Edição. Barcelona: Reppertor, 2006, p. 50.

¹⁹³ Sobre o controle social exercido pelo Direito Penal, defende o autor que “Lo que diferencia al Derecho Penal de otras instituciones de control social es simplemente la *formalización* del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del cyuntualismo y de la subjetividade propios de otros sistemas de control social”. Mais adiante, sobre a intervenção do Direito Penal: “el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho.”. Sobre o papel subsidiário desse ramo do Direito: “dentro del Ordenamiento jurídico, al Derecho penal le corresponde la tarea más ingrata y temible: la de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes más importantes, y, en este sentido, sí se puede decir que el Derecho Penal debe ser subsidiario del resto de las normas del Ordenamiento jurídico, por cuanto em ello se expresa su carácter de *ultima ratio*”. MUÑOZ CONDE, Francisco; ÁRAN, Mercedes García. *Derecho Penal – Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 01, 02, 72 e 76.

¹⁹⁴ BETANCOURT, Eduardo López. *Introducción al Derecho Penal*. México, DF: Editora Porrúa, 2001, pp. 68 e 70.

contenção dos comportamentos antissociais e desviados de especial gravidade. Afirma o autor:

[S]i todo orden social cuenta con mecanismos primarios de autoprotección, por lo general eficaces, la intervención del control social “formal” sólo se legitima en efecto de aquéllos: cuando la entidad del conflicto exija una respuesta formalizada más drástica por no ser suficiente la de las instancias informales. La maquinaria pesada del Estado debe reservarse para los conflictos más agudos que requieran un tratamiento quirúrgico. Los conflictos de menor entidad pueden ser abordados con instrumentos más ágiles y socialmente menos gravosos. El Derecho Penal es la “última ratio”.¹⁹⁵

Do conjunto de autores analisados, verifica-se a existência de uma posição que em geral se desenha de forma alinhada: a necessária minimalização da aplicação da lei penal para que sejam respeitadas as bases de um Estado Democrático de Direito. Seria preciso limitar o Direito Penal “àquelas situações problemáticas de absoluta irrenunciabilidade”, para que o controle social por ele imposto não transcenda a barreira da defesa dos direitos humanos e se mostre tirano.¹⁹⁶

É possível inferir, também, que a legitimidade de intervenção do Direito Penal para a salvaguarda de determinados bens jurídicos somente existe diante do prévio reconhecimento da importância dos bens em questão, inclusive para outros ramos do Direito. Assim, não é cabível ou adequado prever a tutela penal de um bem jurídico que não seja ulteriormente identificado como de essencial relevância à vida social: é apenas diante de seu reconhecimento como elemento de valor ao ser humano que se deve criminalizar condutas que o afrontem. Este seria um pressuposto lógico-sistemático para a legitimidade de criminalização das condutas e justamente o que faz com que a ilicitude de um fato não se

¹⁹⁵ Sobre o controle social, o autor comenta: “Toda sociedad, en efecto, cuenta con unos dispositivos de autodefensa que suelen ser suficientes para resolver conflictos cotidianos de escasa importancia. Apesar de que actúan con cierta espontaneidade y sin someterse a procedimientos formales, estos mecanismos tienen probada eficacia. Sus portadores o agentes son la familia, la escuela, la pequeña comunidad, la opinión pública etc. Poseen, lógicamente, sus correspondientes sistemas normativos y sus sanciones, que aplican al individuo cuyo comportamiento se desvía de las expectativas del grupo. Se trata de las instancias del *control social informal*, cuya actuación es decisiva en los procesos de socialización.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal – Introducción*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 3 e 5.

¹⁹⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 23.

defina pela contrariedade dele aos preceitos do Direito Penal, mas pela sua contrariedade a todo um sistema jurídico e de valores.¹⁹⁷

3.3. Direito Penal como instrumento de poder do Estado

Sendo o Direito Penal produto da necessidade humana de controle social e de normatização da vida em comunidade, o modo de sua atuação comunica sobre a forma com que o Estado lida com afrontas a seus valores. Além de investigar a forma com que as sanções são impostas, torna-se imprescindível analisar as implicações políticas e ideológicas acerca da eleição de condutas que são criminalizadas, ou mesmo a lógica que determina quais bens jurídicos são eleitos como portadores de uma importância diferenciada.

Uma vez que se reconhece que o Direito Penal é um instrumento com custos sociais muito altos, haja vista seu grau de cerceamento das liberdades individuais, espera-se que sua aplicação se direcione apenas a equacionar conflitos cuja gravidade exacerbou os limites de contenção que outros meios de controle social dispõem. No entanto, verifica-se que o senso de *justiça* humano comumente recorre a uma lógica talional, de equanimidade na violação de bens jurídicos, o que implica a necessária intervenção do Estado para barrar a vingança privada ou comunitária. O poder do Estado sobre a aplicação de sanções reflete, por essa razão, seu monopólio sobre a violência, que deve ter limites claramente estabelecidos.¹⁹⁸

Conforme analisa Michel FOUCAULT, a fixação de práticas jurídicas por meio das quais se organizam as relações sociais fez com que o Direito (e, mais especificamente, o Direito Penal), ocupasse um espaço de emissor da *verdade* e do *justo*. As normas jurídicas, por sua impositividade, teriam ganhado *status* de saber e (re)produziriam comportamentos

¹⁹⁷ De acordo com QUEIROZ, os ordenamentos jurídicos não são compartimentos estanques e incomunicáveis, motivo pelo qual todo ilícito penal é, antes, um ilícito não-penal. Idem, pp. 67, 70, 73, 75, 76.

¹⁹⁸ Observa-se que ainda que um Estado se aproprie formalmente de uma concepção minimalista de intervenção penal, variáveis como seletividade penal fazem com que sanções sejam aplicadas seguindo outras orientações ideológicas que não as que foram positivadas.

normatizados; as penas, chamadas pelo autor de “vinganças institucionalizadas”, refletiriam nada mais do que a “forma ritual de guerra” que consistiria o Processo Penal.¹⁹⁹

Insere-se, no debate sobre a emissão das *verdades* e do *justo*, a observação de ZAFFARONI e PIERANGELI sobre a migração da fórmula consequencial *saber-poder*: relatam os autores que houve a flexibilização da concepção tradicional segundo a qual a obtenção do saber conferia a seu detentor o domínio das técnicas, fazendo com que este detivesse também o poder. Hoje, é preciso admitir que *o poder é também condicionante do saber*, ou seja: concepções ideológicas dominantes, seja por advirem de dada classe ou raça, ou outro agrupamento influente, têm a capacidade de determinar a validade e o valor dos saberes.²⁰⁰ Haveria, portanto, a seleção dos saberes a partir de dada intencionalidade – de acordo com BATISTA e ZAFFARONI, um “*pra quê saber*” – uma vez que sempre que se procura alguma técnica persegue-se um objetivo.²⁰¹

Nessa toada, FOUCAULT destaca que o exercício do poder penal foi aos poucos concentrado nas mãos das classes mais altas (política ou economicamente), já que toda sociedade apresenta alguma estrutura de poder com grupos dominantes e grupos que são dominados, conforme sua proximidade ou afastamento dos centros de decisão. Isso fez com que as normas penais, elaboradas por alguns e direcionada a grupos com menos influência, refletissem uma orientação moral e ideológica de determinada classe. O direito penal emergiu, dessa forma, como um meio de controle social que forçosamente submete às suas regras aqueles que não se integram à lógica dominante. Assim, considerar que *crime* é uma conduta danosa ao corpo social ou aos interesses sociais acaba envolvendo a imperativa análise de qual corpo social estamos falando e de quais interesses são esses.²⁰²

Com base na proposição de que o delito não é algo ontológico, mas socialmente considerado como tal de acordo com o valor atribuído a determinado bem, BATISTA assevera que caberia ao Estado primeiramente *inventar* o crime para depois combatê-lo. Esse

¹⁹⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005.

²⁰⁰ “Toda ciência é ideológica (porque qualquer saber é ideológico) e o poder, em cada caso, a manipulará segundo convenha à sua conservação, privilegiando uma ideologia e descartando (ou reprimindo, limitando o desenvolvimento ou ocultando) as que considere perigosas ou negativas para ela.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 62 e 63.

²⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 38-39.

²⁰² ZAFFARONI e PIERANGELI, *op. cit.*, p. 60-61 e FOUCAULT, *op. cit.*. Essa constatação implica o enfrentamento de uma questão levantada por BATISTA: “[Q]eu significarão ‘interesses do corpo social’ numa sociedade dividida em classes, na qual os interesses de uma classe são estrutural e logicamente antagônicos aos de outra?” BATISTA, *op. cit.*, p. 21.

processo inventivo perpassa necessariamente a filtragem ideológica dos grupos que detêm o poder político de cada Estado e que teriam, portanto, voz para positivar normas penais.²⁰³

A partir da configuração de o que seria um desvio – e, principalmente, do que seria um desvio de caráter penal – é possível verificar o valor atribuído aos bens jurídicos e, por oposição, o *desvalor* atribuído a condutas que afrontem tais bens, o que por vezes dá ensejo à aplicação de uma sanção. Não cabe, no presente trabalho, explorar a fundo as diversas teorias do bem jurídico, mas problematizar justamente a aplicação de castigos penais diante de condutas que foram eleitas como graves desvios sociais. Para tanto, mostra-se pertinente analisar as justificativas para aplicação das penas mesmo diante do reconhecimento de que o Direito Penal é o instrumento mais rígido e violento do Estado, e que sua utilização implica necessariamente o ataque a direitos fundamentais do ser humano.²⁰⁴

3.4. Funções da Pena em um Estado Democrático de Direito

Na dicção de ZAFFARONI e BATISTA, não é possível dizer que uma lei penal tutele plenamente determinado bem jurídico, uma vez que sua capacidade de proteger o bem é restrita. Segundo os autores, “a única coisa suscetível de verificação é que ela confisca um conflito que atinge ou coloca em perigo o bem jurídico”, e uma das vias para esse confisco é a institucionalização de uma sanção para o autor da afronta ao bem em questão.²⁰⁵

A fim de tentar determinar quais seriam as funções da pena, PIERANGELI e ZAFFARONI argumentam que é preciso definir, antes de mais nada, qual seria o objeto do direito penal. Apontam, inicialmente, duas respostas frequentes dentre os doutrinadores

²⁰³ “Podemos, assim, ao ouvirmos que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena, retrucar que numa sociedade dividida em classes o Direito Penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados gerais” ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução daquelas relações”. BATISTA, *op. cit.*, p. 113 e, no corpo do texto, p. 21. Sobre a mesma temática, ZAFFARONI e PIERANGELI: “[T]em-se total impressão de que ‘o delito’ é uma construção destinada a cumprir certa função sobre algumas pessoas e acerca de outras, e não uma realidade social individualizável.”, *op. cit.*, p. 60.

²⁰⁴ REALE JUNIOR, ao reconhecer a afronta que as penas representam para os direitos fundamentais, as chama de “sanções redutoras de direitos”. *Op. cit.*, p. 9.

²⁰⁵ ZAFFARONI e BATISTA, *op. cit.*, p. 227.

penais: (i) a de que o direito penal visa à proteção da sociedade (conceito que se anuncia também pela expressão “defesa social”) e (ii) a de que o objeto da legislação penal almeja a segurança jurídica. Com base nessa interpretação, os partidários da crença de que o Direito Penal visa à defesa social enxergam a pena como um instrumento que deve ser útil às pessoas que cometeram delitos, a fim de nelas empenhar a ressocialização (ou, de acordo com a criminologia clínica, a reintegração social).²⁰⁶ Assim, a pena deve ter conteúdo educativo e socializador a quem a vivencia, o que identifica essa corrente com a teoria *preventiva especial*, de acordo com os autores. Por outro lado, os doutrinadores que reconhecem no Direito Penal um meio para se atingir a segurança jurídica – que pode ser entendida tanto como tutela de bens jurídicos quanto tutela de valores éticos e sociais – veem a pena como uma ferramenta que deve subsistir para que as pessoas não delinquam. Seu conteúdo deve ter caráter de retribuição e sua função se alinharia com a teoria da *prevenção geral*. Na visão dos autores, no entanto, a concepção de que esse sistema de respostas que elimina a concepção oposta não é suficiente para que se possa compreender a pena como instrumento do Direito. É preciso buscar abordagens mais complexas e que possam se alinhar à realidade dos países histórica e socialmente diversos dos países centrais, de onde em geral se emanam as teorias da pena.²⁰⁷

Na análise dos autores, no entanto, não foi inserida a teoria retributiva da pena, que, ao lado das teorias preventivas, em geral compõe as reflexões sobre o tema na doutrina nacional. Trataremos, brevemente, de cada uma delas.

A teoria retributiva da pena prega que a ordem jurídica atingida pelo crime somente pode ser restaurada por meio da imposição de um mal àquele que a atingiu – por essa razão insere-se nessa teoria a locução de Hegel segundo a qual a sanção penal seria a “negação da negação do direito”. A sanção penal operaria, assim, como um castigo sobre o desviante, assemelhando-se a um ritual religioso segundo o qual o pecado somente poderia ser remido a partir de um sofrimento, devendo haver proporcionalidade entre sanção e delito

²⁰⁶ Na visão de SÁ, não seria adequado falar em ressocialização, já que o termo pressupõe que o indivíduo, antes da pena, não faria parte de qualquer sociedade. Talvez seja mais adequado, por essa razão, falar em “reinclusão social” ou “reinserção social”, uma vez que (i) a pena de fato opera uma segregação; e (ii) ainda que antes da imposição da sanção penal a pessoa compusesse determinada sociedade, é possível que ela não estivesse nela inserida de uma forma normativa, sendo excluída de seus processos produtivos e de muitos espaços de convívio. Sobre o tema, ver SÁ, Alvinio Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²⁰⁷ ZAFFARONI e PIERANGELI, *op. cit.*, p. 92-93.

a fim de que a pena imposta seja justa para cada caso.²⁰⁸ A teoria se baseia na ideia do crime como fruto do livre-arbítrio e da culpabilidade individual, e era considerada, de acordo com Paulo César BUSATO, como um “ideal de justiça”, prescindindo de um fim para sua legitimação.²⁰⁹

De acordo com Winfried HASSEMER, o sentido da pena, segundo tal teoria, estaria na compensação do passado e para sua imposição bastaria o desvio. Não se mostra necessária uma finalidade real da pena, sendo essa independente de resultados empíricos como reintegração social ou intimidação da comunidade: a existência da sanção seria justificada única e exclusivamente pela necessidade de impor um mal a quem infringir a norma jurídica. Nas palavras de ROXIN, “[f]ica por resolver a questão decisiva de saber sob que pressupostos a culpa humana autoriza o Estado a castigar”, ou seja, nada se esclarece a respeito do conteúdo que se espera das normas penais, que por si definiriam os limites do poder punitivo do Estado. Além disso, uma pena aplicada nesses moldes em muito se assemelha a uma vingança institucionalizada, por meio da qual se buscaria, ao fim e ao cabo, uma solução moral com a dor e o arrependimento do indivíduo desviante, o que se mostra claramente incompatível com o princípio da dignidade humana expresso na Constituição Federal de 1988.²¹⁰

Günther JAKOBS, ao tratar da teoria retributiva, dialoga concepções kantianas e hegelianas a fim de extrair seus fundamentos e, ainda que se conclua por uma ausência de legitimação suficiente para que a teoria se mantenha em um estado democrático de direito, faz a ressalva de que essa teoria, ao recair sobre o autor do delito e visar unicamente sua punição, não o instrumentaliza como nas teorias preventivas. Não haveria a intenção de intimidar ou constranger a comunidade para que a prática criminosa não ocorra, apenas a imposição de uma sanção sobre quem nela incidiu.²¹¹

²⁰⁸ Santiago MIR PUIG assevera que se mostra necessário distinguir conceito de pena com sua finalidade ou função. Na dicção do autor, a pena é conceitualmente um castigo, o que não prejudica que seu sentido seja outro que não a retribuição do mal praticado. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª Edição. Buenos Aires: Euros Editores, 2003, p. 49. Sobre o tema, ver ainda SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002. p. 130; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 457.

²⁰⁹ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216.

²¹⁰ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Traduzido da 2ª edição alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 370; ROXIN, *op. cit.*, 2008, p. 17.

²¹¹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Edição. Madrid: Marcel Pons, 1991, p. 20.

As teorias preventivas, que se dividem em prevenção geral e especial (que, por sua vez, possuem as vertentes positiva e negativa), diferenciam-se da teoria retributiva por visarem, em sua finalidade, que não se dê o cometimento dos crimes. Há, portanto, uma *intenção de utilidade* da pena: o não cometimento de infrações. Em vez de atuar sobre o agente desviante com uma punição diante de uma prévia infração, as penas atuam para que a prática do delito não se realize.²¹²

A prevenção geral se baseia na capacidade de o Direito Penal limitar as práticas criminais pela existência da ameaça de uma pena, baseada na concepção de que a norma penal opera com uma coação psicológica à sociedade – segundo BITENCOURT, “a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos”, ou, de acordo com Alamiro Velludo SALVADOR NETO, a pena opera “como um estímulo contrário à natural tendência de cometimento do ilícito”. Considera-se, na referida teoria, não só a ameaça da sanção penal, mas também (i) o necessário conhecimento da norma e, por conseguinte, dos atos considerados injustos penais; (ii) a certeza da efetiva aplicação das sanções cominadas e (iii) o pressuposto de uma racionalidade humana que levaria os cidadãos a ponderar que a prática delitiva não é compensatória, uma vez que a ela se associa o castigo penal. Conforme destaca HASSEMER, a teoria da prevenção geral tem forte viés iluminista e explora a racionalidade contratualista fomentada à época, tendo como parâmetro um *homo economicus* que calcula cuidadosamente suas escolhas.²¹³

Entretanto, deve-se considerar que os indivíduos não partilham da mesma racionalidade, o que viabiliza que alguns possam eventualmente julgar equânime sujeitarem-se a determinado castigo penal por terem cometido um ato considerado ilícito. Não é viável constranger a todos igualmente, o que leva à contundente conclusão de que “[c]ada crime constitui, [...] pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”.²¹⁴ A teoria da prevenção geral, além disso, não considera uma alteração no processo racional

²¹² MEZGER revela uma perspectiva que soa mais otimista com relação à função da pena: “La pena actúa y debe actuar, a la vez, sobre la comunidad ‘intimidando’ y, por consiguiente, previniendo el delito. Al mismo tiempo, debe servir para ‘educar’ la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos, esto es, contrarios a la comisión del delito. La pena realiza todo esto en formas muy distintas. Y ala existencia del derecho penal, com sus bien graduados y equilibrados tipos y sanciones penales, tiene una amplia y exacta significación para la conciencia moral de la colectividad, su desarrollo y su correspondiente posición.” MEZGER, Edmund. *Derecho Penal – Libro de Estudio*. Tomo I. Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 371.

²¹³ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 90-92; SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 220; HASSEMER, *op. cit.*, p. 403.

²¹⁴ ROXIN, *op. cit.*, 2008, p. 24-25. Sobre a prevenção geral positiva e negativa trataremos no próximo tópico.

criminal – ao propor a ideia de que haveria um preço alto vinculado à prática delitiva e que este seria o motivo para dissuadir quem eventualmente o praticaria, deixa-se de considerar que parte das vezes não impera a lógica da proporção da resposta estatal em relação ao ato, mas sim a racionalidade do risco: ainda que a resposta penal seja gravosa, haveria a possibilidade de o crime permanecer impune.²¹⁵

Entoando a crítica anteriormente feita por JAKOBS, ROXIN defende que a teoria da prevenção geral reflete, pela roupagem de ameaça social que confere à pena, uma instrumentalização do indivíduo, uma vez que o Estado dele faria uso para corroborar a coerção da sanção. Para que a pena alcançasse sua plena função, seria necessário que alguém padecesse para demonstrá-la e, assim, constranger a comunidade a não delinquir. Outra crítica à prevenção geral, expressa por MIR PUIG, é a de que, por si só, a teoria não impõe limites ao poder punitivo do Estado: sendo sua intenção intimidar a população e dissuadi-la da prática de injustos penais, a princípio seria justificável a imposição de sanções demasiadamente contundentes ou longas. É preciso, para que ela se legitime, inserir limitadores para primar pela proporcionalidade das penas, a fim de torna-las condizentes com os ilícitos aos quais elas se vinculam e a reprovabilidade social que tais atos encerram em si.²¹⁶

A teoria da prevenção especial, por sua vez, considera a pena útil e necessária para que autor de uma infração penal não volte a delinquir, fazendo com que a sanção obedeça uma lógica de reeducação, ressocialização (ou reintegração social) ou inocuidade do praticante do desvio, quando se concluir que ele não pode ser “corrigido” pela pena. A teoria, de acordo com BUSATO, teria não só a função de contramotivação genérica, mas também de contramotivação específica ao pressupor que o autor de um delito é um potencial autor de novos desvios legais. Dessa forma, o crime não representa apenas a violação da ordem jurídica, mas também um dano social e seu perpetrador representaria um *perigo* para a comunidade. Como pano de fundo da teoria da prevenção especial se coloca também a funcionalidade de intimidação social por meio da sanção.²¹⁷

A prevenção especial, em seu aspecto negativo, tem seu objetivo na neutralização do praticante do delito a fim de que este, uma vez afastado da sociedade, encontre-se incapacitado de delinquir – evitar a prática de crimes na sociedade, de acordo

²¹⁵ Sobre a racionalidade penal moderna, ver PIRES, *op. cit.*, 2004.

²¹⁶ MIR PUIG, 2003, *op. cit.*, p. 55.

²¹⁷ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 93-94; BUSATO, *op. cit.*, p. 227.

com a referida teoria, também poderia advir do distanciamento do indivíduo desviante da vida comunitária. Resta evidente o quão afrontosa é essa perspectiva para os Direitos Humanos, uma vez que submete o indivíduo à lógica penal de conveniência ou inconveniência de sua socialização de acordo com padrões legais e valorativos.²¹⁸

A prevenção especial positiva, que consistiria na imposição de programas reeducadores ao condenado, remete à concepção de *tratamento penal* cara à criminologia clínica de primeira geração, conhecida como criminologia clínica com viés médico-psicológico, bem como do positivismo penal. Por meio da pena, o Estado visaria a proporcionar um tratamento correccional ao indivíduo desviante, oferecendo-lhe auxílio médico e psicossocial. Essa perspectiva pressupõe que o fato motivador do desvio se relaciona com a incompleta apreensão dos valores sociais por parte do condenado, que deveria passar por um processo educacional para que possa adequadamente coexistir em comunidade. A essa teoria da pena se relaciona a concepção de periculosidade, segundo a qual algumas pessoas são mais predispostas a delinquirem que outras, e, se levada às últimas consequências, impor-se-ia a interpretação segundo a qual a pena deve durar o tempo necessário à cessação da periculosidade do preso.²¹⁹

Na visão de ROXIN, “a teoria da prevenção especial tende, mais que um direito penal da culpa retributivo, a deixar o particular ilimitadamente à mercê da intervenção estatal” e falha ainda em não justificar o que deveria fundamentar a imposição de penas em um estado democrático de direito. HASSEMER, ao tratar do viés positivo da prevenção especial, afirma que o êxito na socialização seria a forma mais plena de *segurança* que a sociedade poderia ter diante de um indivíduo que cometeu um delito: “através de uma execução penal ressocializadora intensa, nos custos e no aspecto pessoal, a sociedade pagaria uma parte da culpa que tem carregado consigo pela socialização defeituosa desses indivíduos”.²²⁰

Ainda que cada uma das teorias da pena tenham seus contornos próprios, elas não são, como assinala HASSEMER, blocos dispersos.²²¹ Persiste, no Direito Penal

²¹⁸ CIRINO DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 459.

²¹⁹ A Criminologia Clínica chamada “de primeira geração” consiste, de acordo com SÁ, na ênfase às condições que seriam predisponentes ao cometimento de crimes (condições que podem ser sociais e/ou familiares), o que leva à pressupor que existiriam pessoas mais inclinadas ao cometimento de crimes do que outras. SÁ, 2011, *op. cit.*, p. 16.

²²⁰ ROXIN, *op. cit.*, 2008, p. 21. HASSEMER, *op. cit.*, p. 374.

²²¹ HASSEMER, *op. cit.*, p. 370.

brasileiro atual, a interação das teorias preventivas e retributiva em seus vários contornos, conforme se verá a seguir.

3.5. Direito Penal como política pública

A aplicabilidade do Direito Penal deriva, hoje, da conjugação das várias teorias da pena, pinçando elementos preventivos e retributivos que por uma opção de política pública devem estar presentes, e almejando, nem sempre com sucesso (e muitas vezes apenas formalmente), humanizar essa via punitiva do Estado. A essa compilação das diferentes faces das possíveis funções da pena se alinham as chamadas teorias unificadoras ou teorias mistas da pena, e sua adoção como modelo emergiu como uma crítica às soluções retributivas e preventivas quando adotadas isoladamente, uma vez que se identificou uma dificuldade para que elas pudessem lidar com o complexo fenômeno do controle social formal.²²²

De acordo com MIR PUIG, as teorias mistas guardam entre si muitas semelhanças e assinalam que há uma diferença entre *função* da pena e *fundamento* desta. Relata o autor que, dentre os partidários da teoria, há consonância no que tange à função do Direito Penal – esta deve ser sempre a *proteção da sociedade* – mas que há diferentes correntes acerca do *fundamento* da pena. Para os partidários de uma posição mais conservadora, o fundamento da pena é a retribuição do crime com um mal institucionalizado, sendo o viés preventivo meramente acessório; já os defensores de uma posição progressista asseveram que o fundamento da pena deve ser a proteção de bens jurídicos e, pra tanto, o viés retributivo deve operar meramente como limitador do poder punitivo do Estado.²²³

ROXIN critica as teorias unitárias pelo fato de, segundo o autor, elas apenas congregarem os defeitos de todas as concepções individuais. Na sua visão, deve-se privilegiar determinada teoria de função da pena em detrimento das demais de acordo com cada etapa penal (cominação, dosimetria e execução). De acordo com essa *teoria dialética*

²²² BITENCOURT, *op. cit.*, p. 95-96.

²²³ MIR PUIG, 2003, *op. cit.*, p. 59-60.

da união, como ficou conhecida a concepção de ROXIN, a prevenção geral se alinha à etapa da cominação penal, momento em que é imperativo dissuadir os indivíduos de praticar delitos; na aplicação da pena se daria a confirmação da ameaça prevista, na medida da culpabilidade do agente, o que situa este momento na teoria retributiva de função da pena; por fim, na execução penal, em que cada pena deve se alinhar ao perfil do indivíduo a fim de que esta seja um instrumento para que ele não mais delinqua, prevalece a teoria da prevenção especial.²²⁴

A despeito de elaborações teóricas, observa-se que o Direito Penal se apresenta, na prática, como uma via política não só de controle social, mas de segurança pública, sendo instrumentalizado para o combate da violência. Comumente se apregoa o enrijecimento das penas e a ampliação de tipos penais com a pretensão de compor, com esse ramo do Direito, muitas das demandas sociais e alcançar um senso de justiça que somente se apazigua diante de punições. Ainda que seja possível refletir sobre as funções da pena no nosso ordenamento e extrair do Código Penal e da Lei de Execução Penal muitos elementos acerca da intenção do legislador acerca do tema, as demandas da população (e, conseqüentemente, as proposições legislativas) são notadamente no sentido de ampliar as possibilidades e os moldes de penalização por desvios sociais, sejam estes já tipificados ou não. A fundamentação para tal parece relacionar-se bastante com a retribuição do mal com o mal e com a intenção de dissuasão da prática de desvios, o que leva Jesús-Maria SILVA SÁNCHEZ a afirmar que, em sede de política pública, o Direito Penal se trataria de “uma violência útil” para parte expressiva dos gestores, com o aval da população.²²⁵

As políticas públicas comunicam determinados objetivos adotados pelo Estado que, tendo-os em vista, ordena suas atividades – sendo o bem-estar coletivo seu principal norte. Ao recorrer ao Direito Penal, o Estado assinala que protege determinados bens de forma mais expressiva do que outros, o que indica, além da opção estatal por quais bens decidiu-se proteger e de que forma, que a afronta a esses bens justifica a conseqüente penalização de quem os atacou, o que boa parte das vezes significa a privação da liberdade do autor da conduta desviante. A opção por quais condutas devem ser penalizadas e de que

²²⁴ ROXIN, *op. cit.*, 2008, p. 25-27.

²²⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2011, *op. cit.*, p. 375. Sobre o tema, ver 8º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Ainda sobre o tema, ver pesquisa divulgada pelo Datafolha, segundo a qual metade dos brasileiros concordaria com a afirmação de que “bandido bom é bandido morto”: www1.folha.uol.com.br/2Fcotidiano/2F2015/2F10/2F1690176-metade-do-pais-acha-que-bandido-bom-e-bandido-morto-aponta-pesquisa.shtml&h=6AQFIhBPG. Acesso realizado em 02 de outubro de 2015.

forma deve se dar essa penalização, conforme já mencionado anteriormente, reflete a ideologia dominante em uma sociedade e inevitavelmente delimita quais grupos serão a clientela do sistema penal. Uma política criminal possui, assim, essas duas faces: a eleição dos bens jurídicos a serem tutelados penalmente e a opção por como sancionar quem os afronta.²²⁶

A política criminal, nos termos de ZAFFARONI e BATISTA, é o discurso legitimante do poder punitivo e é construída “como uma valoração geral do modo de encarar a conflitividade criminalizada a partir do poder, e, portanto, de exercer o poder”. Ela é delineada não apenas no momento da criação legislativa, mas também na sua aplicação, seja por juízes, no processo penal, ou por membros do Executivo, que podem optar por uma ou outra via de ação na gestão pública.²²⁷

Faz-se necessário destacar que políticas criminais não são compostas unicamente por iniciativas de cunho punitivo, e nem poderiam ser. As políticas públicas não operam de maneira apartada umas das outras, e essa interdependência entre políticas de educação, de saúde, de combate às opressões, entre outras, deve determinar o modo como se dá a gestão dos conflitos de um Estado. Diante da evidente insuficiência da coerção de crimes somente por meio da cominação penal, não se pode dizer que a vertente *punitiva* das políticas criminais é a que deva merecer maior relevo, uma vez que a necessidade de aplicação do Direito Penal já indica uma falha na política pública de prevenção.

Conforme destaca Maurício Zanoide de MORAES, no que tange à política criminal, as sanções penais devem ser uma iniciativa cuja aplicabilidade precisa ser reduzida ao mínimo possível por dois motivos. O primeiro deles deriva do fato de que a aplicação de uma pena implica necessariamente o prévio cometimento de um delito, ou seja, a ordem social e jurídica já teria sido rompida, tendo falhado todas as eventuais iniciativas preventivas. O segundo motivo se relaciona à questão de que não se pode encarar como algo natural a alta incidência de penas, já que isso indicaria a ilegitimidade das escolhas político-axiológicas em detrimento de determinada parcela da população ou grupo social. A esses motivos se soma o fato de que os castigos impostos pelo Direito Penal são não só

²²⁶ Nas palavras de BARATTA, o sistema de valores que expressa nos conteúdos da lei penal “reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.” BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 176.

²²⁷ ZAFFARONI e BATISTA, *op. cit.*, p. 274.

desumanizantes, dadas as condições dos cárceres no Brasil, como também por si só estigmatizantes, como o é o processo penal precedente à execução.

Boa política criminal é aquela que, examinando as causas do crime, atua de modo a que ele não mais surja. Péssima política criminal é aquela que se limita à estruturação de um amplo e exauriente aparato legal punitivo, isto porque, não há segurança pública em se punir o crime, pois, para que ele seja punido, é necessária sua ocorrência.²²⁸

Não se pode, ainda segundo MORAES, apartar a impositividade de políticas criminais de duas dimensões de *poder* interconectadas: o poder político e o poder ideológico. De acordo com o autor, o Direito Penal reflete o “controle dos meios necessários para que uns (os detentores do poder momentânea ou permanentemente) imponham aos outros (subordinados ao poder) um comportamento”, mas não é isso que determina sua legitimidade.²²⁹ Da mesma forma, ainda que a maior parte da população ou do Congresso Nacional, democraticamente eleito, clame por determinadas medidas penais, a simples consonância dessas vozes não basta para a legitimidade de determinada política pública. É preciso ponderar que, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, no qual se devem observar direitos e garantias fundamentais, a lógica de *eficiência* na persecução de determinado fim não é suficiente. *Os fins não justificam os meios* no que tange à política pública, que deve, na busca pelas finalidades almejadas, respeitar princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana.²³⁰

De acordo com ZAFFARONI e PIERANGELI, diante de situações conflitivas, a via penal é apenas uma das muitas soluções possíveis, e sua adoção tem como efeito negativo primordial a exclusão das demais eventuais soluções: “[q]uando se opta pela

²²⁸ Sobre o processo penal, o autor observa que este já é uma pena que se impõe ao acusado, sendo um mal em si mesmo: “[p]une-se, portanto, com o processo, muitos inocente”. MORAES, Maurício Zanoide de. “Política Criminal, Constituição e Processo Penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 101, jan-dez 2006, p. 409 e 415.

²²⁹ No mesmo sentido, Roxin indaga: “[O] que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? [...] Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos dos seus concidadãos, causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias?” ROXIN, *op. cit.*, 2008, p. 22 e MORAES, *op. cit.*, p. 408.

²³⁰ No que tange à opinião pública, MORAES destaca que esta carece de legitimidade por estar viciada e manipulada, uma vez que não tem acesso pleno a respeito das reais causas e consequências das mazelas sociais: “[a] opinião pública somente terá validade e será legítima quando a todos for dado conhecer, em igualdade de condições, os argumentos favoráveis e contrários a cada instituto, notadamente a causa da criminalidade, da criminalização/persecução e suas costumeiras vítimas”. MORAES, *op. cit.*, p. 412.

punição institucionalizada, o conflito não poderá ser solucionado por nenhuma outra via”.²³¹ Sendo ela um caminho sabidamente excludente e estigmatizante, seria imperioso que uma política criminal em um Estado Democrático se voltasse para a aplicação mínima das sanções penais.

Percebe-se, porém, que ainda que a política criminal hoje em voga opere na prática como uma via institucionalizada de exclusão social,²³² a defesa de um enrijecimento das sanções parece soar como um caminho para a proteção contra os desvios sociais tipificados. Apesar da sabida vulnerabilização penal de diversos grupos sociais, que faz com que eles sejam selecionados pelo sistema e punidos de maneira sempre mais gravosa, formal e informalmente, paira no senso comum a impressão de impunidade diante dos delitos e a ela se atribui uma sensação de insegurança. Nesse contexto, o clamor e o desejo por sanções mais duras podem atuar como compensação diante de uma suposta impunidade, como se a adoção dessa medida fosse capaz de recompor a harmonia social e reafirmar a confiança no controle social estatal. Emerge daí a reflexão acerca da função simbólica do Direito Penal, sobre a qual trataremos a seguir.

3.6. Direito Penal como símbolo

Há, segundo SILVA SÁNCHEZ, uma sensação social de insegurança nas sociedades pós-industriais que pode ter como fatores a aceleração dos acontecimentos na vida humana e a revolução das comunicações, que produz uma avalanche diária de novas informações. De acordo com o autor, essas particularidades da sociedade pós-moderna fazem com que emergja um sentimento – fictício ou real – de falta de domínio do curso dos acontecimentos, gerando uma impressão de insegurança e de desorientação pessoal que se amplifica diante das inúmeras versões e teorias a respeito dos ilícitos e das catástrofes. Gera-

²³¹ Os autores destacam vias alternativas de caráter reparatório, terapêutico e conciliatório. ZAFFARONI e PIERANGELI, *op. cit.*, p. 59 e 60.

²³² Sobre o tema, BATISTA afirma existirem efeitos sociais não declarados na pena, como estigmatização, controle do exército industrial de reserva, criação de bodes expiatórios e retroalimentação de autoritarismos que, segundo o autor, “também configuram, nessas sociedades, uma espécie de ‘missão secreta’ do direito penal. BATISTA, *op. cit.*, p. 113.

se, assim, “uma insegurança subjetiva que não corresponde com o nível de risco objetivo”, e essa sensação é explorada não apenas pelas instituições públicas, em busca de diagnósticos e tratamentos fáceis para os males sociais e para agradar o eleitorado, mas também pela imprensa.²³³

[O]s meios de comunicação, que são o instrumento da indignação e da cólera pública, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que se acreditava reservado aos tempos revoltos.²³⁴

O medo do delito passa a representar a materialização dessa insegurança vital generalizada e recai no Estado a pretensão (ou esperança) de uma resposta satisfatória, sendo o Direito Penal a via de ação desejada pela população. Ainda que se almeje uma diminuição progressiva da incidência dos castigos penais em prol de direitos e garantias fundamentais, mostram-se cada vez mais nítidas as demandas por ampliação do objeto das leis penais e das sanções para que se finde, “ao menos nominalmente, a angústia derivada da insegurança” – como se coubesse ao Direito Penal a missão de fomentar consenso social e de reforçar o “sentimento de comunidade”.²³⁵

É dessa celeuma que se pode dizer que o Direito Penal assume, hoje, um papel simbólico na sociedade, como se ele tivesse fôlego e idoneidade para compor a maioria dos interesses sociais. Essa crença que, de acordo com REALE JÚNIOR, é própria de uma “ilusão penal”, mostra-se danosa e perigosa no limite em que afronta os direitos e garantias fundamentais do cidadão, já que prega o uso indiscriminado do instrumento mais rígido e violador de direitos que o Estado possui para apaziguar conflitos que poderiam ser resolvidos de forma diversa. Cria-se, na visão do supracitado autor, uma “avalanche de incriminações” como se o cometimento de desvios apenas se devesse ao fato de não haver um castigo penal

²³³ SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

²³⁴ GARAPON, Antoine. *Juez y democracia*. Barcelona, 1997, p. 94 in SILVA SÁNCHEZ, 2002, *op. cit.*, p. 38-39. No entanto, o medo generalizado da criminalidade não pode ser ingenuamente atribuído à imprensa ou às instituições públicas, já que, na visão de SILVA SÁNCHEZ, esses entes apenas reforçam ou estabilizam os receios já preexistentes.

²³⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2002, *op. cit.*, p. 41.

a eles associado, o que diminui ou anula a importância de outras construções de controle social menos danosas.²³⁶

Associar a previsão de punição a um expressivo número de condutas, provocando uma hiperinflação legislativa e uma hipercriminalização, leva, de acordo com DOTTI e BETANCOURT, à ineficácia das normas e à insegurança jurídica, uma vez que, dessa maneira, resta evidente que o Estado somente faz uso do castigo como um instrumento de poder. Diante de uma ausência de legitimidade ou interesse para implementar outras políticas públicas menos invasivas, mas que requerem um investimento financeiro e humano mais intenso, o recurso a leis penais se mostra como uma via aparentemente eficaz para a composição dos conflitos, se aplicada uma perspectiva meramente utilitária e, em dado limite, totalitária. Esse fenômeno é perceptível na política criminal atual e visa claramente a “atender interesses conjunturais do Estado ou de grupos de pressão”.²³⁷

Faz-se imperioso destacar que a função simbólica da pena sempre estará em dado limite presente quando de sua aplicação, uma vez que ela carrega, em si, um conteúdo a ser comunicado socialmente. No entanto, conforme destacam ZAFFARONI e PIERANGELI, o legislador não pode ter no simbolismo sua mira ao prever uma sanção a determinada conduta, uma vez que se a pena se restringir a essa lógica simbólica ela é violadora de direitos humanos e inconstitucional, perdendo sua sustentação jurídica e sua razão de ser. Segundo os autores, ainda que não se possa esquivar de uma implícita função simbólica que os castigos penais sempre vão cumprir, é preciso ter a clareza de que não se deve instrumentalizar os seres humanos para que se atinja determinada previsão de controle social. Desconsiderar um cidadão como pessoa é antijurídico e irracional.²³⁸

HASSEMER, ao dissertar sobre o tema, afirma que além de as leis simbólicas representarem um desvio da missão que se deve almejar com o controle social formal, elas

²³⁶ “A opção de se valer o legislador do Direito Penal, por seu aspecto simbólico, não se justifica nem mesmo na proteção de valores de patamar constitucional, legitimando-se, muito menos, como instrumento-preferencial para imposição de interesse de menor relevo, como sucede hodiernamente com a denominada “administrativização do Direito Penal”, ou com a expansão exagerada de figuras de perigo abstrato e de formas culposas, às vezes sem resultado material significativo, com o recurso a elementos normativos com referências a outras leis, em avalanche de incriminações, própria de uma ilusão penal”. REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 25-16.

²³⁷ DOTTI, *op. cit.*, p. 106; BETANCOURT, *op. cit.*, p. 61.

²³⁸ ZAFFARONI e PIERANGELI, *op. cit.*, p. 107-108. Sobre o mesmo tema, Vera Regina Pereira de ANDRADE explana: “Quer dizer: enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema), porque não são e não podem ser cumpridas, o sistema penal cumpre, de modo latente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade.” ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p.135.

em geral carecem de condições para serem aplicadas e plenamente executadas. Sua razão de ser se relaciona com o sentimento de respeito, fidelidade e confiança no Direito como um canal idôneo a resolver as angústias sociais, confirmando, por meio da instrumentalização do Direito Penal, a validade do Direito e a observância das leis. O Direito Penal simbólico, de acordo com o autor, é aquele no qual as funções latentes da punição predominam sobre as funções manifestas, ou um Direito Penal do qual se espera um efeito de suas penas que vai além daquele previsto nas normas. Como funções latentes ou ocultas da sanção estariam desde a satisfação de uma necessidade de atuar sobre determinado conflito, até a pacificação da comunidade ou a demonstração de força estatal.²³⁹

A atribuição de uma função simbólica ao Direito penal guarda alguma semelhança com uma vertente da teoria de prevenção geral da pena que até o presente momento não foi mencionada: a *prevenção geral positiva*, segundo a qual o Direito Penal cumpre uma função ético-social que almeja garantir não só a proteção dos bens jurídicos, mas também – e principalmente – a vigência de valores fundamentais para o Estado. De acordo com BITENCOURT, “[a]o proscrever e castigar a violação de valores fundamentais, o Direito Penal expressa, da forma mais eloquente de que dispõe o Estado, a vigência de ditos valores, conforme o juízo ético-moral do cidadão, e fortalece sua atitude permanente de fidelidade ao Direito”. Resta, diante da referida teoria, a crítica que também se aplica a outras vertentes do simbolismo penal: a pretensão de impor coercitivamente, ao cidadão, padrões éticos e de moralidade.²⁴⁰

Nesse contexto, opina HASSEMER que a ambição preventiva que leis penais simbólicas levam consigo não se traduz em respeito aos bens jurídicos que se visa a tutelar por meio da norma, mas sim em uma suposta imagem de legislador como “empresário moral” da sociedade. Tratar-se-ia, em tradução livre do texto do autor, de “um Direito Penal menos orientado à proteção de bens jurídicos do que à obtenção de efeitos políticos mais amplos, como a satisfação de uma ‘necessidade de ação’”.²⁴¹

Afirma JAKOBS que a celeuma a respeito das funções latentes e manifestas do Direito Penal se inicia no fato de que o Direito almeja sempre alcançar o impossível

²³⁹ “Existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre “realidade” y “apariencia”, entre “manifiesto” y “latente”, entre lo “verdaderamente querido” y lo “otramente aplicado”; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales.” HASSEMER, Winfried, “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos” in *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36.

²⁴⁰ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 97 e 99.

²⁴¹ HASSEMER, 2005, *op. cit.*, p. 33 e 34.

compatibilidade entre a juridicidade e a efetividade. Assim, ressalta que não se protegem *bens jurídicos* com a ameaça de sanção, mas, acima de qualquer coisa, protege-se *a norma em si* (haja vista a punição nos crimes tentados).²⁴² Daí a concepção de que a função do Direito Penal é a estabilidade normativa que se objetiva obter por meio da sanção, o que em muito se relaciona com a função simbólica ora discutida e que o autor considera um dos fenômenos expansivos do Direito Penal. JAKOBS alega que o movimento de neocriminalizações não se mostra sensível aos efeitos deletérios da imposição de uma sanção penal e fazem uso dessa gramática como se ela fosse somente mais uma mera política pública. Segundo o autor, os efeitos simbólicos são inerentes a todas as leis penais, mas é preciso cautela para que não se deixe de perseguir o fim socialmente útil da pena e haja foco somente naquele efeito latente da norma.²⁴³

A utilização de leis penais simbólicas assinala a destinação da pena como instrumento “educativo” ou “ético-social” que, para ser implementado, faz uso da estigmatização e da seleção penal de algumas pessoas. SILVA SÁNCHEZ expressa que essa aplicação desviada do Direito Penal é ilegítima e deve ser banida do ordenamento jurídico. Segundo o mesmo autor, no entanto, é preciso admitir que muitas vezes a distinção entre função simbólica e instrumental de determinada lei é tênue e discutível, uma vez que preceitos simbólicos têm efeitos na consciência dos cidadãos e, por isso, desenvolveriam alguma instrumentalidade.²⁴⁴

Ressalta o supracitado autor que, para grupos historicamente oprimidos, um eventual aumento na pena de um crime que lhes seja direcionado pode se traduzir numa maior confiabilidade no sistema de justiça, já que este aumento estaria valorizando a dignidade do grupo. Pondera-se também que a promulgação de um novo tipo penal, ainda que simbólico, teria o condão de promover a importância de determinado bem jurídico na consciência da comunidade. Porém, por maior que seja a transcendência das normas simbólicas na sociedade, elas não se mostram suficientes, já que, conforme anteriormente mencionado, sua eficácia não pode ser atingida plenamente. Assim, a confiabilidade

²⁴² JAKOBS, *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson civitas, 2004, p. 41.

²⁴³ O autor também coloca o punitivismo como fenômeno de expansão penal, indissociável do simbolismo penal e possuindo com esse, segundo o autor, “uma relação fraternal”. Essa união levaria ao fomento do “Direito Penal do Inimigo”. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del enemigo*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 44 e seguintes.

²⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, 2011, *op. cit.*, p. 458-459.

suscitada com a promulgação de uma norma simbólica tende a se perder a longo prazo dada a impossibilidade de sua aplicação.²⁴⁵

O debate a respeito de leis penais simbólicas se coloca em vários espaços, dentre os quais na proteção ao meio ambiente, no combate à iniciativa terroristas e no enfrentamento de violências com componente sexista. É frequente o apontamento de que normas que abordam as questões supracitadas almejem transmitir uma mensagem a respeito da necessidade de conscientização sobre a relevância dos bens jurídicos em tela, a fim de influenciar, por apelos emocionais, algumas representações valorativas. No que tange à política pública, a promulgação de leis que comunicam a importância de alguns conteúdos sensíveis a grupos sociais de pressão tem se mostrado como uma estratégia de ação a fim de transmitir uma impressão de agilidade e conexão com as demandas da comunidade, satisfazendo a opinião pública ao transmitir a impressão de que os problemas estariam sob controle.²⁴⁶

Instaura-se, dessa forma, a celeuma em torno da função simbólica e a função de fato *instrumental* de determinada sanção, uma vez que o objetivo do castigo penal não deve ser o mero comunicado de determinado valor, ainda que, conforme assinalou SILVA SÁNCHEZ, essa comunicação em geral ocorra. Resta averiguar se o Direito Penal é uma via legítima ou minimamente hábil para ser empenhada no reforço de determinadas socializações e qual seria o significado da reprovação estatal nesses casos – o que tentaremos investigar no quarto e último capítulo do presente estudo ao tratar da aplicabilidade na lei penal para compor conflitos relacionados à violência de gênero.

²⁴⁵ “Uma nova norma ou um incremento de penalidade que, em princípio, tiveram importantes efeitos para o estabelecimento ou restabelecimento da confiança da população no ordenamento jurídico, em médio ou longo prazo perdem toda confiabilidade com sua inaplicação ou ineficácia.” SILVA SÁNCHEZ, 2011, *op. cit.*, p. 460-461.

²⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2011, *op. cit.*, p. 458.

4. LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO PENAL PARA EFETIVAR A PROTEÇÃO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

4.1. Considerações introdutórias

O presente capítulo tem como objeto a reflexão acerca do uso do Direito Penal como instrumento para coibir e sancionar práticas relacionadas à violência doméstica e familiar contra a mulher. Este momento se mostra central para a concretização do escopo do trabalho e visa a enfrentar a problemática em tela dialogando duas demandas que, muitas vezes, se apresentam de forma antagônica: (i) a tentativa de combater a violência contra a mulher – em parte fazendo uso do Direito Penal – e (ii) o garantismo – por meio do qual se pretende minimizar a aplicação desta vertente punitiva do Direito sempre que outras vias se mostrarem mais idôneas para fins de controle social.

A análise que se seguirá jamais poderia ser realizada sem a prévia exploração temática efetivada nos capítulos anteriores. Sendo a violência doméstica um fenômeno multifacetado – que abarca campos como a psicologia e as ciências sociais, além do Direito – investigar suas origens e repercussões é fundamental para enxergar essa prática de forma global, sem instrumentalizar seus atores para este ou aquele fim.²⁴⁷

A valorização da mulher perante a sociedade e, conseqüentemente, perante o sistema de justiça, é imperiosa e tem no enfrentamento da violência doméstica uma importante via. As demandas sociais, no entanto, obviamente não se esgotam na violência contra a mulher e comportam uma imensa complexidade – motivo pelo qual as políticas públicas (de caráter penal, inclusive), não podem ser autônomas e jamais devem atuar no sentido de aprofundar opressões.

É preciso ter como foco que o Direito Penal é um instrumento repressivo e danoso, que somente pode ser usado em situações que reflitam graves ataques a bens

²⁴⁷ Conforme assevera Maria Lucia KARAN, “É preciso sempre ter cuidado com mecanismos que, sob o pretexto de tutelar ou proteger determinados grupos de pessoas consideradas mais frágeis ou mais vulneráveis, acabam por inferiorizar tais grupos, acabando por instrumentalizar a materialização de concepções discriminatórias”. KARAM, 2006, *op. cit.* Sobre a instrumentalização das lutas sociais trataremos de forma pormenorizada mais adiante.

jurídicos de extrema relevância.²⁴⁸ Não se deve olvidar, também, das distorções provocadas pela vertente simbólica da lei penal, que provoca eminentemente efeitos nocivos, ainda que também possa comportar consequências desejáveis, como a comunicação sobre a importância de determinado bem jurídico que ainda não foi plenamente aceito como fundamental. Cabe averiguar se essa comunicação, feita pela via penal-simbólica, é saudável ao corpo social.

É imprescindível que se tenha clareza a respeito dos expressivos índices de violência doméstica contra a mulher no Brasil e da persistente naturalização dessa prática. Assim como já foi anteriormente destacado,²⁴⁹ a problematização a respeito do uso do Direito Penal não pode servir a interesses unilaterais, sejam esses os dos defensores do minimalismo penal ou dos grupos feministas; deve, sim, almejar contribuir para um avanço global da sociedade no que tange à forma com que esta lida com seus conflitos. Deve-se dialogar reflexões sobre como é historicamente tratada a mulher no Brasil e também sobre a forma como é exercido o controle social formal no País, ponderando que há desumanidade e sequestro de dignidade humana nos dois lados da questão.

Assim sendo, faz-se necessário colocar em pauta dois debates que se entrelaçam: (i) se seria o instrumento penal meio idôneo para o enfrentamento de violências contra minorias, tendo como foco particular as mulheres vítimas de violência doméstica; e (ii) se poderia o Direito Penal se retirar desse enfrentamento sem que essa ausência provocasse um retrocesso na luta por uma sociedade livre de violência contra as mulheres.

Para fazer a referida análise e tentar enfrentar a complexidade do tema, tendo como subsídio os estudos previamente realizados, o presente capítulo será dividido da seguinte forma: primeiramente, será realizada uma investigação sobre o uso do viés repressivo do Estado para assegurar o direito de minorias representativas e sobre o indesejável expansionismo penal. Posteriormente, travaremos um debate acerca da existência ou inexistência de capacidade afirmativa e/ou transformativa de leis penais a fim de problematizar a iniciativa penal de enfrentamento da violência doméstica. Após, recorreremos a fontes da Criminologia Clínica (notadamente da denominada “Terceira Geração”²⁵⁰) para estudar como a sanção penal ecoaria para o autor da violência doméstica, a fim de averiguar se esta se mostraria de alguma forma útil ou efetiva a fim de comunicar

²⁴⁸ Conforme largamente explorado no capítulo anterior.

²⁴⁹ De acordo com o estudo já realizado nos dois primeiros capítulos deste trabalho.

²⁵⁰ Denominação utilizada por Alvino Augusto de Sá.

o desvalor da ação empenhada. Por fim, teceremos alguns apontamentos a respeito das perspectivas possíveis para o enfrentamento da questão.

4.2. A aplicação do Direito Penal para assegurar direitos das minorias

4.2.1. A (problemática) expansão penal

Para Alberto Silva FRANCO, o expansionismo penal é, além de indesejável, contrário à construção de um Estado Democrático de Direito. Assevera o autor que

[N]um Estado Democrático de Direito, a intervenção penal não pode ter uma dimensão expansionista: deve ser necessariamente mínima, expressando, apenas e exclusivamente, a ideia de proteção de bens jurídicos vitais para a livre e plena realização da personalidade de cada ser humano e para a organização, conservação e desenvolvimento da comunidade social em que ele está inserido.²⁵¹

Ao tratar da expansão do âmbito punitivo do Estado e da rigidez sancionatória a esse associada, SILVA SÁNCHEZ defende haver um espaço de “expansão razoável” do Direito Penal, já que é esperado, por evoluções sociais e culturais, que surjam novos bens jurídico-penais ou que alguns bens jurídicos previamente tutelados sofram um incremento de valor.²⁵² O autor indica, como elementos que podem fomentar o fenômeno da expansão penal, a impressão de insuficiência de outros meios, jurídicos ou não jurídicos, na contenção dos conflitos sociais, bem como o desprestígio desses instrumentos ou até mesmo sua inexistência. Haveria, quando da penalização associada a determinado comportamento, um

²⁵¹ FRANCO, *op. cit.*, p. 168. Ainda sobre o tema, o autor expressa: “O Direito Penal mínimo é, sem nenhuma margem de dúvida, a correta representação do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, laico, pluralista, respeitador do direito à diferença, em suma, de um modelo político-social que tenha no ser humano – e sua dignidade – como centro fulcral da organização estatal”. P. 169.

²⁵² SILVA SÁNCHEZ, 2002, *op. cit.*, p. 27 e 28.

asseguramento fático das expectativas diante da afronta de determinado bem jurídico – e esse maior grau de *certeza de repercussão* serviria para compensar uma ética social frágil ou uma crescente fraqueza das instâncias de moralização. Assim, diante de uma suposta perda de referencial entre o “bom” e o “mau”, o Direito Penal se faria presente para clarificar o caminho a ser seguido no convívio social.²⁵³

Nilo BATISTA, apropriado de uma perspectiva da criminologia crítica, considera que o uso do Direito Penal a fim de harmonizar os conflitos sociais resulta em uma estratégia de silenciamento de lutas. O crescimento do alcance penal representaria uma dimensão simbólica do aumento da vigilância física e política do Estado sobre os cidadãos, ocultando o debate sobre as mais variadas opressões.²⁵⁴ Na visão do autor, iniciativas como a implementação dos Juizados Penais Especiais, criados pela Lei n. 9.099/1995, devem ser objeto de problematização justamente pelo motivo acima exposto, já que a obtenção de uma maior “celeridade” e “eficiência” na aplicação de um instrumento rígido e cruel como o Direito Penal não pode ser analisada de forma acrítica. As instâncias informais de solução de conflitos teriam perdido espaço diante da existência de modelos estatizados, o que representaria uma inevitável inflação do poder punitivo e da vigilância exercida pelo Estado. Essa permanente presença estatal, acrescida de um uso contínuo (e não fragmentário) do Direito Penal, constituiriam, na ótica de BATISTA, um “latejante sintoma do Estado policial”.²⁵⁵

Tornar o Direito Penal o “único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização ou civilização”, transfere a esse ramo do Direito um fardo que ele não pode carregar, uma vez que é preciso ter sempre em foco que o Direito Penal é um instrumento inerentemente repressivo e cujo uso inevitavelmente provoca um dano à comunidade.²⁵⁶ No entanto, os grupos que sempre se colocaram de forma crítica às respostas rígidas do controle social formal têm se posicionado de forma a exigir, do Direito Penal, uma maior proteção a bens jurídicos relacionados à defesa dos direitos humanos, o que significa uma penalização mais intensa das condutas que os atacam.²⁵⁷

²⁵³ SILVA SÁNCHEZ, 2002, *op. cit.*, p. 58.

²⁵⁴ “O processo de ocultação dos conflitos sociais, particularmente da luta de classes, através da ocultação do debate político sobre eles, encontrou na mais bisonha e elementar linguagem jurídico-penal seu maior instrumento”. BATISTA, Nilo. Batista, Nilo. “Só Carolina não viu – Violência doméstica e políticas criminais no Brasil” In *Jornal do Conselho Regional de Psicologia*, ano 5, Rio de Janeiro, mar/2008, p. 7

²⁵⁵ BATISTA, 2008, *op. cit.*, p. 17.

²⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2002, *op. cit.*, p. 61

²⁵⁷ E também de uma busca por não deslegitimar a proteção eventualmente já existente. SILVA SÁNCHEZ, 2002, *op. cit.*, p. 62-63.

A emergência de novas demandas sociais e, conseqüentemente, de novos bens jurídico-penais, aliada à sensação de fragilidade das instâncias de controle não formais, acabam por tornar o Direito Penal um dos “gestores atípicos da moral”, ou seja, um instrumento balizador da moral coletiva. Na visão de SILVA SÁNCHEZ, essa gestão, historicamente exercida por estamentos burgueses conservadores, estaria sendo utilizada também por grupos progressistas que demandam representatividade e proteção penal a seus interesses. O Direito Penal se transforma, nessa ótica, em uma suposta ferramenta emancipatória, o que em nada se relaciona com sua roupagem opressiva e excludente que tão duramente era criticada por esses mesmos grupos.²⁵⁸

A incriminação, ainda que tenha efetividade questionável no que tange à proteção de bens jurídicos, desempenharia “uma função informativa e provavelmente também ‘formadora’, pedagógica”, já que comunicaria à comunidade sobre a relevância de determinado bem, atuando em uma função promocional de valores.²⁵⁹ Essa comunicação valorativa em geral está implícita nas demais funções da sanção penal, mas não é desejável que represente a função primordial de condução ética dos cidadãos. Ela seria um efeito colateral do qual não se pode escapar, mas que se deve tentar minimizar tanto quanto possível. SILVA SANCHEZ destaca que essa atuação subsidiária da sanção penal como baliza moral pode se mostrar uma consequência bem recebida, mas que de forma alguma deva ser ativamente buscada:

[C]onsidero inconcebível que o Estado democrático aceite pacificamente que as normas penais constituam parâmetro do ético e do antiético. O Direito Penal deve restringir-se à proteção dos bens jurídicos mediante um respeito neutro aos princípios que sustenta, sem procurar fomentar fenômenos de adesão pessoal que, ademais, signifiquem essa confusão dos níveis. Portanto, ao se considerar legítimo que alguma instância estatal cumpra, num Estado pluralista, uma função ético-social, tal função deveria ser cumprida num âmbito diferente do âmbito da intervenção punitiva, não condicionado pela vertente aflagrada que o define.²⁶⁰

Não por outra razão, FRANCO assevera que “[t]anto a função promocional, como a função simbólica, representam graves distorções que distanciam o Direito Penal de sua verdadeira matiz: autorizam um Direito Penal de máxima intervenção”. O autor observa

²⁵⁸ SILVA SANCHEZ, 2002, *op. cit.*, p. 63-64.

²⁵⁹ Conforme já verificado quando se explorou no capítulo anterior a respeito da função simbólica da pena. SILVA SANCHEZ, 2011, *op. cit.*, p. 455-456.

²⁶⁰ SILVA SANCHEZ, 2011, *op. cit.*, p. 456-457.

também que na adoção de leis penais nas quais é o aspecto simbólico o primordial, haveria um obstáculo à consecução dos objetivos instrumentais da norma, uma vez que ela fatalmente não conseguirá ter o alcance nem a eficácia necessária para deter o comportamento que almeja dissuadir.²⁶¹

Um ponto importante destacado por FRANCO quando de sua análise sobre o tema da expansão penal é o de que esta se daria, muitas vezes, a fim de aquietar a sociedade e, mais especificamente, alguns segmentos sociais.²⁶² Essa percepção é particularmente relevante para o presente estudo, já que nos cabe analisar as previsões penais contidas na Lei Maria da Penha e sua funcionalidade no enfrentamento da violência contra a mulher.

4.2.2. O reconhecimento de novas demandas e a penalização

A emergência de novas demandas relacionadas a grupos historicamente vulnerabilizados no Brasil tem, na Constituição Federal de 1988, um marco relevante. Ainda que movimentos de mulheres (e também de negros e outras minorias) já se fizessem presentes, mesmo que com tímida penetração, na luta por direitos, foi o texto constitucional que firmou um compromisso do Estado brasileiro com a promoção da igualdade. De acordo com Daniel SARMENTO, a igualdade prometida no art. 5º da Constituição não é apenas formal, mas substancial, uma vez que não representa apenas um limite, “mas configura também verdadeira meta para o Estado, que deve agir positivamente para promovê-la, buscando a redução para patamares mais decentes dos níveis extremos de desigualdade presentes na sociedade brasileira”.²⁶³ Assim sendo, a busca pela igualdade não se restringe à

²⁶¹ FRANCO, *op. cit.*, p. 174. Preocupação similar com relação aos direitos humanos de forma ampla é trazida por BATISTA, em sua citação de Norberto BOBBIO: “à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil”. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 63 in BATISTA, 2008, *op. cit.*, p. 9.

²⁶² FRANCO, *op. cit.*, p. 172.

²⁶³ Constituição Federal de 1988: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...).

proibição de exclusão, significando também a obrigação de inclusão, por meio de políticas públicas, de grupos histórica e culturalmente oprimidos.²⁶⁴

É com apoio fundamental no princípio constitucional da igualdade que se afirma a luta pelos direitos humanos no Brasil. Essa luta teve sua primeira repercussão legal (pós Constituição Federal) na Lei n. 7.716/1989, que prevê implicações penais quando da prática de atos discriminatórios relacionados a raça e cor de pele.²⁶⁵ Ainda que tenha emergido somente após um grande salto temporal em relação à Constituição de 1988, a Lei n. 11.340/2006 também foi recebida nesse mesmo contexto: como uma iniciativa legal de demanda por igualdade, uma vez que visa a enfrentar uma das manifestações da assimetria de representatividade e poder entre os gêneros.

Apesar de os referidos diplomas legais conferirem visibilidade a grupos historicamente vulnerabilizados e representarem a tentativa de estabelecer um Estado Democrático de Direito pleno e igualitário, observa-se que a sanção penal se faz presente como instrumento para conter atos discriminatórios. O uso de recursos punitivos, que são em si opressores, tem implicações controversas quando se tratam de direitos humanos, já que representa a imposição de uma via excludente como resposta a um ato que previamente promoveu exclusão.

A análise dessa questão sugere que os bens materiais e imateriais (ou simbólicos) somente se tornariam de fato relevantes para a sociedade brasileira no momento em que recebem um respaldo penal.²⁶⁶ A penalização, nesse raciocínio, teria o condão de *qualificar* a demanda perante a comunidade, estabelecendo o caminho inverso àquele defendido por ampla gama de doutrinadores, segundo os quais o Direito Penal somente teria lugar diante da afronta a bens jurídicos previamente reconhecidos como fundamentais.²⁶⁷ O debate se coloca, assim, muito próximo àquele travado a respeito da função simbólica do Direito Penal, em que este comunicaria (ou até mesmo *enunciaria*) a importância de bens jurídicos

²⁶⁴ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 141-142 e 162.

²⁶⁵ Lei 7.716/1989: “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”
Inserem-se nessa seara as lutas por condições humanas nas prisões, as iniciativas por proteção diferenciada de crianças e adolescentes, indígenas, deficientes físicos, estrangeiros, entre outros.

²⁶⁶ É imprescindível, no entanto, problematizar o fato de que os valores defendidos nas pautas de direitos humanos tenham na sua gramática o tom conservador conferido pela penalização das condutas que os afrontem – não por não serem suficientemente relevantes socialmente, mas sim pelo fato de que essa resposta em nada se alinha com os ideais perseguidos e fomentados pelos defensores de direitos humanos. SINGER, *op. cit.*, p. 12.

²⁶⁷ Temática explorada no capítulo 3 do presente trabalho.

que ainda não foram assumidos como imprescindíveis em determinada sociedade, mesmo que sua proteção se mostre imperativa.²⁶⁸

Helena SINGER ressalta o incômodo relacionado ao fato de as demandas de direitos humanos acabarem chegando aos cidadãos sob uma roupagem de punição e penalização, afirmando que “os discursos e as práticas sobre os direitos humanos não chegam à população sob a forma de igualdade, felicidade e liberdade, mas sim de culpabilização, penalização e punição, integrando um movimento mundial de obsessão punitiva crescente”.²⁶⁹ Essa preocupação é relevante pois muitas das condutas que se visa a sancionar com leis sobre esses *novos* direitos são normatizadas, uma vez que comportamentos machistas (bem como outras manifestações discriminatórias) somente foram identificados como opressivos há relativamente pouco tempo na sociedade brasileira.²⁷⁰

Ao tratar do tema, Maria Lucia KARAM alerta que a dignidade penal conferida a certos atos afrontosos aos direitos humanos deve ser vista com desconfiança, uma vez que esta serviria para “legitimar o sistema penal e melhor ocultar seu papel de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação”. Segundo a autora, a lógica da punição é intrinsecamente contraditória àquela da defesa de minorias, já que reproduz violência, submissão e exclusão, além de obliterar a busca por outras formas de resolução do problema.²⁷¹

Soa pacífico, dentre os defensores de pautas progressistas ligadas aos direitos humanos, que a punição é um recurso de viés conservador voltado para a manutenção da ordem e que sempre provoca danos ao corpo social.²⁷² Diante disso, é no mínimo coerente a preocupação exposta acima sobre a aplicação de sanções penais para compor os conflitos em tela – principalmente quando a referida sanção se manifesta na forma de privação de liberdade, modelo de punição bastante proeminente no sistema penal brasileiro. Não por outro motivo indaga SINGER: “[s]e a prisão é tão nociva, por que se empenhar tanto em

²⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2011, *op. cit.*, p. 455.

²⁶⁹ SINGER, *op. cit.*, p. 12.

²⁷⁰ Um ditado popular brasileiro inclusive reafirma que “em briga de marido e mulher não se mete a colher” – ou seja, além de banalizar a violência como se fosse mero impasse entre um casal, defende que aquilo que ocorre em âmbito privado deva nele permanecer.

²⁷¹ KARAM, 1996, *op. cit.*, p. 81 e 91.

²⁷² SINGER, *op. cit.*, p. 16. Sobre o tema, PIRES afirma: “As relações entre direito penal e os direitos humanos se constroem de maneira paradoxal e conflitante na racionalidade penal moderna. A pena afliitiva é frequentemente valorizada como uma ‘maneira forte’ de defender ou afirmar os direitos humanos”. PIRES, 2004, *op. cit.*, p. 46.

colocar racistas, sexistas, torturadores, linchadores, corruptos, poluidores, motoristas e pais negligentes na prisão?”²⁷³

Pela perspectiva de KARAM, nenhuma espécie de reação punitiva é hábil a pôr fim à criminalidade justamente porque esse não seria o objetivo do Direito Penal, que é identificado pela autora como um instrumento de manutenção de privilégios e opressões – visão compartilhada por ZAFFARONI, PIERANGELI, BATISTA e outros eminentes doutrinadores, conforme trabalhado no terceiro capítulo deste estudo. Assim sendo, é errôneo considerar que o Direito Penal teria se convertido em uma via idônea de ação estatal pelo simples fato de agora ter como bens jurídicos tutelado demandas oriundas de grupos historicamente vulnerabilizados. Essa expansão faria com que as penas recaíssem sobre os mesmos personagens subalternos de sempre, já que a seletividade do sistema persistiria e os segmentos mais frágeis em termos de mobilização política (e condições financeiras) continuariam a representar o foco da repressão penal.²⁷⁴

Há o receio de que a penalização das condutas que representem ataques aos direitos humanos se travista de iniciativa pessoal ou individualizada de afronta, o que maquiaria toda a carga cultural por trás de opressões a grupos como negros, indígenas, mulheres, homossexuais, transexuais, entre outros. O recurso ao Direito Penal, por essa ótica, não se mostra hábil a prover reflexões transformadoras, já que dispensaria a necessidade de investigar as razões que deram ensejo à violência em prol de capturar indivíduos que conferiram voz à opressão estruturante da nossa sociedade. Sem a busca por aprofundamento nos motivos que geram as violências contra minorias, a punição pode gerar, conforme alerta KARAM, “a superficial sensação de que o problema teria sido resolvido”.²⁷⁵

Segundo defende SINGER, não se deve recorrer à lógica penal devido a conveniências de ordem meramente prática – é preciso considerar questões éticas quando se pondera usar instrumentos punitivos. O recurso massivo à sanção como forma de compor interesses e o uso da lei como principal instrumento para a garantia de igualdade (descolada de demais políticas públicas de inclusão e combate ao preconceito) abrem margem à

²⁷³ SINGER, *op. cit.*, p. 12.

²⁷⁴ De acordo com a autora, a individualização penal apenas tem lugar quando se demanda uma “imagem para o crime”, ou seja, um bode expiatório para que a sociedade possa nele depositar sua reprovação pelo desvio social cometido. KARAM, 1996, *op. cit.*, p. 81-82.

²⁷⁵ O uso do Direito Penal deixaria invisíveis as fontes geradoras do problema, além de permitir e incentivar a crença em desvios pessoais a serem combatidos – já que os desvios estruturais não são alcançados. KARAM, 1996, *op. cit.*, p. 82.

consolidação de um Estado policial, em que o elemento determinante para o respeito comum demanda vigilância e repressão.²⁷⁶

4.3. Transformação dos mecanismos que geram a violência doméstica e aplicação do Direito Penal: um diálogo possível?

4.3.1. Entre a repressão e a libertação

Conforme se ressaltou no segundo capítulo deste trabalho, a Lei Maria da Penha emergiu em um contexto de reconhecimento de uma particular forma de violência: a violência doméstica e familiar contra a mulher. O agravamento das penas relacionadas ao ataque da dignidade física, psíquica, moral e sexual da mulher²⁷⁷ indica uma maior valorização jurídica desses bens e visa a representar um maior empenho na dissuasão desses crimes.

A celeuma acima exposta a respeito da aplicação de sanções penais a demandas progressistas ganha, no que tange à Lei n. 11.340/2006, um componente particular: o gênero, em geral oposto, das partes polarizadas no processo. Ainda que a Lei Maria da Penha também contemple expressamente relações homoafetivas entre mulheres, sua maior missão se volta à proteção de pessoas do gênero feminino em relações de afeto com indivíduos do gênero masculino, em que estes, valendo-se de um acultramento voltado à agressividade e a uma suposta superioridade em relação às mulheres, agem de forma a perpetuar diversas violências nos relacionamentos afetivos.

Conforme abordado nos tópicos acima, o reconhecimento de demandas particulares de grupos minoritários se refletiu na criminalização²⁷⁸ de condutas que afrontam

²⁷⁶ SINGER, *op. cit.*, p. 14.

²⁷⁷ Conforme artigo 7º da Lei n. 11.340/2006.

²⁷⁸ Ou na demanda por criminalização, no caso da homofobia.

os seus elementos de diferenciação – notadamente atitudes que demonstram preconceito e discriminação. Nota-se, também, que ao mesmo tempo em que emergem essas novas vias de criminalização, ocorre um movimento pela redução da aplicação do Direito Penal como via de solução dos conflitos, o que se deve em parte à notória necessidade de agilizar os procedimentos judiciais e em parte à identificação do Direito Penal como um método de controle social que se utiliza do sequestro de dignidade daqueles que por ele são selecionados. A Lei n. 9.099/1995, que implementou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, é um reflexo direto desse fenômeno de minimalização, já que tem como missão despenalizar, acelerar e informalizar os procedimentos, numa tentativa de voltar o controle penal para a sociedade e democratizá-lo.

Esses dois movimentos supracitados tendem a colidir em algum momento. De acordo com Vera Pereira de ANDRADE, o embate entre uma iniciativa criminalizadora e outra descriminalizadora gera uma crise de legitimidade do sistema penal e do conjunto de agências de controle da criminalidade, uma vez que seus objetivos e seu modo de interferência ficam obscuros. Na opinião da autora, inclusive, a referida crise de legitimidade do sistema penal não pode ser considerada apartada de uma crise maior e mais ampla, que é a crise do modelo de Direito instaurada na modernidade, no qual muitas vezes a identificação do Direito com a Lei e com a Justiça se mostra deficiente. Nesse contexto, clamar pela intervenção do Direito Penal a fim de proteger as minorias representaria uma “forte e contraditória demanda relegitimadora de sua atuação”.²⁷⁹

Ao tratar da demanda por punição penal da violência doméstica, BATISTA tece críticas semelhantes ao defender a inconsistência em se fazer uso do poder punitivo como estratégia emancipatória.²⁸⁰ O autor problematiza o fato de a Lei 11.340/2006 ter como marcante característica político-criminal aquilo que chama de “uma demanda clara por sofrimento penal físico”, visto que veda a aplicação de “penas de cesta-básica”, de prestações pecuniárias e de multas substitutivas, bem como da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Segundo BATISTA, a Lei Maria da Penha faz a opção por uma via retributivista-aflitiva ao recusar que o autor de delitos caracterizáveis como violência doméstica padeça de sanções morais ou patrimoniais: “[a]o menos potencialmente – caso descumpra, sem justa causa, a

²⁷⁹ ANDRADE, Vera Pereira de. “Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania” in *Revista Sequência* n° 35, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, dez/97, p. 42 e 44.

²⁸⁰ BATISTA, 2008, *op. cit.*, p. 3.

restrição imposta na pena que substituiu a privativa de liberdade – as prisões dramaticamente superlotadas passam a constituir o destino dos agressores domésticos contra a mulher”²⁸¹.

O fato de o tratamento dado à violência doméstica contra a mulher ser eminentemente baseado na punição penal conduz, pela ótica de ANDRADE, a uma paradoxal aproximação do movimento de mulheres, que é sabidamente progressista, com iniciativas conservadoras e reacionárias de “lei e ordem”. Faz-se necessário lembrar que apesar de a própria Lei Maria da Penha prever iniciativas como grupos de diálogo de homens agressores, a forma primordial de se lidar com os crimes no País se volta à prisionalização – e não considerar essa característica na análise do tema é esquivar-se do debate. Requerer mais castigo, mais repressão e mais punição para compor um conflito é dissonante quando se trata de um movimento que clama fundamentalmente por libertação, visto que o sistema penal é ele próprio um sistema de violência institucionalizada.²⁸²

Uma preocupação expressa tanto por ANDRADE quanto por BATISTA é a de que o tratamento dado à violência doméstica se limite ao “clamor pelo poder punitivo”, o que refletiria em uma amplificação das vias opressoras de solução de conflitos tanto para os autores da violência quanto para as vítimas, pois seu impacto também é por elas sentido. Requerer a aplicação de uma força repressiva na tentativa de harmonizar a repressão anteriormente sofrida, na visão de BATISTA, significaria admitir que, de alguma forma, “estão as mulheres a convocar em seu auxílio o mesmo veneno que as submete(ia), mutila(va) e mata(va)”²⁸³.

Buscar o apoio desse instrumento privilegiado de controle social para a superação da violência doméstica, também na opinião de María Luisa Maqueda ABREU, é temerário não só por fazer uso (paradoxal) da repressão como via libertadora, mas também porque sequestraria da mulher o protagonismo nessa luta. Segundo a autora, o movimento feminista deve reivindicar um papel ativo para a mulher, pois somente dessa forma seria possível romper com uma imagem feminina homogênea, passiva e vitimizada que limita sua subjetividade.²⁸⁴ Essa visão revela uma preocupação em tornar duradoura e independente

²⁸¹ *Idem*, p. 11.

²⁸² ANDRADE, 1997, *op. cit.*, p. 46.

²⁸³ BATISTA, 2008, *op. cit.*, p. 14.

²⁸⁴ “No es ajena a esa posición feminista crítica, la reivindicación para la mujer de un papel activo en el contexto de las relaciones sociales y de la justicia penal, evitando el obsesivo afán por ofrecer de ella una imagen homogénea, pasiva y victimaria, que limita su libertad y su subjetividad”. ABREU, María Luisa Maqueda. “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico” in *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, octubre de 2007, p. 01-43.

essa luta, a fim de que não seja necessária a inferência de um poder superior para afirmar os direitos das mulheres.

Cabe refletir, nesse momento, sobre as perspectivas apresentadas por Carol SMART a respeito da relação entre o feminismo e o Direito Penal.²⁸⁵ Há, de acordo com SMART, três etapas de interpretação: a primeira defende que *o Direito é sexista*; a segunda que *o Direito é masculino*; e a terceira afirma que *o Direito tem gênero*. Abordaremos na sequência as linhas gerais das três perspectivas.

Assumir que *o Direito é sexista* significaria pressupor que o protagonismo político e social masculino contaminou o Direito e todo seu senso de julgamento. O homem, assim, determinaria a medida pela qual a mulher seria analisada e julgada, implicando a inevitável discriminação feminina nesse campo do conhecimento. Como possível solução estariam a supressão de signos que aprofundam a diferenciação por gênero e a ocupação dos espaços de decisão por mulheres. É preciso pontuar que uma hipotética e simplista proposta de solução segundo a qual “mulheres julgariam mulheres” é falaciosa e incorreria também em opressões, já que há eixos de exclusão como raça e classe social que não seriam contemplados por essa alteração, limitada ao gênero.²⁸⁶

Pela perspectiva segundo a qual *o Direito é masculino*, pressupõe-se que práticas que se definem como universais na realidade expressam uma visão parcial do mundo, uma vez que critérios como objetividade e neutralidade foram elaborados por atores que detém inúmeros privilégios. Dessa forma, insistir na aplicação desses conceitos tal qual estão colocados é insistir em julgamentos sob valores masculinos, ainda que mulheres alcancem os postos de decisão.²⁸⁷

Finalmente, de acordo com SMART, há a interpretação segundo a qual *o Direito tem gênero*: por essa ótica, é possível que uma mesma prática – jurídica ou não – ganhe significados diferentes quando for lida por meio de discursos diferentes. Assim, o Direito seria uma das vias de reprodução de códigos que identificam o que seria gênero e como eles são encarados pelo próprio Direito.²⁸⁸ Essa perspectiva, que na visão de SMART é a que melhor contempla os atuais problemas do diálogo entre feminismo e Direito, relaciona-se com as preocupações expressas acima por ABREU e ANDRADE, pois essas autoras veem

²⁸⁵ SMART, Carol. “La teoria feminista y el discurso jurídico” in LARRAURI, Elena (org.). *Mujer, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.

²⁸⁶ SMART, *op. cit.*, p. 35-36.

²⁸⁷ *Idem*, p. 37-38.

²⁸⁸ *Idem*, p. 39-40.

na Lei Maria da Penha uma forma de sequestro, pelo Estado, do conflito expresso na violência doméstica, o que feriria a subjetividade feminina e manteria a mulher em uma condição de vítima.

Muitas questões permeiam esse debate. Deve a luta feminina por uma vida sem violência lançar mão de estratégias opressoras? Devem as mulheres conferir ao Estado o poder e o dever de decidir sobre seus conflitos? Devem as mulheres recorrer a um instrumento cuja gramática deriva de privilégios para reprimir quem deles não usufrui?

4.3.2. Entre a afirmação e a transformação

A respeito da pertinência ou impertinência do uso do Direito Penal na aplicação da Lei n. 11.340/2006 – e tendo em vista questões polêmicas como o simbolismo da pena e a autonomia feminina – adotaremos como método de análise a interpretação de Nancy FRASER acerca de iniciativas afirmativas e transformativas da vida social, tentando investigar as aproximações e repulsões do viés penal da Lei Maria da Penha a cada uma dessas categorias. Para tanto, teceremos a seguir breves comentários acerca das convicções da autora.

Na dicção de FRASER, persistem, na sociedade, injustiças que pertencem principalmente a duas ordens: econômica e cultural (ou simbólica). No caso das injustiças de caráter econômico, que atingem o eixo de opressão *classe social*, por exemplo, alguns grupos são preteridos na distribuição de bens e valores devido à falta de inserção em cargos de destaque ou com maior valor agregado. Essa injustiça perpetua a exclusão e, para saná-la, seriam desejáveis iniciativas que fomentassem a *redistribuição* dos recursos financeiros, a fim de interromper a diferenciação social sofrida.²⁸⁹

Por outro lado, injustiças de caráter simbólico consistem na depreciação e discriminação de alguns grupos sociais, como por exemplo homossexuais, o que implica a desvalorização cultural de determinados grupos ou características pessoais. Essas injustiças

²⁸⁹ FRASER, *op. cit.*, p. 232.

clamam por iniciativas que *reconheçam* a diferença existente e que imponham o respeito e o acolhimento dos grupos que fogem à normatização imposta na vida político-social, valorizando suas especificidades.²⁹⁰

Desenham-se, assim, duas soluções distintas para as referidas injustiças: uma a fim de redistribuir os recursos e outra a fim de reconhecer o valor de características pessoais. Para que a primeira se implemente é necessária a *desdiferenciação* do grupo, enquanto a segunda solução demanda a *diferenciação* proposital de alguma categoria.

Há, no entanto, grupos que sofrem tanto de desvalorização simbólica quanto de injustiças econômicas, a exemplo dos negros e das mulheres. São o que FRASER chama de “coletividades bivalentes”, uma vez que foram culturalmente direcionados a ocupar mais de um eixo de opressão: não só se encontram distantes de cargos políticos de decisão e bem remunerados, como também sofrem de depreciações simbólicas (como discriminações e representações estereotipadas na mídia).²⁹¹

Pelo fato de mulheres padecerem de pelo menos duas injustiças que são analiticamente distintas, elas necessitam tanto de *redistribuição* político-econômica – para que venham a ter inserção nos campos de decisão e na economia – quanto de *reconhecimento* – para que não mais sofram discriminações sexistas.²⁹² Assim, o dilema colocado por FRASER é: se para fins de redistribuição são demandadas iniciativas que *desdiferenciem* os grupos, enquanto que para o reconhecimento são necessárias iniciativas que justamente *diferenciem* esses grupos sociais vulnerabilizados, como lidar com coletividades bivalentes?

Para que mulheres possam ter uma melhor inserção no mercado de trabalho e, especialmente, nos cargos de maior valor político e econômico, seria desejável que o quesito gênero não influenciasse o processo de ascensão profissional.²⁹³ O eixo de opressão gênero, portanto, deveria ser mitigado para que essa desdiferenciação fosse operada, rompendo com a ainda subsistente divisão sexual do trabalho e com suas consequências. Porém, no que tange às discriminações simbólicas, é necessário que se realize o oposto, ou seja, que se

²⁹⁰ Seria necessário, assim, “[c]onceder reconhecimento positivo a um grupo especificamente desvalorizado”. FRASER, *op. cit.*, p. 234.

²⁹¹ FRASER, *op. cit.*, p. 233.

²⁹² Que, conforme analisamos no primeiro capítulo deste trabalho e já colocamos anteriormente, podem acarretar inclusive crimes violência doméstica e familiar.

²⁹³ Um relatório da Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE) divulgado em 23 de novembro de 2015 indicou que o salário médio de uma mulher brasileira com educação superior representa apenas 62% do de um homem com a mesma escolaridade. Disponível em <http://www.oecd.org/>. Acesso realizado em 25 de novembro de 2015.

sublinhem as demandas especificamente femininas. Por essa razão, segundo FRASER, “[a]s feministas devem buscar remédios que dissolvam a diferenciação de gênero, enquanto buscam também remédios culturais que valorizem a especificidade de uma coletividade desprezada”.²⁹⁴

A superação das injustiças para com as mulheres, assim como para com outras coletividades bivalentes, requer duas abordagens distintas (mas que podem ter pontos de tangência) para que seja viável atravessar o binômio redistribuição-reconhecimento. FRASER as chama de *afirmação* e de *transformação*, respectivamente:

Por remédios afirmativos para a injustiça, entendo os remédios voltados para corrigir efeitos desiguais de arranjos sociais sem abalar a estrutura subjacente que os engendra. Por remédios transformativos, em contraste, entendo os remédios voltados para corrigir efeitos desiguais precisamente por meio da remodelação da estrutura gerativa subjacente. O ponto crucial do contraste é efeitos terminais vs. processos que os produzem.²⁹⁵

Os remédios afirmativos visariam a compensar a injusta desvalorização de identidades de grupos deixando intactas as diferenciações subjacentes a essas diferenciações. Ou seja: trata-se de lidar com preconceitos e discriminações na ponta final desses discursos, sem necessariamente alterar as bases de surgimento do conteúdo. Já os remédios transformativos, por sua vez, associam-se à desconstrução e à alteração pelo cerne da estrutura cultural-valorativa da qual emergem discriminações, transformando inclusive “o sentido do *eu* de todos”. A fim de promover o reconhecimento de determinado grupo, os remédios afirmativos tendem a incitar a sua diferenciação dentro do corpo social, enquanto os meios transformativos, por sua vez, tendem a desestabilizar essas diferenciações a longo prazo.²⁹⁶

É com base nessa lente de análise proposta por FRASER que desenvolveremos os tópicos que se seguem, investigando, conforme mencionado, se há potencial afirmativo e/ou transformativo na escolha por penalização de crimes com componente doméstico.

²⁹⁴ FRASER, *op. cit.*, p. 236.

²⁹⁵ FRASER, *op. cit.*, p. 237.

²⁹⁶ *Idem*, p. 237.

4.3.2.1. A via penal como instrumento afirmativo

BARATTA, ao tratar da relação da mulher com o Direito Penal, afirma que o lugar desta quase sempre esteve ligado à família, e que ela representaria uma extensão dos bens imateriais masculinos: “[o] direito Penal é dirigido aos homens, enquanto operadores da esfera (pública) da produção material. O seu *gênero* do ponto de vista simbólico é masculino”.²⁹⁷ Ainda que não enfrentemos diretamente aqui as provocações de SMART sobre ser o Direito sexista, masculino ou simplesmente conter um viés de gênero, o sentido geral dessa percepção da autora e de BARATTA encontra respaldo nos discursos legislativos em vários momentos, conforme explorado nos capítulos 1 e 2 deste trabalho.

Considerando que o Direito Penal sempre preteriu ou invisibilizou demandas femininas, é possível desenvolver uma interpretação segundo a qual a Lei 11.340/2006 rompeu com esse parâmetro. Trata-se de um diploma legal que se volta exclusivamente à mulher e que, ao prever consequências legais a práticas de violência, almeja garantir-lhe o direito de não sofrer agressões no âmbito de suas relações íntimas.

A Lei Maria da Penha, portanto, pode ser entendida como um instrumento de afirmação de direitos no limite em que reconhece que alguns crimes derivam da assimetria de poder existente entre homens e mulheres. Identificada a gravidade da questão e assumindo uma lógica em que a resposta penal é esperada diante de determinados desvios sociais, mostra-se coerente que as relativas condutas tipificadas sejam agravadas. Faz-se necessário, no entanto, não apenas reconhecer a lógica do sistema, mas justamente questioná-lo como um todo, haja vista a complexidade da violência doméstica e a não-suficiência da resposta penal.

A interpretação segundo a qual a Lei n. 11.340/2006 pode se inserir como uma ferramenta de afirmação de direitos é possível muito mais a despeito do viés penal da Lei do que em virtude dele. Trata-se de um diploma que representa um compromisso à superação da desigualdade de gênero e das várias vertentes de materialização desta, abrangendo tanto

²⁹⁷ BARATTA, Alessandro. “O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999, p. 46.

o enfrentamento da violência doméstica e familiar quanto as representações estereotipadas e pejorativas que são transmitidas na mídia.²⁹⁸

Mesmo que não seja conceitualmente adequado assemelhar o diploma legal em tela com uma ação afirmativa propriamente dita, a Lei Maria da Penha, como instrumento de afirmação, guarda com essa espécie de medida algumas semelhanças, dentre as quais a tentativa de atender ao aspecto substantivo do princípio da igualdade e a intenção de reduzir desvantagens de um determinado grupo no seio da sociedade (pelo menos formalmente, a partir de orientações). Sua vertente penal representa, na dicção de Nancy FRASER, uma iniciativa que tenta lidar com as discriminações que resultam em violência ao final desses processos, sem alterar a estrutura subjacente que dá origem a eles. Reconhecidas as particularidades de um grupo vulnerabilizado – o grupo das mulheres – tentou-se enfrentar as distorções mais graves geradas por essa marginalização política, cultural e social. O Direito Penal, nesse sentido, somente age nas distorções previamente verificadas.

Essa é uma grande crítica à forma com que se desenvolveu (ou que pelo menos se destacou) o enfrentamento da violência doméstica no Brasil. Empreender sanções penais, que agem na ponta extrema do processo de assimetria de gênero, depois que a violência já foi perpetrada e vista pelo autor como via legítima de solução de conflitos, não representaria uma alternativa de solução viável a um problema que é em essência estrutural. Essa individualização do fenômeno da violência doméstica por meio da aplicação de uma pena que é pessoal invisibilizaria uma questão que é supra-individual, conforme veremos no tópico seguinte.

A despeito das ressalvas necessárias quando se fala da imposição de um tratamento penal a determinada questão, é preciso admitir que a Lei Maria da Penha representa um importante elemento de sensibilização social, já que, segundo BATISTA, estimulou o debate sobre opressões às quais as mulheres são submetidas.²⁹⁹ Além desse importante fomento à discussão, é imprescindível lembrar que a Lei n. 11.340/2006 tem forte grande penetração popular, sendo reconhecida por 98% dos brasileiros, segundo pesquisa realizada pelo Data Popular em parceria com o Instituto Patrícia Galvão. Ainda de acordo

²⁹⁸ Art. 8º da Lei n. 11.340/2006: “A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes: [...] III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar [...]”

²⁹⁹ BATISTA, 2008, *op. cit.*, p. 15.

com o mesmo levantamento, 86% dos entrevistados relata achar que as mulheres passaram a denunciar mais os seus parceiros após o advento da Lei Maria da Penha.³⁰⁰ Ainda que esse grande reconhecimento derive de um temerário papel unicamente simbólico que o Direito Penal assume na sociedade, é evidente que a Lei n. 11.340/2006 tem seu valor como instrumento de busca por uma vida livre de violência doméstica por parte das mulheres brasileiras.

4.3.2.2. A via penal como instrumento transformativo

Dentro da perspectiva proposta por FRASER, cabe analisar, nesse momento, se o viés penal adotado pela Lei Maria da Penha teria o condão não apenas de lidar com as distorções provocadas pelo sexismo quando este se concretiza em um ato de violência, mas se ele seria hábil a provocar uma alteração social estrutural. Verificaremos, neste momento, se é possível observar na sanção penal às condutas que refletem violência doméstica uma roupagem de instrumento transformativo, que suscitaria reflexão nos membros da comunidade a fim de romper com a assimetria de poder baseada no gênero.

Segundo opina KARAM, caminhos transformadores não podem ser trilhados sem a descontinuidade de aplicação de mecanismos excludentes que justamente caracterizam a sociedade que se quer transformar. A métrica de tratamento do Direito Penal, rígida e opressora, não representaria a gramática adequada para compor sociedades mais generosas e solidárias. Seria preciso romper com essa verticalidade e esse autoritarismo estatal e democratizar o exercício do poder para afastar a crueldade do castigo, fazendo com que o Estado se torne “tão somente um instrumento assegurado do exercício dos direitos e da dignidade de cada indivíduo”.³⁰¹

Nesse raciocínio, o recurso ao Direito Penal como *política pública*, fazendo uso de seu sedutor poder simbólico, maquiaria e adiaria a necessidade de alterações profundas,

³⁰⁰ INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO E DATA POPULAR. *Percepção da Sociedade sobre Violência e Assassinato de Mulheres*. 2013, p. 03 e 05. Disponível em http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro_pesquisa_violencia.pdf. Acesso realizado em 02 de dezembro de 2015.

³⁰¹ KARAM, 1996, *op. cit.*, p. 91-92.

inclusive internamente a instituições, o que pode perpetuar a falta de acesso à justiça e a manutenção de privilégios de classe, raça e gênero. É necessário que os esforços se deem no sentido de democratizar as decisões políticas de cada cidadão, maximizando a autonomia dos indivíduos sobre a construção dos seus destinos.³⁰²

A superação de uma lógica patriarcal, que tem como base a discriminação de gênero, não pode ser realizada unicamente por meio da punição – conforme afirma KARAM, o fim desta ou daquela forma de discriminação “não se darão através da sempre enganosa, dolorosa e danosa intervenção do sistema penal”.³⁰³ Encerrar o debate acerca da violência doméstica no discurso punitivo pode representar, inclusive, uma nova faceta da *pedagogia pelo castigo*, que muitas vezes está presente nas agressões direcionadas à mulher. Alterar a distribuição dos recursos e as posições de poder sem questionar a lógica da punição não faria, nos termos de BARATTA, com que o círculo vicioso da desigualdade se transformasse no círculo virtuoso da bondade,³⁰⁴ uma vez que a caracterização legal, pura e simplesmente, não altera as distorções que geraram a opressão à mulher e não comunicam o sentido da punição ao agressor.³⁰⁵

Mostra-se presente também a preocupação a respeito da seletividade penal, que é hoje inerente à operacionalidade do sistema e que perpetua estigmas e violências contra determinadas pessoas que ocupam eixos de discriminação. A dor e a aflição relacionadas a uma nova previsão penal não são igualmente distribuídas entre as pessoas que rompem com a norma, uma vez que apenas algumas são selecionadas pelo sistema. De acordo com KARAM, não é possível reconhecer no Direito Penal uma forma de garantir quaisquer direitos humanos e nem de superar preconceitos, já que preconceitos e

³⁰² SINGER, *op. cit.*, p. 18-19.

³⁰³ KARAM, 2006, *op. cit.*, p. 01.

³⁰⁴ BARATTA, 1999, *op. cit.*, p. 22. BATISTA alerta para o sempre existente perigo em se conferir a alguém ou a alguma instituição a discricionariedade do poder – seja este um homem que se acha detentor de mais poder do que uma mulher que ele agride ou o Estado, chamado pelo autor de “pater agressor”. BATISTA, 2008, *op. cit.*, p. 19-20.

³⁰⁵ É preciso discutir qual o comunicado que a sanção penal transmite a quem desvia da norma, qual tipo de pena que se confere e como é realizada essa execução. Trataremos mais sobre o impacto da Lei Maria da Penha para os autores de violência doméstica no próximo tópico. Sobre o tema, BATISTA afirma: “trata-se apenas de caracterizar legalmente a violência doméstica e mandar para a cadeia o agressor, ou submetê-lo a restrições de direito que, caso descumpridas... Prender, prender, para que tudo continue igual”. BATISTA, 2008, *op. cit.*, p. 16.

discriminações estariam “na base da própria ideia de punição exemplificativa, que informa e sustenta o sistema penal”.³⁰⁶

A forma com que o Sistema Penal age não faz com que se concretize a luta feminina por uma vida livre de violência doméstica e familiar, mas sim que se perpetue o fenômeno crescente do encarceramento. Assim, as agências criminalizadoras são guiadas pelos mesmos estereótipos penais, o que, na visão de BATISTA, faz com que agressores negros e pobres fiquem muito mais sujeitos a serem encarcerados do que os agressores brancos e de classe média.³⁰⁷ No mesmo sentido, ABREU alerta que essa via para libertação da mulher da violência doméstica, diante das distorções do sistema, pode representar mais uma forma de exclusão social:

La gran mayoría de acusados y víctimas [...] “pertenecen a la clase trabajadora inmigrada y a sectores marginales”. No es verdad, pues, ese “tópico” que emplea “el discurso oficial”, de que “el fenómeno de la violencia contra la mujer atraviesa todas las clases...” o, cuando menos, son siempre los mismos los que visibilizan sus conflictos ante la justicia penal. La experiencia americana nos hubiera debido servir para conocer que los costes de las criminalización nunca se distribuyen de modo igualitario [...]. Que, en su entorno, los detenidos son personas pobres, pertenecientes sobre todo a minorías étnicas... y, en el nuestro, mayoritariamente también. No es, pues, el género la única variable social discriminatoria, también lo son la clase o la etnia que se comportan, al paso por la ley penal, como fuentes de estigma y exclusión social.³⁰⁸

Não por outra razão, ANDRADE defende que não é possível conferir ao Direito Penal uma função de coesão e unidade social, já que, ao tentar compor os conflitos dos quais as mulheres são vítimas, acaba por representar um fator de dispersão e exclusão, recriando desigualdades e preconceitos. Ao promover a violência doméstica de um problema privado para um problema social, foi dado um salto – ela se tornou um problema eminentemente penal, o que pode não ser a melhor estratégia em termos humanitários, visto que o Direito Penal pode desencadear, na visão da autora, ainda “mais problemas e conflitos do que

³⁰⁶ “[A]lém de não solucionar conflitos, ainda produz, paralelamente à injustiça decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade, um grande volume de sofrimento e de dor, estigmatizando, privando da liberdade e alimentando diversas formas de violência.” KARAM, 2006, *op. cit.*, p. 02.

³⁰⁷ BATISTA, 2008, *op. cit.*, p. 18.

³⁰⁸ ABREU, *op. cit.*, p. 24-25.

aqueles a que se propõe resolver, porque o sistema penal também transforma os problemas com que se defronta”.³⁰⁹

Essa “relegitimação” do Direito Penal suscitaria, ainda de acordo com ANDRADE, falsas esperanças de efetiva solução do problema, posto que este não previne novas agressões. A função preventiva-geral identificada aqui ficaria mitigada perante a força histórica e cultural das opressões impostas às mulheres. A essa “incapacidade preventiva e resolutória do sistema penal” se soma a não contribuição para gestão do conflito e para a transformação das relações de gênero.³¹⁰

Ao tratar do tema, ABREU assinala que há uma percepção generalizada em diversos setores do feminismo acerca da inaptidão do sistema penal em oferecer uma resposta satisfatória às violências de gênero. Além da incapacidade de prevenir novas agressões, dada a pouca penetração da ameaça de sanção ante o patriarcalismo arraigado, o Direito Penal colaboraria para a perda do significado político da luta e de sua complexidade. A percepção da violência doméstica e familiar contra a mulher como um dano coletivo e uma afronta à subjetividade de todas as mulheres não é compatível com a gramática penal, que individualiza o conflito e o traduz em termos de “violência interpessoal”.³¹¹

A busca por outros meios de responsabilização além da sanção penal – ou talvez em vez dela – é importante para que se sublinhe o fato de que a violência de gênero não é um fenômeno meramente pessoal e sim estrutural.

É imperativo destacar que as reflexões sobre os instrumentos disponíveis para lidar com violências de gênero não podem se limitar ao impacto que estes teriam no agressor. A vítima da agressão deve sentir-se acolhida no momento da sua denúncia e perceber aquele instrumento como uma possível via emancipatória. A imposição de uma sanção, ainda que siga a gramática de desvio-punição que é tradicional ao Direito Penal e entendida como “justa” por considerável parte da sociedade, pode não satisfazer as expectativas de uma vítima que teve sua história marcada pela violência doméstica. Conforme analisado no

³⁰⁹ ANDRADE, 1997, *op. cit.*, p. 47.

³¹⁰ “[A]o relegitimar-se o sistema penal como uma forma de resolver os problemas de gênero, produz-se um desvio de esforços do feminismo que iria, de outro modo, dirigido a soluções mais criativas, radicais e eficazes, suscitando falsas esperanças de mudança por ‘dentro’ e ‘através’ do sistema.” Segundo ANDRADE, as mulheres não podem querer encontrar no Direito Penal “o grande pai capaz de reverter sua orfandade social e jurídica”. ANDRADE, 1997, *op. cit.*, p. 48.

³¹¹ “El derecho penal... simplifica el problema mismo, definiéndolo como una acción voluntariamente – y puntualmente, es decir, en un preciso momento – llevada a cabo en perjuicio de alguna persona, poniendo entre paréntesis contexto, historia, complejidad social”. ABREU, *op. cit.*, p. 31.

capítulo 2 do presente trabalho, muitas mulheres podem não se sentir contempladas pela solução penal – discussão que se agravou depois da ADI 4.424/DF.

4.4. O viés penal da Lei Maria da Penha e seu impacto no autor da violência

A imposição de uma pena ao autor de violência doméstica cumpriria uma suposta função preventiva especial, se voltarmos a atenção para a individualização executória pela qual deve passar o indivíduo; ou então uma função que se relaciona à prevenção geral ou até mesmo a uma função simbólica, se a análise voltar-se à comunicação sobre o desvalor do ato pelo qual o sujeito foi julgado.

Sendo a pena privativa de liberdade o modelo padrão de sanção penal aplicada no Brasil, é preciso admitir que a prevenção especial que se objetivaria por meio do Direito Penal se mostra bastante fragilizada. A experiência do cárcere, que em geral é desumanizante, não se apresenta como uma oportunidade para que o agressor desenvolva um senso de alteridade que o leve à compreensão da agressão com componente de gênero. A penalização tampouco se mostra útil a título de prevenção geral, já que a violência contra a mulher ainda encontra legitimação por parte expressiva da população brasileira. Ainda que se tema a pena, é possível verificar que há, seja por parte do autor da violência quando por parte de uma fatia da comunidade, uma ideologia pseudo-legitimadora da agressão, ou mesmo uma suposta autorização masculina para agir com violência diante daquilo que se considera uma afronta ao seu poder.³¹²

É necessário compreender que ainda que se deva combater as opressões de gênero a fim de garantir a dignidade das mulheres, a violência no agir se apresenta muitas vezes como uma forma própria de significar a masculinidade – o que demanda uma reestruturação cultural que não se consubstancia numa punição individualizada. O acultramento masculino, guiado para o agir agressivo, representa uma dificuldade fundamental no enfrentamento da violência doméstica e familiar, já que é possível, inclusive,

³¹² LIMA, Daniel Costa; BÜCHELE, Fátima. “Revisão crítica sobre o atendimento a homens autores de violência doméstica e familiar contra as mulheres” in *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 21, 2011, p 723.

que o autor de uma conduta agressiva não disponha de recursos individuais para agir de outra maneira. A gramática da agressividade, combinada com a crença sexista de uma suposta superioridade do homem em relação à mulher, fazem com que a resposta mais imediata a um conflito de poder se dê por meio de violência.³¹³

Se a pena aplicada proporciona pouca ou nenhuma reflexão por parte dos autores sobre as questões que permeiam o ato violento, como seus componentes de sexismo e de assimetria de poder, não é possível que a sanção penal cumpra outra função senão a de retribuição de um mal por outro mal. A pena privativa de liberdade, nos moldes atuais, não tem o condão de alterar a percepção cultural dos autores de violência doméstica a respeito dos conflitos de gênero. É possível, inclusive, que ela se mostre prejudicial a uma eventual iniciativa de elaboração de um senso de alteridade, uma vez que desumaniza e fere a dignidade de quem dela padece.

Não se deve olvidar, também, que sendo o sistema penal seletivo e classista em seu cerne, persiste a possibilidade de que ele reproduza e aprofunde situações de exclusão social, capturando, por crimes relacionados a violência contra a mulher, a mesma clientela que o Direito Penal sempre selecionou. Com essa perspectiva, torna-se ainda mais questionável a aplicação do Direito Penal como política pública precípua para lidar com agressões dotadas de componente de gênero. Deve-se lembrar que não é cabível encarar a violência doméstica como problema meramente de segurança pública, mas sim como uma questão social mais ampla.³¹⁴

Ainda que as implicações penais da Lei 11.340/2006 sejam as mais vastamente reconhecidas e almejadas pelas mulheres vítimas de violência, a Lei Maria da Penha aponta, em seus artigos 35 e 45, a possibilidade de criação de grupos de discussão para homens

³¹³ De acordo com LATTANZIO e BARBOSA, o homem é aculturado para resistir a fraquezas e reprimir emoções. Em decorrência disso, fere-se sua capacidade de alteridade, que é imprescindível para reconhecer no outro um igual e não alguém inferior ou sobre o qual caberia exercer dominação. “Tal rigidez defensiva da masculinidade também se relaciona estritamente com o emprego da violência, visto que esta se apresenta como uma forma estereotípica de se defender da ameaça da alteridade, mesmo que isso signifique usar o próprio corpo como escudo para se defender do outro e, assim, expor-se a riscos. [...] muitas vezes é mais importante salvaguardar a identidade do que proteger o corpo”. “A violência masculina, assim, revela-se como resultado desta dupla via: de um lado, violentar para dominar; de outro, violentar para se defender da alteridade”. LATTANZIO, Felipe Figueiredo; BARBOSA, Rebeca. “Grupos de gênero nas intervenções com as violências masculinas: paradoxos da identidade, responsabilização e vias de abertura”, pp. 93-94, in LOPES, Paulo Victor Leite; LEITE, Fabiana (orgs.). *Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública*. Rio de Janeiro: ISER, 2013.

³¹⁴ Conforme exposto nos capítulos anteriores deste trabalho.

autores de violência doméstica.³¹⁵ A Lei não discorre sobre a estrutura organizacional dos centros de apoio e “reeducação” para homens agressores, mas algumas iniciativas já empenhadas no Brasil elaboram tais programas a fim de que representem uma via de responsabilização na qual a discussão sobre assimetria de poder entre os gêneros esteja no foco da abordagem. De acordo com LATTANZIO e BARBOSA, “[a] responsabilização dos homens pelas violências cometidas é um dos eixos metodológicos principais na condução dos grupos; [...] visa quebrar discursos naturalizantes e justificadores para os atos de violência”.³¹⁶

Mesmo que predomine a visão segundo a qual a prisão dos homens que cometeram crimes de violência doméstica seja a via que melhor atenda à sensação de segurança às mulheres agredidas, é necessário pensar em medidas que ultrapassem o paradigma unicamente punitivo do sistema penal, até porque, como já adiantamos anteriormente, a responsabilização penal lida com uma concepção individualizadora da ação – o que não se alinha com o caráter estrutural da assimetria de poder entre os gêneros.³¹⁷ A politização desse debate, na concepção de LIMA e BÜCHELE, se mostra crucial para que não se recaia na ilusão simplista de que a mudança comportamental de um indivíduo venha a resolver a problemática da violência de gênero.³¹⁸

³¹⁵ No entanto, mesmo que essa iniciativa se mostre alinhada às concepções mais humanizadas de responsabilização, pesquisas recentes indicam que a população tende a identificar a privação de liberdade de agressores como a medida mais adequada. Em pesquisa realizada em 2006 pelo IBOPE em parceria com o Instituto Patrícia Galvão, questionou-se a homens e mulheres sobre o que deveria acontecer com homens que agredem a parceira. A prisão foi apontada como primeira opção por 64% das mulheres e 65% dos homens. Por sua vez, a participação em grupos de apoio foi apontada como medida adequada por 33% das mulheres e 25% dos homens. A íntegra da pesquisa pode ser acessada em http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2009/08/pesq_ibope_2006.pdf. Acesso realizado em 02 de dezembro de 2015.

³¹⁶ LATTANZIO e BARBOSA, *op. cit.*, p. 95. Ressalta-se que o desenvolvimento desse senso de responsabilização, no entanto, não é simples, conforme questionam os citados autores: “[S]e a alteridade é ameaça, em última instância, de dissolução da própria identidade, e se algumas formas de violência são expressão, ao mesmo tempo, de domínio, privilégio e desigualdade, mas também de um viés defensivo, sendo, muitas vezes, as únicas respostas possíveis que esses sujeitos encontram para manter as suas identidades, como pensar na responsabilização?” Sobre iniciativas de grupos de apoio para homens agressores, ver LOPES, Paulo Victor Leite; LEITE, Fabiana (orgs.). *Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública*. Rio de Janeiro: ISER, 2013; e “Grupo de SP ajuda homens agressores a parar de bater”, *op. cit.*; e MISTURA, Tales Furtado. *Vivência de homens autores de violência contra a mulher em Grupo Reflexivo: memórias e significados presentes*. Dissertação de Mestrado defendida em 2015 na Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo.

³¹⁷ LATTANZIO e BARBOSA, *op. cit.*, p. 88.

³¹⁸ LIMA e BÜCHELE, *op. cit.*, p. 738.

4.5. Perspectivas possíveis e a busca por um Direito Penal Mínimo

4.5.1. Responsabilização

Ao nos debruçarmos sobre a ingerência do Direito Penal no que tange à violência doméstica e familiar contra a mulher, nos deparamos com (no mínimo) duas dificuldades a serem enfrentadas. A primeira delas se relaciona à complexidade dessa espécie de agressão, que deixa evidente a insuficiência do Direito Penal para compor o problema. A segunda dificuldade, intimamente relacionada à primeira, revela um outro nível de preocupação e versa sobre o limite em que o Direito Penal deve atuar no sentido de fomentar a responsabilização dos autores de violência.

Conforme destaca MACHADO, há uma tendência, no Direito, em ver na responsabilização uma mera condição ou requisito para a aplicação de sanções, invisibilizando seu sentido.³¹⁹ Ao retomar a concepção de PIRES sobre a racionalidade penal dominante,³²⁰ a autora ressalta que houve uma naturalização tanto da pena como consequência única e direta do crime quanto da relação entre pena e inflição de sofrimento – com a pena de prisão se colocando em um lugar de destaque. Não por outra razão, a aplicação de penas alternativas à pena de privação de liberdade são vistas como vias de impunidade.

A fim de romper com a racionalidade penal que condiciona a pena (e determinado modelo de pena) ao cometimento de um crime, MACHADO defende que se faz necessário refletir criticamente sobre a opção pela criminalização de condutas, ainda que estejamos lidando com graves violações de bens jurídicos. A pena, como medida isolada e

³¹⁹ “O direito – ou o discurso jurídico – pressupõe que seja natural, portanto obrigatório, que toda atribuição de responsabilidade venha seguida de uma sanção, que normalmente implica inflição de sofrimento”. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. “O sentido da responsabilização no direito: ou melhor, a invisibilização de seu sentido pelo direito” in LOPES, Paulo Victor Leite; LEITE, Fabiana (orgs.). *Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública*. Rio de Janeiro: ISER, 2013, p. 107-111.

³²⁰ PIRES, 2005, *op. cit.*

da forma com que é praticada no Brasil, não colabora para que se harmonizem as relações sociais ou para fomentar no agente desviante alguma mudança comportamental.³²¹

O protagonismo do Direito Penal na resposta a determinado comportamento problemático e opressor tende a obscurecer tanto a busca por soluções mais adequadas quanto o senso de responsabilização sobre os desvios. Em crimes com componente de gênero, isso se evidencia por dois motivos: (i) sendo um problema cujas raízes são culturais, medidas amplas de enfrentamento tendem a ser complexas e demoradas, ao passo que medidas penais se impõem de forma célere;³²² e (ii) a lógica penal individualiza os emissores de determinado desvio social e não tem como abarcar em si o desenvolvimento de um senso de responsabilização que, em se tratando de crimes que envolvem sexismo, pode ser supraindividual.³²³ Nas palavras de MACHADO, “[a]o imputar responsabilidade individual, está-se afirmando que, em meio à complexa rede de interações que envolvem o fato, isola-se uma para explicar sua ocorrência”.³²⁴

A responsabilização, entendida como o desenvolvimento de um senso de alteridade para com a vítima e de compreensão sobre o dano causado, pode ter papel determinante no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. Com vistas a suscitar essa responsabilização em sentido amplo por parte dos agressores, surgiram no Brasil diversos grupos de debate e reflexão para homens agressores. Ainda que possam representar para os homens mais uma via de punição, tais grupos têm o potencial de fomentar a reflexão acerca dos elementos presentes nos crimes de violência doméstica, podendo promover uma alteração de perspectiva sobre as relações de poder entre os gêneros.³²⁵

³²¹ “[N]o momento em que o legislador aponta para alternativas, isso funciona praticamente como uma descriminalização; o problema deixou de ser relevante e já podemos lavar as mãos com relação a ele com uma cesta básica. Perde-se a oportunidade de se pensar sobre a adequação da medida aplicada, para que faça sentido para o conflito que se tem em mãos; para que faça algum sentido para o autor; para que não deixe a vítima desprotegida; para que não a faça sentir o gosto da impunidade”. MACHADO, 2013, *op. cit.*, p. 115.

³²² Atuando no agente e não no problema, frise-se. Sobre o tema, ver o tópico sobre o uso do Direito Penal como política pública, no Capítulo 3.

³²³ Sendo a assimetria de poder entre os gêneros um elemento histórico e cultural, é preciso considerar também o desenvolvimento de uma co-responsabilidade entre entes sociais. Sobre o tema, ver SÁ, 2011, *op. cit.*

³²⁴ MACHADO, 2013, *op. cit.*, p. 113.

³²⁵ É preciso problematizar o ideal de masculinidade centrado na agressividade e a não identificação de respostas não-violentas a conflitos. Ainda que a implementação dos grupos de discussão para homens agressores tenha como objetivo imediato fazer com que eles não vitimem mulheres, é preciso ponderar que a libertação de um senso de masculinidade opressor pode colaborar com o aumento da qualidade de vida do próprio homem e de todas as relações que este estabelece, seja com companheira, familiares ou amigos. Segundo LATTANZIO e BARBOSA, deve-se fomentar nesses grupos “as possibilidades de resolver os conflitos de formas dialogais, de conseguir se colocar no lugar do(a) outro(a) e buscar enxergar a partir de sua perspectiva, de verdadeiramente escutar o(a) outro(a), de conseguir identificar e expressar sentimentos em vez de reagir impulsivamente a eles, de ter mais liberdade para exercer a masculinidade de formas não

4.5.2. O lugar do Direito Penal

Resta averiguar a medida em que o Direito Penal pode ser usado como um instrumento idôneo no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, respeitado seu caráter necessariamente subsidiário quando inserido em um Estado Democrático de Direito, já que, conforme assevera SILVA SÁNCHEZ, deve o Direito Penal agir não apenas para que diminuam os índices de criminalidade, mas também para combater a violência do próprio Estado.³²⁶

Desenvolvemos, até o presente momento, críticas sobre a aplicação do Direito Penal como alternativa de controle social e, mais particularmente, como via para lidar com crimes com componente doméstico. As dificuldades de alcance dessa vertente do Direito, se estão presentes já na seara teórica, agravam-se na prática, em que as condições de cumprimento das sanções são desumanizantes. Não por outro motivo, mostra-se comum que diversos doutrinadores que defendem uma posição garantista repitam a máxima segundo a qual não caberia tentar *melhorar* o Direito Penal, mas sim encontrar algo *melhor* do que o Direito Penal.³²⁷

Porém, em que pesem todas as convicções acerca dos potenciais danos que o uso indiscriminado do Direito Penal pode provocar – principalmente se aplicado como *política pública* para contenção de violência – é preciso admitir que ele compõe a gramática social de ponderação sobre valores e de sopesamento de bens jurídicos. Ainda que seja imperativo lutar para que a sociedade seja cada vez menos centrada na punitividade, não é adequado reduzir a análise de tipos penais somente à crítica ao modelo punitivo.

A vertente penal da Lei Maria da Penha, assim, assinala que há uma valoração diferenciada dos crimes de violência doméstica dentro da lógica de punição presente na sociedade. Ela indica que os comportamentos que envolvem a redução simbólica da

estereotipadas, de se permitir uma relação de maior afeto e proximidade com os filhos e filhas”. LATTANZIO e BARBOSA, *op. cit.*, p. 97-98.

³²⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2011, *op. cit.*, p. 350.

³²⁷ PIRES atribui a autoria da expressão a Gustav Radbruch. PIRES, 2005, *op. cit.*, p. 05. Citações no mesmo sentido podem ser encontradas também em SÁ, 2010, *op. cit.*, p. 60 e BARATTA, 2011, *op. cit.*

identidade da mulher, por meio de uma agressão física, sexual ou moral, possuem uma gravidade mais acentuada do que agressões que ocorrem em contexto outro. Esse reconhecimento, conforme já explorado nos primeiros capítulos deste trabalho, representa um grande avanço das mulheres no cenário político.

O que se mostra relevante pontuar mesmo dentro da lógica punitiva corrente é que, em crimes em que há conflitos envolvendo assimetria de poder entre os gêneros, a sanção sem *comunicação de sentido* se mostra pouco frutífera no enfrentamento do problema. Nesse sentido, PIRES defende: “se queremos punir, não basta reagir, temos que comunicar o sentido dessa ação ligando-a à atribuição de responsabilidade para ter chance que ela seja compreendida como punição (e não só como má sorte, como uma agressão etc)”.³²⁸ Assim, mais do que empreender uma sanção a um agente que cometeu um desvio social, é preciso que reste claro o motivo pelo qual determinada conduta consiste em desvio. No caso dos crimes de violência doméstica, isso não pode ser feito sem que haja um esforço ativo para que combater o sexismo.

LIMA e BÜCHELE asseveram que no que tange ao enfrentamento da violência doméstica como fenômeno social – e não apenas como problema de segurança pública – o Direito Penal representa apenas um dos componentes entre os vários esforços coordenados que devem ser empenhados pela sociedade.³²⁹ MACHADO expressa raciocínio semelhante:

[U]ma vez que temos a decisão de imputação, inaugura-se um segundo momento, o de pensar se além da comunicação de responsabilidade outras reações são necessárias: acordos entre autor e vítima, indenização, assistência social, ressocialização e até mesmo pena. Abre-se um leque de alternativas a serem consideradas e qualquer decisão tomada nesse contexto deve ser fundamentada. Ou seja, nenhuma delas é consequência natural ou obrigatória da imputação de responsabilidade individual.³³⁰

Não se trata, portanto, de eliminar a sanção penal – ainda que, a longo prazo, se mostre imperativo rediscutir sua lógica e suas funções. Trata-se de assumir que, em se tratando de crimes que envolvem conflitos de poder de cunho cultural e histórico, a sanção penal não é apenas insuficiente como também não deve protagonizar a resposta social. É preciso suscitar a devida responsabilização individual para a compreensão do injusto e, em

³²⁸ PIRES, 2005, *op. cit.*, p. 11.

³²⁹ LIMA e BÜCHELE, *op. cit.*, p. 739.

³³⁰ MACHADO, 2013, *op. cit.*, p. 115.

sentido muito mais amplo, combater as amarras sociais que subsistem e fazem com que a violência doméstica e familiar contra a mulher ainda persista nos dias atuais.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa se propôs a enfrentar uma questão complexa dentro de um amplo tema, qual seja, a violência de gênero no país: os limites em que seria adequado usar os instrumentos do Direito Penal a fim de combater a violência doméstica e a capacidade desse ramo do Direito de oferecer uma solução apropriada para a sociedade como um todo, considerando as expectativas da vítima, o simbolismo das normas para o controle social e o significado da sanção ao agressor.

Ainda que o trabalho desenvolvido tenha atingido seus objetivos exploratórios e que tenhamos dialogado fontes de várias áreas de conhecimento, como Ciências Sociais, Saúde, Psicologia e Direito, a problemática em tela não se esgota, uma vez que sua característica multifacetada clama por uma investigação muito mais abrangente, fora do alcance desta dissertação de mestrado.

Explanaremos, a seguir, algumas conclusões a que chegamos a partir da pesquisa realizada, alocadas em duas dimensões distintas.

A primeira dimensão situa-se na evolução da proteção legal aos bens jurídicos ameaçados pelos crimes de violência doméstica. Em uma gramática segundo a qual a punição penal se faz presente para proteger e resguardar de forma mais contundente os bens jurídicos mais importantes pra uma comunidade, mostra-se coerente afirmar que o reconhecimento da violência contra a mulher como uma violação socialmente relevante assinala a assunção simbólica dessa questão.

Conferir dignidade penal aos crimes de violência doméstica e, por meio da Lei Maria da Penha, revesti-los de especial gravidade³³¹ indica uma identificação, por meio da sociedade, não só de que o fenômeno da violência contra a mulher em seu âmbito afetivo existe, como também de que ele precisa ser combatido na esfera pública, rompendo as barreiras que o invisibilizam. Assim, a Lei n. 11.340/2006, além de oferecer vias de assistência à vítima e de prevenção de crimes de violência doméstica, fez uso do Direito

³³¹ Se considerado o aumento de pena conferido pela Lei Maria da Penha em relação aos crimes já expressos no Código Penal.

Penal que, por seu poderoso aspecto simbólico, permitiu que a lei fosse tão amplamente popularizada no País.³³²

A segunda dimensão investigada na pesquisa refere-se à forma de controle social usada pelo Direito Penal. Nela, analisamos questões de ordem teórica e prática.

No que tange ao aspecto teórico, tratou-se sobre a índole intrinsecamente opressiva do Direito Penal e sobre as dificuldades existentes no uso desse recurso para fins de transformação pessoal. Ainda que se almeje formalmente uma suposta ressocialização do condenado, a maneira como o sistema penal e seus meios de ação são desenhados dificilmente fazem com que os valores protegidos por meio da norma sejam reafirmados pela sanção. Tratamos também do viés simbólico do Direito Penal, que, mesmo que inescapável, não deve prevalecer como funcionalidade primordial de determinada previsão sancionatória.

Se já se mostra desejável rever ou reinventar a lógica pela qual se materializa a punição,³³³ adiciona-se um elemento de complexidade quando se tratam de condutas que afrontam valores identificados com os Direitos Humanos. Sendo as discriminações manifestações opressoras que reduzem ou desconsideram a humanidade do outro, responder a esse ataque empenhando mais opressão e desumanização não se mostra construtivo.

Soma-se a essas questões o fato de o Direito Penal operar-se por meio da verificação individual de culpabilidade, o que pode colaborar para que permaneçam obscurecidas discriminações inerentes ao modo de organização social (dentre elas, o sexismo/machismo).

As críticas desenvolvidas ao aspecto prático do Direito Penal, por sua vez, relacionam-se com a forma com que as sanções são aplicadas no País, onde se observa marcante seletividade e violação de direitos e garantias fundamentais. Persiste, desse modo, o temor de que infrações relacionadas a ataques aos Direitos Humanos recaiam sobre a mesma clientela de sempre do Direito Penal, ou seja, aqueles que não possuem meios financeiros ou voz política.

³³² Conforme referido em momento anterior, 98% da população brasileira conhece a Lei Maria da Penha, segundo dados do Instituto Patrícia Galvão e do DataPopular.

³³³ Sobre a necessidade do desenvolvimento de um pensamento inventivo ou criativo dentro do Direito Penal, ver PIRES, 2005, *op. cit.*

As discriminações institucionais que as mulheres vítimas de violência doméstica sofrem também são um componente que obstaculiza o avanço que iniciativas de proteção que a via penal poderiam representar, bem como o não reconhecimento dessa espécie de violência por parte das agências responsáveis por combatê-las.³³⁴

Explorou-se também que a apropriação pelo Estado do Direito Penal como única ou primordial política pública de segurança cria distorções e expectativas inatingíveis somente pela via punitiva. Por ser um método tão repressor e cruel, seu impacto pode vir a sequestrar o protagonismo dos grupos atingidos por violências, que poderiam vislumbrar outras formas de libertação.³³⁵

O estudo do princípio da subsidiariedade penal colocou-se, assim, dentro das duas supracitadas dinâmicas de análise. Sabe-se que o Direito Penal somente deve apresentar-se quando os bens jurídicos mais relevantes sofrerem grave afronta. Se os crimes com componente doméstico tornaram-se, pela evolução cultural, ataques injustificáveis e inescusáveis, os valores em tela passam naturalmente a demandar tutela penal. Porém, não se pode perder de vista outra face do referido princípio, segundo a qual se deve recorrer ao Direito Penal apenas quando não houver outros meios de controle menos danosos ao corpo social.

As características específicas dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, derivadas da assimetria de poder entre os gêneros, têm suas bases fincadas na história e em um acultramento voltado à crença na superioridade masculina. A supressão dessas convicções não se mostra possível por meio da alteração comportamental individual, ainda que sejam justamente as ações pessoais as sancionadas pelo Direito Penal. Dessa convicção derivou nossa abordagem a respeito da responsabilização, em sentido amplo, do agente de um crime com componente de gênero.

Inserir, no Direito Penal, vias de responsabilização pessoal a fim de que haja compreensão do injusto praticado pode se mostrar como uma alternativa frutífera nos casos

³³⁴ Sobre o tema, ver reportagens “Ao prestar queixa de agressão de namorado, vítima diz ter ouvido de delegado: ‘Vai pra casa, resolve na conversa’”, (Reportagem veiculada pela BBC Brasil disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151208_depoimento_mulher_violencia_rm. Acesso em 26 de dezembro de 2015) e “A ineficiência da Delegacia da Mulher” (Reportagem da revista Carta Capital disponível em <http://www.cartacapital.com.br/blogs/escritorio-feminista/a-ineficiencia-da-delegacia-da-mulher-1964.html>. Acesso realizado em 27 de dezembro de 2015).

³³⁵ “É preciso sempre ter cuidado com mecanismos que, sob o pretexto de tutelar ou proteger determinados grupos de pessoas consideradas mais frágeis ou mais vulneráveis, acabam por inferiorizar tais grupos, acabando por instrumentalizar a materialização de concepções discriminatórias”. KARAM, 2006, *op. cit.*, p. 01.

dos crimes de violência doméstica. A implementação de grupos de diálogo entre homens agressores pode contribuir para que se desenvolva o senso de alteridade para com *o outro* e para viabilizar a descoberta de vias não violentas para o enfrentamento de conflitos.

Não se pode esquecer que ainda que o comportamento agressivo seja resultado de toda uma carga social e cultural de dominação, a violência atingiu uma mulher individualizada e que espera uma resposta satisfatória do Estado. Este deve oferecer-lhe não só acolhimento de caráter legal, mas também assistência de outras ordens, para que não haja ainda mais desvalorização de sua individualidade e de sua dor.³³⁶

Faz-se necessário investir em um projeto de transversalidade de lutas³³⁷ e, ao mesmo tempo em que buscar a visibilização dos crimes de violência doméstica, questionar se as *regras do jogo* penal se mostram adequadas para compor conflitos desta e de outras naturezas. A busca por um sistema de justiça mais humanizado e pelo fim da seletividade penal não se coloca apenas quando se tratam de novas criminalizações. Problematicar *apenas* a criminalização de condutas que dão corpo a opressões sistêmicas, inclusive, pode revelar outra via de tentativa de manutenção do *status quo*, já que as novas criminalizações a que nos referimos traduzem o reconhecimento da dignidade de grupos historicamente marginalizados.

Deve-se desenvolver a conscientização e, mais do que isso, a *sensibilização* social acerca das opressões relacionadas ao gênero. O Direito Penal é apenas um dos diversos instrumentos que podem apresentar-se nessa luta, desde que não percamos de vista que ele próprio, no modelo em que se apresenta, materializa uma vertente da opressão social que devemos combater.

³³⁶ Frisa-se a importância de reconhecer os crimes de ameaça e de empenhar medidas protetivas de urgência sempre que necessário. Conforme expresso na pesquisa *A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil*, muitos dos assassinatos sofridos em circunstância doméstica ocorreram em relações em que estavam presentes agressões íntimas, fazendo com que essas mortes fossem, de alguma forma, já anunciadas. MACHADO, 2015, *op. cit.*, p. 50 e 65.

³³⁷ BARATTA, 1999, *op. cit.*, p. 67.

BIBLIOGRAFIA

ABOIM, Sofia. “Do público e do privado: uma perspectiva de gênero sobre uma dicotomia moderna” in *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 95, mai. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000100006>. Acesso realizado em 02 de maio de 2015.

ABREU, María Luisa Maqueda. “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico” in *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, outubro de 2007.

AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 4.424/2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso realizado em 20 de julho de 2015.

ANDRADE, Vera Pereira Regina de. “Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania” in *evista Seqüência* nº35, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, dez/97.

_____. *Pelas mãos da criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita Grin. *Quando a vítima é mulher: análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio*. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 1987.

BARATTA, Alessandro. “O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

_____. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A Participação da Vítima no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO FILHO, José. “O perverso ciclo da violência doméstica contra a mulher... Afronta a dignidade de todos nós”. Portal do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-secretaria-geral/433-informacoes-para/imprensa/artigos/13325-o-perverso-ciclo-da-violencia-domica-contra-a-mulher-afronta-a-dignidade-de-todos-n>. Consulta realizada em 25 de abril de 2015.

BARSTED, Leila Linhares. “Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida da advocacy feminista”. In CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

BATISTA, Nilo. Batista, Nilo. “Só Carolina não viu – Violência doméstica e políticas criminais no Brasil” In *Jornal do Conselho Regional de Psicologia*, ano 5, Rio de Janeiro, mar/2008.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. 4ª Edição. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BELLOQUE, Juliana Garcia. “Da assistência judiciária – artigos 27 e 28” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

BERENSTEIN, Isidoro. “Notas sobre la violencia”, in *Revista Psicoanálisis*, Vol. XXII, nº 2, Montevideo, 2000.

BETANCOURT, Eduardo López. *Introducción al Derecho Penal*. México, DF: Editora Porrúa, 2001.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo 1º. Editora Forense Rio, 1967.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. “O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de. “Violência doméstica e direito penal crítico” in JONAS, Eline. *Violências Esculpidas*. Goiânia: Editora da UCG, 2007.

_____. “Disposições Preliminares – art. 1º, 2º, 3º e 4º” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____. “Razão e sensibilidade: Teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. “Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo”. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 409-422, Setembro de 2006.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. “Existe violência sem agressão moral?” *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, nº 67, p. 135-146, junho de 2008.

CASTILHOS, Ela Wiecko. “Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar – artigo 9º” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Disponível em <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso realizado em 14 de agosto de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Brasília, 2013. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf. Acesso realizado em 10 de abril de 2015.

COUTO, Márcia Thereza et al. “Concepções de gênero entre homens e mulheres de baixa renda e escolaridade acerca da violência contra a mulher, São Paulo, Brasil”. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, supl. p. 1323-1332, 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232006000500021&lng=en&nrm=iso. Acesso em 13 de maio de 2015.

COUTO, Márcia Thereza; SCHRAIBER, Lilia Blima. “Representações da violência de gênero para homens e perspectivas para a prevenção e promoção da saúde” in GOMES, Romeu (Org.). *Saúde do homem em debate*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

COUTO, Sônia Maria de Araújo. *Violência Doméstica: uma nova intervenção terapêutica*. Belo Horizonte: Autentica/FCH-Fumec, 2005.

CRUZ, Rúbia Abs e SIMIONI, Fabiane. “Da violência doméstica e familiar – art. 5º” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

D’OLIVEIRA, Ana Flávia P. L.; FALCÃO, Maria Thereza Couto; FIGUEIREDO, Wagner dos Santos e SCHRAIBER, Lilia Blima. *Violência dói e não é direito: A violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

DEBERT, Gita Grin; GREGORI, Maria Filomena. “Violência e Gênero: Novas propostas velhos Dilemas”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 23, nº 66, p. 165-185, fevereiro de 2008.

DEBERT, Guita Grin. “Conflitos éticos nas Delegacias de Defesa da Mulher” in: DEBERT, Guita G.; GREGORI, Maria Filomena; e PISCITELLI, Adriana (orgs.). *Gênero e Distribuição da Justiça: as delegacias de defesa da mulher na construção das diferenças*. Coleção Encontros. Campinas: Pagu/Unicamp, 2006.

D’OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas et al. “Fatores associados à violência por parceiro íntimo em mulheres brasileiras” in *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, Vol. 43, n. 2, p. 299-311, Apr. 2009. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102009000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso realizado em 12 de maio de 2015.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005.

FRANCHETO, Bruna et al. *Antropologia e Feminismo: Perspectivas Antropológicas da Mulher*. Rio de Janeiro: Zahar, vol.1, nº1, 1981.

FRANCO, Alberto Silva. *Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. Justiça e Democracia*, São Paulo, n. 1, 1996.

FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era ‘pós-socialista’”. *Cadernos de Campo*, n. 14-15, 2006, pp.231-239.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal – Introducción*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GREGORI, Maria Filomena. “Delegacias de Defesa da Mulher de São Paulo e as instituições: paradoxos e paralelismos” in DEBERT, Guita G.; GREGORI, Maria Filomena; e PISCITELLI, Adriana (orgs.). *Gênero e Distribuição da Justiça: as delegacias de defesa da mulher na construção das diferenças*. Coleção Encontros. Campinas: Pagu/Unicamp, 2006.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. “A intervenção mínima para um direito penal eficaz.” *Direito e Sociedade*, Curitiba, v. 1, n. 1, p.165-193, set./dez. 2000.

HASSEMER, Winfried, “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos” in *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

_____. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Traduzido da 2ª edição alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

HEERDT, Samara Wilhelm. “Das medidas protetivas de urgência à ofendida – artigos 23 e 24” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

INSTITUTO AVON E DATA POPULAR. *Violência contra a mulher: o jovem está ligado?* Novembro de 2014. Disponível em <http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2014/12/pesquisaAVON-violencia-jovens-versao02-12-2014.pdf>. Consulta realizada em 28 de abril de 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. “Trabalho para o mercado e trabalho para casa: persistentes desigualdades de gênero” in *Comunicados do IPEA*, Brasília, Vol. 149, 2012. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120523_comunicadoipea0149.pdf. Acesso realizado em 20 de abril de 2015.

_____. Nota Técnica – A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil (versão preliminar). Brasília, março de 2015. Disponível em

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24608. Acesso realizado em 25 de agosto de 2015.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO E DATA POPULAR. *Percepção da Sociedade sobre Violência e Assassinato de Mulheres* - 2013. Disponível em http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro_pesquisa_violencia.pdf. Acesso realizado em 02 de dezembro de 2015.

IZUMINO, Wania Pasinato. “Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à justiça”, *XXVIII Encontro da Associação Nacional de Pós Graduação em Ciências Sociais – ANPOCS*, Caxambu, Minas Gerais, 26 a 28 de outubro de 2004. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down082.pdf>. Acesso realizado em 10 de julho.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson civitas, 2004.

_____. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos y teoria de la imputación*. 2ª Edição. Madrid: Marcel Pons, 1991.

_____. *Derecho Penal del enemigo*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p.79-92, 1996.

_____. “Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal” in *Boletim do IBCCrim*, nº 168, novembro de 2006.

KATO, Shelma Lombardi. “Da equipe multidisciplinar – artigos 29 a 32” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

LATTANZIO, Felipe Figueiredo; BARBOSA, Rebeca. “Grupos de gênero nas intervenções com as violências masculinas: paradoxos da identidade, responsabilização e vias de abertura” in LOPES, Paulo Victor Leite; LEITE, Fabiana (orgs.). *Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública*. Rio de Janeiro: ISER, 2013.

LAVIGNE, Rosane M. Reis e PERLINGEIRO, Cecília. “Das medidas protetivas de urgência” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

LIMA, Daniel Costa; BÜCHELE, Fátima. “Revisão crítica sobre o atendimento a homens autores de violência doméstica e familiar contra as mulheres” in *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 21, 2011.

LIMA, Fausto Rodrigues de. “Dos procedimentos – artigos 13 a 17” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

LOPES, Paulo Victor Leite; LEITE, Fabiana (orgs.). *Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública*. Rio de Janeiro: ISER, 2013.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). “A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil”. *Diálogos Sobre Justiça*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. Disponível em http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_feminicidio.pdf. Consulta realizada em 15 de março de 2015.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. “O sentido da responsabilização no direito: ou melhor, a invisibilização de seu sentido pelo direito” in LOPES, Paulo Victor Leite; LEITE, Fabiana (orgs.). *Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública*. Rio de Janeiro: ISER, 2013.

MAPA DA VIOLÊNCIA 2012: Homicídio de mulheres no Brasil. FLACSO Brasil e Centro Brasileiro de Estudos Latino Americanos. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf. Consulta realizada em 18 de abril de 2015.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal – Libro de Estudio*. Tomo I. Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General*. 7ª Edição. Barcelona: Reppertor, 2006.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª Edição. Buenos Aires: Euros Editores, 2003.

MISTURA, Tales Furtado. Vivência de homens autores de violência contra a mulher em Grupo Reflexivo: memórias e significados presentes. Dissertação de Mestrado defendida em 2015 na Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo.

MORAES, Maurício Zanoide de. “Política Criminal, Constituição e Processo Penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 101, jan-dez 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ÁRAN, Mercedes García. *Derecho Penal – Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Vol. 1. 38ª Edição. São Paulo: Rideel, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso realizado em 15 de agosto de 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Salário médio por sexo no Brasil. Disponível em <http://www.oecd.org/>. Acesso realizado em 25 de novembro de 2015.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Editora Manole, 2003.

PESQUISA IBOPE / INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. Percepção e reações da sociedade sobre a violência contra a mulher – 2006. Disponível em http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2009/08/pesq_ibope_2006.pdf. Acesso realizado em 02 de dezembro de 2015.

PIMENTEL, Sílvia Carlos da Silva; PANDJIARJIAN, Valéria. “Legítima Defesa da Honra: ainda uma excludente?” In: *Seminário A proteção dos Direitos Reprodutivos e Direitos Sexuais no Sistema de Justiça: Contexto Internacional e Experiência Brasileira*, 1999, Rio de Janeiro, 1999.

PIMENTEL, Sílvia e PIOVESAN, Flávia. “A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil” in CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

PIRES, Álvaro. “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos”. *Revista Novos Estudos*, nº 68, março de 2004.

_____. “Direito Penal e orientação punitiva: um problema só externo ao direito?” in *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Maria Lúcia KARAM (org.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

PORTAL TERRA, *Grupo de SP ajuda homens agressores a parar de bater; conheça*. Disponível em <http://mulher.terra.com.br/vida-a-dois/grupo-de-sp-ajuda-homens-agressores-a-parar-de-bater-conheca,75de64206208f310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>. Visualização realizada em 21 de março de 2015.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 11ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher. Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. https://sistema3.planalto.gov.br//spmu/atendimento/atendimento_mulher.php?uf=TD. Acesso realizado em 27 de agosto de 2015.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal – Introdução Crítica*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

_____. *Do caráter subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

RELATÓRIO 54/01. *Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Organização dos Estados Americanos. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso realizado em 18 de agosto de 2015.

ROXIN, Claus. “Sentido e Limites da Pena Estatal” in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUBIN, Gayle: *El Tráfico de Mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo*, Nueva Antropología, Vol. VIII, n. 30, México, 1986.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Criminologia Clínica e psicologia criminal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. “Já se mete a colher em briga de marido e mulher”. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 82-91, Dezembro de 1999. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000400009&lng=en&nrm=iso. Acesso realizado em 02 de maio de 2015.

_____. *Gênero, Patriarcado, Violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

_____. “Violência Doméstica: questão de polícia e da sociedade”. In: Corrêa, M. (org.) *Gênero e Cidadania*. Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero - Pagu/Unicamp, Coleção Encontros, 2002.

SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. “Violência contra as mulheres e violência de gênero: Notas sobre estudos feministas no Brasil”. *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y El Caribe*, Vol. 16, nº 1, 2005. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>. Acesso realizado em 28 de abril de 2015.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SCHRAIBER, L. B.; D’OLIVEIRA, A. F. P. L. “Violência Contra Mulheres: Interfaces com a Saúde”, in *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, vol. 3, n. 5, 1999a, pp. 11-27.

SCHRAIBER, Lilia Blima; D’OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; COUTO, Márcia Thereza. “Violência e saúde: contribuições teóricas, metodológicas e éticas de estudos da violência contra a mulher”. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro. Vol. 25, supl. 2, p. s205-s216, 2009. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009001400003&lng=en&nrm=iso. Acesso realizado em 30 de junho de 2015.

SCHRAIBER, Lilia Blima; D’OLIVEIRA, Ana Flávia P L; COUTO, Márcia Thereza. “Violência e saúde: estudos científicos recentes”. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 40, n. especial, p. 112-120, Agosto de 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102006000400016&lng=en&nrm=iso. Acesso realizado em 30 de junho de 2015.

SCHRAIBER, Lilia et al. “Violência vivida: a dor que não tem nome”. *Interface - Comunicação, Saúde e Educação*. Botucatu, v. 7, n. 12, p. 41-54, Fevereiro de 2003. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832003000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso realizado em 30 de junho de 2015.

SCOTT, Joan. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 16, n° 2, julho-dezembro de 1990.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Casa da Mulher Brasileira*. Disponível em <http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/cmb>. Acesso realizado em 27 de agosto de 2015.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (2013-2015)*. Disponível em http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/SPM_PNPM_2013.pdf. Acesso realizado em 23 de agosto de 2015.

SECRETARIA DE TRANSPARÊNCIA. Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. DataSenado, Março de 2013. Disponível em http://www.senado.gov.br/noticias/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf. Acesso realizado em 10 de abril de 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, A *expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SINGER, Helena. *Direitos Humanos e Volúpia Punitiva*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1998.

SMART, Carol. “La teoria feminista y el discurso jurídico” in LARRAURI, Elena (org.). *Mujer, derecho penal y criminologia*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.

SOUZA, Jaime Luiz C., BRITO, Daniel Chaves, BARP, Wilson José. “Violência doméstica: reflexos das ordenações filipinas na cultura das relações conjugais no Brasil”. *Teoria & Pesquisa: Revista das Ciências Sociais*. V. 18, n° 1, janeiro-junho de 2009.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

UN WOMEN. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. *General recommendation n. 19*. Disponível em <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>. Acesso realizado em 10 de agosto de 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo: *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.