

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, POLÍTICA CRIMINAL E DIREITO:  
UMA ANÁLISE DO ESTATUTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA A PARTIR  
DA COMPREENSÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO  
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO<sup>1</sup>**

**Flaviane de Magalhães Barros\***

**Felipe Daniel Amorim Machado\*\***

**RESUMO**

O presente trabalho pretende demonstrar as perspectivas das políticas públicas de reconhecimento dos direitos das mulheres no Estado Democrático de Direito, sob o marco da teoria do discurso, verificando o respeito aos direitos fundamentais nos discursos de justificação e aplicação do Estatuto da Violência Doméstica, Lei n.º 10.340/2006. Neste sentido, conclui o trabalho pela forte influência de políticas paternalistas e estereotipadas de proteção à mulher e a demonstração de diversas hipóteses de sobrevivitização pelo processo penal no referido estatuto, bem como o desrespeito ao contraditório e a igualdade entre sujeitos do processo e a inadequação da aplicação do direito penal, contrariando seu pressuposto de *ultima ratio*.

**PALAVRAS CHAVES**

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL, VITIMOLOGIA, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

**RIASSUNTO**

Questo saggio si propone a dimostrare l'argomento della politica di riconoscimento di diritti delle donne nello Stato Democratico di Diritto quale definito nella teoria del discorso di Habermas. Studia il rispetto ai diritti fondamentali nei discorsi di

---

<sup>1</sup> Este artigo foi produzido a partir de palestra ministrada pela primeira autora no Ciclo de Estudos da Lei Maria da Penha (PUC Minas) e do artigo de jornal produzido pelo segundo autor.

\* Doutora e mestre em direito processual – PUC Minas. Pós-Doutora (CAPES) junto a Università degli studi di Roma TRE. Professora adjunta da PUC Minas, no curso de graduação e pós-graduação em Direito. Professora da Universidade de Itaúna, nos cursos de graduação e pós-graduação. Coordenadora técnica de direito processual penal da Escola Superior de Advocacia OAB/MG. Membro do Conselho Científico do Instituto de Hermenêutica Jurídica/Seccional Minas Gerais. Advogada.

\*\* Graduando em Direito. Diretor Presidente do Instituto de Hermenêutica Jurídica/Seccional Minas Gerais.

giustificazione e applicazione dello “Estatuto della Violenza Domestica”, Legge n. 10.340/2006 ( Brasile). Conclude per la forte influenza del código paterno nella política di protezione dei dirritti delle donne. Verifica, anche, casi di “supervittimizzazione” derivanti dall’inosservanza dei dirritti fondamentali della vittima e nel dirritto penale e proceso penale l’inosservanza delle garanzie dell contraddittorio del’imputato, del dirritto di uguaglianza tra soggetti procesuale e del dirritto penale come *ultima ratio*.

## **PAROLE CHIAVE**

STATO DEMOCRATICO DI DIRRITTO, DIRRITTO PENALE, PROCESO PENALE, VITIMOLOGIA, VIOLENZA DOMESTICA

## **INTRODUÇÃO**

O tema que se pretende analisar no presente trabalho delimita-se a partir do processo legislativo que culminou com a sanção, publicação e vigência da Lei n.º 11.340 de 07 de agosto de 2006, a qual pretende coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, ou seja, o Estatuto da Violência Doméstica, apelidado de “*Lei Maria da Penha*”, nome de uma das vítimas desse tipo de violência que escreveu um livro relatando sua experiência.

O pano de fundo da referida Lei é certamente toda a discussão e mobilização da sociedade civil organizada, movimentos feministas, movimentos de proteção à mulher, bem como o interesse político governamental que salvaguardado inclusive por tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário comprometendo-se a eliminar todas as formas de violência contra a mulher, como a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, optou por uma política de proteção exclusiva à mulher.

Pretende-se discutir, a partir do estudo da Ciência do Direito, a inter-relação entre direitos fundamentais e garantias constitucionais, tendo como marco o paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual os sujeitos de direito são reconhecidos como autores e destinatários da norma jurídica.

Pretende-se assim fazer uma crítica, nos termos do direito e do processo penal, influenciado pela vitimologia, focando-se na compreensão do Estado Democrático de

Direito, para discutir qual é a compreensão e qual é a participação que se pretende para a vítima de violência doméstica, principalmente em virtude da redução de sua autonomia e da preocupação em garantir-lhe um lugar como sujeito de direitos.

## **1 – A LUTA POR RECONHECIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A POLÍTICA CRIMINAL DE PROTEÇÃO A MULHER**

Como já anunciado, a Lei n.º 11.430/2006, denominada Estatuto da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que passou a vigorar a partir de 21 de setembro de 2006, apelidada de “*Lei Maria da Penha*”, trouxe um novo panorama para a violência doméstica no Brasil.

A lei em discussão define uma diversidade de tipos penais que podem ter como vítimas mulheres dentro do seio familiar, compreendendo desde a violência física, passando pela psicológica, sexual, patrimonial ou moral (art.7º da Lei n.º 10.430/06). Não há a criação de novos tipos penais, mas sim o estabelecimento de um novo tratamento processual penal para as referidas condutas.

Em uma primeira análise, fica patente que a lei somente considera o papel da mulher como vítima da violência doméstica e, nunca como agente. Será que precisaremos de uma Lei “*João da Penha*” para proteger os homens que, no seio de sua família são vítimas de violência, ou podemos interpretar a presente lei para além do dogmatismo e de sua interpretação literal que remete a diplomas e tratados que visam exclusivamente à proteção da mulher.

Nesse primeiro ano de vigência, a interpretação dos dispositivos da Lei vem seguindo a orientação da exclusiva proteção ao gênero feminino inserido no contexto de uma entidade familiar. Neste sentido, é a compreensão dada por Maria Berenice Dias:

Basta estar caracterizado o vínculo de relação doméstica, de relação familiar ou de afetividade, pois o legislador deu prioridade à criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, sem importar o gênero do agressor. (...)

No que diz com o sujeito passivo, há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Nesse conceito encontram-se as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. A agressão contra elas no âmbito familiar também constitui violência doméstica.

Não só esposas, companheiras ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que

mantém vínculo familiar com ele podem integrar o pólo passivo da ação delituosa. (DIAS, 2007, p. 41)

Ou seja, a referida Lei não se foca na família como célula da sociedade, mas sim, seu tratamento, como microsistema, protege exclusivamente a vítima mulher. Assim, a mesma conduta, como, por exemplo, lesão corporal terá tratamento distinto quando a vítima de violência doméstica for uma mulher e quando for um homem. Além de não incluir o homem, inserido em suas relações familiares como vítima, a Lei traz para os acusados, nela definidos, uma situação processual e penal muito mais gravosa que aquelas destinadas pela legislação.

Em virtude deste questionamento, parece importante reconstruir as lutas pelo reconhecimento dos direitos das mulheres, que tem um longo percurso que se inicia no paradigma do Estado Liberal, passando pelo Estado Social, mas que exige uma nova compreensão no Estado Democrático de Direito.

O movimento feminista é um importante ponto para a discussão das lutas de reconhecimento no Estado Democrático de Direito. Foi a partir da reconstrução das reivindicações do movimento feminista que Habermas (1997) demonstrou as diferenças entre o paradigma liberal, social e democrático de direito.

A política do Estado Liberal tinha como objetivo “incluir as mulheres numa sociedade que lhes recusava até então as chances equitativas de concorrer” (HABERMAS, 1997, p. 162), visava, assim, garantir o reconhecimento de direitos como voto, trabalho, igualdade de direitos.

Com a ruptura do Estado Liberal e formação do paradigma social, mudam as reivindicações dos movimentos feministas, que passam agora a buscar medidas de proteção ao trabalho feminino, à maternidade e à assistência nos casos de dissolução da sociedade conjugal, que decorrem da própria compreensão de que a simples equiparação de direitos como iguais chances, não pode ser meramente formal, pois, de fato, as políticas liberais não garantiam igual tratamento às mulheres.

Mas o Estado Social, com suas características próprias, como sua “estrutura paternalista, na qual o Estado possui papel de organizador de políticas compensatórias de proteção jurídicas, mas que impediam a própria participação dos sujeitos de direitos e restringiam liberdades” (PELLEGRINI, 2004, p. 13), teve reflexos preponderantes nas políticas feministas. Como consequência de tais políticas, produziu-se graves resultados

reflexos, como o agravamento da situação dos sujeitos do grupo que se pretendia proteger, assim acontecendo, no presente exemplo, a feminização da pobreza e a impossibilidade de iguais chances para as mulheres decorrentes das “conseqüências ambivalentes” das referidas políticas.

Assim, o que distingue o tratamento da política de proteção das mulheres no Estado Democrático de Direito, é justamente o paternalismo próprio do Estado Social, que com o intuito de proteger minorias criou diversos “guetos jurídicos”, pois no Estado Democrático de Direito o paradigma procedimentalista garante o direito de escolhas e de pertencimento de uma sociedade multicultural e plural, que para isto se legitima pela participação dos atingidos, compreendidos como autores e destinatários da norma jurídica (HABERMAS, 1997), seja no processo legislativo, na definição de políticas públicas, no processo administrativo ou jurisdicional.

Desse modo, para se pretender políticas públicas de proteção à mulher no Estado Democrático de Direito não se pode deixar de lado a participação dos atingidos no processo de tomada de decisão, bem como não se pode desconsiderar a compreensão dos sujeitos de direitos, que possuem direitos fundamentais. No caso da temática da violência doméstica, importa ressaltar que a participação e o respeito aos direitos fundamentais não podem levar em conta apenas a posição das mulheres – no caso específico, fica patente a forte presença de movimentos feministas radicais no processo legislativo de formação da referida Lei –, mas de todos os afetados, como as crianças, adolescente, homens e velhos, todos eles também sujeitos na entidade familiar.

Tomemos como lição as conseqüências ambivalentes das políticas de proteção do Estado Social, que muitas vezes trouxe como resultado paradoxal da aplicação de medidas protetivas o agravamento da situação dos protegidos. Ou mesmo, a supressão de sua autonomia privada na possibilidade de escolha das suas opções pessoais de vida, que são também reflexos de políticas paternalistas, que excluem justamente o papel de sujeito de direitos.

A luta por reconhecimento perpetrada pelo feminismo difere das demais políticas de reconhecimento de grupos étnicos, pois as mulheres não são um grupo minoritário. Ressalta Habermas que:

Embora o feminismo não seja a causa de uma minoria, ele se volta contra uma cultura dominante que interpreta a relação dos gêneros de uma maneira assimétrica e desfavorável à igualdade de direitos. A diferenciação de situações de vida e experiências peculiares ao gênero não recebe

consideração adequada, nem jurídica nem informalmente, tanto a autocompreensão cultural das mulheres quanto contribuição que elas deram à cultura comum estão igualmente distantes de contar com o devido reconhecimento; e com as definições vigentes, as carências femininas mal podem ser articuladas de forma satisfatória. Assim, a luta política por reconhecimento tem início como luta pela interpretação de interesses e realizações peculiares aos diferentes gêneros; à medida que logra êxito, essa luta modifica a identidade coletiva das mulheres, e com ela a relação entre os gêneros, afetando assim, de forma imediata, a autocompreensão dos homens. A escala de valores da sociedade como um todo entra em discussão; as conseqüências dessa problematização chegam até as áreas centrais da vida privada e atingem também os limites estabelecidos entre as esferas pública e privada. (HABERMAS, 2002, p. 238, 239)

Importante, assim, verificar que as políticas liberais e republicanas foram necessárias para a garantia, não só formal, mas material, de direitos de iguais possibilidades de chances para as mulheres. Mas, estas não suprimiram a necessidade de reconhecimento, que passa hoje, justamente, pela compreensão de que não se pode aplicar políticas paternalista que suprimem direitos fundamentais e evitar políticas que, como resultados reflexos, agravam determinadas situações que daqueles demandam proteção.

A respeito do tratamento dado às políticas de proteção, como forte crítica a influência paternalista nas políticas de reconhecimento, observa Habermas:

Nos campos jurídicos concernentes ao feminismo o paternalismo socioestatal assume um sentido literal: o legislativo e a jurisdição orientam-se segundo modelos de interpretação tradicionais e contribuem com o fortalecimento de estereótipos de identidade de gênero já vigentes. (HABERMAS, 2002, p. 296)

Se mostra importante, ressaltar a proposta do direito fraterno construída por Eligio Resta, que partindo justamente da retirada do conteúdo paternal do direito, sustenta o caráter fraternal do direito que decorre da possibilidade de reconhecermos o direito como jurado em conjunto por irmãos (*coniuratio*), todos sujeitos de direitos, sejam mulheres ou homens.

Fraternità tra popoli típica di un cosmopolitismo figlio dell'Europa pos-Westalia, ma pur sempre fraternità che avrebbe dovuto prendere le distanze da qualsiasi codice paterno tipico dell'imperialismo delle conquiste. Lo stesso codice paterno che si ritrova nella forma delle leggi e che, per la prima volta, dopo secoli, mette in crisi il diritto del "padre" fondato sull'autorità(...)Il diritto su cui giurare (*iusiurandum*) típico di una teologia dell'autorità non discussa, lascia il posto al diritto da giurare (*coniuratio*), insieme e nello stesso momento, da fratelli che in quanto tali sono uguali.

La fraternità delle Costituzioni convenzionalmente votate riapre il gioco dell'amicizia politica, ma, ovviamente, non elimina i suoi paradossi. Il primo è quello di ogni diritto fraterno per cui la costituzione tra uguali deve

presupporre un atto originario di soppressione del padre perché non ci siano più tiranni e quindi se porta dentro questa teologia della violenza; il secondo è quello di essere la volontà generale, anche di chi ne è stato vittima, generalizzando la forza che vince o la maggioranza che lo scorregge. (RESTA, 2006, p. 16)<sup>2</sup>

É visível que a Lei analisada não consegue superar o caráter paternal do direito, da violência que agora será revanchializada entre as antigas frágeis vítimas e os antigos algozes, no sentido de que a lei paternal agora fortalece as primeiras e tiraniza os segundos, mas sem perceber que esta troca de papéis não muda a compreensão dos sujeitos, e continua a perpetrar o caráter da violência entre vencedor e vencido, amigo e inimigo, homens e mulheres.

Esta crítica é justamente uma das grandes preocupações que se vislumbra na interpretação do microsistema da violência doméstica, que sob um manto protetivo acaba reforçando um estereótipo feminino, como aquele sujeito mais frágil nas relações afetivas e familiares, suscetível de inúmeras formas de vitimização em sua vida privada. E mais, para protegê-las, em determinadas situações, lhe retira até mesmo a possibilidade de exercício de direitos de forma autônoma, de acordo com seus desejos e convicções, sendo que, ao mesmo tempo coloca os demais sujeitos do núcleo familiar como não portadores de iguais direitos fundamentais e garantias processuais. Nesse sentido, uma crítica a estas medidas legais que sobrevitimizam as vítimas será abaixo analisada.

Desse ponto, insta verificar o lugar do qual se parte para compreender os direitos fundamentais e as garantias constitucionais, pois como uma importante pretensão de política pública, a proteção dos entes familiares no seio da família, não parece correto estabelecer uma política de exclusão. Para se esclarecer a problemática, ao definir como sujeito a ser protegido pela Lei tão somente a mulher, se estabelece como pressuposto para sua aplicação que o homem, nos termos do art. 5º, inc. II, da Lei n.º 10.340/2006,

---

<sup>2</sup> Fraternidade entre povos, típica de um cosmopolitismo filho da Europa pós-Westfália, mas sempre fraternidade que deveria ter tomado distância de qualquer código paterno típico do imperialismo das conquistas. O mesmo código paterno que é encontrado na forma das leis e que, pela primeira vez, depois de séculos, coloca em crise o direito do “pai” fundado na autoridade (...). O direito sobre o qual jurar (iusiurandum), típico de uma teologia da autoridade não discutida, deixa o posto de direito ao direito a jurar (coniuratio), junta e concomitantemente, por irmãos que, enquanto tais, são iguais.

A fraternidade das Constituições convencionalmente votadas reabre o jogo da amizade política, mas, obviamente, não elimina seus paradoxos. O primeiro é aquele, próprio de casa direito fraterno, pelo qual a constituição entre iguais deve pressupor um ato originário de supressão do pai, a fim de que não existam mais tiranos, e que, por conseguinte, traz consigo esta teologia da violência; o segundo diz respeito à razão de ser da vontade geral, que acaba, inclusive em relação a quem dela foi vítima, generalizando a força que vence ou a maioria que a sustenta. (RESTA, 2004, p. 35-36)

compreendido como o qualquer indivíduo que se considere aparentado, no seio familiar, somente pode ocupar o lugar de agente agressor e violento.

Assim, a política pretendida interfere no direito, principalmente no âmbito penal e processual penal, de forma a criar duas categorias de sujeitos: vítima e agente. Para o primeiro a lei pretende assegurar direitos humanos fundamentais, já em relação ao segundo pretende puni-lo por desrespeitar direitos do primeiro. Mas a pergunta é: será que a política de proteção às mulheres, no seio familiar, não acaba propiciando mais um distanciamento da política de reconhecimento de direitos para as mulheres? Ou seja, ao tentar incluir acaba excluindo? Em termos de Vitimologia, ao pretender evitar a vitimização não sobrevitimiza? Já se tratando de Direito Penal, ao utilizá-lo não se estaria buscando uma solução de *ultima ratio* para um problema que possui variáveis impossíveis de serem avaliadas pelo direito, como por exemplo, o afeto? Em termos processuais, será que se garante, em igual medida, tanto ao acusado quanto à vítima suas garantias como sujeitos do processo?

## **2 – CRÍTICAS AO ESTATUTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA A PARTIR DA COMPREENSÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A crítica tem como base, a idéia de uma luta por reconhecimento do movimento feminista, que se sustenta pela supressão do paternalismo que garanta a todos os sujeitos, no sentido procedimentalista, o uso das liberdades de atuação em igualdade de chances. Desse modo, permite-se a participação dos atingidos no processo de tomada de decisão, própria da autonomia cidadã e co-originária à autonomia privada de cada um dos sujeitos. A este respeito, conclui Habermas:

os direitos subjetivos, cuja função é garantir às mulheres uma organização particular e autônoma da própria vida, não podem ser formulados de maneira adequada sem que antes os próprios atingidos possam articular e fundamentar, em discussões públicas, os aspectos relevantes para o tratamento igualitário ou desigual de casos típicos (HABERMAS, 2003, p. 237).

Uma hermenêutica da referida lei, a partir do Estado Democrático de Direito, voltada aos direitos fundamentais, não se sustenta a partir de uma análise da questão da

violência doméstica nos termos expressos pela lei, que estabelece como vítima apenas as mulheres nas suas relações de convivência familiar.

Ou seja, não se pode pressupor que o homem seja o único possível agente de violência no interior da família e a mulher a única vítima. Aqui se deve repensar inclusive qual é o conceito ou compreensão de família dada pela Constituição.

Tomemos os direitos fundamentais como uma gama de direitos dentre os quais se encontram os direitos individuais, entendidos estes como direitos de cada indivíduo, independente de sexo, raça, classe, etnia ou orientação sexual. Assim, um tema de política pública deve estar conforme os direitos fundamentais, não podendo excluir direitos de uma minoria (BARROS, 2006). Por isso, a Constituição exerce um importante papel de mediadora entre a política e o direito, garantidora dos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos. Como ressalta Cattoni de Oliveira:

Assim, a Constituição do Estado Democrático de Direito deve ser compreendida, fundamentalmente, da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, que se dá ao longo do tempo histórico e que atualiza, de geração em geração, o sentido performático do ato de fundação da sociedade política, em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto, aberto ao futuro, de construção de uma república de cidadãos livres e iguais. Tal projeto deve ser levado adiante de forma reflexiva e por isso envolve a defesa de um patriotismo constitucional.

A Constituição do Estado Democrático de Direito é, portanto, a interpretação construtiva de um sistema de direitos fundamentais garantidores das autonomias pública e privada. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 43,44)

Nestes termos, merece atenção a reflexão de Habermas, no sentido do respeito dos direitos fundamentais das minorias, principalmente no processo legislativo, “em geral, as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias, pois o cidadão, no exercício de sua autonomia política, não pode ir contra o sistema de direitos que constitui esta mesma autonomia (HABERMAS, 1997, p. 224)”.

Dessa maneira, é necessário refletir o Estatuto da Violência Doméstica, a partir da própria compreensão da instituição “família” no Estado Democrático de Direito. A presente Lei, também deve ser analisada, a partir do direito fundamental de igualdade de gênero, previsto na Constituição da República, o qual era desrespeitado, em relação ao papel da mulher no seio da família, em diversos diplomas legais anteriores a Constituição. Assim, esse passa a ser um importante questionamento, que se localiza, justamente, no processo de justificação das leis, isto é, no processo legislativo. Será que,

ao formular uma lei que pretende instituir políticas públicas, novas agravantes para tipos penais, bem como retirar garantias processuais, com o objetivo de proteger e incluir um determinado grupo definido por gênero, não se estaria gerando a própria exclusão deste?

Tomando como base o artigo 5º da Lei n.º 11.340/2006, que em seu *caput* dispõe: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe causa morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico e dano moral ou patrimonial”, verificamos que nesse um ano de aplicação da lei, manteve-se, apesar de muitas críticas, uma interpretação que restringe a vítima ao gênero feminino.

Portanto, além de desconsiderar os demais sujeitos da unidade familiar que sejam homens, em desrespeito ao princípio da igualdade, que neste caso deveria levar em conta não a pressuposta situação de inferioridade ou submissão da mulher nas tradicionais relações patriarcais, ou de uma mulher à outra dentro do mesmo contexto, mas sim própria a compreensão da família como entidade que congrega indivíduos com sua identidade e autonomia, exigindo um tratamento igual em direitos, respeitados, todavia, suas diferenças como indivíduos, seja homem, mulher, criança ou idoso.

Neste diapasão, a formulação de microsistemas legais, para grupo ou minoria, como criança, idoso ou mulher, acaba gerando análises estanques de seus conflitos e relações, deixando de considerar seu lugar como membro de uma entidade familiar.

Assim, adverte de Habermas:

Caso se queira tornar o sistema de direitos efetivo por via democrática, é preciso que se considerem as diferenças com uma sensibilidade sempre maior para o contexto. Ontem como hoje, a universalização dos direitos é o motor de uma diferenciação progressiva do sistema de direitos, sistema que logra manter segura a integridade dos sujeitos jurídicos, mas não sem um tratamento rigidamente igualitário (e monitoramento pelos próprios cidadãos) dos contextos de vida de casa um, os quais originam sua identidade individual. (HABERMAS, 2003, p. 237)

Desta feita, uma interpretação adequada da referida Lei, deve levar em conta que no contexto das relações domésticas, familiares e afetivas, os indivíduos são sujeitos iguais em direitos, mas diferentes em suas identidades. Não se pode tratar a mesma situação de forma diversa, tão somente, em razão do gênero da vítima. Explicitando a questão, não é porque a vítima de lesão corporal é mulher que a pena deve ser agravada ou as garantias do processo para o agente devem ser reduzidas, gerando tratamento

diverso se os papéis se inverterem, no caso da mulher ser o agente e alguém que a ela se vincule como seu pai, seu marido, seu companheiro, ou seu próprio filho, for vítima.

Dentro desse contexto, será importante o caminho que seguirá a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso Sul, que confirmando decisão do juiz monocrático, da Comarca de Itaporã/MS, entendeu inconstitucional a Lei n.º 10.403/2006, por violar direito fundamental a igualdade de homens e mulheres (MATO GROSSO DO SUL, 2007). Contudo, os argumentos da referida decisão não são aqui levados em consideração, eis que o acórdão ainda não foi publicado.

Contudo, dois caminhos se vislumbram: primeiro, declarar a lei inconstitucional, deixando de aplicá-la em virtude do controle difuso ou concentrado; ou como segunda opção, pretender uma interpretação constitucionalmente adequada que se atenha ao discurso de aplicação (GÜNTHER, 2000, 1993), na argumentação do caso concreto que no processo jurisdicional se efetiva entre as partes.

Mas, com base na compreensão procedimentalista do direito e na distinção entre discurso de justificação e aplicação de Klaus Günther, dois pontos devem ser tomados em consideração: o discurso de justificação da lei e o discurso de aplicação.

O discurso de justificação da referida Lei, com toda a possibilidade de argumentação em torno do justo, do bom e do pragmaticamente realizável, que se deu no processo legislativo que culminou na promulgação da Lei n.º 10.340/2006, levou em consideração uma compreensão paternalista e protetiva para o gênero feminino. Tal postura privilegia exclusivamente a mulher, vista como a vítima recorrente e silente da agressividade, principalmente masculina, dos demais sujeitos das relações domésticas, familiares e afetivas, que na história recente reclama por proteção jurídica, seja no âmbito judicial civil ou penal, ou no âmbito administrativo de efetivação de políticas públicas, por terem sido sempre injustiçadas e negligenciadas. O discurso de justificação aplicado à Lei em tela, fortaleceu ainda mais uma visão estereotipada do gênero feminino e retirou, de forma incisiva, direitos fundamentais e garantias aos demais sujeitos das relações familiares.

No discurso de aplicação das situações de violência doméstica, familiar ou afetiva que, porventura, discuta, no caso concreto, a aplicação da Lei para uma vítima que não seja do gênero feminino – como numa situação de violência tendo como vítima o filho e como agente a mãe – possibilita uma interpretação do caso concreto de

maneira problematizada e argumentativa, para construir uma decisão no processo penal que legitime a aplicação das normas definidas na Lei n.º 10.340/2006 com base no princípio da igualdade. Ou ainda, em outro caso concreto, como numa hipótese em que a vítima mulher se manifeste pelo não prosseguimento do processo penal por desinteresse, em razão do fim do conflito familiar e do consenso entre ela e seu companheiro, poderá admitir interpretação diversa na expressa na Lei n.º 10.430/2006, com base numa argumentação de princípios que leve em conta, por exemplo, a manutenção da entidade familiar ou o Direito Penal como *ultima ratio*.

Assim, importante as advertências feitas por Chamon Junior ao tema de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, usando como marco a compreensão procedimental do direito e a teoria da argumentação jurídica de Günther:

Disto, portanto, concluímos que, embora nossos argumentos de direitos e deveres sempre refujam em nosso pano-de-fundo, o juízo de adequabilidade jamais se dá de maneira aproblematicada e não argumentativa: qualquer afirmação sobre direitos e deveres tomam como base tanto uma leitura do caso, quanto uma interpretação do Direito sempre passíveis de problematização na argumentação. Não se pode, adequadamente, pretender um direito definitivamente imputado que não se refira a uma situação de aplicação. Qualquer, pois, que seja a pretensão de correção normativa levantada no sentido de que “tenho um direito” ou “tens um dever”, embora possa estar aproblematicadamente atrelada a preconceitos carentes de questionamentos – e referidos à justificação –, uma vez levantada tal pretensão é passível de ser discursivamente trabalhada de forma, inclusive, a negá-la: par tal, o juízo de adequabilidade somente se faz com referencia a uma situação concreta discursivamente reconstruída, bem como com a reconstrução do próprio sistema de princípios. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 111, 112)

Portanto, é possível que, em termos hermenêuticos, com base em uma argumentação de princípios que se comprometa com a reconstrução do próprio princípio da igualdade no âmbito da convivência familiar afetiva, pelo senso de adequabilidade (GÜNTHER,2000) garanta o respeito aos direitos fundamentais e garantias do processo dos sujeitos de direitos afetados pelo caso concreto, que pense a diferença não como um modelo dissociador de embate entre modos de vida diversos, mas como respeito a uma universalidade da diferença (MARRAMAO, 2007).

#### **4- ASPECTOS VITIMOLÓGICOS, PENAIIS E PROCESSUAIS DO ESTATUTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: crítica a interpretações deslegitimadoras dos sujeitos**

Retoma-se, aqui, alguns questionamentos feitos ao final do capítulo 1 deste artigo, analisados a partir da compreensão procedimentalista, na qual a legitimação do direito se dá a partir da participação dos sujeitos, vistos como autores e destinatários da norma jurídica. Assim, será analisado o aspecto vitimológico, visto a partir de uma possível sobrevivitização, interligando-se com o aspecto do Direito Penal, já que se pretende punir criminalmente questões que poderiam ser tratadas em outros âmbitos do Direito e do processo penal, ao reduzir direitos processuais das vítimas ou afetar garantias constitucionais do acusado.

Importante verificar o panorama anterior ao Estatuto da Violência Doméstica, relativo à prática de atos atentatórios à integridade física da mulher, ocorridas no seio de sua própria família. Antes, sendo a lesão corporal simples, seria processada e julgada perante os Juizados Especiais, mediante representação da vítima (Lei n.º 9.099/95), sendo que muitas vezes ocorria a composição civil do dano ou a transação penal, bem como a desistência por parte da vítima de ver seu agressor punido. Anteriormente à implantação dos Juizados Especiais, as lesões corporais ocorridas entre entes de uma mesma família eram crimes de ação penal pública incondicionada, que tinham um caminho muito diferente, pois a elas eram oferecidas as últimas gavetas das delegacias e promotorias, até que a prescrição lhes alcançasse.

Assim, como ressalta Celmer e Azevedo (2007), não se pode desconsiderar que os Juizados Especiais Criminais foram importantes para a garantia do acesso a Jurisdição pelas vítimas de crimes no âmbito doméstico e familiar, principalmente com o tratamento dado às lesões corporais e às ameaças, evitando a impunidade das gavetas das delegacias de polícia e das promotorias. Até porque, em termos de “cifras negras”<sup>3</sup>, é visível que os Juizados reduziram seus números, contrariando, até mesmo, uma compreensão dos vitimólogos a respeito desse tipo de delito, que ocorre no seio da família, de que “roupa suja se lava em casa” (PAIXÃO, BEATO FILHO, 1997, p. 241), que justificava a não formulação de notícia crime contra os entes familiares.

Assim, a proposta da Lei n.º 10.340/2007 surge daqueles que, entendendo que os institutos da justiça consensual eram inadequados à violência doméstica, muitas vezes pela pouca familiaridade dos operadores do direito com as soluções mediadas,

---

<sup>3</sup> Número de delitos que não integram as estatísticas oficiais em virtude da vítima não noticiar o crime.

preferindo soluções fáceis e imediatas como o arquivamento pela desistência da vítima. Desse modo, estes mesmos juristas, optaram pelo retorno a uma justiça penal exclusivamente conflitual, que não permite soluções como composição civil do dano e a transação penal. “O retorno do rito ordinário do processo criminal para a apuração dos casos de violência doméstica não leva em conta para a apuração a relação existente entre vítima e acusado, não sopesa a pretensão da vítima nem mesmo seus sentimentos e necessidades”, ressalta CELMER e AZEVEDO (2007, p. 16).

Além disto, a mencionada Lei também proíbe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, incorrendo em erro ao se referir ao tema como se existisse pena de “cesta básica” (art. 17 da Lei n.º 10.340/2006), o que decorre da influência, ou melhor, da banalização gerada por uma prática incorreta dos Juizados Especiais. Assim, a única solução penal para o conflito é a pena de prisão.

Outra medida que merece ser analisada juntamente com as acima demonstradas, é a “renúncia à representação”. Este termo é usado incorretamente pela Lei para designar a retratação da representação pela vítima, antes, ato sem formalidade como a representação; agora, somente poderá ocorrer antes do oferecimento da denúncia, mas em audiência, perante o Juiz, com a presença e manifestação do Ministério Público.

Todas estas medidas têm como condão estereotipar ainda mais o conflito entre os gêneros, estabelecendo absurda desigualdade de tratamento processual penal para os acusados inseridos nas hipóteses legais do referido Estatuto e, principalmente, de forma reflexa pode gerar a sobrevitimização da mulher, eis que tem como única solução para o conflito familiar e afetivo a pena de prisão para o agressor. Trata a mulher como um sujeito incapaz de escolhas conscientes sobre suas opções de vida.

Neste sentido, adverte Maria Lúcia Karam, revelando sua preocupação em relação ao respeito aos direitos fundamentais, tanto da vítima quanto do agente agressor, no caso de violência doméstica:

A proibição de uma conduta que atenta contra a pessoa não pode servir para tolher, ainda que indiretamente, a liberdade dessa mesma pessoa que a norma pretende proteger. A realização de direitos fundamentais evidentemente não convive com a contrariedade aos anseios e aos direitos dos próprios titulares dos bens destinatários da tutela jurídica.

Quando se insistem em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena do parceiro da mulher, contra a sua vontade, seta 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 coisa fosse, submetida à vontade

de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela (KARAM, 2006, p. 7)

De acordo com o já apresentado, pode-se ainda perceber que, em determinadas interpretações dadas pela doutrina demonstra-se a completa inadequação da interpretação dos atos de violência que seriam definidos como tipos penais. Tome-se como exemplo, os dizeres de Maria Berenice Dias, em relação à previsão da violência psicológica, prevista no art. 7º da Lei n.º 10.340/2006:

A violência psicológica encontra forte alicerce nas relações desiguais de poder entre sexos. É a mais freqüente e talvez seja a menos denunciada. A vítima muitas vezes nem se dá conta que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos, são violências e devem ser denunciadas. (DIAS, 2007, p. 48)

O lugar do Direito Penal não é para solucionar questões de desamor, no próprio Direito de Família que entende que não como argumentar com o direito em questões de afeto. Ou como sustenta Eligio Resto, a frase argumentada é diversa da frase de afeto, e o direito não pode pretender atuar em todas as situações (RESTA, 2006). Muito menos o Direito Penal, que se vê como *ultima ratio*.

No sentido de preservar o Direito Penal como *ultima ratio*, e de buscar soluções diversas para os conflitos nas relações familiares, sustentam Elisa Giroti Celmer e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo:

A utilização do Direito Penal reforça a idéia do pólo repressivo em detrimento de outras formas mais positivas de atuação do Direito, que emergem a partir do Direito Constitucional. A falência de todo o sistema repressivo está a demandar novas soluções para a consolidação dos direitos humanos e dos laços de solidariedade social. (CELMER, AZEVEDO, 2007, p. 16)

Assim, percebe-se que todas as medidas analisadas são verdadeiras formas de deslegitimação do direito, pois não permite assegurar nem à vítima nem ao acusado seus direitos fundamentais de sujeito de direitos. Em verdade, provoca para a vítima uma nova sobrevitimização, não se coadunando com a compreensão da vítima no Estado Democrático de Direito, compreendida a partir de sua autonomia pública e privada. Desse modo, tais medidas impedem que a vítima possa agir autonomamente de acordo com suas escolhas pessoais, mais uma vez lhe roubam, o conflito, excluindo ou neutralizando sua ação como o faziam no paradigma do Estado Social (BARROS, 2003, 2007).

## 5- CONCLUSÃO

A Lei n.º 10.340/2006, aqui tida como objeto de estudos, demonstra a necessidade de se repensar no Brasil as lutas por reconhecimento do movimento feminista, de modo que este não se apóie em práticas paternalistas que retiram direitos dos destinatários das políticas públicas de proteção, próprias do paradigma do Estado Social, mas sim, de uma forma que garanta a participação de todos os atingidos nas relações de violências doméstica, familiar e afetiva, como base para uma visão procedimentalista do direito (Habermas), garantindo a todos os sujeitos de direitos serem compreendidos como autores e destinatários das normas jurídicas.

Corroborando com este entendimento, fica claramente demonstrado que o processo de justificação da referida norma (Günther) desconheceu toda a perspectiva do Estado Democrático de Direito, gerando uma estereotipização do gênero feminino através de uma política de cunho paternal e a redução de direitos e garantias fundamentais do agente agressor/acusado. Desse modo, atinge-se, principalmente, o princípio da igualdade, já que todo o tratamento penal e processual do Estatuto se aplica apenas quando a vítima de violência doméstica for do gênero feminino.

Desta feita, também não se pode admitir que no discurso de aplicação estas incorreções da Lei n.º 10.340/2006 ante o paradigma do Estado Democrático de Direito possam ser perpetradas. Assim, exige-se, pela teoria do discurso, o ônus da argumentação e reconstrução dos princípios para a aplicação no caso concreto, a partir da participação das partes no processo penal.

Fica patente que a Lei n.º 10.340/2006, no tratamento da violência doméstica, familiar e afetiva, gera uma sobrevitimização da vítima, haja vista que em determinados momentos reduz as possibilidade de consenso entre ela e seu agressor/agressora, ligados por um vínculo pessoal afetivo, retirando inclusive, em determinados casos, a própria possibilidade de agir autonomamente. Retoma a confecção da vitimologia no paradigma social, pois, em relação à vítima, lhe rouba o conflito, reduzindo e neutralizando sua atuação.

A desproporção entre o tratamento do acusado inserido nas disposições do Estatuto atinge seus direitos fundamentais e garantias do processo, bem como trata o

tema das relações familiares utilizando-se do Direito Penal e do Direito Processual Penal, desconsiderando seu fundamento de *ultima ratio*, discutindo e aplicando a lei penal à questões que se sustentam pelo afeto entre as pessoas, impedindo até mesmo que as soluções de mediação, já admitidas no sistema penal ou civil, possam sequer serem cogitadas.

## **6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases princiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.) **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006.

\_\_\_\_\_ **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006 (no prelo).

\_\_\_\_\_ **A participação da vítima no processo penal e sua sobrevitimização – em busca de uma interpretação constitucionalmente adequada**. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo – uma análise da Lei n. 11340/2006. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 14, n. 170, janeiro de 2007, p. 15-17.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Geral do Direito Moderno- por uma reconstrução crítico-discursiva da Alta Modernidade**.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça – a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã.** São Paulo: Humanitas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, n. 6, ago. 2000.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: Application discourses in morality and law** New York: State University of New York, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

\_\_\_\_\_ A inclusão do outro: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de ciências criminais.** Ano 14, n. 168, novembro de 2006, p.6-7.

MARRAMAO, Giacomo. O mundo e o ocidente hoje - o problema de uma esfera pública global. Trad. Flaviane de Magalhães Barros. **Revista da Faculdade de Direito da PUC-Minas,** Belo Horizonte: PUC Minas, 2007 (*no prelo*).

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 2007-023422-4 Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei 10.340/2006. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: José da Silva. Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes. Julgamento: 26 de setembro de 2007. (acórdão não publicado)

PAIXÃO, Antônio Luiz; BEATO FILHO, Cláudio C. Crimes, vítima e policiais. **Tempo Social,** São Paulo: USP, v. 9, n. 1, maio, 1997, p. 223-248.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. Paradigma do Estado Democrático de Direito e teorias do processo. **Virtualjus- Revista eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2004 disponível em [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf) .

RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. 2ed. Roma- Bari: Laterza, 2006.