

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM CIÊNCIAS SOCIAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

Luciana Santos Silva

**O Queres Tu Mulher?
Manifestações de Gênero no Debate de Constitucionalidade da Lei Maria
da Penha**

São Paulo,
2009

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM CIÊNCIAS SOCIAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

Luciana Santos Silva

**O Queres Tu Mulher?
Manifestações de Gênero no Debate de Constitucionalidade da Lei Maria
da Penha**

MESTRADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Eliane Hojaij Gouveia.

São Paulo
2009

Banca Examinadora

Dedico este trabalho

à Deus e a Irmã Maria pelo sustento espiritual;

à minha filha Sophia e ao meu companheiro, Odair Lacerda Lemos, pela felicidade de tê-los ao meu lado;

aos meus pais, Railda Santos Silva e João Carlos Oliveira da Silva, e ao meus irmãos, Oscar Vinicius Santos Silva e Amanda Santos Silva, companheiros/testemunhas da minha caminhada acadêmica;

à equipe técnica e às mulheres e homens que atendi no Centro de Referência da Mulher Albertina Vasconcelos (2006-2007), por me conduzirem aos estudos de Gênero.

Agradeço

à Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia e à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pela oportunidade de crescimento acadêmico;

à minha orientadora, Dra. Eliane Hojaij Gouveia, querida profa. Lili, por tornar o caminho mais leve e pelo apoio na construção do diálogo entre as Ciências Sociais e o Direito;

aos amigos que fiz nesse percurso: prof. Abimael (Bima); prof. Marcus Salviano (querido tio Masquinhos); prof. Mario Augusto; profa. Sirlândia Santana (Sil) e profa. Zizelda (Ziza), pelas boas lembranças e pelos fortes laços que ficaram;

aos professores Ana Amélia da Silva, Cláudio Gonçalves Couto e Rinaldo Sérgio Vieira Arruda que se disponibilizaram a ministrar suas aulas em Vitória da Conquista. Além do conteúdo de cada disciplina ficou a admiração pessoal e profissional por cada um de vocês.

RESUMO

A presente dissertação analisou as manifestações de Gênero no debate sobre a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, identificando a extensão para o campo jurídico da disputa simbólica de Gênero do campo social. Para tanto, utilizou-se a definição de Gênero como construção social do masculino e feminino, no qual o patriarcalismo põe aquele em posição hegemônica. Assim, o campo jurídico é cindido por duas correntes: uma que entende ser a “Lei Maria da Penha” inconstitucional, referendando a dominação masculina, e, outra, que ao perceber que constitucionalidade da referida Lei atua em prol da superação das assimetrias das relações patriarcais de Gênero. Embora esse diálogo entre o campo jurídico e o campo social evidencie que ainda há fatores reais de poder pela manutenção da ordem patriarcal, no campo jurídico se mostrou aberto à efetivação da isonomia social entre homens e mulheres.

PALAVRAS- CHAVE: Gênero. Campo Jurídico. Campo Social. “Lei Maria da Penha”.

ABSTRACT

This work analyzed the gender in the argumentation on the constitutionality of the "Maria da Penha Law", identifying the extension to the legal field of symbolic dispute Gender of the social field. We used the definition of gender as a social construction of male and female, in which the patriarchy puts one in hegemonic position. Thus, the legal field is split into two streams: one that claims to be the "Maria da Penha Law" unconstitutional, endorsing male domination, and another, that to realize that the constitutionality of this law in its work on overcoming the asymmetries of relations patriarchal Gender. Although the dialogue between the legal and social field it is clear that there is real factors of power for maintaining the patriarchal order, in the legal field has proved open to social realization of equality between men and women.

KEY WORDS: Gender. Legal field. Social field. "Maria da Penha Law".

SUMÁRIO

Justificativa.....	10
1 - Precedentes de Elaboração da “Lei Maria da Penha”	16
1.1- A Constituição de 1988 como Marco da Igualdade entre Homens e Mulheres	16
1.2- Precedentes Internacionais para Criação da “Lei Maria da Penha”	22
1.3- Política Pública de Gênero no Brasil.....	26
2- GÊNERO E CAMPO JURIDICO: UM APANHADO TEÓRICO.....	32
2.1- Identidade de Gênero.....	32
2.2-Campo Jurídico: uma descrição conceitual.....	43
3- LEI MARIA DA PENHA.....	50
3.1- Principais Características.....	50
3.2- Constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”.....	57
3.2.1- Principais Aspectos do Sistema Constitucional do Brasil.....	57
3.2.2 - O Campo Jurídico e a Alegação de Inconstitucionalidades da “Lei Maria da Penha”.....	63
4- GENÊRO NAS MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS SOBRE O DEBATE DE CONSTITUCIONALIDADE DA “LEI MARIA DA PENHA”.....	71
4.1- Percepção do Grupo que Advoga a Inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha”.....	71
4.1.2- Resultado do Grupo que Defende a Aplicação da “Lei Maria da Penha” aos Homens.....	86
4.2- As Manifestações de Constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”.....	90
4.3- Caracterização do Campo Jurídico a Partir dos Debates sobre a Constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”.....	94
5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS	100

JUSTIFICATIVA

A presente dissertação analisou as manifestações de Gênero nas argumentações jurídicas, coletadas em artigos e peças processuais¹, que contém manifestações acerca do debate sobre a constitucionalidade da lei 11340/2006, conhecida como “Lei Maria Penha”. A referida norma foi sancionada no ano de 2006, com o objetivo de prevenir e combater a violência contra a mulher no âmbito doméstico e intrafamiliar.

A “Lei Maria da Penha” é um microsistema legislativo que alberga normas dos diversos ramos do Direito, tais quais: Direito Penal, Direito Trabalhista, Direito Civil e Direito Administrativo, percebendo a violência contra a mulher e sua superação como fenômeno multidisciplinar, regulando a criação de juizados específico para julgamento das causas e a intervenção de equipe formada por profissionais de diversas especialidades com vistas à superação da violência.

A entrada em vigor da lei 11.340/2006 cindiu o campo jurídico no que diz respeito a sua adequação aos preceitos da Constituição Federal. Uma corrente de juristas entende que a “Lei Maria da Penha” ao afastar da sua tutela o homem vítima de violência doméstica², tem o objetivo de promover a igualdade de Gênero na medida em que historicamente são as mulheres que vêm sofrendo com a violência familiar.

Por outro lado, identifiquei um grupo do campo jurídico que advoga que a lei fere o princípio constitucional da igualdade, visto que cria um desequilíbrio nas relações de Gênero quando protege apenas as pessoas do sexo feminino,

¹ No jargão jurídico, são manifestações escritas em um processo: decisões, petições e pareceres.

² A “Lei Maria da Penha” delimita, de forma expressa, sua aplicação apenas às mulheres em situação de violência doméstica, excluindo os homens de sua tutela, mesmo que vítimas de violência.

culminando, segundo entendimento do grupo, em uma indesejada discriminação em razão do sexo.

A partir desse debate que se instaura no campo jurídico, o presente trabalho com foco nas Ciências Sociais, pretende, através da interseção entre Direito e Gênero, analisar as manifestações de Gênero a partir do debate jurídico sobre a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”.

O tema surgiu quando tive acesso a uma sentença da cidade mineira de Sete Lagoas, na qual o magistrado ao entender que a lei 11.340/2006 era inconstitucional construiu sua argumentação afirmando que o mundo é e deve continuar sendo de prevalência masculina e que a “Lei Maria da Penha” vinha inaugurar um desequilíbrio nas relações entre homens e mulheres.

Em contraponto com essa afirmativa, pude observar em decisões e artigos que defendiam a constitucionalidade da lei 11.340/2006 o reconhecimento do desequilíbrio das relações entre homens e mulheres na sociedade e o papel da nova lei de intervir para modificar esse cenário³.

Diante disso surgiu a hipótese de que as manifestações jurídicas acerca do debate sobre a constitucionalidade da lei 11.340/2006, refletiam a disputa simbólica de Gênero do campo social norteadas pelo duelo entre a perpetuação do patriarcalismo e sua superação.

Para investigar a hipótese levantada, parti da definição de campo jurídico apresentada por BOURDIEU (2006) para delimitar o campo a ser pesquisado. Para o citado autor o campo jurídico é composto pela atividade da prática jurídica e da academia, conforme será melhor discutido nos capítulos seguintes.

³ No mesmo ano em que a “Lei Maria da Penha” entrou em vigor, passei a integrar como advogada a equipe multidisciplinar do Centro de Referência da Mulher Albertina Vasconcelos – CRAV, na cidade de Vitória da Conquista Bahia, que atende mulheres vítimas de violência. Essa atividade provocou os estudos iniciais sobre o debate acerca da constitucionalidade da lei 11.340/2006 e da categoria analítica de Gênero, que se consolidou com as pesquisas para esta dissertação.

Desse modo, o material selecionado para pesquisa e tornado fonte documental é formado por peças processuais, artigos e livros produzidos por bacharéis em Direito. O mapeamento foi feito a partir da divulgação pela imprensa e na internet de notícia sobre processos judiciais que versavam sobre a “Lei Maria da Penha”, dos quais foram obtidas cópias de seus principais excertos por intermédio de colegas de trabalho ou contato por telefone com o órgão responsável.

A busca dos artigos acadêmicos e livros se deu também a partir de citações encontradas nas referidas decisões judiciais ou em outros artigos e livros examinados, bem como por consulta na internet e em publicações de periódicos jurídico. As peças processuais, artigos e livros levados em consideração compreendem o período que a “Lei Maria da Penha” foi de agosto de 2006, quando a lei foi sancionada, a dezembro de 2008, quando encerramos o levantamento do material a ser pesquisado.

Houve certa dificuldade em reunir esse material, sobretudo os que datam de 2006 e do início de 2007, pois as decisões que aplicavam a lei 11.340/2006, bem como os livros e artigos que teciam comentários sobre a mesma, por partirem do pressuposto de sua conformidade com a Lei Maior não adentravam no questionamento da constitucionalidade, simplesmente aplicavam a lei ou analisavam os novos institutos jurídicos.

Assim, o material pesquisado conta cento e dois documentos entre sentenças de primeiro grau, acórdãos, petição inicial de Ação Direta de Constitucionalidade, pareceres, livros e artigos jurídicos. Para análise dos mesmos desenvolvi um instrumento de pesquisa semi-estruturado (anexo 1), o qual foi preenchido a partir da leitura dos documentos selecionados.

Essa técnica de pesquisa prática documental foi utilizada por GROSNER (2008), que aplicou instrumento de pesquisa em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça – STJ, a fim de investigar a seletividade do sistema penal a partir das manifestações jurídicas daquele Tribunal. Assim como GROSNER (2008), IZUMINO (2004) também fez uso dessa técnica para investigar a partir de decisões judiciais, a percepção que as mulheres em situação de violência doméstica têm do Poder Judiciário. A pertinência da técnica nesta dissertação se dá pelo fato do campo jurídico ser também aqui delimitado a partir de documentos jurídicos, o que guarda semelhança com os trabalhos citados.

Além das peças processuais, os artigos e livros que compõem o material de pesquisa também foram alçados ao status de documentos. Para BOURDIEU (2007) a linguagem das peças processuais, artigos e livros dão unidade ao campo jurídico pela capacidade de traduzir uma gama idéias em tempo e espaço determinados, inserindo-os, portanto, em um contexto histórico.

Assim, os artigos e livros que versam sobre o debate da constitucionalidade da “Lei Maria da Penha” não são utilizados como referencial teórico desta dissertação, mas como objeto de análise na medida em que são elementos do campo jurídico, constituindo sua esfera acadêmica, ao lado das peças processuais que representam a fração prática do campo jurídico.

Após a aplicação do instrumento de pesquisa, o material foi dividido em dois grupos: a) inconstitucionalidade (grupo I) e b) constitucionalidade (grupo C). Os dados colhidos pelo formulário de pesquisa serviram para delimitar o grupo de análise (grupo I) e o grupo de controle (grupo C).

A interpretação dos dados de cada grupo e mesmo a elaboração do instrumento de pesquisa teve por base a categoria analítica de Gênero, entendida

como construção de identidade sexual, tendo por base relações de poder calcadas no patriarcalismo que reifica a mulher e institui o padrão heterossexual como norma.

O campo jurídico é aqui trabalhado, ainda na perspectiva apresentada por BOURDIEU (2006), através da relação dialógica com o campo social. Assim, o Direito é percebido para além da aplicação da técnica jurídica, superando a redução positivista do Direito à Lei. Os atores jurídicos são percebidos como atores sociais, refletindo os valores da sociedade em que está inserido e de seu tempo histórico. A partir desse referencial teórico foi possível situar a disputa simbólica de Gênero no campo social, a partir do campo jurídico.

O entrelaçamento entre Gênero e Direito que norteou essa pesquisa, foi facilitado pelo bacharelado em Direito e pela minha vivência no campo jurídico - seja no espaço acadêmico através da docência no ensino jurídico, seja por meio da prática forense⁴ - somada ao mestrado em Ciências Sociais, forneceram-me condições adequadas para construção do objeto e desenvolvimento da pesquisa.

Por outro lado, a linguagem jurídica utilizada inicialmente no desenvolvimento deste trabalho, distanciava-o das Ciências Sociais. As críticas e sugestões apontadas durante as orientações pela banca de qualificação foram de relevância ímpar para fazer adormecer a roupagem técnica da advogada criminalista e fazer emergir a pesquisadora em ciências sociais, sem que a identidade de uma e de outra fosse perdida durante a construção do trabalho.

Enfim, a dissertação é apresentada em quatro capítulos. O primeiro traz os precedentes de elaboração da “Lei Maria da Penha” no plano nacional e internacional e sua inserção no Brasil como política pública oficial. Já o segundo

⁴ Sobretudo a desenvolvida como advogada do Centro de Referência da Mulher Albertina Vasconcelos, no atendimento jurídico de mulheres em situação de violência, compondo equipe multidisciplinar, quando o entrelaçamento entre Direito e Gênero se fez imprescindível.

capítulo trata do referencial teórico que balisou as construções de Gênero e campo jurídico utilizadas nesta dissertação. Enquanto que terceiro capítulo versa sobre a “Lei Maria da Penha” sob o foco da interseção entre Gênero e campo jurídico, com base nos conceitos firmados anteriormente. Por fim, o capítulo quatro analisa as manifestações jurídicas acerca do debate sobre a constitucionalidade da lei 11.340/2006, seguido das considerações finais.

1. PRECEDENTES DE ELABORAÇÃO DA “LEI MARIA DA PENHA”

1.1- A Constituição de 1988 como Marco da Igualdade entre Mulheres e Homens

Este capítulo analisa as manifestações de Gênero refletidas no campo jurídico que culminaram na elaboração da “Lei Maria da Penha”. Através da pesquisa em legislação e na atividade do campo jurídico, percebi que, como reflexo do campo social, o campo jurídico se apresenta ora como reprodutor das relações patriarcais de Gênero, ora serve à sua superação.

É sobretudo a partir dos anos 60 e 70, quando o movimento feminista passa a atuar como grupo de pressão em prol da inclusão da mulher no espaço público e do reconhecimento da sua cidadania, em igualdade jurídica e social, com os homens, que no campo jurídico surgiram leis refletindo esse novo rearranjo social.

Essa luta feminista em prol de mudanças sociais teve seu marco em 1988 com a nova ordem constitucional, embora durante grande parte da história do Brasil o campo jurídico, como reflexo do campo social, tenha referendado a inferiorização da mulher em favor da ordem patriarcal de Gênero.

É neste modelo de subjugação jurídica e social da mulher que a pesquisa categorizou as idéias do famoso advogado e professor Hungria⁵, o qual (1977) defendia que não constitua crime de estupro, quando a relação sexual forçada fosse praticada pelo marido contra a esposa, haja vista que do casamento emergia o débito conjugal, afastando assim o crime. Esta tese entendia que, como obrigação advinda do casamento, a mulher tinha o dever de manter com o esposo conjunção

⁵ Hungria (1977) foi um dos idealizadores do vigente Código Penal que data 1940, que embora guarde ainda idéias do citado professor sofreu uma série de modificações para acompanhar o devir social.

carnal. Nesta lógica, com o casamento a mulher perdia sua liberdade sexual em favor da satisfação sexual do marido.

Outra tese que teve guarida no campo jurídico foi a da legítima defesa da honra. Nos crimes de homicídio quanto o marido matava a mulher era alegado para sua absolvição que ele estava em legítima defesa de sua honra. Ao acatar esta defesa o campo jurídico e social estava reconhecendo que o direito à vida da mulher valia menos que a honra do homem. Sobretudo nos anos 70 e início dos anos 80 o movimento feminista passou a denunciar essa realidade e reivindicar transformações.

Essas duas correntes demonstram como o Direito refletia os valores da sociedade em que o feminino era subjugado, o homem que representava a atuação pública tinha supremacia sobre o privado/feminino. Esse valor social, então, é institucionalizado como discurso oficial na medida em que o campo jurídico tem força normativa.

A mudança dessa condição foi forçada pela nova ótica de mulheres e homens que encamparam a luta por direitos civis e políticos femininos, fazendo-a refletir na Lei Maior do estado brasileiro: a Constituição Federal. Como observa Piovesan (2007) na elaboração da vigente Constituição de 1988 o movimento feminista teve participação ativa, elaborando, inclusive, “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”.

O êxito nessa articulação trouxe vários dispositivos constitucionais que contemplaram a inclusão jurídica e social das mulheres. Dentre eles destaco a direito a igualdade (inc. I do art. 5º), que determina que todos são iguais perante a lei sem qualquer discriminação em razão de sexo.

Este princípio norteador dos valores do inaugurado Estado Democrático de Direito foi irradiado por diversos trechos da Constituição, proibindo a discriminação no mercado de trabalho por sexo ou estado civil, prevendo a proteção especial da mulher no mercado de trabalho (inc. XXX, art. 7º) e reconhecendo a união estável como entidade familiar (parágrafo 3º do art. 226), por exemplo. Desse modo, a Carta Magna de 1988 fixou um marco na ordem legal brasileira nas questões das disparidades entre homens e mulheres, agora, ao menos no plano legal, era vedada qualquer discriminação em virtude do sexo.⁶

Interessante notar que os dados coletados na presente pesquisa mostram que a ordem constitucional traz vários dispositivos de afirmação da cidadania feminina em claro embate à ordem patriarcal, contudo, quanto aos gays, lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais não houve menção expressa, sinalizando que estes não constituíam grupo de pressão capaz de transpor a linha da inclusão jurídica e social.

Quanto aos pleitos feministas a análise da legislação brasileira também evidenciou que com a nova ordem constitucional, o sistema jurídico foi sendo modificado para que fosse irradiado para os demais ramos do Direito a igualdade entre os sexos anunciada pela Carta Maior, movida por um novo contexto social e jurídico de inclusão do feminino.

Ao examinar a legislação de 1995 em diante pude observar que: em 1995 a lei 9.029 proíbe a exigência de atestado de esterilização e gravidez para fins admissionais; em 1996 a lei 9.263 trata do planejamento familiar; em 2003 a lei

⁶ No sistema constitucionalista brasileiro as normas de natureza constitucional gozam de supremacia em relação a qualquer outra. Desse modo, uma lei infraconstitucional que contrarie uma norma ou princípio da Constituição Federal deve ser afastada do ordenamento jurídico, seja por juízes singulares através do chamado controle de constitucionalidade difuso, em que a decisão só tem eficácia no processo em que foi prolatada, seja pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade que vincula o sistema jurídico à decisão sobre a constitucionalidade, conforme será abordado adiante.

10.778 prevê a notificação compulsória dos casos de violência contra a mulher no sistema de saúde público ou privado; em 2005 a lei 2.848 retirou do código penal o termo mulher “honesta” e em 2006 é editada a “Lei Maria da Penha”.

Constatei ainda pela análise da legislação que embora o movimento feminista no Brasil, conforme assinala MAGALHÃES (2001:38), tenha sido organizado no seio das classes sociais mais abastadas, a mudança do sistema jurídico brasileiro alcançou mulheres das diversas camadas da sociedade, como, por exemplo, a própria “Lei Maria da Penha” que prevê assistência jurídica gratuita e inclusão em programas sociais para as mulheres em situação de violência doméstica.

Embora a atual Constituição seja utilizada como marco da igualdade de Gênero a pesquisa na legislação do período que antecede a Carta de 1988, constata a existência de algumas leis que já garantiam a igualdade jurídica e social entre mulheres e homens, demonstrando a efetividade das reivindicações feministas enquanto grupo de pressão.

Em 1932, por exemplo, as mulheres passaram a ter o direito ao voto. Em 1984, o Brasil ratifica a Convenção pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher da Organização das Nações Unidas. Em 1985 a lei 7.437 enquadrava no rol de contravenções penais atos de preconceito em razão do sexo e do estado civil. Neste mesmo ano, por pressão do movimento feminista, foi instalada a primeira delegacia da mulher do mundo, na cidade de São Paulo, tornando visível e pública a violência privada contra mulheres.

Por outro lado, mesmo após a conjuntura legal de 1988 identifiquei leis que referendavam a inferiorização social e jurídica da mulher, como a possibilidade trazida pelo código civil, revogado em 2003, de anulação do casamento caso o marido constatasse que a mulher não era mais virgem.

Isso evidencia que embora a Constituição de 1988 seja um marco na construção da igualdade social e jurídica entre mulheres e homens, não houve uma ruptura instantânea. DIAS (1991) e MATOS (2000) ao traçarem os contornos das pesquisas sobre Gênero abordam a necessidade de superação do modelo positivista, pugnando, dentre outros aspectos, pelo rompimento da segmentação entre passado e futuro, com vista à adoção da temporalidade plural, focalizando a multiplicidade de duração de eventos históricos. A partir dessa base teórica pude perceber as oscilações do campo jurídico e social e situá-las como disputa simbólica de Gênero, pela qual as forças de manutenção e superação das relações patriarcais de Gênero podem coexistir.

Um importante precedente da “Lei Maria da Penha” que merece destaque é a lei 9.099/1995 diante das severas críticas apontadas pelo movimento feminista à sua incidência nos casos de violência doméstica contra a mulher. Antes da vigência da lei 11.340/2006, “Lei Maria da Penha”, não havia no Brasil um sistema específico de normas que disciplinasse a violência contra a mulher, então para qualquer crime independente do sexo da vítima eram aplicadas as regras gerais do Direito Penal e do Processo Penal.

Assim, a lei 9.099/1995, conhecida como lei dos juizados especiais era amplamente utilizada nos casos de violência doméstica contra a mulher por falta de regramento específico. Em geral, crimes de ameaça, lesão corporal leve, injúria, calúnia e difamação, por serem definidas como infrações de menor potencial ofensivo⁷, tinham incidência da lei 9.099/1995, mesmo quando praticados também contra a mulher no âmbito doméstico.

⁷ A lei 9.099/1995 tem aplicação nas infrações de menor potencial ofensivo, que são os crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a dois anos e as contravenções (infração com pena de prisão simples ou apenas multas).

Como a lei dos juizados especiais criminais tem o cunho de evitar a aplicação de medidas privativas de liberdade, através dos institutos da composição cível dos danos⁸ e da transação penal⁹, a constante cominação de medidas alternativas à prisão, como o pagamento de cestas básicas ou prestação de serviços à comunidade, popularizou o ideário que “bater em mulher só dá em cesta básica”¹⁰.

Diante das críticas pontuais no caso da violência contra a mulher, a lei 10.455/2002 modificou a lei 9.099/1995, especificando que em caso de violência doméstica, o juiz poderia determinar o afastamento do agressor do lar. Esta mudança evidencia a atuação do movimento feminista como fator real de poder capaz de promover alterações legislativas e sociais, contudo não aplaca às críticas a aplicação da lei 9099/1995 aos casos de violência contra a mulher, uma vez que a lei era tida pelo movimento feminista como forma de referendar e reforçar o modelo da sociedade patriarcal, na medida em que o tratamento penal despenalizador era visto como forma de banalização da violência contra a mulher.

A rejeição em relação à lei dos juizados especiais criminais constitui-se em uma das bandeiras para criação de uma legislação específica sobre a violência doméstica contra a mulher, servindo como importante precedente para a existência da “Lei Maria da Penha”, que é mais que um marco jurídico no combate à violência

⁸ A lei 9.099/95 prevê para as infrações de menor potencial ofensivo a possibilidade de composição cível dos danos, acordo de indenização entre vítima e suposto acusado, que homologado pelo juiz, acarreta a renúncia da vítima ao direito de promover a ação penal, impedindo que o processo seja instaurado.

⁹ Se a vítima não aceitasse a conciliação no sentido de findar o processo com a reparação cível do dano gerado pela infração, independente da sua vontade o suposto agressor poderia aceitar o benefício da transação penal, ou seja, cumprir medida de multa ou de restrição de direitos, evitando que o processo fosse levado adiante.

¹⁰ Sobre o tema CAMPOS (2003) traz a seguinte contribuição: A Lei 9.099/95 pode ser considerada um avanço da legislação penal brasileira porque propõe medidas de caráter despenalizante e não estigmatizante para o autor de determinados delitos. No entanto, quando analisada na perspectiva do paradigma de gênero, mostra sua total inadequação para julgar os conflitos domésticos.

(...)

As medidas despenalizantes propostas pela Lei representam uma visão inovadora no campo penal, porém não aplicáveis aos casos de violência doméstica porque pensadas a partir do agressor e não da vítima. Não protegem a vítima de futuras agressões nem por um curto espaço de tempo. Previnem o agressor do efeito danoso do sistema penal, mas penalizam a vítima pela ausência de medidas capazes de impedir novas violações dos direitos das mulheres.

doméstica contra a mulher, representa, outrossim, a consolidação no sistema jurídico da luta do movimento feminista pela igualdade e empoderamento da mulher na superação da ideologia patriarcal. Assim lei 11.340/2006 surge da interface entre Direito e Gênero, promovendo através da sua entrada no sistema jurídico uma possibilidade de reformulação desta relação.

1.2- Precedentes Internacionais de Criação da “Lei Maria da Penha”

No plano internacional, os compromissos firmados pelo Brasil também foram importantes para a concretização da “Lei Maria da Penha”. A Constituição Federal de 1988 continua sendo também um marco nas relações internacionais do Brasil no que diz respeito a acordos e tratados. Neste sentido, PIOVESAN (2007) afirma que *“O período pós-1988 é marcado, portanto, pela adesão brasileira aos mais importantes tratados internacionais de direitos humanos”*.

Dentre eles alguns específicos sobre a condição feminina¹¹, o que evidencia a incorporação do Estado brasileiro, no plano social e jurídico, das reivindicações feministas. Em 1984 o Brasil ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW¹², adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas desde 1979.

Contudo, o Estado brasileiro ao aderir a esta Convenção o fez com reserva ao capítulo dedicado à família, o qual prevê, por exemplo, que seus signatários se comprometem a buscar a igualdade entre mulheres e homens nas leis que regem o

¹¹ O Brasil é signatário de todos os acordos internacionais que asseguram de forma direta ou indireta os direitos humanos das mulheres bem como a eliminação de todas as formas de discriminação e violência baseadas no gênero. (Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006.)

¹² Segundo PIMENTEL (2006) essa Convenção é o primeiro Tratado Internacional que dispõe amplamente sobre os direitos da mulher.

casamento e a família. Apenas em 1994 o Brasil adotou amplamente o texto da Convenção, muito embora desde a Constituição de 1988 a sociedade brasileira já não admitia qualquer discriminação legal em razão do sexo.

A reserva legal aposta pelo Brasil evidencia que a família se constituía em um espaço privado, onde as relações patriarcais de Gênero eram produzidas e reproduzidas sob o amparo do campo jurídico. Por outro viés a ampla adoção da Convenção sinaliza a possibilidade social e jurídica de superação da dominação masculina.

Assim, em 1995 o Brasil aderiu a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como convenção de Belém do Pará, reconhecendo a violência contra a mulher como forma de violação dos Direitos Humanos e ofensa à Dignidade da Pessoa Humana, complementando a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Muitas das disposições da “Lei Maria da Penha” reproduzem o texto desta importante Convenção.

Com base nesses Compromissos Internacionais, em 20 de agosto de 1998 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebe uma denúncia contra o Brasil apresentada por Maria da Penha Fernandes, pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher - CLADEM.

A denúncia alega tolerância por parte do Brasil em relação a violência doméstica, perpetrada durante anos na cidade de Fortaleza, estado do Ceará, por Marcus Antônio Heredia Viveiros contra sua então esposa, Maria da Penha

Fernandes. A violência consistia em agressão física e tentativa de homicídio, o que deixou a vítima paraplégica e com outros traumas físicos e psicológicos.¹³

Em 1983 Marcus Heredia, economista, professor universitário, simulou um roubo à própria residência, onde vivia com a farmacêutica Maria da Penha e as duas filhas, para encobrir a tentativa de homicídio contra sua esposa que foi atingida por uma bala de revólver ficando paraplégica. Duas semanas depois, quando ela tem alta do hospital, o economista tenta novamente contra a vida de Maria da Penha, eletrocutando-a enquanto ela toma banho.

Em 1984 o Ministério Público do Estado de Ceará ofereceu denuncia contra Marcus Heredia, iniciando ação penal. Em 1991 foi condenado a quinze anos de prisão. Em 1995 a condenação é anulada pelo Tribunal de Justiça de Ceará. Em 1996 é realizado um novo júri e o acusado é condenado a dez anos e seis meses de prisão, sendo que todo esse tempo Heredia aguardou o julgamento em liberdade.

Na petição apresentada à Comissão, os denunciantes informam que houve tolerância do Estado brasileiro por não tomar medidas efetivas para processar e punir o autor das agressões, apesar das denúncias efetuadas. O Brasil foi acusado de não respeitar as garantias processuais, igualdade perante a lei e proteção judicial garantidos em acordos internacional do qual é signatário.

O Brasil tomando ciência da denuncia efetuada por Maria da Penha não contestou qualquer de suas alegações. Então, em 16 de abril de 2001 o Estado brasileiro foi condenado¹⁴, constando no relatório da Comissão que a tolerância a violência contra a mulher no Brasil é parte de um padrão discriminatório,

¹³ Essas informações têm por base o Informe n. 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: http://www.cejamericas.org/doc/documentos/Caso_mariadapenha.pdf

¹⁴ Foi a primeira vez que a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) acata uma denúncia relativa a crime de violência doméstica contra a mulher.

recomendado que o estado brasileiro adote medidas de âmbito nacional para eliminar a tolerância estatal frente à violência doméstica contra as mulheres.

A situação de Maria da Penha personifica a realidade de várias mulheres brasileiras, seja pela vivência da situação de violência doméstica, seja pela conivência do Estado que se furta a aplicar a legislação vigente com a finalidade de prevenir, coibir e superar a violência de Gênero.

Apesar de não ter coletado dados aprofundados na presente dissertação sobre a temática abordada acima, as evidências sinalizam que apesar da legislação vislumbrar mudança social na relação de Gênero, no sentido da isonomia, a legislação, por si só, não transforma a percepção dos atores jurídicos¹⁵ e sociais sobre os papéis e as relações sociais entre mulheres e homens.

Enfim, a condenação do Brasil pela OEA além de figurar como um importante precedente para a criação da “Lei Maria da Penha”¹⁶, aponta também para uma fissão entre o campo jurídico e o campo social nas questões relativas às assimetrias entre mulheres e homens, na medida em que a igualdade pregada formalmente pela legislação, sucumbe perante a desigualdade social de Gênero.

¹⁵ Quando SAFFIOTI (2007) destaca a importância da capacitação sobre as relações de Gênero para os profissionais que atuam em Delegacias da Mulher para que as relações patriarcais não se reproduzam também neste espaço, a mesma premissa pode ser ampliada e aplicada ao campo jurídico como um todo. Não basta a existência de leis pregando a igualdade de Gênero sem a mudança de paradigma dos atores jurídicos e sociais sobre a questão.

¹⁶ Sobre a condenação do Brasil, DIAS (2007) comenta que “foi em face da pressão sofrida por parte da OEA que o Brasil, finalmente, cumpriu as convenções e tratados internacionais do qual é signatário. Daí a referência constante da ementa contida na Lei Maria da Penha à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres”.

1.3- Política Pública de Gênero no Brasil

Durante a pesquisa pude observar que embora as lutas feministas tenham inserido a pauta de Gênero nas discussões do Poder Legislativo e conseqüentemente do Poder Judiciário, apenas recentemente o Poder Executivo assumiu de forma oficial a igualdade entre mulheres e homens como política pública, muito embora a ordem constitucional já tenha previsto este compromisso desde 1988.

Para COUTO (2007), as normas da Constituição Federal brasileira atuam também trazendo diretrizes vinculantes a todos os Poderes do Estado. Assim, quando a Carta Maior impõe que todos são iguais perante a lei, não admitindo discriminação em razão do sexo, além de impedir qualquer ato do Poderes da República que viole a isonomia entre mulheres e homens, sugere a adoção de políticas públicas específicas com a finalidade de atingir a finalidade trazida pela norma. Desse modo, a igualdade de Gênero enquanto política pública tem como fonte a própria Constituição Federal.

Apesar disso, apenas recentemente o Estado brasileiro assumiu de forma oficial a igualdade de Gênero como política pública. Foi com Luiz Inácio Lula da Silva, representante do Partido dos Trabalhadores –PT, que assumindo a presidência da República em 2002, criou, em janeiro de 2003, a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/PR), com status de ministério, objetivando coordenar e articular políticas públicas que promovam a isonomia entre mulheres e homens.

A nova Secretaria visando à elaboração do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres promoveu, no ano de 2004, a I Conferência Nacional de Políticas para

as Mulheres (I CNPM) que trabalhou com os seguintes temas: natureza, princípios e diretrizes da Política Nacional para as Mulheres na perspectiva da igualdade de Gênero, considerando a diversidade de raça e etnia¹⁷.

Em virtude do recorte desta dissertação, destaquei para análise os eixos da I CNPM que têm diálogo direto com o campo jurídico, quais sejam: o dois, que trata da superação da violência contra a mulher: prevenção, assistência e enfrentamento e o eixo quatro que abordou a efetivação dos direitos humanos das mulheres: civis, políticos, sexuais e reprodutivos.

O eixo dois da I CNPM reforçou o compromisso do Estado, através da atuação dos diversos entes que compõem a federação, no combate à violência contra a mulher, entendida como: qualquer ação ou conduta, baseada no Gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada¹⁸.

Essa definição foi incorporada no Plano Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres e na “Lei Maria da Penha”, tendo como destaque o diálogo com a categoria analítica de Gênero na definição da violência contra a mulher, incorporando a transversalidade do tema.

Outro ponto de relevância observado durante a pesquisa foi o reconhecimento do dano psicológico como violência, recorte muitas vezes menosprezado pelo campo jurídico¹⁹. A publicização da esfera privada promovida pela definição de

¹⁷ Os temas foram divididos nos seguintes eixos temáticos: eixo 1- enfrentamento da pobreza: geração de renda, trabalho, acesso ao crédito e a terra; eixo 2 - superação da violência contra a mulher: prevenção, assistência e enfrentamento; eixo 3 – Promoção do bem-estar e qualidade de vida para as mulheres: saúde, moradia, infraestrutura, equipamentos sociais e recursos naturais; eixo 4 – Efetivação dos direitos humanos das mulheres: civis, políticos, sexuais e reprodutivos, e eixo 5 – Desenvolvimento de políticas de educação, cultura, comunicação e produção do conhecimento para a igualdade.

¹⁸ Essa definição de violência contra a mulher estabelece diálogo com as normas de Direito Internacional, haja vista que tem como fonte o art. 1º da Convenção de Belém do Pará, do qual o Brasil é signatário.

¹⁹ A minha vivência como advogada criminalista e professora de Direito Penal, trouxe a percepção de que a violência debatida neste ramo do Direito, seja através da produção legislativa, seja na atividade da prática jurídica, tem como foco os atos que atingem a esfera física do indivíduo.

violência contra a mulher adotada pelo Plano Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres, através do reconhecimento da legitimidade da intervenção estatal na violência doméstica, constitui-se importante mecanismo de superação da violência de Gênero.

Embora a política pública de igualdade de Gênero seja capitaneada pelo Poder executivo, ela se irradia para o Legislativo e Judiciário, conforme o sistema de pesos e contrapesos adotado pela Constituição Federal, pelo qual os Poderes da Republica são harmônicos e independentes entre si.

Desse modo, como proposta do eixo dois²⁰ surgiu a qualificação da atuação dos membros do Judiciário para o enfrentamento de todas as formas de violência contra as mulheres e a criação de juizados especiais criminais específicos para o tema. Essa proposição ao lado do grande número de sugestões no sentido de elaboração de novas leis ou reformulação e divulgação das legislações já existentes sinalizam que a isonomia de Gênero ainda não está consolidada na atuação dos Poderes constituídos.

O eixo quatro também tratou da efetivação dos direitos humanos das mulheres, enfatizando a saúde, moradia, infra-estrutura, equipamentos sociais e recursos naturais. Sugeriu também o estímulo à implantação de defensorias públicas, como forma de garantir a devida reparação nos casos de crimes de violência contra a mulher.

As propostas dos eixos dois e quatro seguiram o entorno de assegurar a cumprimento²¹, divulgação e aprimoramento da legislação nacional e internacional

²⁰ **Proposta de Diretrizes para uma Política Nacional para as Mulheres. I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres.** Documento para os Grupos de Trabalho. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004, p. 21.

²¹ **Proposta de Diretrizes para uma Política Nacional para as Mulheres. I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres.** Documento para os Grupos de Trabalho. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004, p. 31.

existente que garantam a efetivação da igualdade de Gênero, fortalecendo e consolidando o debate nas instâncias oficiais enquanto política pública sistematizada pelo Poder Executivo.

Em dezembro de 2004 é encaminhado, pela Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres para o congresso Nacional o projeto de lei (PLC 37/06) de combate à violência contra a mulher, que deu origem à “Lei Maria da Penha”, assegurando diversas propostas encaminhadas durante a I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres.

Em 2005 foi lançado o Plano Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres, que enumera como um de seus objetivos promover a igualdade de gênero e o cumprimento dos tratados, acordos e convenções internacionais firmados e ratificados pelo Governo Brasileiro, relativos aos direitos humanos das mulheres.

No caso específico da violência contra a mulher, as seguintes metas foram lançadas: implantar uma Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher; garantir o atendimento integral, humanizado e de qualidade às mulheres em situação de violência; reduzir os índices de violência contra as mulheres; garantir o cumprimento dos instrumentos e acordos internacionais e revisar a legislação brasileira de enfrentamento à violência contra as mulheres.²²

Em abril de 2005, é criado um Comitê formado por representantes de ministérios e secretarias especiais - e coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres - para acompanhar o desenvolvimento das ações do Plano de Políticas Públicas por cada um dos diferentes órgãos do Governo Federal.

²² **Plano Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres. Relatório de Implementação 2005.** Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006, p.20.

Em agosto de 2006 foi sancionada pelo Presidente da República a lei 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”. A nossa pesquisa na atuação do governo federal para elaboração da lei 11.340/2006, enquanto política pública, percebeu que embora o movimento feminista, classificado como um dos movimentos sociais mais importantes do século XX, constitui-se no Brasil deste século XXI ainda relevante grupo de pressão social forçando reformas políticas, em prol da inclusão e visibilidade social da mulher.

Por outro lado, pude observar que a política pública de Gênero do Governo Federal trata de forma secundária o grupo de gays, lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais, sendo seu principal foco a inclusão da mulher. No eixo quatro foi apresentado como proposta o combate à homofobia, porém, assim como na “Lei Maria da Penha” o tema vem se restringindo à homossexualidade feminina. Contudo, essa referência mesmo com a limitação apontada não deixa de ser uma inserção no discurso oficial, dando visibilidade e reconhecimento à relação homossexual.

Assim como na constituinte de 1988, os gays, lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais ainda não formam grupo de pressão capaz de promover seu pleno reconhecimento jurídico. Enquanto após a vigente Constituição Federal, várias leis foram criadas e modificadas referendando a condição especial da cidadania feminina, o mesmo não ocorre com o citado grupo, a legislação brasileira reconhece oficialmente apenas a relação heterossexual.²³

Enfim, a incorporação da isonomia de Gênero enquanto política pública oficial do governo brasileiro é traduzida como política de inclusão das mulheres, sendo a

²³ Apesar da ausência de dispositivo legal reconhecendo a identidade não heterossexual, alguns julgados, invocando o princípio constitucional da igualdade, vêm trazendo para o campo jurídico o debate e promovendo a inserção jurídica e social desse grupo, como por exemplo a admissão da adoção por casais homossexuais.

“Lei Maria da Penha” a consolidação da efetivação dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, bem como resultado de ação sistemática e coordenada do Estado brasileiro com apoio da sociedade civil.

2. GÊNERO E CAMPO JURÍDICO: UM APANHADO TEÓRICO

2.1- Identidade de Gênero

O conceito de Gênero surgiu na academia no final da década de 60, sendo apropriado pelo movimento feminista em meados da década de 70, o que favoreceu sua popularização para além dos limites acadêmicos. Assim, a análise da categoria analítica de Gênero pede constante menção ao movimento de mulheres, já que ambos, academia e movimento feminista, impulsionaram a luta pela isonomia de Gênero, favorecendo as mudanças sociais apresentadas no capítulo anterior.

No dizer de CASTELLS (2002, p.20): *“os movimentos sociais: são ações coletivas com um determinado propósito cujo resultado, tanto em caso de sucesso como de fracasso, transforma os valores e instituições da sociedade”*. Desse modo, o movimento feminista transformou instituições e valores da sociedade, credenciando-lhe como um dos principais movimentos do século XX.

Além do movimento feminista, os estudos acadêmicos contribuíram para dar visibilidade às mulheres. As primeiras pesquisas sobre o universo feminino utilizavam o termo mulher, ou estudos sobre mulheres, o qual foi paulatinamente substituído por Gênero (PEREIRA: 2004, p.173).

Mais precisamente em 1968, nos Estados Unidos da América, o conceito de Gênero foi formulado por Robert Stoller (CUNHA:2007), mas foi a partir de 1975 com seu uso em um artigo sobre tráfico de mulheres por RUBIN (1993) que os estudos de Gênero tomaram impulso. No Brasil a consolidação do movimento feminista e dos estudos acadêmicos sobre Gênero ocorreu nos anos de 1970 e 1980, embora

tenham surgido nos idos da década de 60 enfocando as mulheres e não a categoria de Gênero.

SCOTT (1990) esclarece que o termo Gênero goza de maior cientificidade, já que se trata de uma categoria analítica que permite estudar a relação entre homem e mulher inserida em um contexto histórico e cultural determinado. Em vez de pesquisas sobre mulher, usavam-se nas pesquisas o termo Gênero para delimitar a existência de um campo científico.

CUNHA (2007) destaca que os estudos da “mulher” estavam relacionados com o movimento feministas, sendo realizados pioneiramente por militantes. Para a autora: *“A utilização da categoria de gênero, então, tem a finalidade de desvincular os estudos do movimento feminista para, em nome da objetividade, facilitar sua aceitação pela academia”* (CUNHA: 2007).

O termo Gênero, então, passa a ter aceitação da academia sendo utilizado por diversos ramos do conhecimento em pesquisas relacionadas com a mulher ou com a condição feminina. Embora não houvesse unanimidade acerca da definição de Gênero, SAFIOTTI (2007) destaca que mesmo em um campo limitado, firmou-se o consenso que Gênero é a construção social do feminino e do masculino, encerrando qualquer influência do determinismo biológico.

SCOTT (1990) contribui para o debate ao apontar o caráter relacional da categoria analítica de Gênero, destacando que a compreensão do masculino ou do feminino não pode ser feita de forma isolada, já que suas significações são interdependentes. Estas significações se interpretadas como identidade permitem o diálogo com CASTELLS (2002:23/24), para quem identidade é definida como construção social que tem sempre como pressuposto um contexto marcado por relações de poder.

Para SANTOS (2000:226) “*A um nível muito geral, poder é qualquer relação social regulada por uma troca desigual*”. Nas questões de gênero é possível evidenciar a hierarquia no exercício do poder a partir da comparação das identidades masculinas e femininas em determinado contexto histórico e cultural. Assim, enquanto Gênero analisa as significações do masculino e do feminino, o patriarcalismo dá conta de delimitar as relações de poder existentes aí.

Sobre Gênero e patriarcalismo SAFIOTTI (2007:45) aponta com muita propriedade que:

O conceito de gênero não explicita, necessariamente, desigualdade entre homens e mulheres. Muitas vezes a hierarquia é apenas presumida. Há, porém, feministas que vêm a referida hierarquia, independente do período histórico com o qual lidam. Aí reside o grande problema teórico, impedindo uma interpretação adequada e esclarecedora entre as adeptas do conceito de patriarcado, as fanáticas pelo de gênero e as que trabalham, considerando a história como processo, admitindo a utilização do conceito de gênero para toda a história, como categoria geral, e o conceito de patriarcado como categoria específica de determinado período, ou seja, para os seis ou sete milênios mais recentes da história da humanidade. (...). De fato, como os demais fenômenos sociais, também o patriarcado está em permanente transformação. Se na Roma antiga o patriarca detinha poder de vida e morte sobre sua esposa e seus filhos, hoje tal poder não mais existe, no plano *de jure*.

Os contornos entre a categoria de Gênero e o patriarcalismo devem ser delineados nos termos que a primeira consiste na construção social do masculino e feminino, percebida de modo relacional, enquanto que o patriarcalismo cinge-se à sua hierarquização, evidenciando a dominação masculina.

Assim, o entendimento de que no conceito de Gênero está implícita a supremacia masculina em face do feminino, leva ao fatalismo pelo qual o homem sempre ocupará a posição central, legitimando a própria dominação. A utilização da categoria de gênero e do patriarcalismo nas pesquisas, e sua apropriação pelo movimento social feminista, vem denunciando e combatendo a inferiorização da mulher nos diversos setores da sociedade.

COLLING (2004:13) afirma que embora a História tenha surgido enquanto ciência no século XIX, as mulheres só começam a aparecer em suas narrativas nos idos de 1970 com a inserção delas na academia como pesquisadoras. Este dado permite duas leituras, uma que constata a invisibilização da mulher pelo patriarcalismo e outra que evidencia o solapamento do domínio masculino.

As representações e auto-representações de Gênero são produtos de variados discursos e práticas, difusas nas sociedades, institucionalizadas ou não. Em todas as relações entre homens e homens; mulheres e mulheres; homens e mulheres as relações sociais de Gênero se modelam e remodelam no devir cotidiano.

Assim como a construção das identidades femininas e masculinas se dá a partir de significações sociais que partem das diferenças biológicas da genitália, a busca da descentralização da hegemonia masculina tem como substrato as relações cotidianas que compõem a história.

Embora como mecanismo de perpetuação de dominação essa construção social possa ser camuflada como tal. BOURDIEU (2007) esclarece que um dos mecanismos para perpetuação do patriarcalismo é a naturalização das assimetrias que consiste em atribuir a fatores biológicos ou religiosos as diferenças entre homens e mulheres, as quais inferiorizam estas últimas.

Sobre o tema HILLMAN (1984) traz a seguinte constatação:

Enquanto Adão foi feito à imagem de Deus, Eva foi simplesmente tirada de Adão. O axioma 'primeiro Adão, depois Eva' pode ser expandido desta narrativa de inúmeras maneiras. Primeiro, o macho é anterior no tempo, porque foi criado primeiro. Segundo, o macho é superior porque só ele foi criado à imagem de Deus. Terceiro, o macho é superior em consciência porque Eva foi extraída do sono profundo de Adão, de sua inconsciência (...). Quarto, Adão é substancialmente superior porque Eva preformada em Adão como parte em relação ao todo. Adão é perfeito desde o início, e uma imagem espelhada da própria perfeição de Deus. A existência, a essência e a substância material de Eva dependem de Adão. (...).

Esses arquétipos apresentam as disparidades de Gênero como vontade divina as quais fogem à intervenção humana, promovendo a naturalização de uma construção social arbitrária. Desse modo, as identidades de Gênero, construídas socialmente são des-historizadas e eternizadas, posto que retiradas das possibilidades de mudança inerentes ao devir histórico.

A ciência positivista ao alocar o conhecimento científico como autônomo e imune à influência social, também usa de mecanismo semelhante ao supra apontado para “naturalizar” a dominação masculina²⁴. Tema que será retomado adiante e para o qual, neste momento, destaca-se a análise de WILSHIRE (1997) sobre a obra de Aristóteles para representar o menosprezo da mulher na cultural ocidental, referendado pelos meios legitimados de transmissão de conhecimento formal, eis suas observações:

O conhecimento Racional é a mais alta conquista humana e, portanto, os homens (que, segundo ele, são mais ‘ativos’ capazes de obter êxito nessa área estritamente mental) são ‘superiores’ (política 1, 2:1254b) e ‘mais divinos’ (De Generatione Animalium [G. A.] II, 1:732a) do que as mulheres, que ele descreveu como monstros... desviados do tipo “genérico humano” (G.A. II, 3:373a), “emocionais”, prisioneiras “passivas” de suas “funções corporais” e, em consequência, uma espécie inferior, mais próxima dos animais que os homens. (WILSHIRE:1997)

Uma re-leitura dessa síntese pela qual os homens são seres de “racionalidade superior” pode ser feita a partir do Contra- Relatório (BRASIL: 2007:29/35)²⁵ que informa que mulheres com o mesmo nível de escolaridade e tempo de estudo ganham menos que os homens para exercício das mesmas funções, indicando que as questões de Gênero perpassam o contexto de oportunidades de educação formal.

²⁴ Sobre o tema consulta MORENO (2003).

²⁵ Este Contra-Informe da Sociedade Civil ao VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), foi realizado através da metodologia participativa, com a participação de integrantes de movimento de mulheres, militantes feministas, acadêmicas e pesquisadora em núcleo de universidades. Na elaboração do contra-informe, as informações privilegiaram respostas obtidas em um instrumento de levantamento de informações enviado às redes e articulação, seguida de reuniões e consultas para aprovação final.

A pesquisa de MORENO²⁶ (2003) aponta como resultado que a escola, como instituição normativa, embora tenha a possibilidade de questionar e trazer um novo padrão de Gênero vem reforçando os valores patriarcais através de seus conteúdos curriculares. Inobstante a existência de turmas formadas por meninas e meninos os valores femininos são negados e invisibilizados, posto que o padrão de Ser Humano apontado ainda é o masculino. Essa “educação” androcêntrica extrapola os limites da escola, desenhando seus reflexos na formação do mercado de trabalho.

Ainda no meio acadêmico em que as mulheres são maioria o Contra-Informe (BRASIL: 2007:30) demonstrou que:

Dados relativos à participação das mulheres na carreira científicas sugerem se reproduzir nesta instância os mesmos mecanismos de exclusão encontrados em outras esferas da sociedade, pois apesar da participação crescente em atividades acadêmicas e de pesquisa, as mulheres ainda são minoria no topo da carreira científica e raramente ocupam papel de destaque.

A pesquisa Mensal de Emprego, realizada em janeiro de 2008, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), nas regiões metropolitanas de Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre, indica que:

Quando o contexto é mercado de trabalho, a maioria dos indicadores apresentados mostrou a mulher em condições menos adequadas que a dos homens. Entretanto, estas estatísticas não são explicadas pela escolaridade, visto que, neste cenário, elas ocupam posição de destaque. Aproximadamente 60,0% das mulheres ocupadas tinham, pelo menos, a escolaridade referente ao ensino médio. Todavia, observou-se que as diferenças entre os rendimentos de homens e de mulheres eram maiores entre os mais escolarizados. A remuneração das mulheres com curso superior era, em média, 40% inferior a dos homens. (IBGE:2008)

Estes dados sinalizam para uma desigual distribuição de renda favorecendo os homens, tanto o Contra- Informe da Sociedade Civil ao VI Relatório Nacional Brasileiro (2007:15), como o Relatório da Organização Internacional do Trabalho

²⁶ Embora a pesquisa tenha como delimitação espacial a sociedade espanhola, seus resultados são perfeitamente aplicados à sociedade brasileira.

(2006:10) apontam que a pobreza no Brasil tem sexo, uma vez que a distribuição de renda é desigual e concentrada na população masculina, sobretudo da raça branca.

Segundo o IBGE (2005):

A questão da ausência do cônjuge nas estruturas familiares chefiadas por mulheres e as diferenças de inserção e desigualdade de rendimento entre homens e mulheres no mercado de trabalho, por exemplo, são algumas características que induzem a pensar que as famílias chefiadas por mulheres estariam em condições mais precárias e com maior incidência de pobres. O que se observou foi que entre as famílias chefiadas por homens 25,1% delas viviam com um rendimento familiar de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo *per capita*, enquanto nas famílias chefiadas por mulheres essa proporção era de 29,6%.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada no ano de 2007, demonstra que:

Os dados relativos ao cuidado com afazeres domésticos revelam uma importante e persistente assimetria de gênero. **O tempo que as mulheres dedicam aos afazeres domésticos é significativamente maior do que aquele dedicado pelos homens, independentemente da condição na família (chefe ou cônjuge), da escolaridade, da renda ou da condição de ocupação (ocupado, desocupado ou inativo).** Os dados confirmam o que se percebe pela observação da vida social: são, ainda, as mulheres as principais responsáveis pela tarefa de cuidar da casa, dos filhos, dos idosos, da manutenção da família e de todas as atividades relacionadas ao âmbito doméstico. (IBGE:2007). (Grifo do original).

A relação entre a identidade feminina e masculina passou por várias reformulações e rearranjos, sobretudo no século XX, impulsionados pelo movimento social feminista e pela inserção da categoria de Gênero nas pesquisas acadêmicas. Contudo, apesar das novas conotações, o patriarcalismo se faz presente desde a antiguidade grega representado por Aristóteles, perdurando ainda no Brasil do século XXI, conforme os dados citados.

Enquanto a inserção das mulheres no espaço público foi evidente, a exemplo da conquista do mercado de trabalho onde ainda persiste o ranço do patriarcalismo, o espaço privado, representado pelo lar, também não foi democratizado, permanecendo o binômio: homem-provedor e mulher do lar.

Os estudos de Gênero em cotejo com o patriarcalismo embora tenham surgido nos idos de 1960 e a realidade social tenha apresentado avanços em direção à igualdade entre homem e mulher, a persistência dos valores patriarcais e o novo rearranjo das relações entre homens e mulheres renova e fortalece este campo de estudo.

O entrelaçamento apontado neste capítulo entre estudos de Gênero e movimento social feminista se justifica pelo caráter político de ambos. O movimento modificou valores e instituições sociais empunhando a luta simbólica pela igualdade de cidadania entre homens e mulheres. Já os estudos de Gênero, mais que constatar as relações patriarcais diluídas na sociedade, serviram como denúncia, renunciando um modelo de sociedade mais igualitário. Assim, a revolução feminista que marcou o século XX não ocorreu nas trincheiras de luta sangrenta, mas no plano simbólico, o que legitima sua análise enquanto identidade, individual e coletiva.

HALL (2006) traz como marca da pós-modernidade a descentralização do sujeito, e o feminismo, seja como movimento social, seja como estudo acadêmico, favoreceu o questionamento do masculino como modelo central. Para MERCER (1990) *apud* HALL (2006:09): “a identidade somente se torna um questão quando está em crise, quando algo que se supõe fixo, coerente e estável é deslocado pela experiência da dúvida e da incerteza”.

Em termos de identidade o patriarcalismo pode ser analisado com base em CASTELLS (2002:24) como identidade legitimadora, que seria aquela: “*introduzida pelas instituições dominantes da sociedade no intuito de expandir e racionalizar sua dominação em relação aos atores sociais*”.

A racionalização do patriarcalismo, como visto, é perpetrada pela naturalização das diferenças entre homens e mulheres, bem como, pode-se acrescentar, pelo mecanismo de internalização pelas próprias vítimas do sistema de dominação. BOURDIEU (2007:52) constata que *“O poder simbólico não pode se exercer sem a colaboração dos que lhe são subordinados e que só se subordinam a ele porque o constroem como poder”*.

As mulheres ao internalizarem a dominação masculina passam a reproduzir modelos sociais que reforçam sua inferiorização, como a diferenciação da educação que uma mãe geralmente dá para os filhos e filhas, criando as “aptidões” da menina para o lar com as brincadeiras de “casinha” ou de “boneca”, enquanto que os meninos são estimulados ao espaço público e afastados do privado. Desse modo, a incorporação pelas mulheres da sua inferiorização culmina por referendar a naturalização do domínio masculino.

O patriarcalismo além de delimitar o *locus* simbólico e factual da mulher na sociedade, impõe a regra da família heterossexual como padrão de “normalidade”, na qual o homem exerce a primazia nas relações de poder. Sobre o tema, segue a manifestação FUENTES (2008:5)

Los discursos y las prácticas que emanan de las instancias de poder instauran una “normalidad” afectivo-sexual aparentemente coherente, que prescribe la heterosexualidad como la norma (concepto que se redefine en términos sociológicos como “heterosexualidad institucionalizada” y “heterosexualidad obligatoria”) y el punto de referencia por excelencia; así un amplio espectro de realidades afectivas y sexuales queda al margen de toda posibilidad de articulación de sentido positivo al ser catalogadas como ‘desviaciones’ del recto camino.

A construção naturalizada e institucionalizada do padrão heterossexual exclui e estigmatiza qualquer outra expressão de sexualidade que não aquela que envolva a relação entre homem e mulher. BOURDIEU (2007:31) contribui para o tema anotando que:

Se a relação sexual se mostra como uma relação social de dominação, é porque ela está construída através do princípio de divisão fundamental entre o masculino, ativo, e o feminino, passivo, e porque este princípio cria, organiza, expressa e dirige o desejo – o desejo masculino como desejo de posse, como dominação erotizada, e o desejo feminino como desejo da dominação masculina, como subordinação erotizada, ou mesmo, em última instância, como reconhecimento erotizado da dominação.

Até este ponto da dissertação a categoria analítica de Gênero era tratada como construção social do masculino e do feminino, contudo, essa definição necessita ser alargada no sentido de que Gênero englobe a construção de identidades sexuais desvinculada da matriz biológica.

Reduzir Gênero a masculino e feminino é reforçar as relações desiguais de poder, em que o feminino é marginalizado e as identidades homossexual, bissexual, travesti e transexual são excluídas pelo *ethos* dominante masculino e heterossexual.

Pesquisas sobre homens, intitulada de estudos sobre masculinidades trouxeram uma nova perspectiva para interpretação da categoria analítica de Gênero. O surgimento desta categoria apesar de estreita relação com os estudos sobre mulheres e o feminino abre perspectivas de diálogo com as diversas formas manifestação de identidades sexuais.

O diálogo entre os estudos sobre mulheres e masculinidades é citado por TONELI et ADRIÃO (2005: 93):

Na década de 1960, começaram a tomar corpo, nos EUA, estudos sobre os homens, configurando disciplinas correlatas aos *women's studies*, nomeadas, em algumas instituições, *men's studies*. Consolidados nos anos de 1980 e 1990, esses trabalhos, oriundos de áreas distintas como psicologia, antropologia e história social, passaram a dialogar com os estudos de gênero. Partia-se, na época, da necessidade de compreender melhor as masculinidades e as especificidades do *ethos* masculino, de maneira similar a como havia sido feito com os estudos sobre mulheres nas décadas anteriores.

A inclusão dos estudos sobre homens na categoria analítica de Gênero, favoreceu o questionamento sobre as demais formas de orientação sexual,

deslocando masculinidades e feminilidades de homens e mulheres. O alargamento da definição da categoria analítica de Gênero foi favorecido tanto pelo intercâmbio de estudos acadêmicos quanto pela experiência do movimento social como apresentado por CASTELLS (2002:256):

Os movimentos lesbianos e gays não são simplesmente movimentos em defesa do direito humano básico de escolher a quem e como amar. São também expressões poderosas de identidade sexual e, portanto, de liberação sexual. Esses movimentos desafiam algumas estruturas milenares sobre as quais as sociedades foram historicamente construídas: repressão sexual e heterossexualidade compulsória.

Em contestação à identidade legitimadora do patriarcalismo, o movimento de gays, lésbicas, travestis, transexuais, bissexuais e o movimento feminista, bem como os estudos de Gênero são identidades de resistência, constituindo trincheiras de resistência e sobrevivência (CASTELLS: 2002: 24/25), e identidade de projeto buscando transformações na estrutura da sociedade (CASTELLS: 2002: 24).

Ao tratar da descentralização da identidade pós-moderna em superação a identidade Iluminista, que reduzia o ser humano ao homem, HALL (2006:45) faz referência ao feminismo na construção da identidade descentrada de Gênero, eis que: *“Aquilo que começou como um movimento dirigido à contestação da posição social das mulheres expandiu-se para incluir a formação das identidades sexuais e de gênero”* HALL (2006:45). PEREIRA (2004:175), contribui para o debate, sintetizando que é com a inclusão das diversas expressões de identidade sexual no conceito de Gênero, que se promove o deslocamento de sexo para gênero, desbiologizando-se.

Enquanto a natureza apresenta corpos que podem ser definidos sexualmente a partir da genitália, sob o aspecto construtivista de Gênero várias identidades podem se expressar sem relação direta com órgão sexual. A orientação sexual,

portanto, é uma manifestação de identidade e não um condicionamento biológico que divide o ser humano em machos e fêmeas. Essa é a acepção de Gênero adotada para a presente dissertação.

Quando se diz que expressão sexual é uma impressão de identidade, não se quer reduzir identidade de Gênero a sexo, mas, sim, entender que a relação íntima que pode ser vivenciada através da heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade e transexualidade, é um ponto de partida para a interação com o mundo, com outro e consigo. Esta afirmação pode ser sintetizada nas palavras de BOURDIEU (2007) que analisando a dominação masculina diz que toda relação sexual é uma relação social²⁷.

Então com base na acepção de Gênero como construção de identidade sexual permeada por relações desiguais de poder que a presente dissertação visa a analisar as manifestações do campo jurídico sobre o questionamento de constitucionalidade da lei “Maria da Penha”. Resta, a seguir, esclarecer o que se entende por campo jurídico.

2.2- Campo Jurídico: uma descrição conceitual

A noção de campo jurídico adotada como suporte teórico desta dissertação tem por base os estudos de BOURDIEU (2007b), ENGELMANN (2006) e SÖHNGEN (2007). Para eles o campo jurídico é formado pela atividade da prática jurídica (advogados, juízes e promotores de justiça, por exemplo) e pelos interpretes da lei que são representados pelas obras jurídicas.

²⁷ Sobre o tema BENEDITTI (2005) ao estudar a transformação de Gênero das travestis, delimita que: O corpo das travestis é, sobretudo, uma linguagem; é no corpo e por meio dele que os significados do feminino e masculino se concretizam e conferem à pessoa suas qualidades sociais.

Para SÖHNGEN (2007:02) o campo jurídico compreende atividades dos tribunais à sala de aula, assim sua abrangência atinge tanto a aplicação do sistema jurídico na solução e prevenção de conflitos, como a atividade acadêmica. BOURDIEU (2007b) justifica a inclusão da seara acadêmica no campo jurídico, afirmando que as obras jurídicas oferecem a lógica interna da prática, na medida em que servem de baliza para esta²⁸.

Como já anotado anteriormente foi a partir dessa delimitação que o material a ser analisado nesta dissertação foi composto por peças processuais, artigos e livros acadêmicos que se manifestem acerca do debate sobre a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, contemplando o campo jurídico enquanto prática e academia.

Dada a definição de campo jurídico é importante esclarecer a influência do positivismo no Direito e as críticas que sinalizam para superação deste modelo. Assim, o positivismo²⁹ percebia o Direito apenas como emanção da lei, como conhecimento objetivo imune a qualquer influência dos juristas enquanto atores sociais ou mesmo da sociedade. Para essa corrente, a boa aplicação do Direito exigia de seus operadores a interpretação literal da lei, uma vez que o Direito enquanto “ciência pura” foi segregado³⁰, como constructo teórico, do campo social.

A crítica ao positivismo, porém, consiste em perceber o campo jurídico como campo de conflito simbólico. A verdade jurídica é reconhecida como uma construção histórica e social e não apenas técnica³¹. No Brasil alguns movimentos de juristas e

²⁸ Em geral as peças processuais produzidas pelos mais diversos atores do campo jurídico (advogados, promotores e juízes) são construídas com suporte em citação de fontes acadêmicas (livros e artigos jurídicos).

²⁹ O alemão Hans Kelsen foi o grande inspirador do positivismo jurídico, com o mérito de galgar o conhecimento jurídico ao *status* de ciência.

³⁰ Assim, o direito e a justiça eram simbolizados pela deusa grega Themis, representada de olhos vendados sinalizando a imparcialidade da justiça através da aplicação da lei de modo uniforme a todos, sem olhar as diferenças das partes em litígio, atuando como identidade legitimadora.

³¹ A retomada da simbiose entre o campo jurídico e o campo social trazida pelo questionamento do modelo positivista permitiu, ou melhor, trouxe como condição tanto para a atividade da prática forense, como para a pesquisa jurídica o intercâmbio com outras áreas do conhecimento, sobretudo as ciências sociais. Pelas reflexões

estudantes, a exemplo do “Direito Alternativo”^{32 33} favoreceram essa mudança de paradigma³⁴. A partir desse viés que o campo jurídico para os fins desta dissertação é percebido como componente do campo social.

Desse modo o Direito enquanto ciência não é um agente autônomo, a própria concepção positivista que se apresenta como neutra em relação aos valores sociais traduz um valor. A matriz de pensamento positivista atrelou o Direito a uma função conservadora das estruturas sociais. *“O positivismo reduz o Direito a um papel mantenedor da ordem. Sacraliza a lei. Coloca o jurista a serviço da defesa da lei e dos valores e interesses que ela guarda e legitima, numa fortaleza inexpugnável”* HERKENNHOF (1996:16).

A atuação dos juristas como meros aplicadores da literalidade da lei, diante do viés positivista, deixou pouco alcance no Direito para exercício das identidades de projeto e resistência, pois, toda mudança jurídica deveria ser precedida de mudança legislativa, identificando-se, em regra, com a identidade legitimadora.

Por outro, o jurista, seja um professor³⁵ ou um militante da prática judiciária, pode fugir às amarras da lei e aplicar o Direito sob um novo o prisma, permitindo que

de SANTOS (2008) depreende-se que não só o Direito deve ser reinserido nas ciências sociais, a superação da dicotomia ciências naturais e ciências sociais é o caminho necessário na revalorização dos estudos humanísticos.

³² Sobre o tema, ENGELMANN (2006: 122) ressalta que o movimento do “Direito Alternativo” pode ser abordado inicialmente como uma tentativa de refundamentação intelectual do Direito no sentido de sua mobilização política, sendo liderado simultaneamente por juristas posicionados no “mundo prático” das profissões jurídicas e no “mundo universitário” dos cursos de graduação e pós-graduação.

³³ Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, CARVALHO (1998) esclarece que o Direito Alternativo ao saber tradicional foge a redução direito à lei, percebendo o direito de forma crítica, negando a neutralidade do jurista que deverá ser comprometido com a justiça e os valores constitucionais. Assim, este movimento ao lado de outros como “Juízes para a Democracia” e o do “Direito Achado na Rua” teve como foco o restabelecimento do diálogo entre o Direito e o campo social.

³⁴ Essa nova visão do Direito é associada à deusa grega Diké que é apresentada descalça, sinalizando o uso de todos os sentidos e não apenas da audição e da visão nos julgamentos.

³⁵ Os questionamentos que incidiram sobre a prática jurídica também tiveram eco na pesquisa acadêmica, FONSECA, CIARALHO *et* CRUZ (2008) informam que: Com base nessa crítica é que apontamos a Metodologia Científica e a Pesquisa Jurídica atuais como processos de produção de conhecimento em certa medida relacionada a uma prática linear, conservadora e que se pretende neutra, livre de juízos de valor, de ideologias políticas e sociais que procuram expressar dada objetividade científica, reforçando os métodos positivistas, as vertentes epistemológicas calcadas em modelos das ciências naturais e em concepções da realidade social ou política, desvinculada de interesses sociais. (...) Não se pode ignorar que no campo jurídico

ao lado da identidade legitimadora, coexistam com maior força a identidade de resistência e de projeto. É com esse viés de crítica ao positivismo que a jurisprudência e a doutrina jurídica passam a ter destaque na interpretação e aplicação do Direito³⁶, ou seja, a lei deixa de ser o epicentro do campo jurídico, destacando-se a atividade dos atores jurídicos através da prática forense e da academia.

Tal qual a pesquisa de ENGELMANN (2006) que traçou o perfil do campo jurídico no Brasil, esta dissertação tem como referencial duas concepções de Direito. Uma que percebe o campo jurídico como neutro, universalista, tecnicista e pretensamente aliado do campo social, tendente a reforçar as identidades legitimadoras da ordem vigente. E, outro, que vincula de forma expressa o campo jurídico ao campo social, percebendo no Direito as disputas simbólicas sociais, com abertura ao exercício da identidade de resistência e de projeto.

Tanto uma concepção como outra, de forma velada ou expressa, exprime uma relação dialógica entre campo jurídico e campo social, a qual é tecida através das formas jurídicas. Para BOURDIEU (2007b) é a linguagem que delimita a entrada no campo jurídico dos interpretes autorizados, apenas os que dominam os signos do Direito participam de forma direta do jogo de construção da verdade jurídica.

Desse modo, as pessoas que recorrem ao Judiciário perdem a apropriação direta da própria causa na medida em que são representados por advogados e não têm voz direta no discurso jurídico. Em geral estão alheias às possibilidades de

brasileiro ainda prevalece a idéia da abordagem metodológica que pressupõe o conhecimento como uma verdade pronta e acabada, com bases em enfoques positivistas, os quais colocam o sujeito fora do sistema de referência, sendo o conhecimento, portanto, mera descrição da realidade.

Tanto a prática jurídica, como a atividade acadêmica, passaram por questionamentos e reformulações sobre a aceção de direito, com a qual lidavam. Como o campo jurídico é formado pela atividade dos práticos e da doutrina jurídica, o próprio campo jurídico é que se constituiu palco de sua autocrítica.

³⁶ Um exemplo notório desta mudança de paradigma, no Brasil, foi o caso do divórcio, que primeiro se firmou como jurisprudência, para depois consolidar-se como lei.

solução do seu conflito, já que todo o debate (processo) é realizado ativamente pelos integrantes do campo jurídico, do qual as partes são excluídas.

Então, o Direito anunciado pelo magistrado na sentença³⁷ é construído com base na manifestação dos operadores do campo jurídico e na lógica interna das obras jurídicas. Esse rito marca a passagem da verdade das partes litigantes para a verdade científica dos “doutos”. A linguagem e as formas jurídicas produzem, então, um discurso sobre a verdade^{38 39}.

O intercâmbio entre o social e o discurso jurídico é promovido pela linguagem e pelas formas jurídicas. Sob o viés positivista a incorporação do discurso da neutralidade e da autonomia do campo jurídico é analisada por BOURDIEU (2007b) a partir da linguagem nos seguintes termos:

O efeito de apriorização, que está inscrito na lógica do funcionamento do campo jurídico, revela-se com toda a clareza na língua jurídica que, combinando elementos diretamente retirados da língua comum e elementos estranhos ao seu sistema, acusa todos os sinais de uma retórica da impessoalidade e da neutralidade. (...). O efeito da neutralização é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impessoalidade do enunciado normativo e para construir o enunciator em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objetivo. (...). Bourdieu (2007b:215)

Destarte, a linguagem jurídica na formulação da neutralidade e do universalismo abarca não só a escrita, mas toda a dinâmica prática do campo jurídico, desde as vestes à comunicação escrita e verbal são marcados pelo formalismo, delimitando o espaço simbólico do campo jurídico. A auto-designação

³⁷ Há um jargão forense pelo qual é dito que o juiz tem o poder de dizer o direito, que é sintetizado pelo brocardo latino “mihim factum dabi tibi ius” (dá-me os fatos, que te darei o direito), sinalizando a constituição da verdade jurídica pelo Estado-juiz.

³⁸ Sobre o tema FOUCAULT (2007:76) escreveu que: Aquele que escuta não será simplesmente o dono do perdão, o juiz que condena ou isenta: será o dono da verdade. Sua função é hermenêutica. Seu poder em relação à confissão não consiste somente em exigí-la, antes dela ser feita, ou em decidir após ter sido proferida, porém em constituir, através dela e de sua decifração, um discurso de verdade.

³⁹ Para SÖHNGEN (2007:02) a argumentação jurídica deve ser compreendida como uma atividade lingüística que ocorre em várias situações, dos tribunais à sala de aula. É ato de argumentar - de orientar o discurso no sentido de determinadas conclusões (...).

dos membros do campo jurídico como “doutores” reforça a fronteira entre os iniciados e não iniciados, possibilitando a máscara da imparcialidade através da criação de verdades jurídicas supostamente afastadas do campo social, já que essas verdades não são aparentemente resultados da *práxis* de atores sociais, mas dos “doutores” da técnica jurídica.

O Direito enquanto construção do real, seja através do paradigma positivista ou de superação deste, expressa valores marcados pelo tempo e espaço no qual está inserido. Desse modo, o campo jurídico e a atividade de seus operadores, sejam professores ou juízes, expressa valores no sentido dado por SANTOS (2000:268) de “aberturas-de-novos-caminhos” ou “modo-de-fixação-de-fronteiras”.

Esses valores podem ser comparados com as identidades apresentadas por CASTELLS (2002), no sentido de identidade de projeto, expressando valores de “abertura-de-novos- caminhos” ou identidade legitimadora, culminado em “modo-de fixação-de fronteiras”, no sentido de conservar a ordem vigente. O campo jurídico, então, através da sua atividade reflete as disputas simbólicas do campo social.

Com base nesta concepção que, a partir da observação do discurso jurídico⁴⁰, as relações de Gênero serão analisadas nas manifestações sobre o debate de constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”. Como o campo jurídico foi delimitado pela atividade da prática forense e acadêmica, tendo a linguagem do Direito como elemento identificador da produção dos atores jurídicos, o material selecionado para análise consiste em peças processuais e textos que tratam sobre o tema da constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, produzidos apenas por bacharéis em Direito.

⁴⁰ Aqui não há pretensão de adotar a análise do discurso enquanto método analítico, uma vez que o entendimento de discurso neste trabalho se restringe à verdade produzida no campo jurídico através da linguagem do Direito.

A percepção da relação dialógica entre campo jurídico e campo social, presente nas duas concepções de Direito adotada nesta dissertação, permitiu a análise das manifestações de Gênero no debate sobre a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”.

Através da linguagem e das formas jurídicas, com aplicação de um instrumento de pesquisa semi-estruturado, as relações de Gênero foram identificadas e decodificadas no discurso jurídico, possibilitando a interface entre campo social e campo jurídico por intermédio desta categoria analítica.

3 – LEI “MARIA DA PENHA”

3.1- Principais Características

Antes da análise direta dos pontos mais importantes da “Lei Maria da Penha”, faz-se necessário, para melhor entendimento da lei 11.340/06, retomar o tema da igualdade entre mulheres e homens como política pública do governo federal.

Atualmente, embora, o Estado brasileiro tenha políticas públicas específicas para inclusão das mulheres e de gays, lésbicas, transexuais, travestis e bissexuais - GLTTB, elas são tratadas em pautas diferenciadas. As mulheres têm uma Secretária específica com status de Ministério para efetivar suas políticas públicas. Enquanto que o programa Brasil sem Homofobia, Programa de Combate à Violência e Discriminação contra GLTTB e de Promoção da Cidadania Homossexual, são ligados à Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

Inobstante, a categoria analítica de Gênero inclua tanto as mulheres, como o grupo GLTTB e o pleito de inclusão e igualdade social dos dois grupos englobem a pauta dos Direitos Humanos, identificamos quando da coleta de dados que a política governamental é cindida e hierarquizada, apresentando maior enfoque para as mulheres que dispõe de uma Secretaria Especial, enquanto que o GLTTB conta apenas com programa ligado à Secretaria Especial de Direitos Humanos.

No Programa Brasil Sem Homofobia, identifiquei que há dialogo com a inclusão da mulher quando entre as políticas públicas apresentadas há uma específica para as mulheres, que prevê dentre as medidas: a implementação de centros de referências para as mulheres em situação de violência, incluindo as lésbicas; previsão de avaliação regular da atuação das DEAM (Delegacias

Especializadas da Mulher) no que diz respeito ao atendimento das mulheres lésbicas; apoiar estudos e pesquisas sobre as relações de gênero e situação das mulheres com o recorte de orientação sexual.

Apesar de haver pontos de convergência entre as políticas públicas para as mulheres e para o grupo GLTTB, pude constatar pela pesquisa que há uma visão dicotômica da categoria de Gênero, com a segregação entre mulheres heterossexuais e mulheres com orientação sexual diversa. Essa percepção é reforçada quando o Programa Brasil sem Homofobia define identidade sexual como:

o conjunto de características sexuais que diferenciam cada pessoa das demais e que se expressam pelas preferências sexuais, sentimentos ou atitudes em relação ao sexo. A identidade sexual é o sentimento de masculinidade ou feminilidade que acompanha a pessoa ao longo da vida. Nem sempre está de acordo com o sexo biológico ou com a genitália da pessoa. (Brasil: 2004, 29)

O Programa Brasil Sem Homofobia reforça o patriarcalismo quando só reconhece como identidade, a feminina e a masculina, negando identidade própria, por exemplo, aos transgêneros que o Programa entende como: *“terminologia utilizada que engloba tanto as travestis quanto as transexuais. É um homem no sentido fisiológico, mas se relaciona com o mundo como mulher”* (Brasil: 2004,30).

Talvez, por esta razão sou levada a crer que não haja uma Secretaria de Políticas Públicas de Gênero, mas, sim, uma Secretaria de Políticas para as Mulheres, enquanto que as políticas públicas que envolvem gays, lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais sejam tratadas na Secretaria Especial de Direitos Humanos.

Com este mesmo viés a “Lei Maria da Penha”, nos art. 2º e 5º, diz que a lei se aplica a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar independente de orientação sexual. Durante a pesquisa percebemos que o entendimento majoritário no campo jurídico é que a Lei 11.340/2006 se aplica apenas as mulheres

heterossexuais e lésbicas, ou seja, leva em consideração o critério biológico da genitália feminina. Qualquer outra expressão de orientação sexual que fuga à heterossexualidade, embora marginalizada pelo patriarcalismo, não goza de tutela legal, permanecendo alijada do discurso oficial⁴¹.

Aqui mesmo sob o amparo da “Lei Maria da Penha” a identidade lésbica, travesti e transexual, é estigmatizada, posto que reduzida ao sexo biológico e identificadas como mulheres a partir da genitália. A lei 11.340/2006, assim como o projeto Brasil sem Homofobia da Secretaria de Direito Humanos, entende que um gay, por exemplo, é um homem com atitudes de mulher e não, simplesmente gay.

No mais, quando a lei prevê sua aplicação para as mulheres em suas relações íntimas independente de orientação sexual, está sinalizando que não só as relações heterossexuais seguem o modelo patriarcal, presume-se, então, que nas outras identidades sexuais citadas pela lei serão reproduzidos o modelo homem (dominador/violento) e mulher (dominada/vitimizada). Este entendimento é reforçado quando se observa ao longo do texto da “Lei Maria da Penha” (inc. III do art. 5º, inc. III e IV do art. 11, art. 12, art. 24, art. 30 e etc.) que esta presente a dicotomia: mulher (ofendida) e homem (agressor).

Neste aspecto, a “Lei Maria da Penha” atua como identidade de resistência quando dá visibilidade à violência contra a mulher e reconhece a existência social da mulher homossexual, porém, por outro lado, mantém-se no patamar de identidade legitimadora na medida em que vincula orientação sexual com sexo biológico, invisibilizando as demais expressões de identidade sexuais, também marginalizadas pela ideologia patriarcal.

⁴¹ Dias(2007:35) expande a interpretação da “Lei Maria da Penha”, citando que: “Ao ser afirmado que está sob o abrigo da Lei a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, encontra-se assegurada proteção tanto às lésbicas, como às travestis, as transexuais e os transgêneros do sexo feminino que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos as situações de violência contra o gênero feminino justificam proteção especial”. Esse entendimento não vem encontrando albergue no campo jurídico.

Outro ponto importante, é que quando a lei de forma expressa reconhece sua aplicação para os casos de violência familiar contra a mulher independente de orientação sexual, esta admitindo a união efetiva de duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, tema bastante controverso nos debates acadêmicos e na jurisprudência.

A súmula⁴² 380 do Supremo Tribunal Federal tem a união afetiva de pessoas do mesmo sexo como uma sociedade e não como entidade familiar. Para DIAS (2007:37), no entanto, essa súmula, após a “Lei Maria da Penha”, está superada, *“no momento em que as uniões de pessoas do mesmo sexo estão tuteladas na lei de combate à violência doméstica, isso significa que são reconhecidas como uma família, encontrando-se sob a égide do Direito de Família”*. Aqui a “Lei Maria da Penha” atua como identidade de resistência ao patriarcalismo, pois esse entendimento pode ser estendido a qualquer união não heterossexual.

Aqui cabe pontuar que embora esse entendimento aloque a “Lei Maria da Penha” como identidade de resistência, durante a pesquisa averiguamos que o campo jurídico rechaça essa interpretação, não reconhecendo a legalidade de união de pessoas de mesmo sexo como entidade familiar⁴³, mesmo após a “Lei Maria da Penha”.

Outro aspecto que merece destaque da “Lei Maria da Penha” é que a violência doméstica contra as mulheres foi incluída de forma expressa como violação dos Direitos Humanos, refletindo a preocupação dos eixos 2 e 4 da I Conferência de Políticas Públicas para Mulheres, bem como os acordos internacionais que o Brasil é signatário. Essa reafirmação da violência contra as

⁴² Súmula é a condensação de uma série de julgados proferidos por um determinado Tribunal.

⁴³ Embora haja uma significativa corrente, anterior à vigência da Lei 11.340/2006, pugnando pela possibilidade jurídica da união estável constituída por pessoas do mesmo sexo, o campo jurídico mesmo com a alteração trazida pela Lei “Maria da Penha”, não vem acatando este entendimento.

mulheres como violação dos Direitos Humanos, sinaliza que as normas existentes não são aplicadas, indicando tolerância do campo jurídico e do campo social no qual aquele está inserido com tal espécie de violência. Assim o reforço legislativo atua como forma de resistência a essa realidade.

No mais, a “Lei Maria da Penha” em seu art. 7º elenca as espécies de violência que a mulher pode ser vítima, são elas: a física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; a psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima; a sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada; a 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; e a moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Ainda sobre o aspecto penal, afastou-se a aplicação da lei 9.099/95, que trata dos juizados especiais criminais, implicando que os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo que definidos como de menor potencial ofensivo⁴⁴, não seguirão o rito dos juizados que tem o cunho de evitar medidas privativas de liberdade através, por exemplo, da conciliação e a transação penal.⁴⁵

⁴⁴ São definidos legalmente como crimes de menor potencial ofensivo, aqueles cuja pena máxima cominada na lei (preceito secundário incriminador) não supere 2 anos.

⁴⁵ Sobre o assunto Clemer *et* Azevedo (2007) entendem que: “A exclusão da Lei n. 9.099/95, expressa no art. 41 da Lei Maria da Penha, para o processamento de casos de violência doméstica, acaba com a possibilidade de conciliação, que se constituía em uma oportunidade das partes discutirem o conflito e serem informadas sobre seus direitos e as consequências de seus atos. Além disso, reenvia estes delitos para a Polícia Civil, pois agora dependem novamente da produção do inquérito policial. Embora a lei tenha sido bastante minuciosa ao orientar a atividade policial, são conhecidas de todos as dificuldades existentes, tanto estruturais quanto culturais para que estes delitos venham a receber por parte da Polícia o tratamento adequado”.

A retirada da competência dos juizados especiais criminais significa a renúncia do Estado na aplicação de medidas despenalizadoras, simbolizadas por medidas alternativas à prisão. Permitiu-se a prisão em flagrante pela autoridade policial e alterou-se o código de processo penal para possibilitar a prisão preventiva.

No que diz respeito à ação penal, a “Lei Maria da Penha” dificultou que a mulher retirasse a “queixa”, ou seja, a mulher só poderia desistir de prosseguir com a ação penal em audiência na presença do juiz e do promotor de justiça.

Neste ponto concordamos com KARAM para quem esta regra da “Lei Maria da Penha”, *“traz um eloqüente exemplo da discriminatória superproteção à mulher”*. KARAM (2006). Para a autora: *“A mulher passa assim a ser objetivamente inferiorizada, ocupando uma posição passiva e vitimizadora, tratada como alguém incapaz de tomar decisões por si própria.”* KARAM (2006)

No mais, a “Lei Maria da Penha” sugeriu a criação de juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência cível e criminal. O grande feito desta modificação foi superar o tratamento jurídico dado à violência doméstica contra a mulher de forma fragmentada. Assim, com a criação dos juizados de violência doméstica o Poder Judiciário analisará através de um só juiz todas as suas imbricações jurídicas, fortalecendo a visão desta violência como fenômeno social multifacetado.

Na seara cível a “Lei Maria da Penha” normatizou as medidas protetivas de urgência, tais quais: prestação cautelar de alimentos, o afastamento do agressor do lar e a suspensão de direito de visitas aos filhos. Essas medidas, quando requeridas, o juiz tem o prazo de quarenta e oito horas para apreciá-las.

Como já assinalamos em outro trabalho (SILVA:2007), as cominações de teor preventivo podem ser divididas em duas categorias, a saber. As primeiras,

chamadas de específicas, são destinadas a prevenir no caso concreto, a ação violenta contra determinada mulher que está na iminência de sofrer ou que já sofreu a violência, com a finalidade de evitar a prática ou a reiteração da mesma.

Pode-se citar, neste íterim, a proibição da mulher entregar a intimação ao agressor; a notificação da mulher dos atos processuais, sobretudo o ingresso ou saída do agressor da prisão; a aplicação das medidas protetivas de urgência (suspensão do porte de armas, distanciamento da vítima, suspensão do direito de visitas aos filhos), dentre outras.

E a segunda que são as cominações gerais, destinadas a prevenir abstratamente a violência doméstica e intrafamiliar, não se aplicara a um caso específico, dentre elas pode-se citar a que determina que a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competência, programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar, bem que poderão estabelecer dotações orçamentárias específicas, em cada exercício financeiro, para a implementação das medidas estabelecidas na “Lei Maria da Penha”; prevê, ainda, diretrizes de promoção e realização de campanhas educativas de prevenção, voltadas ao público escolar e á sociedade em geral, e a difusão da “Lei Maria da Penha”, dos instrumentos de proteção dos Direitos Humanos das mulheres; a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito á dignidade da pessoa humana com a perspectiva de Gênero e de raça e de etnia, sendo esta e a difusão da “Lei Maria da Penha”, responsabilidade de articulação dos entes públicos citados e de ações não-governamentais.

Em nossa análise da Lei 11.340/2006 percebemos que a divisão das regras de teor preventivo, em específicas e gerais, reforça o caráter de política pública da

“Lei Maria da Penha”, pois além de envolver vários segmentos da sociedade, o objetivo da prevenção atinge tanto a eminência de violência concreta, como a superação das relações patriarcais de Gênero.

Enfim, observamos que a “Lei Maria da Penha” sintetizou em um só corpo normativo um conjunto de regras, abarcando vários ramos do Direito, com a finalidade de combater e prevenir a violência doméstica e intrafamiliar contra a mulher, possibilitando tanto no campo jurídico, como no campo social o debate e a visibilidade desta espécie violência. Neste sentido, a “Lei Maria da Penha” atua, em termos gerais, como identidade de resistência ao padrão patriarcal das relações de Gênero.

3.2- Constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”

3.2.1- Principais Aspectos do Sistema Constitucional do Brasil

Este tópico da nossa pesquisa tem a finalidade de trazer alguns conceitos jurídicos visando facilitar a compreensão do funcionamento da arguição de inconstitucionalidade, uma vez que o objeto desta dissertação é constituído por manifestações judiciais sobre o debate da adequação da “Lei Maria da Penha” à Carta Maior. Contudo, como já assinalamos em capítulos anteriores, em sendo o campo jurídico uma fração do campo social trataremos de forma paralela a definição jurídica e das ciências sociais de Constituição.

A Constituição, então, sob o aspecto jurídico traduz o conjunto de regras que dão forma ao Estado e definem seu funcionamento. Já no sentido sociológico

apresentado por LASSALLE (2005:30) *“a Constituição de um país representa a soma dos fatores reais de poder que regem um país”*.

O Estado brasileiro em 1988, em oposição ao regime ditatorial, promulgou a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, conhecida como Constituição Cidadã ou Constituição Democrática, que representa ao mesmo tempo um conjunto de regras escritas, fundamentais e supremas do Estado brasileiro, bem como a soma dos fatores reais de poder que regiam o país no momento da constituinte.

Sob o aspecto jurídico a Constituição não é uma lei como as outras, é a lei fundamental do Estado. O que a torna fundamental e suprema são algumas características que as diferem das demais leis. A vigente Constituição brasileira, por exemplo, é classificada quanto à sua estabilidade como rígida⁴⁶, o que exige um procedimento legislativo mais dificultoso para sua alteração⁴⁷.

Além da limitação quanto à forma de modificação das normas constitucionais, há restrições quanto ao conteúdo⁴⁸. A própria Carta Constitucional (§ 1º do art. 60) veda emenda em caso de vigência de intervenção federal⁴⁹, estado defesa⁵⁰ ou estado de sítio⁵¹.

⁴⁶ Que para MORAES (2001:37) *“são as constituições escritas que só poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas”*.

⁴⁷ Conforme o art. 60 da atual Constituição Federal – CF, uma emenda constitucional só poderá ser proposta por, no mínimo, um terço dos membros da câmara dos Deputados ou do Senado Federal; pelo Presidente da República ou por mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação. Para aprovação da emenda, o trâmite exige que a proposta seja discutida e votada, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, sendo aprovada, se obtiver em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

⁴⁸ Segundo a Constituição Federal não são permitidas emendas tendentes a abolir o regime federativo, a separação de Poderes, os direitos e garantias individuais ou o voto direto, secreto, universal e periódico.

⁴⁹ Segundo MORAES (2001:293): *“consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional”*.

⁵⁰ Segundo SILVA (2000:322): *“tem cabimento para preservação e restabelecimento, em locais restritos e determinados, da ordem pública ou da paz social ameaçados por grave e iminente instabilidade institucional ou em estado de calamidade”*.

⁵¹ Segundo SILVA (2000:323): *“é medida extrema tomada pelo governo de um país, a fim de combater o perigo interno ou externo que ameaça o país, em virtude do qual assume o governo poderes excepcionais”*.

A soma desses requisitos e a supremacia⁵² das normas constitucionais que as caracterizam como lei fundamental, diferenciando-as das demais. No ordenamento jurídico brasileiro as normas que se encontram na Constituição gozam de hierarquia superior, vinculando o legislador ao elaborar as demais leis, as quais não podem contrariar os preceitos constitucionais, bem como balizam a atividade dos interpretes e aplicadores das leis, os quais também têm que se cingir às vedações e permissões inseridas na Constituição Federal.

É neste tópico que se enquadra o debate sobre a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, identificamos nos documentos analisados que parte do campo jurídico defende que o legislador feriu a hierarquia das normas da Constituição Federal quando editou uma Lei que protege apenas a mulher em situação de violência, violando o preceito da Carta Maior que determina que todos são iguais perante a lei. Por outro lado, encontramos uma parcela do campo jurídico argumentando que o legislativo efetivou, através da “Lei Maria da Penha”, os comandos constitucionais no sentido da promoção da igualdade de Gênero.

Para melhor situar o debate, traremos a classificação das normas constitucionais que podem ser de duas espécies: as regras que são as que têm um comando específico⁵³, e os princípios que representam unidade de valor que informam as diretrizes do sistema jurídico nacional⁵⁴. Assim, o debate acerca da constitucionalidade da “Lei Maria da Penha” gravita em torno do alcance do princípio constitucional da igualdade, o qual determina que todos são iguais perante a lei, vedando qualquer discriminação em razão de sexo.

⁵² A força da supremacia das normas e princípios constitucionais é tamanha que não comporta qualquer exceção, mesmos as leis que antecedem à promulgação da vigente Carta Magna, se não se adequarem à nova ordem inserida pela Constituição, são tidas por não recepcionadas, perdendo, portanto, sua validade.

⁵³ A exemplo do art. 40 da CF, que determina a aposentaria aos sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição para o homem e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição para a mulher.

⁵⁴ Como cita o art.5º da CF que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza.

Desse modo, seguindo em nossas explicações, a supremacia da ordem constitucional é regulada pela própria Carta Magna que faz menção ao controle preventivo de constitucionalidade⁵⁵ e ao controle repressivo que pode ser realizado pelo Poder Legislativo⁵⁶ ou através do Poder Judiciário.

Daremos maior enfoque ao controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário, uma vez que observamos na pesquisa que a “Lei Maria da Penha” não foi objeto das outras espécies de controle de constitucionalidade. Assim, o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário pode ser realizado de duas formas, através do controle difuso e do concentrado.

O difuso é feito por qualquer juiz ou tribunal (inclusive o STF) na apreciação de determinado caso concreto, declarando, então, a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada lei. Seus efeitos são restritos ao processo no qual houve a declaração, vinculando apenas os envolvidos na demanda judicial. É importante dizer que parte dos documentos selecionados para análise desta dissertação, que se pronunciam pela inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha” e também pela sua conformidade com a Carta Maior, são manifestações do Poder Judiciário no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Já o chamado controle concentrado é realizado apenas pelo Supremo Tribunal Federal - STF que exerce sua função de “guardião da Constituição”. A decisão do STF sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade no controle concentrado de determinada lei, pode gerar a imediata ineficácia desta norma

⁵⁵ Que pode ser realizado pela Comissão de Constituição de Justiça (art. 58 da CF) e pelo Presidente da República que tem o poder de vetar projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional (art.66 da CF).

⁵⁶ O art.49 da CF também determina ao Congresso Nacional competência para sustar atos do Poder Executivo que não acatem a forma constitucional prevista para suas edições. O art. 62 da CF prevê que a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional, sobre mérito de medida provisória depende do prévio juízo sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

perante o sistema jurídico, não podendo a mesma ser aplicada por qualquer juiz ou tribunal, bem como pela administração pública em geral.

Durante a seleção dos documentos identificamos que em exercício do controle concentrado, o Presidente da República, através da Advocacia Geral União, ingressou no STF com Ação Direta de Constitucionalidade, em dezembro de 2007, visando declaração de constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, já que alguns juízes e tribunais vêm decidindo por meio do controle difuso pela inconstitucionalidade da dita lei.

Averiguamos também que um dos argumentos da Ação que tramita junto ao STF visando a declaração de constitucionalidade gira em torno do afastamento das incertezas sobre adequação da “Lei Maria da Penha” em face da Carta Maior. Apesar desse relevante argumento, passado mais de um ano após o início da Ação Direta de Constitucionalidade ainda não houve manifestação do STF pacificando o tema, permanecendo a cisão no campo jurídico quanto à constitucionalidade da Lei 11.340/2006.

Sob o aspecto jurídico a Constituição apresenta regras legais que as torna suprema e dirigentes de todo o ordenamento jurídico. Contudo, essas normas constitucionais também representam, sob o aspecto sociológico, a expressão de fatores reais de poder em constante disputa simbólica no seio social, que ao tomarem a forma escrita e abrigo constitucional são alçados ao patamar de direito fundamental.

Enfim, se por um lado uma Constituição é um conjunto de regras especiais de um Estado, por outro e concomitante, consolidam em forma de lei os fatores reais de poder vigentes neste mesmo Estado, encerrando o entrelaçamento entre campo social e campo jurídico.

Conforme já abordamos, o movimento feminista enquanto fator real de poder atuando junto à constituinte conseguiu consolidar diversas de suas reivindicações, no sentido de garantir dos direitos civis das mulheres, na Constituição de 1988 em forma de direitos fundamentais.

Por outro lado, o campo jurídico seja através da atuação da academia na interpretação das leis e da Constituição, seja na atividade da prática jurídica, dado ao seu caráter normativo de condutas, reflete e promove a renovação desta disputa simbólica de Gênero.

Embora uma Constituição no seu aspecto social abarque normas que expressam fatores reais de poder de determinado momento histórico, como a dinamicidade é característica das relações sociais, esses fatores reais de poder sofrem, ao longo do devir histórico, constantes rearranjos.

Desse modo, a Carta Constitucional brasileira apresentar procedimentos que dificultem a sua modificação legislativa e aloque o Supremo Tribunal Federal como órgão máximo para sua interpretação, os fatores reais de poder difusos no seio social e refletidos na atuação do campo jurídico, promovem sua constante atualização.

Assim, apesar de aprofundarmos o tema nos capítulos seguintes, já podemos adiantar que a discussão jurídica sobre a constitucionalidade da “Lei Maria Penha”, que tem como centro o alcance do significado do princípio constitucional da igualdade, representa a renovação da disputa simbólica das relações de Gênero no campo social e jurídico.

Desse modo, a entrada em vigor da “Lei Maria da Penha”, conforme síntese da pesquisa apontada nos capítulos seguintes, trouxe sob o pano de fundo do debate legal a disputa simbólica de Gênero para o campo jurídico, onde mais uma

vez os fatores reais de poder estão presentes apresentando novos rearranjos nas relações de Gênero.

3.2.2 - O Campo Jurídico e a Alegação de Inconstitucionalidades da “Lei Maria da Penha”

Na construção do objeto de estudo observei que o campo jurídico, através de artigos científicos ou do controle de constitucionalidade, tem apresentado algumas manifestações pugnando pela inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha”.

Durante a pesquisa constatamos que apesar do entendimento da inconstitucionalidade da lei 11.340/2006 ser minoritário, o debate tem sido absorvido por diversos setores do campo social, como, por exemplo, os meios de comunicação, a academia, a Presidência da República que se posicionou através da referida Ação Declaratória de Constitucionalidade e o movimento feminista.

A partir das informações colhidas através do instrumento de pesquisa notei que o principal foco de discussão sobre a adequação ou não da “Lei Maria da Penha” à Carta Maior, parte do princípio constitucional, inserto no art. 5º da CF, o qual inscreve que:

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 seguintes termos:

I- Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

Assim, constatamos, por exemplo, que os adeptos da inconstitucionalidade da lei “Maria da Penha” por ofensa ao princípio da igualdade ou da isonomia,

argumentam que a lei cria um privilegio para a mulher, já que o homem em situação de violência doméstica e intrafamiliar não goza de proteção especial. Para os seguidores desse pensamento, a lei 11.340/2006 criou um desequilíbrio nas relações entre mulheres e homens vedado pela Constituição brasileira.

Por outro lado, observamos na corrente que advoga a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha” a defesa da consonância da mesma com o princípio da igualdade, sob o argumento de que a Lei ao tutelar a mulher de modo diferenciado e especial, objetiva, como medida afirmativa, a promoção da isonomia nas relações que genuinamente são desiguais, reconhecendo, assim, que no campo social mulheres e homens não detêm a mesma parcela de exercício de poder, o que justifica a desequiparação legal.

Uma interessante constatação da pesquisa, que será aprofundada no capítulo seguinte, diz respeito aos efeitos da alegada inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha”. Aqui pude observar que há dois entendimentos disputando espaço no campo jurídico, um pelo qual a inconstitucionalidade afasta a validade da lei 11.2340/2006, retirando-a do sistema jurídico e, outro que preserva sua validade desde que a “Lei Maria da Penha” seja aplicada a qualquer pessoa, mulher, homem, criança ou adolescente que esteja em situação de violência doméstica.

Embora o objeto da presente dissertação seja o debate jurídico sobre a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha” a partir do princípio da igualdade, durante a pesquisa foram encontrados outros pontos de questionamentos sobre a adequação da lei 11.340/2006 à vigente ordem constitucional, os quais elencamos a seguir.

Como já pontuamos anteriormente a “Lei Maria da Penha” trouxe um tratamento penal mais rigoroso para os casos de violência doméstica praticados

contra mulheres, afastando a incidência da lei 9.099/1995 que traz institutos despenalizadores⁵⁷.

Contudo, as chamadas infrações de menor potencial ofensivo, objeto da lei 9.099/1995, devem ser processadas e julgadas pelos juizados especiais, os quais têm previsão constitucional, conforme o art. 98 da CF que traz a seguinte cominação:

Art.98. A União, no Distrito Federal, e os territórios, e os Estados criarão:

I- Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Com base nesta regra, o instrumento de pesquisa revelou que parte do campo jurídico reputa inconstitucional o art. 41 da “Lei Maria da Penha”⁵⁸, que afasta a aplicação da lei 9.099/1995, argüindo que haveria afronta a competência dos juizados especiais para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo. Para essa corrente apenas a condição da vítima do crime, mulher, não é suficiente para afastar a incidência da lei 9.099/1995 nos casos de violência doméstica e intrafamiliar.

Pude observar neste caso que o princípio constitucional invocado para legitimar a defesa da inconstitucionalidade do art. 41 da “Lei Maria da Penha”, foi o

⁵⁷ Apenas para recordar os institutos despenalizadores são a conciliação, transação penal e a suspensão condicional do processo. A “Lei Maria da Penha” não permite a aplicação dos mesmos aos casos de violência doméstica contra a mulher, mesmo sendo as infrações de menor potencial ofensivo, que são aquelas cuja pena máxima não ultrapasse dois anos e as contravenções penais. Este ponto da “Lei Maria da Penha”, como visto, visou afastar a crítica segundo a qual a Lei 9.099/1995 favorecia o agressor com o pagamento de custas básicas para se livrar de infrações praticadas contra a mulher.

⁵⁸ Aqui não é a “Lei Maria da Penha” que é reputada inconstitucional (como ocorre na inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da igualdade), apenas um artigo dela. Assim, a Lei é preservada, afastando-se apenas o artigo que não se enquadra à Carta Maior.

da proporcionalidade, que prega que a resposta penal deve ser proporcional à conduta praticada pelo agressor.

Após a “Lei Maria da Penha” se um homem pratica violência doméstica contra uma mulher teria tratamento muito mais gravoso quando na mesma situação a mulher é a agressora. Neste caso, entendemos que o tratamento diferenciado é uma forma de combater a desigualdade nas relações patriarcais de Gênero, não havendo qualquer ofensa ao princípio da proporcionalidade, ao contrário, é uma forma de tentar alcançar a igualdade entre mulheres e homens nas relações domésticas.

Na análise dos argumentos da corrente que prega a inconstitucionalidade do art. 41 da “Lei Maria da Penha”, notei que desproporcionalidade invocada não deixa de ter relação com princípio constitucional da isonomia entre os sexos, haja vista que a diferença da resposta penal parte da condição de mulher da vítima. Porém, como já asseveramos é essa condição que legitima o tratamento jurídico diferenciado.

O instrumento de pesquisa também revelou posicionamentos do campo jurídico contrários à alegação de inconstitucionalidade do art. 41 da “Lei Maria da Penha”. Em suma eles afirmam que a Constituição não definiu qualquer critério para determinação das infrações de menor potencial ofensivo (objeto de aplicação da lei 9.099/1995), deixando tal encargo para o legislador infraconstitucional, o qual pode fixar parâmetros do que seria infração de menor potencial ofensivo, conforme feito pela lei 9.000/1995 e pela “Lei Maria da Penha”.

Para além dessa discussão sobre constitucionalidade do art. 41 da lei 11.340/2006, que afastou a lei dos juizados especiais criminais, trazendo um tratamento penal mais rigoroso aos homens que praticam violência doméstica contra

a mulher, identifiquei um debate sobre a legitimidade do citado artigo da “Lei Maria da Penha” diante de sua opção de política criminal.

O tratamento penal mais rigoroso para os autores de crimes de violência doméstica contra a mulher, reforçou a privação de liberdade como medida preventiva e punitiva, afastando a participação da vítima no desenrolar do processo penal. O art. 16 da lei 11.340/2006 reflete essa opção de política criminal ao determinar que a vítima só poderá desistir do processo criminal, em audiência, após homologação⁵⁹ de sua decisão pelo juiz.

Em estudos com processos que envolvem a mulher em situação de violência doméstica, IZUMINO (2004) aponta que elas não desejam a intervenção da Justiça Criminal, uma vez que o Poder Judiciário vem sendo percebido pelas mulheres como instância de mediação, no sentido de afastamento da violência conjugal, seja no rompimento da relação ou transformação da mesma⁶⁰.

A pesquisadora constata, analisando infrações de lesões corporais e tentativas de homicídio, que o grande índice de absolvição do acusado é dado não pela incorporação da cultura patriarcal pelo Judiciário, no sentido de banalização da violência contra a mulher, mas, pela mudança da versão dos fatos pelas vítimas ao longo do processo, evitando, com isso, a intervenção a do Direito Penal.⁶¹

⁵⁹ A homologação é uma espécie de anuência judicial, sem a qual o desejo da mulher de encerrar o processo não surte efeitos. Durante a seleção do material de pesquisa localizei um acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Processos: 2006.091.017253-6) bem elucidativo acerca do tema, esclarecendo que, em última análise, é a Justiça que decide se aceita ou não o pedido de retratação da vítima.

⁶⁰ Neste mesmo sentido foi a minha percepção quando advogada do Centro de Referência da Mulher Albertina Vasconcelos, no período de 2006 a 2007, na cidade de Vitória da Conquista, Bahia. A grande maioria das mulheres em situação de violência, moral, patrimonial, psicologia e até física e sexual, expressavam seu desejo de afastar a violência sem a intervenção da Justiça Criminal. Em geral, elas não autorizavam o início do procedimento criminal, preferiam, em caso de rompimento da relação, a intervenção jurídica no sentido de tentar um acordo sobre os direitos de visita e guarda dos filhos, pensão alimentícia e divisão dos bens. Isto sinaliza que a mulher deseja publicizar a situação da violência doméstica sem, contudo, legitimar a intervenção da Justiça Criminal.

⁶¹ Eis as constatações de Izumino (2004: 266 a 268) *in verbis*: “(...) estaria sua decisão em procurar a polícia, o que revela a falta de alternativas para a solução dos conflitos. A hipótese nesses casos é que, sem condições de

A Delegacia da Mulher é um recurso geralmente utilizado pelas mulheres sem acesso a outras instâncias de solução do conflito, indicando, por outro viés, que aquelas pertencentes à classe média e alta procuram outras fontes para mediação⁶². Isto nos leva a crer que, ao contrário da política criminal trazida pela “Lei Maria da Penha” de recrudescimento do tratamento penal do agressor, o Direito Penal não seria o meio de solução desse conflito social.

Assim, creio que esta informação possa sinalizar que embora a “Lei Maria da Penha” tenha sido fruto de um amplo debate social, as mulheres dos setores carentes não participaram das discussões ou não representaram fator real de poder a ponto de permitirem a continuidade dos institutos que lhes favorecia o empoderamento^{63 64}, evidenciando, talvez, que assim como em sua origem, o movimento feminista continua sendo encabeçado pela elite sócio-econômica do país.

A dissonância entre os dispositivos de natureza penal da “Lei Maria da Penha” e o anseio das mulheres que recorrem às Delegacias pela solução mediada do conflito, pode conduzir a não aplicação pelo Poder Judiciário da lei 11.340/2006 por falta de legitimidade. Sob esse argumento, que percebo como hipótese a ser

ter cesso a outras instâncias que promoveriam a mediação dos conflitos, resta a essas mulheres recorrer à polícia e à Justiça – instituições públicas (...)

Com relação aos casos analisados, a leitura dos processos pela ótica de seus protagonistas permite concluir que, ao acionar a Justiça para acabar com as agressões, essas mulheres nem sempre aguardam como decisão final a condenação de seus agressores. Neste sentido, não razão para afirmar que a Justiça falhou no tratamento dos casos de conflito de gênero, absolvendo os agressores na maior parte dos casos que lhe foram apresentados”.

⁶² Tanto a pesquisa de IZUMINO (2004), CERLME *et* AZEVEDO (2007) e nossa experiência no Centro de Referência Albertina Vasconcelos apontam que as mulheres pertencentes às classes marginalizadas sócio-economicamente são as que procuram as Delegacias para mediação da situação de violência, sem contudo, desejarem a intervenção da Justiça Criminal.

⁶³ Aqui faço referência ao instituto da conciliação (disciplinado pela lei 9.099/1995 afastada dos casos de violência contra a mulher pela “Lei Maria da Penha”) e a possibilidade de desistência da ação penal através de mero requerimento, sem necessidade de homologação judicial.

⁶⁴ Para CELMER *et* AZEVEDO (2007), o conflito social que está por trás da violência de Gênero não pode ser tratada pelo aumento do rigor punitivo. Para as pesquisadoras a dificuldade de um novo modelo para lidar com os conflitos sociais levaram o campo jurídico e o movimento de mulheres a criticar a lei 9.099/1995.

pesquisada, que parte do campo jurídico aponta como equívoco de política criminal da “Lei Maria Penha”, que com compromete a legitimidade de sua aplicação.

Então, retomando à temática da inconstitucionalidade da lei 11.340/2006 outros pontos de questionamento foram encontrados durante a pesquisa. Alguns documentos selecionados que trazem recorte sobre o debate da constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, invocam que no corpo da norma há referência constante ao agente que pratica a violência doméstica contra a mulher com o adjetivo de agressor.

Diante disso, essa parte do campo jurídico aponta violação do princípio constitucional de inocência, sob o argumento de que a “Lei Maria da Penha” antes da condenação está presumindo a culpa do suposto agressor, infringindo também o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana⁶⁵.

Aqui identifico além da afronta ao princípio da presunção de inocência, o caráter dualista da lei 11.340/2006 que ao tachar o homem de agressor, implicitamente está alocando a mulher na situação de vítima passiva. A “Lei Maria da Penha” promove a exclusão do homem através da Justiça Criminal⁶⁶, fortalecendo o sistema de privação de liberdade e o silenciamento da mulher, promovendo uma vitimização secundária das mesmas, ao condicionar, por exemplo, sua vontade de não prosseguir com a ação criminal à anuência judicial.

Outro aspecto de inconstitucionalidade identificado no campo jurídico durante a pesquisa diz respeito à previsão da criação dos Juizados de Violência Doméstica e

⁶⁵ É função do Estado através do processo dirimir o litígio, garantindo de um lado o restabelecimento da norma violado e, por outro, a manutenção da condição de cidadão de qualquer das partes da ação, seja réu ou autor.

⁶⁶ Embora tenhamos frisado o papel do Estado de garantir ao autor e réu no processo seus direitos fundamentais, há, no Direito Penal, uma corrente capitaneada pelo alemão Jakobs que defende a possibilidade de existência do chamado: direito penal do inimigo. Esse corrente ganhou fôlego, sobretudo, após o atentado de 11 de setembro ocorrido nos Estados Unidos da América, pregando um direito penal parcial, direcionado ao inimigo que não é considerado cidadão e, portando, alijado da tutela de qualquer garantia processual. Quando a lei “Maria da Penha” em todo o seu corpo usa o termo agressor, está violando o princípio constitucional da presunção de inocência, aproximando-se do Direito Penal Parcial, do Direito Penal do Inimigo.

Familiar com competência cível e criminal. Os artigos e decisões judiciais analisados invocam a inconstitucionalidade sob a tese de que a Constituição⁶⁷, prevê a competência dos estados-membros para fixar a organização judiciária e os Juizados são previstos pela “Lei Maria da Penha” que é federal.⁶⁸

Assim, embora o objeto da presente dissertação seja a análise do debate sobre a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha” no que tange ao princípio constitucional da igualdade, a pesquisa constatou que a lei 11.340/2006 tem sua adequação à Carta Maior questionada sob diversos outros argumentos.

Isso demonstra que não há uniformidade no campo jurídico quanto à aplicação dos dispositivos da citada Lei, o que pode ser pacificado após o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade em trâmite do STF, através do exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

⁶⁷ §1º do art. 125 e, alínea “d”, inc. II do art. 96 da Constituição Federal.

⁶⁸ Por outro lado, esse argumento é contestado sob o entendimento que a previsão dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar traz regras de direito processual e não de organização, em assim sendo, segundo o inc. II do art. 22 da Carta Constitucional, compete privativamente à União legislar sobre a matéria, o que conforme este magistério foi feito através da lei “Maria da Penha”.

4- GÊNERO NAS MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS SOBRE O DEBATE DE CONSTITUCIONALIDADE DA “LEI MARIA DA PENHA”

4.1- Percepção do Grupo que Advoga a Inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha”

O primeiro aspecto analisado sobre as manifestações jurídicas de inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha” pesquisado na presente dissertação, diz respeito ao reconhecimento da assimetria social entre mulheres e homens. As considerações aqui expostas são resultados da aplicação do instrumento de pesquisa (anexo 1), ao grupo de documentos (I) que percebem a lei 11.340/2006 como inconstitucional.

Assim, a pesquisa procurou averiguar se o campo jurídico, ao julgar a “Lei Maria da Penha” inconstitucional (grupo I), levou em consideração os debates voltados para a construção teórica da categoria analítica de Gênero. No instrumento de pesquisa (anexo1), os itens sete a dez serviram para basilar as conclusões aqui apresentadas acerca interface entre Gênero e campo jurídico.

Neste aspecto a pesquisa constatou que ao reputar a “Lei Maria da Penha” inconstitucional, o campo jurídico não incorpora a categoria analítica de Gênero. A partir daí percebemos que há uma cisão entre campo jurídico e campo social, na medida em que de forma generalizada há a percepção de diferenças entre as pessoas, sendo vedado ao campo jurídico seu reconhecimento.

Como ilustração desse resultado, podemos citar trecho do documento I- 01 que sustenta a inadequação da “Lei Maria da Penha” à Carta Constitucional:

“A lei contém diversos problemas que merecem uma análise mais aprofundada da doutrina e da jurisprudência. Em primeiro lugar, está a sua

duvidosa constitucionalidade. A Constituição de 1988 é peremptória ao determinar que 'homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações' (art. 5, I). Obviamente, a própria Constituição prevê exceções a favor da mulher, como a licença-maternidade gozada em tempo superior à licença-paternidade (art. 7º, XVIII e XIX). Exatamente por serem excepcionais essas normas, incide o princípio de hermenêutica ('as exceções devem ser interpretadas restritivamente'), que proíbe a utilização da analogia para criar novas discriminações a favor da mulher ou de quem quer que seja."

Aqui notamos que a disposição argumentativa das manifestações de inconstitucionalidade da "Lei Maria da Penha", tenta se apresentar alijada do campo social, quando entende que qualquer lei com a exceção da Constituição Federal não pode trazer tratamento diferenciado em favor da mulher, vedando ao Direito, fora do âmbito constitucional, qualquer interferência para equilibrar as disparidades sociais entre homens e mulheres.

Também expressando o isolamento do campo social no debate sobre a constitucionalidade da "Lei Maria da Penha" segue excerto do documento I-06:

"Nesse diapasão quando a Carta Magna, dentre o rol dos direitos fundamentais, consagrou igualdade entre homem e mulher estabeleceu uma isonomia plena entre os gêneros masculino e feminino, de modo que legislador infraconstitucional não pode – sob qualquer pretexto- promover discriminação entre os sexos em se tratando de direitos fundamentais, visto que estes já lhe são igualmente assegurados.

Bem explica o assunto Rosemiro Pereira Leal: Não há direito à diferença no plano dos direitos fundamentais já acertados constitucionalmente para todos, sob pena de romper o princípio da igualdade jurídica. A possível existência de direitos diferentes só ocorre no sobrenível da normatividade fundamental. Enfatiza ele que 'direitos diferentes, na teoria da democracia, não geram diferenças jurídico-fundamentais entre pessoas a suplicarem tratamento discriminatório'. As desigualdades possíveis seriam apenas físicas, psíquicas, cultural, estéticas, ideológicas ou econômicas. Portanto, o negro, o índio, o homossexual, a lésbica, o deficiente não são desiguais a ninguém quanto aos direitos fundamentais na teoria da constitucionalidade democrática. Tanto eles quando os brancos, amarelos, as mulheres, os heterossexuais: 'homem ou mulher', são iguais em direitos fundamentais e titulares de igualdade processual (simetria paridade- isonomia) no direito democrático.

A Lei n.º 11.340/2006 tem como fim específico combater a violência contra a mulher e assegurar 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 (art.3º), ou seja, visa assegurar direitos fundamentais única e exclusivamente às mulheres.

Destarte, a denominada "Lei Maria da Penha" viola o direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres e, como já exposto, não existe direito à diferença entre direitos fundamentais, razão pela qual não há outro caminho

a seguir senão de reconhecer a inconstitucionalidade da lei em análise.”
(Grifos do original).

O excerto citado, representativo do grupo I, invisibiliza no plano do Direito qualquer assimetria de poder entre mulheres e homens, quando utiliza como premissa argumentativa o fundamento de que possíveis disparidades são criadas pela “Lei Maria da Penha”, na medida em que esta protege a mulher e não estendem aos homens o mesmo tratamento jurídico.

Aqui há uma inversão no sentido de que é o campo jurídico, ao aplicar e reconhecer a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, que cria desigualdades entre mulheres e homens. As disparidades de Gênero são totalmente invisibilizadas como construção cultural, como realidade do campo social para galgarem o status de criação, leia-se ficção, jurídica.

Por outro lado, observamos também, ainda no grupo que advoga a inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, que uma pequena parcela dos documentos analisados fazia referência à categoria analítica de Gênero como construção social hierarquizada do feminino e masculino. Senão vejamos trecho do documento I-02 que cita as disparidades de Gênero:

“O homem exalta a violência. Virou o grande monstro que ameaça a família. O povo grita por socorro. E o Estado, num ato salvacionista, edita a Lei Maria da Penha. Lógico! Como é inadimplente na implementação dos direitos fundamentais, como educação, saúde, moradia, cultura, emprego etc., e, assim, gerador de muitas das mazelas humanas, faz uso de uma de suas atribuições a mais viável economicamente: o processo legislativo e o sistema penal.

[...]

Nós, seres humanos, estamos motivados a nos livrar de nossas couraças e repensar nosso futuro. Sabemos que só entre nós podemos avançar nessas questões da nossa condição. Não nos escapa que é momento de refletir sobre a crise da masculinidade e feminilidade. Há dúvida de que a natureza determina de modo tão sumário a diferença entre o masculino e feminino. HOMEM, MULHER, MASCULINO E FEMININO são construções. Efetivamente, muito de nós criticamos o modelo feminino ou masculino sob o qual fomos criados. Já se sabe atualmente que é possível ser homem sem ser MACHO e opressor.

[...]

Aliás, no Estado Democrático de Direito em que estamos construindo a IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL, parece-nos que deve ser revista a própria conceituação de gênero em masculino e feminino, já que a Constituição Brasileira tem como um de seus fundamentos a DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (art.1º, III, CR). Pelo menos no âmbito jurídico constitucional, não se deve fazer referência à identidade como masculina ou feminina, mas apenas à identidade do sujeito constitucional. Não é possível diante da principiologia democrática constitucionalizada estabelecer modelos de identidade masculina e feminina. Estereotipar a identidade em masculino e feminino é, no mínimo, discriminatório. Falar em encontrar uma NOVA identidade masculina ou feminina é um equívoco. É possível apenas refletir sobre a construção da NOVA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL no atual ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. (Destaques do original)

A partir do excerto citado, constatamos que inobstante a incorporação da categoria analítica de Gênero à defesa da inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, a cisão entre campo jurídico e campo social persiste. Pois, apesar de reconhecer as disparidades sociais no exercício de poder entre o masculino e feminino, o campo jurídico não é tido como meio legítimo para promover qualquer intervenção em prol da isonomia no seio da sociedade, permanecendo a ruptura da relação dialógica entre campo jurídico e campo social.

Percebemos ainda que o documento I-02, representativo da parcela do grupo I que incorpora ao debate a categoria de Gênero, aborda feminino e masculino como construção social passível de mudança. Contudo, estabelece uma barreira entre o campo jurídico e campo social, a qual impede o Direito de atuar como força modificadora das atuais relações de Gênero, já que apenas a Constituição Federal pode trazer tratamento jurídico diferenciado entre mulheres e homens.

O documento I-02 reconhece a existência de uma ordem injusta e hierarquizada de Gênero no seio social. Porém, o campo jurídico percebido como prático e neutro, não teria legitimidade para interferir na sociedade. Aqui a cisão entre campo jurídico e campo social é forjada pela estratégia de transferir ao Poder Executivo a atribuição de modificar as relações patriarcais de Gênero.

Enfim, para o grupo I, a “Lei Maria da Penha” viola o caráter de neutralidade do campo jurídico, por isso entendida como inconstitucional, na medida em que ao tutelar apenas a mulher em situação de violência doméstica, estaria criando um privilégio para as pessoas do sexo feminino.

Além de neutro, pude observar que o grupo I apresenta o campo jurídico como prático, ou seja, sua função é resolver conflitos individuais daqueles que procuram o Judiciário e não promover intervenções nas estruturas da sociedade na qual está inserido. Por isso que para o grupo I a “Lei Maria da Penha” ofende a ordem constitucional, posto que a mesma não se restringe a sanar os conflitos entre duas pessoas, mas, sim, em um contexto ampliado, atuar em favor da igualdade de Gênero.

A construção teórica que desemboca na conclusão pela inadequação da Lei 11.340/2006 com o princípio constitucional da igualdade é assentado exclusivamente em bases legais, com citação de dispositivos de lei, julgados e textos de cunho eminentemente jurídico, forjando uma suposta autonomia do campo jurídico em relação ao campo social, desdobrando-se no caráter prático e não político do Direito.

Enfim, o grupo I ao defender a inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha” forja o discurso da neutralidade jurídica, através da estratégia de negar à lei infraconstitucional e ao campo jurídico legitimidade para reconhecer e atuar no sentido de equilibrar as assimetrias sociais entre mulheres e homens. Por ser neutro, o campo jurídico se presta a intervir nos conflitos interpessoais sem problematizar as estruturas da sociedade na qual está inserido. Assim, o Direito se preserva prático e neutro.

Contudo, como afirma BOURDIEU (2006), a corrente do campo jurídico que se apresenta como neutra e autônoma em relação ao campo social, é, ela própria, um valor. Além de prático e neutro, o grupo I que advoga a inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha” se apresenta como conservador ao negar legitimidade ao campo jurídico, fora do âmbito constitucional, para reconhecer e intervir nas assimetrias sociais entre mulheres e homens, favorecendo, em última análise, a manutenção do *status quo* representado pela dominação masculina.

Para ENGELMANN (2006) o campo jurídico é composto de dois pólos, entre eles o que o autor denomina de pólo tradicional, que a nossa pesquisa identificou com o grupo I que advoga a inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, o qual se apresenta como “neutro”, “conservador” e “prático”.

Como visto anteriormente, a partir da definição de Constituição sob o aspecto sociológico apresentada por LASSALE (2005), as regras jurídicas são fatores reais de poder que se consolidam na forma de lei. Esses fatores embora com sede na Constituição Federal, que é a lei suprema do Estado, não são estáticos, pois seguem a dinâmica social.

Assim, a constante conservação, renovação ou reformulação desses fatores reais de poder se dá com a reforma da Constituição Federal, com a edição de leis infraconstitucionais e pela atividade do campo jurídico de aplicação e interpretação do Ordenamento Legal.

É nesse movimento de edição de novas leis, interpretações jurídicas e julgamentos que podemos perceber, a partir do campo jurídico, os rearranjos das questões de Gênero no campo social. Ao partir dessa premissa, quando as manifestações jurídicas de inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha” cindem campo jurídico e campo social, estão em última análise atuando como fator real de

poder no sentido de conservar a ordem social vigente, no caso, a hierarquia de Gênero veiculada pelo patriarcalismo.

Destarte, a partir da relação que o grupo I faz entre campo jurídico e campo social, identificamos o mesmo como pólo tradicional do Direito diante das características apontadas por ENGELMANN (2006) de neutralidade, praticidade e conservadorismo. Esse pólo tradicional ao advogar a inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha” atua como fator real de poder no sentido de manutenção das vigentes relações sociais de supremacia do masculino.

Como dito, apesar de chegarmos a essa conclusão através da observação da relação exposta entre campo jurídico e campo social, boa parte dos documentos que analisamos do grupo I assumem a posição de campo tradicional, através das estratégias de biologização e divinização, atuando como fator real de poder na manutenção das relações patriarcais de Gênero.

Nesta linha destacamos o documento I-09 que traz para construção da argumentação de inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha” a seguinte premissa:

“[...] O mundo é e deve continuar sendo **masculino, ou de prevalência masculina, afinal**. Pois se os direitos são iguais_ porque são_ cada um, contudo, em seu ser, pois as funções são também, **naturalmente** diferentes. Se se prostitui a essência, os frutos também o serão. Se o ser for conspurcado, suas funções também o serão. (...). (Grifos do Original).

Além de pregar expressamente a manutenção do *status quo* nas relações de opressão de Gênero, o excerto trabalha com a naturalização desse processo histórico quando prescreve que a prevalência masculina é característica imutável do mundo (“*o mundo é e deve continuar sendo masculino*”). Esse argumento é construído através da segregação de funções afetas ao masculino e feminino, biologizando as relações de Gênero, o que pode ser observado quando o

documento afirma que embora homens e mulheres sejam iguais em direitos, “*suas funções são naturalmente diferentes*”.

Para BOURDIEU (2007) um dos mecanismos da opressão de Gênero se dá pelo discurso de naturalização, que consiste em imputar as diferenças entre mulheres e homens a fatores biológicos. Desse modo as assimetrias de Gênero perdem seu caráter cultural, histórico e contingente, sendo internalizadas como natural e imutável.

Outro ponto que merece destaque é o apelo à ordem divina como meio de invisibilizar o processo sócio-cultural de hierarquização das relações de Gênero.

Senão vejamos a transcrição de parte do documento I-09 sobre o tema:

“Esta ‘Lei Maria da Penha _ **como posta ou editada** _ é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica **de Deus**; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta.

Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher _ todos nós sabemos _ mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.

Deus então, irado, vaticinou, para ambos. E para a mulher disse: [...] o teu desejo será para o teu marido, e ele te dominará [...].

Já está lei diz que aos homens não é dado ‘controlar as ações (e) comportamentos [...] de sua mulher (art. 7º, inc. II). Ora! Que o ‘dominar’ não seja um ‘você deixa?’, mas ao menos um ‘o que você acha?’ Isto porque o que parece ser não é e o que efetivamente é, não parecia ser. Por causa da maldade do ‘bicho’ Homem, a Verdade foi então por ele interpretada segundo as suas maldades e sobreveio o caos, culminando _ na relação entre homem e mulher, que domina o mundo _ nesta preconceituosa lei.

Mas à parte dela, e como inclusive já ressaltado, o direito natural, e próprio em cada um destes seres, nos conduz a conclusão bem diversa. Por isso _ e na esteira destes raciocínios – dou-me o direito de ir mais longe, e em definitivo! O mundo é masculino!⁶⁹ A idéia que temos de Deus é masculina!

⁶⁹ O autor (juiz da comarca mineira de Sete Lagoas, que sofreu representação no conselho Nacional de Justiça acusado de posicionamentos machistas em decisões judiciais) do documento citado em nota de esclarecimento sobre suas sentenças afirma que: “Mas, afinal, o que quis dizer eu com ‘prevalência masculina’? Ora! O que quisemos dizer foi o seguinte: suponhamos uma situação de absoluto e intransponível impasse entre o marido e a esposa sobre determinada e relevante questão doméstica --um e outro não abrem mão de sua posição e não se entendem. Qual das posições deverá prevalecer até que, civilizadamente, a Justiça decida? De minha parte não tenho dúvida alguma que deverá prevalecer a decisão do marido. E vou mais longe: creio que não será do agrado da esposa que fosse o inverso, porque, repito, a mulher não suporta o homem emocionalmente frágil, pois é exatamente por ele que ela quer se sentir protegida-- e o deve ser --e não se sentiria assim se fosse o inverso”. (FOLHA DE SÃO PAULO: 24 DE OUTUBRO de 2007)

Jesus foi Homem! À própria Maria_ inobstante a sua santidade, o respeito ao seu sofrimento (que lhe credenciou como 'Advogada' nossa diante o Tribunal Divino) _ Jesus ainda assim a advertiu, para que também as coisas fossem postas, cada uma em seu devido lugar: "que tenho contigo, mulher!?"

Quando o documento I-09 afirma *"que a desgraça humana começou no Éden"* lança mão, assim como a sociedade Cabila (BOURDIEU: 2007), do recurso ao mito original de criação como forma de lastrear o predomínio masculino posto como ordem suprema e inquestionável, uma vez que transcende aos humanos e à sociedade (categoria a-histórica), fazendo parte do desejo e do mistério divino.

Argumentação utilizada no citado documento para defender a inconstitucionalidade da Lei 11.340/2006, além de recorrer à fundamentação divina, forja a neutralidade do campo jurídico através da naturalização das assimetrias de poder entre mulheres e homens. Ao recorrer à sustentação religiosa e biologizante o documento I-09 retira a legitimidade do campo jurídico ou de qualquer outra força social para modificar as relações de Gênero.

A "Lei Maria da Penha" que o documento I-09 adjetiva de herética, é tida como criadora de discriminação injusta ao determinar dispositivos de proteção apenas para as mulheres. Aqui não há invisibilização das disparidades sociais entre mulheres e homens, há, sim, o reconhecimento que a "Lei Maria da Penha" inverte a ordem tida como natural e original das relações patriarcais de Gênero, em que a hegemonia masculina deve prevalecer.

Outro ponto de constatação da pesquisa quanto ao grupo que entende ser a "Lei Maria da Penha" inconstitucional foi a privatização do conflito de Gênero, especificamente no que diz respeito à violência doméstica contra a mulher. A partir da análise qualitativa dos quesitos onze e doze do instrumento de pesquisa pude

perceber que o grupo I ao afastar o campo jurídico, solução pública de conflitos, como meio legítimo de intervenção nos casos de violência doméstica contra a mulher, remete a celeuma à esfera privada do lar e das relações íntimas. Isto pode ser observado no documento I-06 ao apresentar razões para a inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, senão vejamos:

“Frise-se, ao final, a propósito do que foi dito acima, que não deixamos de estar sensibilizados com a tragédia que vitimou a Sra. Maria da Penha, que, por um horrível drama familiar, emprestou o nome à lei em comento. O que não podemos aceitar é uma lei travestida de vingança social com sérias conseqüências no cotidiano de milhares de outras pessoas, como soe acontecer com esta e outras que “respondem” ao apelo momentâneo e emporcalham o sistema por vários anos”.

O documento citado, representativo do grupo I, privatiza as relações de Gênero negando a violência doméstica enquanto conflito social. A reivindicação individual e coletiva por igualdade entre os sexos é invisibilizada quando o caso da Sra. Maria da Penha, que serviu de bandeira para a criação da lei 11.340/2006, é visto como mero conflito familiar. As instâncias públicas e o Direito em especial não são reconhecidos como instância de intervenção legítima nesta seara específica. A violência doméstica contra a mulher é remetida ao predomínio do espaço privado como limite para discussão.⁷⁰

No mesmo sentido, a idéia de privatização da violência doméstica é refletida no documento I-0, o qual traz que:

“O Estado, com suas costumeiras pretensões totalitárias, entra na vida familiar e disciplina o que é ou não permitido. De repente, pequenos atritos diários podem ser considerados crimes ou dar ensejo a indenizações por dano moral”.

Do mesmo modo a violência doméstica é privatizada, sendo a “Lei Maria da Penha” vista como invasão totalitária na vida familiar. Os crimes praticados contra a mulher no âmbito do lar são minimizados e referidos como pequenos atritos diários.

⁷⁰ Aqui há um movimento inverso do pleiteado pelo movimento feminista na década de 60 e 70 que seria de tornar pública a violência doméstica contra a mulher.

A dicotomia entre o público e privado analisado neste tópico é um fator representativo das relações de Gênero em determinado tempo e espaço, posto que revelador do exercício de poder e delimitação de *locus* entre mulheres e homens. É neste caminho que MORENO (2004) constata, na citada pesquisa em escolas espanholas, como traço da dominação patriarcal de Gênero a delimitação do espaço público como masculino e do privado como feminino.

WILSHIRE (1997) e BOURDIEU (2007) também trabalham o patriarcalismo sob a perspectiva de categorias dualista, nas quais , segundo os autores, está calcada a sociedade ocidental. Entre as dicotomias que segregam e hierarquizam o feminino e o masculino, destacamos: esfera pública/esfera privada, sintetizando: homem/mulher.

Embora o privado, simbolizado pelo lar, seja o *locus* de representação do feminino, é também, como expressão da dominação patriarcal, o local em que o macho exerce seu domínio sobre a mulher e a prole. Diante disso, em nome da igualdade de Gênero, nos idos de 1960, o movimento feminista passou a reivindicar a inserção da mulher no espaço público e a publicização da violência doméstica contra a mulher.⁷¹

No Brasil a luta e a conquista dos direitos civis das mulheres demonstra a mudança do campo jurídico em prol da isonomia de Gênero. O Direito Civil, por exemplo, aboliu o instituto do pátrio poder que alocava o homem como o chefe da família, com poderes inclusive de determinar o domicílio do casal. Atualmente vige o poder familiar exercido pela mulher e pelo homem de forma paritária.

⁷¹ A própria “Lei Maria da Penha”, a criação da Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres e a interiorização de Delegacias da Mulher, sinalizam que ainda hoje o pleito de publicização da violência doméstica contra a mulher persiste.

Contudo, inobstante o campo jurídico rechaçar o espaço privado, representado pela família, como local de exercício de dominação masculina, é incontestável que nas relações domésticas e intrafamiliares os índices de violência física, moral, psicológica e patrimonial contra a mulher são expressivos⁷². Tanto é que o Brasil tem uma Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres, tendo como um de seus objetivos prevenir a combater tal espécie de violência.

Desse modo, quando o grupo I afasta a intervenção do campo jurídico como forma de prevenção e combate à violência de Gênero, reprivatiza o conflito no sentido de manutenção da supremacia do poder masculino nas relações domésticas e familiares. Esse posicionamento contrasta com o desejo das mulheres, sobretudo das camadas mais desfavorecidas, que utilizam as instâncias judiciais e as delegacias como mediadoras da situação de violência familiar que estão vivenciando.⁷³

A reprivatização da violência doméstica representa o confinamento simbólico da mulher no espaço privado do lar e o seu silenciamento público, na medida em que reforça o domínio masculino sobre o feminino no local de convivência familiar, como extensão da hegemonia masculina que se estende do público ao privado.

À semelhança das escolas espanholas⁷⁴, notamos que as manifestações jurídicas de inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha” em nome de uma

⁷² Quando exerci a função de advogada, no período de junho de 2006 a agosto de 2007, no Centro de Referência Albertina Vasconcelos, na cidade de Vitória da Conquista, Bahia, atendendo mulheres em situação de violência, percebi que a maior parte dos relatos de violência - física, sexual, patrimonial, psicológica e patrimonial - ocorriam nos vínculos familiares, mas especificamente nas relações de namoro e principalmente nas de casamento e união estável.

⁷³ Esse dado foi apontado na pesquisa de IZUMINO (2004) que analisou processos judiciais, nos quais mulheres foram vítimas de tentativa de homicídio ou lesão corporal praticados por seus companheiros ou maridos.

⁷⁴ MORENO (2004) analisou as manifestações de Gênero em escolas espanholas, constatando que em nome de uma pretensa isonomia entre homens e mulheres os conteúdos curriculares apresentavam o modelo universal de Ser Humano que invisibiliza a mulher e os valores femininos e põe em posição central o homem e os valores masculinos. O ponto de convergência entre a pesquisa de Moreno (2004) e a nossa é que ambas trabalham com estruturas normativas do campo social: escola e campo jurídico, o que permite o diálogo.

pretensa igualdade jurídica ou igualdade formal, calca-se no modelo abstrato do Sujeito de Direitos ou Sujeito Constitucional, como estratégia de formulação do caráter universalista do campo jurídico.

Assim como no citado estudo de MORENO (2004) em que se observou que os currículos das escolas espanholas adotam de forma subliminar o padrão do Ser Humano, como sendo masculino, pautado em sua identidade de macho a partir da violência e da dominação, a nossa pesquisa percebeu no recorte do campo jurídico que advoga a inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha” um modelo de Ser Humano semelhante ao descrito por MORENO (2004).

O grupo I faz referência, conforme já analisado, do Ser Humano (Sujeito de Direito ou Sujeito Constitucional) que em nome de uma suposta igualdade constitucional não admite diferenciação jurídicas entre as pessoas (todos são iguais perante a lei). Essa igualdade proposta além de servir como estratégia para forjar a neutralidade e universalismo do campo jurídico, traz em si, também, um valor que acaba por referendar, como vimos ao longo da análise do grupo I, as relações patriarcais de Gênero no campo social.

Além desse padrão hierárquico camuflado na idéia de Sujeito Constitucional, constatamos que ao negar as diferenças sociais entre mulheres e homens⁷⁵, o grupo I está também negando as particularidades da identidade feminina, excluindo-as do campo de definição do Sujeito de Direito.

Alguns documentos analisados que compõem o grupo I, a exemplo do I-01, assumem de forma direta a hegemonia do masculino, senão vejamos:

“A pretexto de proteger a mulher, a lei considera-a como incapaz de cuidar de sua higidez mental, podendo ser ‘ferida em sua auto-estima’ por qualquer palavra ou atitude dissonante do companheiro. [...] Assim, ser punido por atos que inevitavelmente ocorrem no cotidiano de um casal

⁷⁵ Consoante segundo capítulo deste trabalho quando da definição teórica da categoria analítica de Gênero, aponto para o fato de que a orientação sexual, desvinculada do biológico constitui identidade do sujeito.

significa penalizar o homem como tal e não os fatos em si. Enfim, nos dias de hoje, ser homem pode ser um crime, exceto se pertencer a alguma minoria legalmente protegida, como negros, índios, idosos, crianças, adolescentes e, em um futuro próximo, homossexuais. Nesses casos, a 'condição moralmente inferior' do homem pode ser 'compensada' pelo fato de que a lei o considera também como uma vítima!"

Os valores das relações patriarcais de Gênero são reafirmados diante da desqualificação da violência contra a mulher, chamada eufemisticamente de “atitude dissonante”, inferiorizando a mulher ao rotulá-la de incapaz e frágil por sentir sua auto-estima ferida quando vítima de violência.

Ao apresentar os atos que a Lei coíbe e pune como atos inevitáveis no cotidiano de um casal, ao lado da afirmativa de que ser homem pode ser um crime, equipara-se homem e violência, sinalizando que a violência em uma relação doméstica é algo natural, sendo a “Lei Maria da Penha” a violadora da ordem do lar e da noção jurídica de Sujeito de Direito.

Assim, a noção de Sujeito de Direito demarca o espaço da vida privada doméstica pela dominação do masculino e submissão do feminino. Aqui aparece a categoria dualista que marca a relação patriarcal de Gênero apontada por WILSHIRE (1997) E BOURDIEU (2007), qual seja: homem/mulher; forte/frágil e público/privado, segregando e hierarquizando os papéis sociais: feminino e masculino.

A partir dessas premissas, durante a pesquisa foram sendo observadas algumas constatações que inicialmente não estavam em nossos objetivos. Desse modo, a partir da análise do grupo I que se manifesta pela inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, além da percepção de Gênero nos documentos e da relação público/privado, pude verificar as representações de Gênero que se constroem tendo por base a heterossexualidade como padrão de relacionamento íntimo.

Assim, outro aspecto representativo do Sujeito Constitucional, característico da dualidade do pensamento patriarcal que surge do binômio: homem/mulher, é a assunção da heterossexualidade como padrão de orientação sexual. Observamos também que a representação social da heterossexualidade como norma de comportamento é reforçada por parte do grupo I, quando, por exemplo, o citado documento I-01 destaca que ser homem pode ser crime, salvo, se homossexual, categoria adjetivada como “moralmente inferior”.

Esse padrão se repete no documento I-09 nos seguintes termos:

“Enfim! Todas as razões históricas, filosóficas e psicossociais, ao invés de nos conduzir ao equilíbrio, ao contrário vêm para culminar nesta lei absurda, que mais se assemelha a uma bomba. Aquele que ama a mentira, a dissimulação, a perfídia e a confusão, certamente está rido à toa! Porque a vingar este conjunto normativo de regras diabólicas, a família estará em perigo, como inclusive já está: desfacelada, os filhos sem regras_ porque sem pais; o homem subjugado, sem preconceito como nós vimos não significa sem ética _ a adoção por homossexuais e o ‘casamento’ deles, como mais um exemplo. Tudo em nome de uma igualdade cujo conceito tem sido substituído em nome de uma sociedade igualitária”.

Como representação social do excerto citado, a vigência da “Lei Maria da Penha” à semelhança da caixa de pandora, trouxe à tona o desequilíbrio, a mentira, a dissimulação, a perfídia, a confusão e a quebra da isonomia social entre mulheres e homens, corrompendo a ética assim como o casamento e adoção por homossexuais. Como base nesta idéia, além da subjugação da mulher no espaço privado do lar, a heterossexualidade é reforçada como única forma de orientação sexual legítima.

Enfim, o estudo do campo jurídico e social que se manifesta pela inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha” constatou nessas manifestações a produção e reprodução das relações patriarcais de Gênero, construídas a partir de uma argumentação jurídica que se apresenta como neutra, imparcial, e sem qualquer relação dialógica com o campo social.

4.1.2- Resultados do Grupo que Defende a Aplicação da “Lei Maria da Penha” aos Homens.

Durante a aplicação do instrumento de pesquisa identificamos uma fração do campo jurídico, inicialmente alocado no grupo que se manifesta pela constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, com a ressalva de que a mesma pode ser aplicada aos homens. Após análise qualitativa do instrumento de pesquisa percebemos que esse grupo, embora repute a Lei constitucional, traz uma estratégia jurídica que o equipara ao grupo que se manifesta inconstitucionalidade. O ponto convergente entre ambos é o entendimento que a Lei 11.340/2006 viola o princípio constitucional da igualdade.

Diante disto, o campo jurídico que foi inicialmente dividido em dois grupos (manifestação de inconstitucionalidade e manifestação de constitucionalidade) foi acrescido por um intermediário (manifestação de constitucionalidade com aplicação da “Lei Maria da Penha” aos homens), demandando um novo rearranjo.

Enquanto que o grupo I que advoga a inconstitucionalidade da lei 11.340/2006 por entender que o princípio da igualdade foi violado, propõe a retirada da Lei do ordenamento jurídico, o grupo que defende a constitucionalidade desde que a Lei seja aplicada a qualquer pessoa, também parte da premissa da violação do princípio da igualdade, contudo, em lugar da retirada da Lei do sistema jurídico, apregoa a sua extensão a qualquer pessoa que sofra violência doméstica.

Embora o grupo que defende a aplicação da “Lei Maria da Penha” aos homens aponte como conclusão a constitucionalidade Lei, desde que não restrita às mulheres, sua fundamentação tem por base o argumento da inconstitucionalidade relativa, por violação ao princípio constitucional da isonomia. Diante disto optamos

por deslocar esses documentos do grupo que defende a constitucionalidade da Lei, alocando-o no grupo que advoga sua inconstitucionalidade.

Em consonância com o grupo I, anteriormente analisado, o grupo denominado de IR que defende a aplicação da “Lei Maria da Penha” aos homens tem por característica a não utilização da categoria analítica de Gênero, negando, em geral assimetria no exercício de poder entre mulheres e homens na sociedade.

O documento IR- 01, representativo do grupo, traz o seguinte argumento:

“A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226, §8º, da Constituição Federal, não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, mas tão-somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso, não sendo, portanto, possível a simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de quaisquer das medidas nela previstas, porque o art. 5º, II, c/c art. 21, I e art. 226, §8º, todos da Constituição Federal, compatibilizam-se e harmonizam-se, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres como para homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar”.

Aqui notamos um traço característico do grupo IR, semelhante ao grupo I, que é a disposição da argumentação jurídica sem qualquer relação dialógica com o campo social, como se a “Lei Maria da Penha” fosse tão só um fenômeno jurídico, sem qualquer intervenção do e no campo social.

Interessante registrar que o excerto do documento citado, representativo do grupo IR, trata a violência que a “Lei Maria da Penha” regula, não como decorrente de um contexto social em que os papéis femininos e masculinos são delimitados pelo modelo patriarcal, mas como fruto da relação familiar, assim a Lei não é vista como uma forma de intervenção na sociedade, mas apenas na pequena célula familiar, formada pelo simples fato das pessoas viverem juntas.

Quando o excerto afirma que a Constituição não permite discriminação aos homens no tratamento jurídico da violência doméstica, evidencia o traço observado no grupo IR e pelo grupo I de perceber que a disparidade entre mulheres e homens foi criada pela “Lei Maria da Penha” e não na e pela sociedade. Neste mesmo sentido o documento IR-04:

“O tratamento desigual tampouco se justifica por não haver adequação ao princípio da razoabilidade pelo argumento de que as mulheres sofrem violência doméstica em maior quantidade. As estatísticas não tornam menos gravosa a conduta quando atinge vítima do sexo masculino, precipuamente, repita-se, porque a vítima pode ser criança ou idoso. É inequívoco, por exemplo, que homens sofrem homicídio por emprego de arma de fogo em escala muito maior do que as mulheres, mas isso, em hipótese alguma, justificaria, devido ao princípio da igualdade entre os sexos, a existência de lei estabelecendo pena menor para os casos em que a vítima fosse do sexo feminino.

[...]

Para tanto, bastaria que a Lei n. 11.340/2006 fosse alterada, trocando-se a expressão ‘violência doméstica ou familiar contra a mulher’ por ‘violência doméstica e familiar contra a pessoa’, de modo a cessar o tratamento desigual e garantir a legislação que visa coibir a violência doméstica contra qualquer integrante da família, conforme, aliás, expressamente exige o §8º do art. 226 da Constituição Federal.”

Assim, quando o grupo IR estabelece que a Lei 11.340/2006 cria o desequilíbrio nos papéis sociais de mulheres e homens, está negando a existência de qualquer assimetria social de Gênero. A figura do Sujeito Constitucional⁷⁶ reforça esse padrão na medida em que prega que a “Lei Maria da Penha” deve ser aplicada aos homens, invisibilizando e, portando, excluindo da configuração do Sujeito de Direito, as peculiaridades da violência contra as mulheres e a identidade feminina desenhada no e pelo modelo de sociedade patriarcal.

Desse modo, como no grupo I, anteriormente analisado, aqui é possível, na perspectiva social, identificar o movimento que SABADELL (2005:25), ao analisar os

⁷⁶ SABADELL (2005:07) após afirmar que o Direito é masculino, leciona que: “Sabemos também que uma regra básica de técnica legislativa nos estados modernos, que adotam o princípio da igualdade, é o emprego de termos neutros, o que permite situar o direito em uma posição tecnicamente “avaliativa” em relação aos seus destinatários”.

mecanismos de perpetuação do controle patriarcal, denomina de “negação da realidade”, que ocorre quando a violência doméstica é invisibilizada.

Ao estender a aplicação da “Lei Maria da Penha” aos homens, como condição de sua adequação à Carta Maior, o grupo IR passa a tratar as relações entre os membros da família de forma massificada, retirando de pauta a problemática patriarcal de Gênero introduzida pelo legislador. Com essa estratégia legal, absolve-se o patriarcalismo através da suposta neutralidade e imparcialidade do Direito que inadmite qualquer diferenciação entre as pessoas, a fim de preservar uma suposta igualdade constitucional.

Embora a violência doméstica seja aparentemente publicizada, com a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, essa estratégia acaba por referendar as relações patriarcais de Gênero no seio da família e da sociedade, na medida em que o grupo IR propõe a aplicação da “Lei Maria da Penha” aos homens.

Assim, a invisibilidade da violência contra a mulher e suas imbricações com o patriarcalismo acaba confinando essa espécie de violência ao âmbito privado, possibilitando que o homem continue a exercer de fato o “pátrio poder”, em detrimento da inferiorização e submissão da mulher no lar e na sociedade, diante da negação da realidade das relações patriarcais de Gênero.

A extensão da aplicação da “Lei Maria da Penha” aos homens é uma estratégia adotada pelo campo jurídico, a qual nega a realidade do campo social, referendando, em última análise a manutenção do *status quo* das relações patriarcais de Gênero.

Com base no delineamento de campo jurídico apresentado por ENGELMANN (2006), constatamos que o Direito aqui se apresenta, como neutro, conservador e prático, assim como no grupo I que defende a inconstitucionalidade da “Lei Maria da

Penha”, atuando como pólo conservador e constituindo-se como fator real de poder em prol da ordem patriarcal nas relações sociais de Gênero.

4.2- As Manifestações de Constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”

O grupo, denominado de “C”, que analisaremos neste tópico entende que a “Lei Maria da Penha” não apresenta nenhuma macula legal devendo ser aplicada pelo campo jurídico na forma em foi promulgada. A pesquisa constatou que o grupo C tem como premissa o reconhecimento da categoria analítica de Gênero, a publicização do conflito e a percepção da Lei como meio de desequiparação legal e legítimo para promover o combate e a prevenção da violência contra a mulher no campo social.

A categoria analítica de Gênero é utilizada constantemente pelo grupo C, estabelecendo o diálogo entre o campo jurídico e campo social, ou, é percebida através do reconhecimento das assimetrias de poder no seio social entre mulheres e homens. O documento C-21 que trabalha com a constitucionalidade da Lei “Maria da Penha” traz o seguinte registro:

“A política de repressão à violência contra a mulher, efetivada pela Lei 'Maria da Penha', está intimamente ligada à necessidade de concretização do princípio constitucional de isonomia, procurando diminuir a desigualdade de condições entre homens e mulheres na busca da dignidade da pessoa humana, diante do fato público e notório da quantidade de agressões sofridas pelas mulheres na intimidade doméstica [...].

Portanto, **o princípio que consagra a igualdade do homem e da mulher perante a lei não poderá desprezar os aspectos históricos e sociais que envolvem cada um deles na família brasileira.** Tais aspectos apontam a notória predominância do homem na condução dos assuntos familiares, relegando-se à mulher uma posição secundária, circunstâncias essas que configuram uma ineludível desigualdade entre ambos, a refletir, de conseqüência, na exegese do aludido princípio. Assim, para se alcançar uma possível igualdade entre o homem e a mulher brasileiros na esfera familiar, conclui-se que o sentido do princípio da isonomia aproxima-se da idéia aristotélica de justiça: aos desiguais dispensa-se tratamento desigual, conforme assinalado corretamente pelo apelante.” (Grifos do Original)

Destarte, o documento mencionado sintetiza a percepção do grupo C sobre o desenho assimétrico dos papéis sociais de mulheres e homens na sociedade brasileira, denunciando a vigência de fato da hegemonia masculina na condução dos assuntos familiares, sinalizando que a realidade de assimetria de Gênero no campo social ainda não foi vencida.

A “Lei Maria da Penha” para o grupo C, então, é tida como instrumento legítimo de intervenção no campo social em favor da superação da dominação masculina. A relação dialógica entre o campo jurídico e o campo social é acentuada pela classificação da Lei 11.340/2006 como política pública de repressão à violência doméstica contra a mulher.

O documento C-19 também expõe, na mesma linha, a percepção do grupo C, senão vejamos:

“Com efeito, a alegação de que o homem estaria sendo excluído do núcleo familiar, ferindo o artigo 226, §8º, da Constituição Federal e que apenas estaria protegendo a mulher não tem respaldo, pois o mesmo diploma legal prevê que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, **criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações**”.

A partir, então, de tal dispositivo é que a Lei Maria da Penha foi publicada, ainda que quase vinte anos depois da promulgação da Constituição Federal. Com efeito, o artigo 226, §8º, já dispunha que seriam criados mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar, onde a mulher é, efetivamente, a parte hipossuficiente da relação. Daí porque foi editada a Lei 11.340/06, para dar cumprimento ao dispositivo constitucional.

Diante disso, não há falar em inconstitucionalidade da Lei 11.340/2006, pois a própria Constituição Federal previu a criação de uma Lei para coibir a violência doméstica, bem como está presente na Constituição Federal a diferença entre a igualdade formal e material, a qual dá suporte à Lei 11340/2006, sem ferir o princípio da isonomia, como alegado pelo apelante. Frise-se, que em sendo declarada a inconstitucionalidade da Lei 11340/2006, também ter-se-ia que declarar inconstitucional o Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois estes também estariam ferindo o princípio da isonomia. Assim, estas Leis, bem como a Lei Maria da Penha estão voltadas às pessoas mais vulneráveis e merecedoras de especial proteção, procurando igualar quem é desigual.” (Grifos do Original).

Assim como no excerto do documento C-21, citado anteriormente, a violência familiar não é tratada de forma genérica, o recorte dado à mulher em situação de

vítima desta espécie de violência, problematiza, denunciando e dando visibilidade à submissão da mulher forjada pela cultura patriarcal.

Nos documentos citados, representativos do grupo C, a intimidade doméstica é tida como o espaço privilegiado de ocorrência da violência contra a mulher, o que aliado à nota de que a “Lei Maria da Penha” faz parte de uma política de repressão, conduz a celeuma do privado ao público.

Na medida em que há assunção pelo grupo C de que é: *“fato público e notório a quantidade de agressões sofridas pelas mulheres na intimidade doméstica”* e que *“a mulher é, efetivamente, a parte hipossuficiente da relação”*, a ato de agressão contra a mulher na esfera intrafamiliar é reconhecida como oriunda da desigualdade material entre homens e mulheres, sendo o lar e a relação íntima apenas o *locus* de acontecimento, afastando com ênfase a privatização desta espécie de violência.

Embora PIERROT⁷⁷ (1997) destaque que a divisão entre público e privado tenha tomado evidência no século XIX, ARENDET (2008) acentua que no século XX os planos público e privado, mesclam-se, neste íterim que o movimento feminista⁷⁸ teve grande contribuição na dissolução da barreira entre essas duas esferas, sobretudo com a reivindicação de visibilidade da violência doméstica.

A partir daí, observamos que o grupo C ao reconhecer a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, legitima a pauta do movimento feminista de dar à violência intrafamiliar contra a mulher uma conotação política. Esse argumento é utilizado pelo

⁷⁷ Para a autora o público é o único domínio direto da intervenção, do poder e campo tido como dos verdadeiros valores, sendo reservado aos homens. (PIERROT: 1997)

⁷⁸ COSTA (2007) sobre o tema indica que: “A concepção do caráter privado da violência doméstica impede que sua dimensão política seja evidenciada e que tenha o mesmo tratamento dos que outros tipos de crimes. A sociedade enfrenta o enorme desafio de tornar as estratégias que visam à liberdade das mulheres que sofrem violência um ato político, público e coletivo, capaz de reforçar iniciativas particulares, mas não menos relevantes. Assim, para que essas iniciativas sejam implementadas, faz-se necessário não apenas renomear a violência doméstica, para que não permaneçam dúvidas quanto ao seu caráter político, mas, também, reforçar a luta para que a concepção de que ‘o pessoal é político’ permeie as práticas individuais e coletivas, privadas e públicas”.

grupo C como sustentáculo do posicionamento da adequação da Lei 11.340/2006 à Carta Maior, denotando a superação do dualismo patriarcal apontado por WILSHIRE (1997) e BOURDIEU (2007): publico/privado e masculino/feminino.

A superação do dualismo que caracteriza as relações de Gênero na sociedade patriarcal, equivale ao rompimento com esse padrão, ao qual o campo jurídico tem sua legitimidade de atuação resguardada. Senão vejamos o documento C-01:

[...] Diante dessa realidade, é patente a necessidade de adoção de medidas afirmativas em defesa das mulheres, a fim de corrigir a distorção social existente na sociedade brasileira, ainda patriarcal, uma vez que o número de mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar, não obstante a falta de dados comparativos, é notoriamente superior ao dos homens. Como sabido, não basta afirmar a igualdade formal, ignorando as disparidades sociais existentes, visto que militaria contra a concretização da desejada igualdade material, negando-se, assim, o objetivo a que a Carta Política buscou atingir. Com efeito, a distinção de tratamento revela-se, assim, plenamente justificada, tendo em conta **situação social** a que continuam sujeitas as mulheres, inexistindo, portanto, afronta ao princípio da igualdade. É indubitável que, não obstante a igualdade substancial entre homens e mulheres (essência humana), remanesce a disparidade social (....) (Grifos do original).

A superação do dualismo público/privado e a relação dialógica entre campo jurídico e campo social, passa pelo reconhecimento do grupo C do caráter histórico e cultural das relações patriarcais de Gênero. Desse modo, as assimetrias sociais entre mulheres e homens estão no plano da contingencialidade, do transitório e do dinâmico.

O trecho citado é representativo do grupo C, evidenciando a legitimidade do campo jurídico em atuar de modo a interferir no campo social e, portanto, nos rumos da história no que toca às relações de Gênero. Destarte, a partir da categoria de ENGELMANN (2006), conforme dito anteriormente, o campo jurídico é constituído

de dois pólos concorrentes⁷⁹, sendo que o grupo C ao defender a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha” é classificado como pólo diversificado pelas seguintes características: politizado e crítico, em oposição ao pólo conservador.

4.3- Caracterizações do Campo Social e Jurídico a Partir dos Debates de Inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha”.

ENGELMANN (2006) destaca, conforme analisamos anteriormente, que o campo jurídico divide-se em dois pólos, um tradicional e outro diversificado, os quais a pesquisa identificou de um lado o grupo I, que defende a inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha” e, de outro, o grupo C que advoga a adequação da Lei à Carta Maior.

Contudo, como assevera o citado autor, *“essa grande oposição significa apenas um ponto de partida para a apreensão de lógicas mais complexas que definem as oposições e alinhamento no interior desse espaço”* ENGELMANN (2006). Dessa forma, os dois pólos encontrados na presente pesquisa representam a luta simbólica de Gênero travada no espaço do campo jurídico, em que se digladiam duas forças: uma no sentido de manutenção do *status quo* das relações patriarcais de Gênero e outra no sentido de superação dessas estruturas.

A pesquisa constatou ainda que os dois pólos representam fatores reais de poder no campo jurídico, uma vez que tanto uma tese como outra tem amparo da academia e da prática jurídica. Contudo, vem predominando no campo jurídico a tese da constitucionalidade da Lei 11.340/2006, o que demonstra que o campo

⁷⁹ Um desses pólos, já analisado, foi o segmento tradicional, representado na pesquisa pelos adeptos da inconstitucionalidade da Lei 11.340/2006.

jurídico vem rompendo com a exclusão social da mulher, através da abertura à modificação das relações patriarcais de Gênero.

Dos cento e dois documentos analisados, setenta pertencem ao grupo C que tem a “Lei Maria da Penha” como constitucional e trinta e dois ao grupo I que advoga a inconstitucionalidade da mesma, sendo que desses, dezessete defendem a retirada da Lei 11.340/2006 do ordenamento jurídico por ofensa à Carta Maior e quinze sustentam a tese da extensão da mesma aos homens.

Com isso observo que o campo social e jurídico tendem a atuar como fator real de poder, representando a identidade de resistência e de projeto na disputa simbólica de Gênero, uma vez que o grupo que defende a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, caracterizado como pólo diversificado, tem as assimetrias de Gênero como contingência histórica e propõe a atuação do campo jurídico em favor da igualdade social de Gênero.

A aplicação do instrumento de pesquisa, através das questões dois e três, trouxe a informação que os cento e dois documentos analisados⁸⁰, representam a manifestação de pensamento de cento e trinta e oito pessoas, das quais noventa e três são homens e quarenta e cinco são mulheres.

Assim, observou-se que cinqüenta e um homens e trinta mulheres defendem a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, enquanto, os que advogam relatando que a mesma viola o princípio constitucional da igualdade, trinta e dois são homens e quinze são mulheres. Dentre esse último grupo, vinte homens e nove mulheres se posicionam pela retirada da Lei 11.340/2006 da ordem jurídica e doze homens e seis mulheres defendem a extensão de sua aplicação aos homens.

⁸⁰ Esclareço que alguns documentos, como os acórdão que são decisões coletivas dos tribunais, contaram com autoria coletiva, por isso que a pesquisa contou com o número maior de pessoas que se manifestaram, quando comparado à quantidade de documentos.

O maior número de homens nos grupos sinaliza o predomínio deles no campo jurídico, que é representado historicamente como um espaço público de poder, masculino por excelência. Destarte, através da própria estrutura do Poder Judiciário, enquanto fração do campo jurídico, é possível perceber as expressões simbólicas de Gênero vigentes no campo social em determinada época.

Então, a fim de interpretar os dados coletados a partir do instrumento de pesquisa aplicado às manifestações jurídicas sobre a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, pesquisamos⁸¹ a composição das instâncias dos Superiores Tribunais, como cúpula do Judiciário, constatando que no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no total de trinta membros, apenas cinco (cinco) são mulheres, enquanto vinte e cinco são homens⁸². Já no Supremo Tribunal Federal (STF), instância máxima do Poder Judiciário, conta com onze membros, sendo apenas duas mulheres⁸³ e nove homens⁸⁴.

Essas informações sinalizam que o campo jurídico ainda é um espaço predominantemente masculino, contudo, apontam também para a mudança desse paradigma, com o rompimento da barreira sexista através da entrada de mulheres em postos privilegiados do campo, como os Supremos Tribunais.

O diálogo entre as constatações da pesquisa, de que o campo jurídico tende a atuar como identidade de resistência e de projeto frente às questões de Gênero, e que o mesmo, apesar da mudança de sua formação, ainda é um espaço de homens, leva à conclusão de que embora o campo jurídico seja predominantemente masculino, não é necessariamente reprodutor das relações patriarcais de Gênero.

⁸¹ Pesquisa realizada em 24 de julho de 2008.

⁸² Dados do *site*: www.stj.gov.br, em 24 de julho de 2008.

⁸³ Também constatamos na pesquisa que a ministra Ellen Gracie Northfleet foi a primeira mulher a ocupar esse posto no recente ano de 2000, galgando a presidência do STF e do conselho Nacional de Justiça- CNJ- entre os anos de 2006 e 2008.

⁸⁴ Dados do *site*: www.stf.gov.br, em 24 de julho de 2008

A participação de mulheres e homens nos grupos que defendem a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, aponta no sentido de que tanto a superação das relações patriarcais de Gênero, como a manutenção da dominação masculina transcendem a barreira sexista. Não se pode relacionar a identidade legitimadora do patriarcado com homem, nem a identidade de resistência e de projeto nas questões de Gênero com a mulher⁸⁵.

A observação de dois pólos divergentes no campo jurídico só foi possível a partir da superação do modelo de história linear, em que os fatos históricos e, portanto, sociais, são percebidos em blocos. Ao contrário, utilizei para a leitura dos dados coletados pelo instrumento de pesquisa aplicado às manifestações jurídicas sobre o debate de constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, a temporalidade múltipla, que possibilita a interpretação da história, através do reconhecimento de coexistência dos fatos sociais.

Em sendo o campo jurídico uma fração do campo social, os dois pólos revelados pela pesquisa, o tradicional e o diversificado, representam o entrecruzamento no campo social de dois modelos de relação de Gênero, um que preserva os valores patriarcais e outro que visa superá-lo, delimitando uma disputa simbólica que no Brasil teve como marco os anos 60 e 70, objetivando a visibilidade com as reivindicações do movimento feminista.

⁸⁵ BOURDIEU (2007) chama a atenção para o fato de que o movimento feminista não foi feito apenas por mulheres, que a colaboração, participação e apoio dos homens foi fundamental para o êxito das pautas feministas, bem que a produção e reprodução dos valores patriarcais são levadas à cabo também pelas próprias vítimas desse sistema: as mulheres. Neste último caso, o citado autor adjetiva esse comportamento como um dos resultados mais cruéis do sistema de exclusão, que é fazer suas vítimas internalizar e referendar a dominação masculina.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações sociais de Gênero no Brasil, observadas a partir do campo jurídico mostram que o Direito não se apresenta como neutro, já que como instância normativa de comportamento e valores, reflete a sociedade em que está inserido. Assim, a partir da organização do movimento feminista que em 1960 passou a atuar em prol do reconhecimento dos direitos das mulheres, visando à inclusão das mesmas no espaço público e a efetividade da igualdade jurídica e social com os homens, o campo jurídico passa ao sofrer mudanças significativas.

Destarte, os estudos feministas acadêmicos passam a denunciar a convivência do Direito com a ordem patriarcal de Gênero e o movimento feminista a exigir mudanças legislativas e na prática jurídica. Em 1988 a Constituição Federal consagra de forma expressa a igualdade jurídica entre mulheres e homens, proibindo discriminação em virtude do sexo.

Em 2006 o Estado brasileiro edita a “Lei Maria da Penha”, objetivando prevenir e combater a violência doméstica contra a mulher, em clara ação afirmativa em prol da igualdade de Gênero. Após a edição da citada Lei o campo jurídico passa a ter dois entendimentos acerca da mesma: uma corrente entendendo ser a Lei adequada aos preceitos constitucionais e outra advogando sua afronta ao princípio da igualdade, já que não há proteção similar para o homem que sofre violência no âmbito das relações íntimas.

A partir da análise dos documentos jurídicos, que se manifestam sobre a constitucionalidade da Lei 11.340/2006, a presente pesquisa apresentou dois pólos bem delimitados, um tradicional que reputa a “Lei Maria da Penha” inconstitucional, caracterizado como identidade legitimadora das relações patriarcais de Gênero,

apresentando o campo jurídico como neutro e, outro, diversificado que tem a Lei 11.340/2006 como constitucional, percebendo o Direito como meio legítimo de intervenção social na superação das assimetrias de poder entre mulher e homem.

O pólo tradicional reforça os valores patriarcais nas relações de Gênero na medida em que põe as diferenças entre mulheres e homens fora do contexto de construção social, através de mecanismo de naturalização, favorecendo a falsa idéia de imutabilidade das mesmas.

Além disso, observamos que para o grupo I que prega a inadequação da “Lei Maria da Penha” à Carta Maior a violência doméstica contra mulher tem o espaço privado como local de superação deste conflito, através da estratégia jurídica de que lei não pode apresentar tratamento diferenciado entre as pessoas, já que a Constituição traz que todos são iguais perante a lei.

Em contrapartida, o pólo diversificado solapa os valores patriarcais de Gênero na medida em que problematiza as diferenças entre mulheres e homens no contexto social, alocando-as no processo histórico e dinâmico de construção e reconstrução das relações sociais.

Observamos ainda que ao reputar a “Lei Maria da Penha” como constitucional, o pólo diversificado promove a superação da dicotomia: público/privado, a partir da percepção que tal espécie de violência embora ocorra no espaço privado do lar, deve ter no espaço público seu combate e prevenção.

Assim, a disputa simbólica de Gênero no campo jurídico demonstra que no campo social duas forças atuam, uma no sentido de manutenção das relações patriarcais de Gênero e, outra no sentido de sua superação. Embora no plano formal a igualdade jurídica entre mulheres e homens esteja formalmente estabelecida, no campo social ainda não encontramos a plena isonomia.

REFERÊNCIAS

ADRIÃO, Karla Galvão *et* TONELI, Maria Juracy Figueiras. **Sexualidades Masculinas: Perspectivas Teórico- Metodológica.** *In* Movimentos Sociais, Educação e Sexualidades. Miriam Grossi Pilar *et al* (orgs.) Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

ALMEIDA, Miguel Vale de, PISCITELLI, Adriana *et* CORRÊA, Maria. **"Flores do Colonialismo" Masculinidades Numa Perspectiva Antropológica.** *In* Cadernos Pagu. Trajetórias do gênero, masculinidades... São Paulo: PAGU, 1998.

ARENDT, Hanna. **As Esferas Públicas e Privada.** *In* A Condição Humana. São Paulo: Forense, 2008.

AZEVEDO, Robrigo Ghiringhelli *et* CELMER, Elisa Girotti. **Violência de Gênero, Produção Legislativa e Discurso Punitivo – Uma Análise da Lei n. 1140/2006.** Boletim IBCCRIM. Ano 14 – n.170 – Janeiro, 2007.

BENEDITTI, Marcos. **Toda Feita: o Corpo e o Gênero das Travestis.** Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

_____. **O Poder Simbólico.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

CAMPOS, Carmem Hein de. **Juizados Especiais Criminais e seu Déficit Teórico.** Rev. Estud. Fem. vol.11 no.1 Florianópolis Jan./June 2003.

CARVALHO, Hamilton Bueno de. **Teoria e Prática do Direito Alternativo.** Porto Alegre: síntese, 1998.

CASTELLS, Manuel. **Paraísos Comuns e Significado da Sociedade em Rede.** *In*: _____. O Poder da Identidade. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. **O Fim do Patriarcalismo: Movimentos Sociais, Família e Sexualidade na Era da Informação.** *In*: _____. O Poder da Identidade. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

COLLING, Ana. **A Construção Histórica do Masculino e do Feminino.** *In*: Strey, Marlene Neves; Lisboa, Sonia T. (orgs.). Gênero e Cultura: questões contemporâneas.. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

COLOMBO, Sylvia. **"Superioridade Americana é Fenômeno Temporário", diz Eric Hobsbawm.** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha>, em 03 OUT. 2007.

COUTO, Cláudio Gonçalves. **Constituição, Competição e Políticas Públicas**. Lua Nova no.65 São Paulo May/Aug. 2005.

CUNHA, Tânia Rocha Andrade. **O Preço do Silêncio: Mulheres Ricas Também Sofrem Violência**. Bahia: edições UESB, 2007.

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, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Odila Leite da Silva. **Teoria e Método dos Estudos Feministas: Perspectiva Histórica e Hermenêutica do Cotidiano**. In: COSTA, Albertina de Oliveira *et al.* (Orgs.) Uma Questão de Gênero. São Paulo: Rosa dos Tempos, 1991.

ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia do Campo Jurídico: Juristas e Usos do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

FONSECA, Dirce Mendes; CIARALLO, Gilson *et* CRUZ, Tânia Cristina. **Epistemologia do Campo Jurídico: Reflexões Acerca do Papel da Pesquisa Jurídica**. Disponível em: www.conpedi.org/manuel, em 08 JAN. 2009.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: A Vontade de Saber**. São Paulo: Graal, 2007.

FREITAS, Silvana. **Para Juiz, Proteção à Mulher é 'Diabólica'**. Jornal Folha de São Paulo, Cotidiano 2, C13, 21 de outubro de 2007.

FUENTES, Susset. **Homosexualidad y Género. El Arcoiris que se Esconde Detrás del Arcoiris: sobre emancipaciones y ataduras a las construcciones de género**. Disponível em: www.flacso.uh.cu/sitio_revista/num1/articulos/art_SFuentes, em 06 de Jun. de 2008.

GROSNER, Marina Quezado. **A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em *habeas corpus***. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM: 2008.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. 11ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HERKENHOFF, João Batista. **Para Onde Vai o Direito? Reflexões Sobre o Papel do Direito e da Justiça**. Porto Alegre: livraria de advogado:1996.

HILLMAN, James. **O Mito da Análise: Três Ensaio de Psicologia Arquetípica**. Rio de Janeiro: Paz e Terra:1984.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

IZUMINO, Wânia Pisanato. **Justiça e Violência contra a Mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero.** São Paulo: Annablume. FAPESP, 2004.

_____. **Pesquisa Social da Justiça Criminal.** Curso realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais -IBCCRIM, no período de agosto a dezembro de 2007.

KARAM, Maria Lúcia. **Violência de Gênero: O Paradoxal Entusiasmo pelo Rigor Penal.** Boletim IBCCRIM - Ano 14- n.168- Novembro – 2006.

KETTENMANN, André. **Frida Kahlo. 1907-1954. Dor e Paixão.** México:Taschen, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **O Que é Uma Constituição?** São Paulo: russell, 2005.

MAGALHÃES, Acelí de Assis. **História de Mulheres: Considerações Sobre Privação e a Privacidade na História das Mulheres.** São Paulo: Altana, 2001. (Coleção Identidades).

MATOS, Maria Izilda S. de. **Por uma História da Mulher.** São Paulo: Edusc, 2000.

MARTINS, Carlos José. **Foucault: Sexo e Verdade. O confronto Político e Torno da Vida.** In Mente, Cérebro e Filosofia. São Paulo: Dueto, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2001.

MONDIN, Battista. **Definição Filosófica da Pessoa Humana.** São Paulo: EDUSC,1995.

MORAES, Maria Lygia Quartim de. **Pós- Modernismo, Marxismo e Feminismo.** In Margem Esquerda. Ensaios Marxistas 2. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

MORENO, Monserrat. **Como se Ensina a Ser Menina: Sexismo na Escola.** São Paulo: moderna, 2003.

NUBLAT, Johanna. **'Fui mal interpretado', diz juiz que ligou mulher à desgraça.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano>, em 20 de NOV. 2007.

PEREIRA, Verbena Laranjeira. **Gênero: Dilemas de um Conceito.** In: Strey, Marlene Neves; Lisboa, Sonia T. (orgs.). Gênero e Cultura: questões contemporâneas. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. **Lei Maria da Penha: Inconstitucional Não é a Lei, Mas a Ausência Dela.** Disponível em: <<http://www.spmulheres.gov.br>>, Acesso em 23 NOV 2007.

QUEZADA, Freddy. **Identidad Transexual.** Disponível em: <http://www.clacso.org.ar/biblioteca>, em 06 de Jun. de 2008.

RUBIN, Gayle. **O Tráfico de Mulheres: Notas Sobre a 'Economia Política' do Sexo.** Trad. DALBAT, Cristine Rufino. ROCA, Edleuza et CORREIA, Sônia. Recife: SOS corpo, 1993.

SAFIOTTI, Heleieth I. B. **Gênero, Patriarcado, violência.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

_____. **Violência Contra a Mulher e Violência Doméstica.** In Gênero Democracia e Sociedade Brasileira. BRUSCHINI, Cristina et UNBEHAUM, Sandra (orgs.). São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A Ciência e o Bem-estar Humano: Para Uma Nova Maneira de Estruturar a Actividade Científica.** In Conhecimento Prudente para uma Vida Decente. Um Discurso Sobre as Ciências Revisitado. São Paulo: Cortez, 2004.

_____. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência.** São Paulo: cortez, 2000.

SCOTT, Joan Wallach. **Gênero Uma Categoria Útil Para Análise Histórica.** Educação e Realidade. Porto Alegre: v.16, n.02, JUL/DEZ, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luciana Santos. **Aspectos Jurídicos da “Lei Maria da Penha” na Prevenção e Combate à Violência Contra a Mulher.** In CD-ROM I Seminário Nacional de Gênero e Práticas Culturais – Desafios históricos e saberes indisciplinados. Centro de Educação/UFPB, Editora Universitária UFPB, João Pessoa-PB, 2007.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico.** Rio de Janeiro: forense, 2000.

SILVEIRA, Renato Jorge de Mello. **Tipificação Criminal da Violência de Gênero: Paternalismo Legal ou Moralismo Penal?** Boletim IBCCRIM – Ano 14 – n.166 – Setembro – 2006.

SÖHNGEN, Clarice Costa. **Nova Retórica e Argumentação: a razão prática para uma racionalidade argumentativa de Perelman.** Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/bibliotecavirtual/texto>>, Acesso em 25 NOV 2007.

VASCONCELLOS, Jorge. **Gilles Deleuze: Uma Filosofia da Diferença.** In Mente, Cérebro e Filosofia. São Paulo: Dueto, 2007.

WILSHIRE, Donna. **Os Usos do Mito, da Imagem e do Corpo da Mulher na Re-Imaginação do Conhecimento.** In: JAGGAR, Alison M.; BORDO, Susan R.

(Orgs.). **GÊNERO, CORPO, CONHECIMENTO**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

YEANDLE, Susan. **Mujeres, Feminismo y Método**. In: YEANDLE, Susan; DARKE, Jane Chris Booth. **LA VIDA DE LAS MUJERES EN LAS CIUDADES. LA CIUDAD, UN ESPACIO PARA EL CAMBIO**. Madri: Narcea S.A. De Ediciones, 1998.

BRASIL. **Constituição Federal - Código Penal – Código de Processo Penal**. Org. Luiz Flávio Gomes. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2007**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres.

NORMA TÉCNICA PARA O CENTRO DE REFERÊNCIA DE DA MULHER. Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres. Aparecida Gonçalves (coord.). Brasília: Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres, 2006.

Sites:

www.stf.jus.gov.br

www.stj.jus.gov.br

ANEXO

INSTRUMENTO DE PESQUISA **Nº:**

1- Especificação da Fonte:

() Artigo () Sentença () Acórdão () Outro, qual: _____

2- Quantidade de Autores do Documento, especificar: _____

3- Sexo dos Autores:

() H, especificar quantidade _____

() M, especificar quantidade _____

4- Estado da Federação de Origem da Fonte: _____

5- Posicionamento sobre a Lei “Maria da Penha”:

() Constitucional.

() Inconstitucional

6- Em caso de mais de um autor do documento especifique:

a) Quantidade de homens que afirmam a lei inconstitucional: _____

b) Quantidade de homens que afirmam a lei constitucional: _____

c) Quantidade de mulheres que afirmam a lei inconstitucional _____

d) Quantidade de mulheres que afirmam a lei constitucional _____

7- O documento cita de forma expressa a categoria analítica Gênero?

() Sim () Não

8- O documento reconhece de qualquer modo a assimetria de poder entre homens e mulheres? () Sim () Não

() biológica

() religiosa

() cultural ou social

() outra, especificar _____

[illegible]

() Privado () Público

() Outra resposta, especificar: _____

12-Transcrever o excerto do texto que fundamenta a resposta acima:

13- Transcrever o excerto do texto que fundamenta a resposta do quesito 04:

Data: ____/____/____

Assinatura: _____