

GÊNERO, DEMOCRACIA E DIREITO: DISCURSO DE GÊNERO E JURISPRUDÊNCIA – O (RE)CRIAR DE CONCEITOS NA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Aluna: Mariana Imbelloni Braga Albuquerque

Orientadora: Márcia Nina Bernardes

Introdução

Se até 2006 não contava o Brasil com uma legislação específica concernente à violência praticada contra a mulher, a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), esmera-se em propor mecanismos para coibir e punir a violência doméstica e familiar perpetrada contra a mulher. Conquanto proponha diversas medidas que visam proteger a mulher das situações de violência, o dispositivo legal está longe de sanar em si todas as questões colocadas pelo tema à sociedade e ao mundo jurídico. Ao trazer em seu texto conceitos advindos de discussões teóricas e documentos internacionais assinados pelo Brasil, a legislação não os define, deixando muito a cargo da interpretação jurisprudencial. Deste modo, conceitos como violência doméstica, violência familiar, violência contra a mulher, e, sobretudo, gênero, partindo da caracterização a incidência da lei através da violência perpetrada em razão do gênero (Art. 5º Lei 11.340), chegam abertos para sua aplicação. Por tal, esta aplicação carece de olhar atento, pela importância jurídica e social dos conceitos com os quais lida.

Insera-se, assim, a presente pesquisa em projeto mais amplo do Grupo de Estudos Gênero, Democracia e Direito, do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio, que anteriormente elencara tais conceitos nos documentos internacionais, tendo sido feita, nesta fase, em parceria e constante colaboração com a bolsista Daniella Ferrari, do mesmo núcleo. Tal colaboração implicou em uma divisão em linhas de análise. Embora ambas as propostas partissem da mesma pesquisa empírica, uma linha teve como enfoque as possíveis leituras quantitativas nos dados, enquanto a outra, aqui desenvolvida, deu preponderância para o que se poderia chamar de uma discussão qualitativa, a dizer, a análise da argumentação empiricamente encontrada, dentro de uma matriz filosófica definida.

As decisões aqui estudadas trazem, pois, uma gama de conceitos que, foram cunhados à luz das reivindicações e discussões teóricas do feminismo internacional, mas que encontram sua significação prática na interpretação de juízes e desembargadores, nem sempre a eles familiarizados. Não só são ali dotados de sentido objetivo, aliás, mas também são associados a outros conceitos, tampouco estes bem definidos. Quando se traz do texto legal o supracitado termo “violência (...) baseada no gênero” [1] e se o explica através daquela violência praticada em decorrência da “fragilidade ou hipossuficiência proveniente do gênero”[2], define-se gênero associando-o à fragilidade e hipossuficiência, sem contudo explicitar nenhuma das três ideias.

Para além, partindo de análises como a de Judith Butler, estas definições, que não implicam na conclusão imediata acerca da incidência ou não da lei, tampouco terão um efeito unicamente prático. Para tal autora, embasada nas discussões da filosofia da linguagem, o discurso constitui o endereçado, se recebido adequadamente, sendo o discurso, ele mesmo, uma conduta. Desta feita, também, e principalmente, a inteligibilidade do corpo feminino molda-se através de discursos. Se as falas são em si atos que modulam e constituem não só o gênero, mas o próprio corpo, é de questionar se na mesma forja em que se articula a composição do sujeito de direito da legislação não acabam se forjando igualmente definições que compõe socialmente o gênero e a

mulher. Tudo isto colocado, pois, quando se constata nas decisões estudadas da recorrência de termos como “hipossuficiência”, “inferioridade” e “fragilidade” para caracterização de violência em relação ao gênero, há que se indagar o quanto tais definições não forjam discursivamente um gênero assim concebido. Desta forma, a pesquisa jurisprudencial da incidência da Lei Maria da Penha assume o duplo viés de pesquisa de aplicação da própria legislação, mas também de análise da utilização dos supracitados conceitos no forjar desse sujeito e sujeito de direito.

Objetivos

Analisar os dados encontrados pela pesquisa conjunta do Núcleo de Gênero do Departamento de Direito na aplicação Lei 11.340/07 no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a partir do enquadramento teórico proposto. Destacar e sistematizar as definições mais recorrentes para incidência da legislação específica. Partindo deste panorama, e à luz das discussões teóricas, compreender os dados encontrados dentro de uma construção jurídico-social do conceito de gênero. Utilizando os conceitos de ato de fala e o entendimento da constituição discursiva do corpo feminino, problematizar que mulher vem sendo escrita pelas decisões estudadas.

Metodologia

Como anteriormente colocado, a presente pesquisa realizou-se em constante parceria e mútua colaboração com os demais integrantes do Grupo de Estudos Gênero, Democracia e Direito, do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio, sobretudo no tocante às discussões teóricas.

Em um primeiro momento, procedeu-se à leitura e debate de extensa bibliografia em encontros semanais do supracitado grupo, permitindo melhor compreensão dos textos a partir de leituras conjuntas, questões levantadas a partir das leituras e conjuntamente respondidas, além de uma dinâmica de composição de resenhas repartidas entre os integrantes. Visando a discussão ampla das temáticas abordadas e o atender das diversas propostas particulares de pesquisa ali desenvolvidas, foram discutidos textos pioneiros no problematizar de gênero e sexualidade (como Simone de Beauvoir e Michel Foucault), autoras de posicionamentos variados dentro do espectro de correntes feministas atuais (como Nancy Fraser, Catherine MacKinnon, Judith Butler e Donna Haraway), além de uma leitura mais específica sobre os feminismos brasileiros, sobretudo em sua perspectiva história, com Heleieth Saffioti.

Dentro da enunciada proposta de compreensão da mulher destinatária da legislação protetiva, o viés teórico de Judith Butler, que parte da filosofia da linguagem para discutir o forjar discursivo da mulher e será melhor debatido no decorrer do relatório, pareceu o mais rico para estudo dos dados encontrados.

Concomitantemente às discussões bibliográficas, deu-se a pesquisa empírica. A coleta de dados, feita conjuntamente à bolsista Daniella Ferrari, como já colocado, teve como recorte o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), abrangendo inicialmente todas as decisões concernentes à aplicação da Lei Maria da Penha. Dentre os acórdãos encontrados, destacaram-se pelo volume e relação com o tema ora proposto, as decisões de conflitos de jurisdição, tendo sido este o critério de inclusão/exclusão para delimitar o universo de pesquisa dentro da totalidade dos acórdãos. Tal conflito que se dá quando dois ou mais órgãos jurisdicionais discutem em torno da atribuição de competência para o julgamento de uma mesma causa. Nos conflitos aqui colocados, nos quais um dos órgãos jurisdicionais era necessariamente um Juizado Especial de Violência Familiar e Doméstica contra a Mulher, a decisão do TJ-RJ sobre a

competência do juizado específico ou de outro juízo era determinada pelo entendimento se se enquadrava ou não o caso em tela na Lei 11.340. Tais decisões, pois, por ter de dispor sobre a incidência ou não da legislação, necessariamente versam sobre o entendimento de 1) o que caracteriza uma mulher; para então poder definir 2) que mulher configura-se como destinatária desta lei.

A análise de conflitos desta natureza não pretendeu, de nenhuma forma, discutir qual seria o juízo adequado para cada caso, nem propor padrões mais ou menos “corretos” para decisão. Ao contrário, teve como enfoque último a argumentação usada pelos desembargadores nos acórdãos, haja vista que, pelo próprio conflito em pauta, tinham de passar pela discussão de quem seria a destinatária da legislação específica e o porquê de o ser. Lembrando, ainda, que o próprio conflito de jurisdição não importa em discussão de mérito da causa, este será julgado somente no juízo designado.

Foi determinado como recorte de pesquisa o espaço temporal de um ano, entre 8 de fevereiro de 2012 e 2013, sendo a data de início indicada pelo julgamento de concomitantes ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade que incidiam sobre a Lei Maria da Penha no Supremo Tribunal Federal, firmando interpretação sobre pontos controversos da legislação.

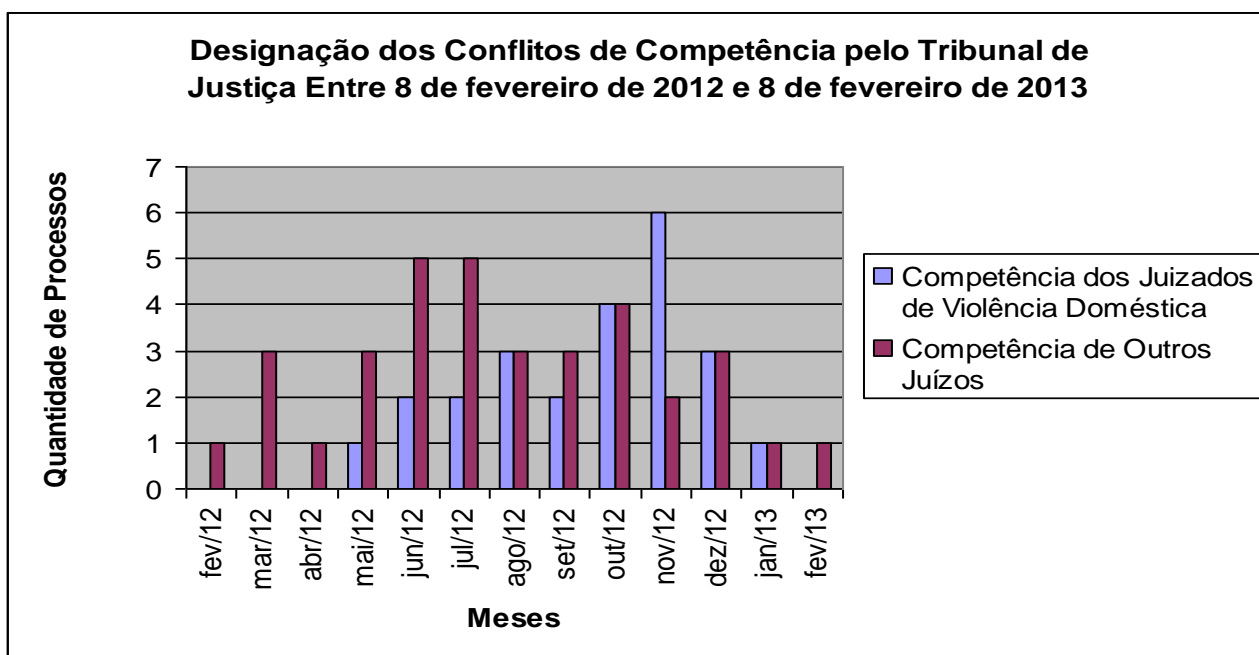
A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424, e julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal no dia 8 de fevereiro de 2012, foi proposta pela Procuradoria Geral da República buscando constatar a inconstitucionalidade dos artigos 12, I e Art. 16 da Lei Maria da Penha. Os ditos artigos versavam sobre a necessidade da representação da ofendida e a possibilidade reduzida de abrir mão daquela, e foram julgados pela maioria do tribunal como inconstitucionais por tornarem ineficaz a medida protetiva ali enunciada. A justificativa dos que votaram pela procedência da inconstitucionalidade girou, sobretudo, em torno de como a necessidade da representação tornava mais tortuoso o acesso ao direito fundamental ali garantido e indicavam a postura ativa e partícipe do Estado na promoção dos direitos e garantias fundamentais, seu papel positivo. Na mesma data o STF também discutia a Ação Direta de Constitucionalidade 19, sobre a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da mesma lei. Tais artigos, confirmados em unanimidade pelos ministros do STF, dispunham sobre o não cabimento de Juizados Especiais nos crimes dispostos na Lei 11.340, justamente pela função despenalizadora de tais juizados, enquanto a Lei Maria da Penha caminha no sentido de aumentar o rigor da punição para os crimes de violência familiar e doméstica contra a mulher. [3]

Desta forma, nas duas posições votadas pelos ministros no dia 8 de fevereiro de 2012 configura-se o mesmo caráter protetivo à mulher vítima da violência descrita na lei específica, tanto legitimando ação independente da sua representação, ou seja, no entendimento do tribunal, garantindo o acesso aos direitos fundamentais independente do ânimo da própria mulher de buscá-los, quanto afirmado a forma punitiva como devem ser tratadas as infrações a tal lei. Destaque-se, ainda, que o passar no crivo do STF vem igualmente para firmar entendimento sobre a Lei 11.340, muito questionada desde sua promulgação por diversos juízes, sendo inclusive considerada inconstitucional como um todo por ferir isonomia constitucional [4]. A data de início da pesquisa justifica-se, pois, não só pelos temas particulares decididos pelo STF quanto pela própria reafirmação da legislação vigente.

Em pesquisa exaustiva no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foram encontrados, no período proposto, 59 acórdãos em sede de conflito de jurisdição/ competência. Interessante notar que não se verificou nenhum conflito positivo, quando ambos os órgãos jurisdicionais declaram-se competentes, mas tão somente conflitos negativos, em ambos declinando da competência da causa. Da

totalidade dos acórdãos, procedeu-se o tabelamento por decisão de competência, encontrando-se um total de 24 decisões que encaminhavam para os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e 35 para os demais juízos. A análise empreendida na sequência procurou sistematizar os dados cronologicamente, como no gráfico abaixo apresentado. Nele se percebe o crescimento significativo das decisões “pró” Juizados Especiais (incidência da Lei 11.340) na decorrência do ano de 2012, indicando uma possível tendência pós decisões do STF.

Gráfico 1



Procedeu-se, após, partindo da análise dos dados quantitativos, ao destaque das expressões e linhas argumentativas mais recorrentes para definição da jurisdição adequada e, em consequência, para citada caracterização discursiva de “mulher” e “gênero”. O estudo de tais linhas argumentativas à luz da matriz teórica permitiu a discussão do sujeito jurídico-discursivo aqui em questão. Note-se que a parte qualitativa do estudo não foi exaustiva, como a parte quantitativa.

Resultados

1) “Ser mulher” em disputa – polissemia dos termos legais exemplificada nas decisões sobre o Estupro de Vulneráveis.

Conquanto seja defensável a partir da análise quantitativa o estabelecimento gradual de um padrão decisório, não se pode dizer o mesmo da argumentação que o acompanha. Por vezes encontra-se a mesma linha discursiva para justificar tanto o encaminhamento para juízos comuns quanto para os juizados especializados. Tal se dá, sobretudo, pela utilização de expressões e conceitos abertos sem delimitá-los no discurso em questão, tornando-se em certa medida perigosos “curingas” que pouco propiciam contra argumentação.

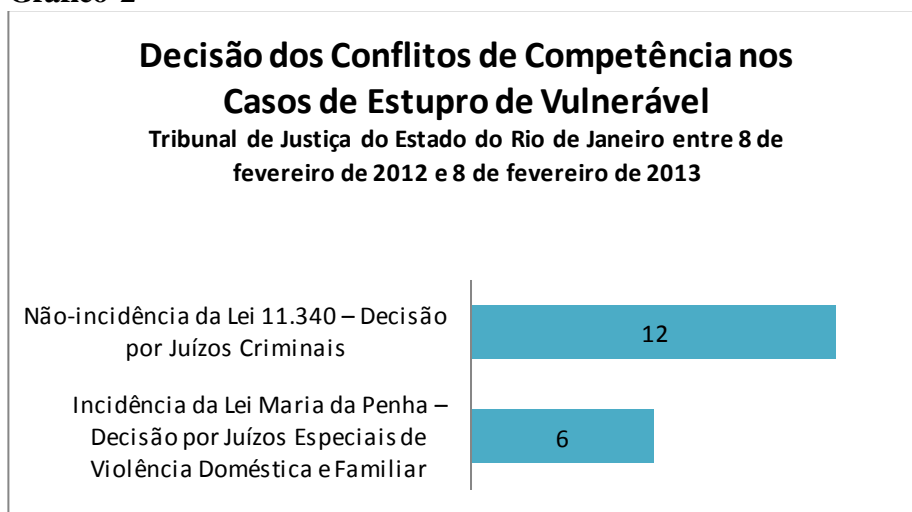
Partindo da tabela quantitativa já apresentada, percebe-se que nos 03 primeiros meses de pesquisa (fevereiro, março e abril de 2012) não houve nenhuma decisão “pró” juizado especial. A partir de maio de 2012, porém, quando o primeiro julgado indica tal juízo, dá-se um aumento constante, bem como uma total superação do número de casos em que se entendeu incidir a Lei Maria da Penha em outubro de 2012. Permitindo-se a

desconsideração do mês de fevereiro de 2013 pela pesquisa neste mês ter compreendido somente 8 dias (visto que se findou 8 de fevereiro) percebe-se um indicativo de equiparação entre o número de decisões, havendo um certo afinar jurisprudencial nesse sentido. Houve, ao menos no recorte geográfico aqui proposto, um aumento significativo do entendimento pelo enquadramento na Lei 11.340, donde se pode supor de uma maior permeabilidade dos desembargadores para a legislação específica. Ainda que não haja possibilidade de falar em jurisprudência pacificada, nem no restrito universo de pesquisa aqui ensejado, há, ao menos, um direcionamento na decisão para o mesmo juízo de casos similares.

Não significa tal direcionamento, entretanto, no em uma delimitação conceitual pelos desembargadores. Pela própria tentativa de decidir no mesmo sentido, encontra-se mais vezes a utilização do mesmo argumento para decisões opostas. Interessante para observar tal fenômeno a análise específica dos casos de estupro de vulnerável dentro dos conflitos de competência aqui vistos.

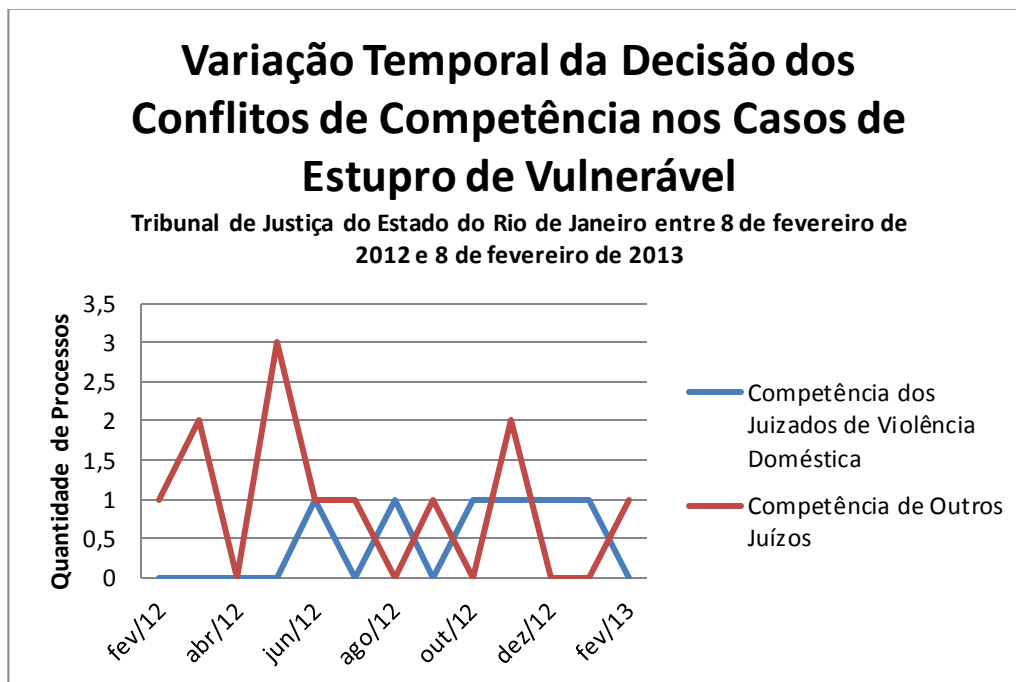
Tipificado no Código Penal no Art. 217-A, o crime conhecido como estupro de vulnerável caracteriza-se por ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, no qual tanto a violência quanto a vulnerabilidade são pressupostas em razão da idade. Entre os 59 acórdãos analisados, 18 se tratavam de casos de estupro de vulnerável, representando 30,5% do total. Entre os 18, 12 tiveram como encaminhamento juizados criminais comuns e 06 foram designados para competência dos juizados especiais, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 2



Embora haja o dobro de decisões para juízos criminais, quando analisados sob o viés temporal os dados ganham outro significado. Se novamente nos primeiros meses de pesquisa o encaminhamento era predominantemente (senão unicamente) para os juízos comuns, após maio de 2012 começa a haver uma crescente tendência de decisão pelos juizados especiais. Salvo por novembro de 2012, aliás, pode se falar de uma equiparação com tendência para decisões “pró” Juizado Especial de Violência Familiar e Doméstica, melhor visualizada no gráfico abaixo:

Gráfico 3



Sendo sempre válido lembrar que o encaminhamento para uma ou outra competência não modifica o caráter criminal do delito, e em ambas a análise do mérito da prática do ato criminoso se dá da mesma forma, ainda assim é interessante notar a transformação ocorrida, com tendência para os juizados especiais. Contrastando a análise temporal com a argumentação empregada, todavia, difícil é qualquer tentativa de encontrar recorrência ou padrão. Os dois últimos julgados sobre estupro de vulnerável, embora correndo em segredo de justiça e por isso não havendo grande possibilidade de análise da linha argumentativa, utilizam-se dos mesmos termos para decidir cada um por um juízo. Se no único caso de fevereiro de 2013 enuncia a ementa que

Entende-se que para a matéria ser apreciada na forma da lei 'Maria da Penha', exige-se que a violência seja *motivada em razão do gênero*. No caso vertente, resta assente que o *fato decorre da vulnerabilidade da criança*, quanto às investidas paternas, e não em decorrência do sexo da infante, por si só.(grifo nosso) [5]

o último julgado de janeiro do mesmo ano, agora tratando da violência sexual de um padrasto contra a enteada, caminha pelo mesmo trilho, mas na direção oposta:

LEI MARIA DA PENHA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL DO SEXO FEMININO, POR PADRASTO. *Violência de gênero*. Incidência dos requisitos de afetividade e ambiente doméstico. Aplicação da Lei nº 11.340/2006. Procedente o conflito. Unânime. (grifo nosso) [6]

Percebe-se assim a utilização do conceito aberto “violência de gênero” para a decisão em ambos os casos, sem delimitação conceitual do que significa nem tampouco como se o entende no julgado em tela, podendo por isto ser justificativa para um ou outro parecer. Também parece haver uma divergência sobre a questão etária, ora permitindo ora negando a classificação da menor de 14 anos como mulher. Em um caso de estupro de uma criança de 04 anos à época, define-se que, pela tenra idade da vítima, o crime não tem ainda correlação com o gênero, em aparente sugestão de que o gênero

mulher é “adquirido” ao longo do crescimento. [7] De outra feita, sem citar a idade da vítima, mas no mesmo delito, outro julgado baseia-se na composição biológica para decidir pela incidência da legislação específica, argumentando que a criança do sexo feminino já é biologicamente uma mulher. [8] Também os termos vulnerabilidade e relação de submissão encontram-se nessa zona cinzenta, sendo ao mesmo tempo justificativa para afastar a Lei 11.340, pois a vulnerabilidade própria da criança ensejaria proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente [9], e para atraí-la, se entendida que a vulnerabilidade da criança somada à de “ser mulher” merece dupla proteção. [10]

Como já explicitado, tal estudo não tem nenhuma intenção de avaliar positiva ou negativamente as decisões, ou definir um juízo correto para os casos, mas sim, usando aqui os casos de estupro de vulnerável como exemplo pelo contingente significativo dentro do universo de pesquisa, demonstrar como as linhas argumentativas se confundem e entremeiam no uso jurisprudencial da Lei Maria da Penha. Mesmo na tentativa do TJ-RJ de firmar entendimento no assunto através do Aviso de nº 50/2011 advindo de um encontro de desembargadores atuantes na área criminal, e posteriormente convertido na Súmula 253, que enuncia:

Firma-se a competência do juizado da violência doméstica e familiar contra a mulher, quando a conduta típica é perpetrada em razão do gênero nos termos dos artigos 5º e 7º, da Lei nº 11.340/06, não bastando que seja cometida contra pessoa do sexo feminino.

tem-se uma solução que mais reconhece o problema que o resolve, pois, repetindo os termos genéricos da legislação, continua não dando maiores pistas de como devem os desembargadores aplicá-los. Deixa, novamente, a cargo da leitura no caso concreto. Constatada, pois, tanto a polissemia dos termos legais quanto a gama de significações, nem sempre coerentes, que lhes vem sendo atribuídas, passou-se a uma análise mais minuciosa da argumentação geral, para a posterior discussão à luz da teoria.

2) As principais linhas argumentativas encontradas nos acórdãos

Entre as várias justificativas encontradas para incidência ou não da Lei Maria da Penha nos acórdãos estudados, algumas chamam atenção tanto pela recorrência quanto pelas leituras que propiciam. Esta parte do estudo, diferentemente das anteriores, não se deu de maneira exaustiva, com tabelamento e quantificação de todos os argumentos encontrados, mesmo porque uma decisão passava por várias proposições para chegar a sua conclusão. Mostrou-se, assim, mais adequada, a partir da leitura inicial de todos os acórdãos, a sistematização pelo viés das principais linhas argumentativas enunciadas. Destaque-se que, quando se fala de “linha argumentativa”, desconsiderou-se a conclusão tomada para tomar como enfoque o raciocínio explicitado. Deste modo, quando se toma como argumento o “ser mulher biologicamente” estarão incluídos na porcentagem tanto as justificativas que indicam que: “é mulher biologicamente, por isso incide legislação específica” quanto a que decide ao contrário pela justificação invertida de “não ser mulher”.

Propôs-se aqui a separação em quatro “grandes linhas”. Uma primeira, a já citada oposição entre idade e “ser mulher”, nesta linha incluindo todos os julgados que tangenciam a discussão etária, tanto no sentido de se caracteriza a criança do sexo feminino já como mulher passível de sofrer a violência em razão do seu gênero (quando se entende que já o possui), quanto no da discussão se a “vulnerabilidade” que possibilitou a agressão foi a própria da criança ou foi somada ao fato de ser do sexo

feminino. Entre estas se encontram 30% do total de casos que discutem as principais linhas identificadas.

Aliado a este argumento, porém usado independentemente da idade, está a justificativa calcada no que teria ou não teria ocorrido se a vítima fosse um homem. Presente em 12% dos casos recortados, tal argumento vem, de modo geral, na comparação da agressão sofrida por crianças, postulando que um “filho homem” teria ou não teria sofrido a mesma agressão. Perpassa, explicitamente ou de forma subentendida, uma questão de diferença física, sobretudo quando decide a favor do juízo especial, como, por exemplo, quando diz que se trata de violência de gênero um caso de agressão de padrasto contra enteada já mais velha pois “se fosse um homem de 30 anos, revidaria” [11]

Há, ainda, um grande contingente baseado na biologia, com 23% dos casos ora estudados. Usando do enunciado “ser mulher” para definir a questão, tais julgados obviamente tomam este ser mulher como algo dado e natural, perceptível pelo bom senso, sem levar em conta que dentro do próprio Tribunal de Justiça há hoje em dia uma divergência do que é “ser mulher” para os fins da legislação.

Por fim, o maior número de acórdãos dentre os separados nesta parte da pesquisa, e também o mais rico para a análise teórica aqui proposta, tem-se a linha argumentativa baseada na relação de fragilidade/hipossuficiência/vulnerabilidade/submissão. Aparecendo em 35% dos julgados, tais expressões vem por vezes combinadas. Nunca totalmente definidas, quando associadas a algum outro eixo de análise, este pode ser a vulnerabilidade física, econômico-social ou psicológica. De maneira geral elenca-se a inferioridade física, tida como óbvia, quando há algum tipo de definição.[12]. Em diversos casos ainda há a fórmula pronta da “fragilidade ou hipossuficiência” como condição ‘sine quod non’ para aplicação da lei”.

A proporção das linhas apresentadas resta mais clara no gráfico abaixo:

Gráfico 4



Toda a argumentação identificada não é, nota-se, acompanhada de delimitação conceitual, usando os termos em aberto para decisões variadas e não muito alinhadas. Mas, mais que isso, em todas as principais linhas identificadas na pesquisa o que está em foco não é a situação de violência e suas particularidades, mas quem a sofre. Quando se caracteriza o mulher biologicamente ou quando define-se um limite etário para “ser mulher”, não se discute a violência, discute-se a mulher. Quando se problematiza se o mesmo ocorreria ou não a um homem, bem como quando se inquirir se a violência decorreu de uma fragilidade ou hipossuficiência daquela mulher específica, novamente não é o contexto de violência que é colocado em relevo, mas a caracterização da vítima, ou mais, se aquela pessoa em específico pode vir a ser vítima.

Ao diferenciar violência doméstica e de gênero [13], diferenciação não prevista no texto legal, não se faz de maneira a definir o que seria a violência de gênero, nem mesmo tenta-se definir gênero em si, mas somente que mulher seria passível de vivenciar aquela violência. Pauta-se menos na conduta e nos demais requisitos da lei e mais na configuração de um sujeito- mulher que pode ou não sofrer a violência enunciada. É só no enquadramento desse sujeito em disputa que se decide pela incidência ou não da legislação que visa protegê-lo. Não é só “ser mulher” como indicam tantos julgados, mesmo que isso fosse algo facilmente inteligível, mas ser uma mulher específica. Uma mulher que é colocada como anterior à lei, mas também é por ela (re)moldada para só assim ser protegida.

3) A decisão enquanto discurso jurídico – constituindo sujeitos em disputa

Para ensejar a análise já proposta sobre a constituição do sujeito e sujeito de direito mulher no âmbito das decisões sobre a incidência da Lei 11.340, antes é necessária uma discussão teórica tanto do texto das decisões como local de privilegiado discurso jurídico quanto da constituição desse sujeito jurídico pela própria legislação que o representa.

Entendendo o direito enquanto uma formação discursiva dentro da qual se enfrentam ideologias diversas [14], tem-se no texto jurídico, assim, uma arena de concepções de realidade não necessariamente coerentes entre si. Texto jurídico aqui tanto entendido enquanto lei resultante do processo legislativo formalmente definido, quanto como decisões judiciais e suas argumentações principiológicas. Pode-se mesmo pensar que a decisão judicial, por passar por um elemento interpretativo mais evidente, e também por incidir mais objetivamente na vida do sujeito, seria um lugar de mais nítido confronto entre as visões de mundo opostas.

Sendo a sentença proferida este discurso jurídico privilegiado, mais sentido faz analisá-la pelo ponto de vista argumentativo. Mesmo porque, retomando o entendimento foucaultiano, é o discurso jurídico que virá compor o sujeito que posteriormente diz representar. Ao analisar a passagem do poder soberano para o biopoder, no primeiro volume da História da Sexualidade [15], o teórico francês Michel Foucault chama a atenção para esta transposição de um poder ao qual é facultado causar a morte ou permitir a vida para um poder que controla a vida em seu decorrer. Se o poder soberano possuía monopólio da morte, o novo poder, instituído a partir do século XVIII, monopolizaria a vida. Seria, assim, o biopoder, como o define Foucault, um poder de gestão sobre as coisas, o tempo, os corpos: a vida. Em lugar de criar punições para este corpo, criam-se mecanismos de controle sobre ele, articulações de disciplina e adestramento que regulam todos os componentes da vida. Não é mais o poder único do soberano que decidirá pela vida ou morte do seu súdito, mas um poder capilar e dividido que regula todas as instâncias da vida, através de uma lógica de interdição e vigilância. A incidência de toda essa política de controle afasta a necessidade da

punição. Estando este poder não visível, embora evidente, em todas as instâncias da vida, molda-a, no lugar de cerceá-la. Para tal, é de suma importância a crescente normatização do corpo, indispensável a esta tecnologia de poder que se centra no domínio sobre a vida. Ao instituir que corpo está sob controle, é necessário delimitar este corpo, restringi-lo e nomeá-lo. Criar um corpo sujeito dos direitos que lhe serão atribuídos para controlá-lo.

Uma vez proferido o discurso normativo, contudo, ele tratará o corpo como a ele anterior. Definindo o sujeito como pré-discursivo, se o naturaliza. Aquele corpo constituído normativamente aparece, desta maneira, como dado. Apesar de construído, figura como somente legislado, e justamente pelo discurso que marcou suas fronteiras para discipliná-lo. Para Foucault, pois, o fazer jurídico moderno obedece à lógica da tecnologia de poder que engendra: criando a ideia de sujeitos de direito pelo texto normativo para, legislando-os, controlá-los. Nessa leitura a Lei 11.340 cria o sujeito “mulher em situação de violência” tanto para protegê-lo quanto para regulá-lo. Embora existissem, por óbvio, mulheres que sofriam violência em razão do gênero antes da legislação, só agora, positivadas, elas são sujeito específico de direito. Ao criar a mulher especialmente defendida pela lei, contudo, não se atribui significado somente a este sujeito de direito, mas à mulher ela mesma.

4)Escrevendo Mulheres- Atos de Fala e construção de mulheres no discurso jurídico

Quando se diz, no âmbito dos acórdãos do TJ-RJ aqui estudados, que a Lei 11.340 incide em um dado caso pelo “fato de ser mulher”, usa-se do conceito mulher como se possuísse uma significação única e bem delimitada. Parece não só haver um sujeito jurídico mulher que salta aos olhos no texto legal, como também este sujeito ser baseado em um correlato social indiscutível e natural. A chave de análise da qual se parte é justamente esta, questionar a naturalização da linguagem para tê-la como problema, no melhor viés da palavra problema. Como coloca Judith Butler no Prefácio ao livro *Problemas de Gênero*, problematizar algo não deve ter uma valência negativa, uma vez que é discutir, debater, questionar. A valência negativa, se há, é na naturalização proveniente de uma não problematização [16]. Porque, quando não se problematiza a linguagem, ela toma um aspecto de descrição da realidade. Como se a realidade existisse de forma bem acabada e a descrição sobre ela, se verdadeira, simplesmente narraria o mundo conforme ele é. Deste modo, não problematizar a linguagem é tomar o dito como verdadeiro. Deixar que ele se constitua como verdade uma vez enunciado. Quando se diz que a vítima em questão merece a proteção diferenciada ensejada pela Lei Maria da Penha porque é mulher, o conceito mulher se configura como anterior e óbvio, como se sempre que se pensasse mulher houvesse a possibilidade de referência àquela mulher específica. Não se percebe, todavia, que ao dizer “mulher” se constitui tanto o termo quanto a pessoa a quem ele se endereça.

Para seus estudos sobre a constituição discursiva de sexo e do gênero, a teórica feminista Judith Butler parte da virada linguística, da qual participa J.L. Austin, na filosofia da linguagem. Se, até Austin, discutia-se a verdade ou não da sentença enunciada, a proposta teórica do autor substitui o problema pela eficácia ou não do ato de fala. Explica-se: enquanto as correntes filosóficas predominantes anteriormente partiam de uma análise que separava o mundo real da linguagem, e desta forma analisava o discurso em sua maior ou menor correspondência com este mundo que visava *descrever*, Austin nega a fronteira entre mundo e linguagem, uma vez que ambos constituem-se mutuamente e a linguagem não fala de um mundo real bem acabado, mas

sim participa da constituição daquele ao forjá-lo discursivamente. Ao invés de descrever o mundo, a linguagem o *escreve*. [17]

Tal escrita é explicada pelo autor através do conceito de ato de fala, ou seja, quando através da fala se pratica um ato. Não é que a fala venha a enunciar o ato posteriormente praticado, mas ela em si já é um ato com consequências. Como já dito, não sendo a descrição de um mundo, não há que se falar em verdade ou falsidade do ato de fala, pois se ele em si é a ação não se aplicam tais conceitos. Pode, de fato, de eficaz ou não, dependendo para isso do contexto de enunciação. O ato de fala produzirá seus efeitos se for reconhecido o poder institucional do seu enunciador e recebido eficazmente por seu destinatário. Preenchidos estes requisitos, o ato será ação, a fala já modificará o mundo, constituindo-o uma vez proferida.

Partindo desta teoria Butler formula uma crítica da separação estabelecida entre sexo biológico e gênero socialmente construído, fundamental para tantas correntes feministas. Atribuindo ao gênero um caráter cultural de características relacionadas socialmente a determinado sexo, tal distinção permitia a desconstrução e análise de tais características sem questionar o viés da diferença biológica binária de matriz heterossexual. Defende a autora que, embora tenha sido inegavelmente útil esta separação entre sexo e gênero em um primeiro momento de teorias feministas, em que era necessária empreender a descontinuidade entre ambos para poder questionar o gênero pelo viés da construção social, tal discurso terminou por reforçar a noção biológica de sexo. Se ao dizer se faz, dizer que o gênero é construído socialmente sobre um sexo biológico é dizendo, fazer este sexo biológico. Na enunciação deste discurso constitui-se igualmente um sexo dado, pré-discursivo e por isso inquestionável. Desta feita, o discurso que diferencia sexo e gênero (re)constrói, para a autora, o sexo biológico [18]

O perigo da naturalização do discurso é o acima exposto, de crer que há uma descrição da realidade quando de fato se a constitui. De modo que não se pode dizer “fato de ser mulher” sem fazer com isso um sexo (subentendido, não dito, e, por isso, de aparência natural) e uma mulher. Tampouco a caracterização desta mulher pode ser vista como ingênua ou destituída de significados. Como defende ainda Butler, mesmo a ofensa, ou em grande parte ela, constituirá o sujeito a quem se endereça no momento em que é proferida. Sendo o ato de ofender um particular ato de fala, ele se caracteriza por uma possibilidade dupla de inclusão e exclusão através da nomeação. O ato de nomear é por si um ato impositivo que acaba conferindo uma existência social, um lugar, ao nomeado. O ato ofensivo visa como efeito também atribuir um lugar ao seu destinatário, excluindo-o de outro. Para Butler, a ofensa comporta uma distância maior entre ser proferida e ser recebida eficazmente pelo destinatário que se reconhece “no seu lugar”. E esta distância é a chave das possibilidades de ressignificação e até devolução da ofensa. Assim, a nomeação, só possível porque proferida por um “outro” reconhecível, conferindo uma existência social. Se ofensiva, pode excluir de uma existência e definir dentro do espaço subordinado almejado, quando bem recebida, ou ainda possibilita a composição de um novo lugar, se ressignificada. [19]

Dizer, assim, que ser mulher é isto ou aquilo (frágil? hipossuficiente?) é muito mais que caracterizá-la, dentro da matriz teórica butleriana. É fazê-la, forjá-la, constituí-la. Não sendo o corpo um objeto estanque, mas sim discursivamente constituído e objeto de disputa, ele pode ser construído e reconstruído conforme se altere o discurso que sobre ele incide. A repetição do mesmo discurso identitário configura-se, igualmente, como reafirmação da ordem vigente. Constituir e manter o corpo (da mulher) sob controle.

A partir desta discussão teórica, novas possibilidades de interpretação se abrem sobre as linhas argumentativas anteriormente explicitadas. Se definindo discursivamente mulher também se forja uma mulher, cabe a questão: que mulher, sujeito e sujeito de direito, está sendo constituída no discurso ora analisado?

5) Quem é essa mulher?

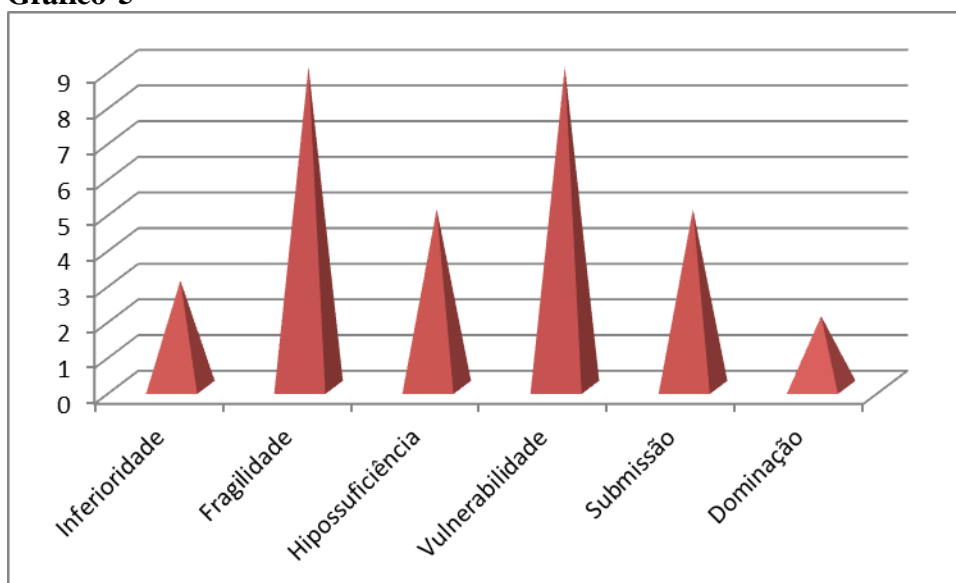
Dentro desta matriz teórica, é inegável, pois, que forja-se uma mulher dentro dos discursos jurídicos que a enunciam, Seja quando um acórdão determina que a proteção se destina à “mulher que é subjugada principalmente por sua vulnerabilidade física” [20], ou do haver uma “relação de submissão da vítima ao acusado, em evidente situação de fragilidade e vulnerabilidade” [21], ou ainda que

As previsões da chamada Lei Maria da Penha têm em conta a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica nas relações íntimas ou afetivas. [22]

Não só uma mulher sujeito de direito da legislação, mas o próprio sujeito mulher. Qual é a mulher que o discurso jurídico presente nos acórdãos do TJ-RJ está forjando (e não simplesmente descrevendo), então?

A partir da separação inicial das principais linhas argumentativas antes apresentadas, procedeu-se igualmente a uma quantificação do número de vezes que as palavras inferioridade, vulnerabilidade, hipossuficiência e fragilidade aparecem nos acórdãos:

Gráfico 5



Somando-se os dois resultados quantitativos, estando o discurso que enseja alguma destas palavras presente em 35% dos acórdãos que tangenciam as grandes linhas argumentativas e se percebendo a presença de todas elas em grande número, com destaque para a recorrência da palavra fragilidade, muito se pode pensar sobre esta mulher. Definindo a violência perpetrada em razão do gênero prevista na Lei 11.340 a partir da mulher que sofre a violência, e não da situação de violência em si, os desembargadores procuram nesta mulher características comumente associadas a situações de subjugação do gênero feminino, como inferioridade física, hipossuficiência física ou econômico-social e vulnerabilidade. Tal constatação leva a duas discussões.

Para decidir da incidência ou não da legislação protetiva os desembargadores parecem recorrer às definições calcadas nos estereótipos de gênero, reafirmando-os e refazendo-os no lugar de questioná-los; recolocando a mulher “no seu lugar”. Por outro lado, partindo da possibilidade de criação de mundo conferida ao discurso a partir da teoria dos atos de fala, e também entendendo da continuidade do gênero e do sexo ambos socialmente formulados, pode se inquirir de como o discurso jurídico não está (re)criando/constituindo este gênero/sexo feminino “hipossuficiente e vulnerável”.

Ao reforçar os estereótipos historicamente associados ao feminino, desde a inferioridade física até a vulnerabilidade psicológica, inverte-se a lógica inicial da Lei 11.340. Se a lei partia de uma proposta de proteção da mulher retirando-a da situação de violência através, sobretudo, das medidas protetivas, além de prever a criação de mecanismos que cessassem a violência simbólica e coibissem a discriminação, esta lógica se inverte ao definir o sujeito jurídico a partir da própria concepção que se visava extirpar. Recoloca-se a mulher no lugar de subjugação e dominação, até para que se sinta protegida. Ao dizer que só se protege a mulher vulnerável, indica à mulher que sofre violência que para ser salvaguardada daquela é funcional enquadrar-se no papel de vulnerabilidade. Fora dele, parece, não encontrará respaldo legal, mas tampouco estará livre da violência. Talvez seja ainda mais alvo dela.

Mais que colocá-la neste lugar, torna-se ela mesma o lugar. Modela-se o corpo/gênero feminino para significá-lo enquanto frágil, vulnerável, hipossuficiente. Não só somente a mulher nesta situação será defendida, depreende-se do texto dos acórdãos, mas a mulher deve ser esta situação. Não se descreve uma mulher assim, se a escreve. Ao constituí-la como sujeito de direito dentro dos requisitos citados, o sujeito mulher passa a *ser* estes requisitos. O que está fora não é resguardado pela lei. Não é mulher.

Interessante trazer para ilustração da linha de raciocínio aqui defendida um caso recente que extrapola o recorte temporal proposto pela pesquisa, além de não advir de processo da mesma natureza jurídica, mas vale a citação pelo grau exemplificativo dos padrões enunciados, bem como pela ampla repercussão pública. No último 04 de julho, o Tribunal de Justiça em sua 7ª Câmara Criminal anulou a condenação em primeira instância proferida pelo 1º Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que condenava o ator Dado Dolabella pelas agressões contra sua então namorada, também atriz, Luana Piovani, sob a justificativa de não ter o dito Juizado a competência por não incidir a Lei 11.340.[23] A justificativa, seguindo a argumentação aqui já estudada, estabelece que é “público e notório que a indicada vítima nunca foi uma mulher oprimida ou subjugada aos caprichos do homem.”, isto partindo de um conceito de mulher caracterizado pelo

binômio ‘hipossuficiência’ e ‘vulnerabilidade’, em que se apresenta culturalmente o gênero mulher no conceito familiar, que inclui relações diversas movidas por afetividade ou afinidade

No contraponto, lembre-se que na mesma ocasião Dado agrediu uma camareira do hotel no qual o casal encontrava-se, e por tal não só foi condenado como a decisão foi mantida por unanimidade no tribunal superior.

Embora fora do universo de pesquisa, o caso ora narrado o exemplifica cabalmente. A agressão de Dado, no fundo, não era o motivo das decisões, mas sim a definição das mulheres que sofreram esta agressão. Luana Piovani, atriz bem sucedida financeiramente, conhecida por expressar sua opinião e não se intimidar frente a jornalistas, não parece, aos olhos do tribunal, uma mulher que mereça especial proteção legal. Por outro lado, a camareira Esmeralda de Sousa, que na própria descrição do caso

já é apresentada antes pela sua função que por seu nome, em clara colocação discursiva de subalternidade, não enseja tal discussão.

Ao tomar como pressuposto que a mulher economicamente independente e que atua em pé de igualdade frente a homens no espaço público dispensa a proteção da legislação especial, o discurso jurídico enunciado pelos desembargadores afasta mesmo o conceito da dominação simbólica dentro da relação afetiva, caro à compreensão da violência doméstica continuada. [24] Assim o afastando, criam como requisito para incidência da Lei uma presença de submissão evidente pela relação vulnerável/inferior da vítima para com o agressor, construindo essa mulher a partir destes vagos conceitos, delimitando-a dentro de uma esfera de inferioridade para que possa ser protegida. Quando não se aplica a Lei Maria da Penha à Luana Piovani a partir do julgamento de seu caráter, e não da violência contra ela perpetrada, cria-se um novo requisito não escrito que é partilhar de um gênero submisso e vulnerável. Ao dotar de sentido a palavra gênero, e ser este sentido o reafirmar de uma identidade estereotipada de mulher de alguma forma frágil frente ao parceiro, dá-se um ato de fala eficaz. Ato este que cria não só o sujeito de direito “mulher frágil” que será protegido pela legislação, como também uma mulher que é frágil pelo seu ser mulher, ao partilhar de um sexo que é escrito pelo ato discursivo que pretendia descrevê-lo.

Conclusões

Não se pretendeu aqui chegar a uma conclusão sobre qual deveria ser o juízo adequado para cada um dos casos trabalhados, nem tampouco criticar as decisões proferidas pelos desembargadores do TJ-RJ, mas tão somente analisar a argumentação por eles usada e problematizar suas consequências. Ao perceber que as palavras compõem em si atos, e que o descrever jurídico do gênero feminino é igualmente escrever socialmente seu corpo, não se pode entender nenhum discurso como ingênuo ou destituído de consequências para além das meramente jurisdicionais. As decisões de conflito de competência, como tantas outras das mais variadas naturezas, estão forjando os sujeitos a que se endereçam. E, se não há, a princípio, sujeito certo ou errado a ser constituído, tal deve ser feito de forma consciente. Quando se tem a ciência de que as palavras fazem e os conceitos nunca estão fechados, mas sempre em disputa, se os usa a ambos de outro modo.

Contrastando, pois, os termos mais recorrentemente encontrados nas decisões para resposta das questões colocadas, como “hipossuficiência” e “fragilidade”, com o suporte teórico, percebeu-se que para definir quando há uma violência em razão do gênero há ainda uma reiteração de estereótipos. Se os dizendo também os constrói, tende-se a concluir que a jurisprudência caminha no reafirmar que a mulher tem de ser protegida por uma questão de inferioridade, normalmente física, mas não somente, em linha diametralmente contrária às tendências atuais dos estudos de gênero. Para protegê-la, é possível supor, acaba por devolvê-la discursivamente a um papel passivo. Moldaria, pois, seu corpo como frágil para justificar o caráter afirmativo da lei, sem a contrapartida crítica ao discurso dominante.

Tudo isto posto, percebe-se que os instrumentos trazidos pela Lei Maria da Penha para a defesa da mulher em situação de violência doméstica e familiar ainda não são totalmente aproveitados, sendo necessário um afinar conceitual da jurisprudência. Tal ponto torna-se de sobremaneira importante quando se entende que a definição de gênero no campo jurídico o extrapola enquanto ato discursivo que estará, conjuntamente, formando a mulher que é sujeito de direito da lei.

Notas

[1] BRASIL. Lei 11.340 de 7 de Agosto de 2013. Art. 5º - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. [2] TJ-RJ. Conflito de Jurisdição 0039977-77.2012.8.19.0000. Rel. DES. ELIZABETH GOMES GREGORY. Rio de Janeiro, 11 de novembro de 2012. [3] STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424. Rel Min MARCO AURELIO. Brasília, 8 de fevereiro de 2012 & STF. Ação Direta de Constitucionalidade 19. Rel. Min MARCO AURELIO, Brasília, 8 de fevereiro de 2012. [4] Para exemplificar um: TJ-MS. Recurso em Sentido Estrito – N.2007.023422-4/000-00. Rel Não consta. Data. Não consta [5] TJ-RJ. Conflito de Jurisdição 0069477-91.2012.8.19.0000. Rel. DES. SUELY LOPES MAGALHAES. Rio de Janeiro, 06 de fevereiro de 2013.[6] TJ-RJ. Conflito de Jurisdição. 0064586-27.2012.8.19.0000. Rel. DES. ANTONIO CARLOS AMADO. Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 2013. [7] TJ-RJ. Conflito de Jurisdição 0063937-62.2012.8.19.0000 Rel DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES. Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2012. [8] 3ª CAMARA CRIMINAL DO TJ-RJ. Conflito de Jurisdição 0053878-15.2012.8.19.0000. Rel DES. MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA. Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2012. [9] 4ª CAMARA CRIMINAL DO TJ-RJ. Conflito de Jurisdição 0046996-37.2012.8.19.0000. Rel DES. NILZA BITTAR. Rio de Janeiro, 04 de setembro de 2012. [10] 1ª CAMARA CRIMINAL DO TJ-RJ. Conflito de Jurisdição 0028450-31.2012.8.19.0000. Rel DES. ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT. Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2012. [11] 3ª CAMARA CRIMINAL DO TJ-RJ. Conflito de Jurisdição 0024606-73.2012.8.19.0000. Rel DES. SUIMEI MEIRA CAVALIERI. Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012 [12] *idem* nota 10. [13] 7ª CAMARA CRIMINAL DO TJ-RJ Conflito de Jurisdição 0039977-77.2012.8.19.0000 Rel. DES. ELIZABETH GOMES GREGORY. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2012. [14] MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. *Construção Jurídica das Relações de Gênero. O processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. [15] FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade, vol. I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. 17ª edição. [16] BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012 [17] OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A Constituição da Mulher Brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembléia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional* Orientador: Adriano Pilatti/ Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2012 . [18] BUTLER, Judith, *op.cit.* [19] BUTLER, Judith. *Excitable Speech: a politics of the performative* New York: Routledge, 1997. [20] *idem* nota 11 [21] 4ª CAMARA CRIMINAL DO TJ-RJ. Conflito de Jurisdição. 0032898-47.2012.8.19.0000Rel DES. NILZA BITTAR. Rio de Janeiro, 07 de julho de 2012. [22] 1ª CAMARA CRIMINAL DO TJ-RJ. Conflito de Jurisdição. 0031716-26.2012.8.19.0000. Rel Des. Antônio Jayme Boente. Rio de Janeiro, 10 de setembro de 2012.. [23] JUSTIÇA ANULA CONDENAÇÃO DE DADO DOLABELLA POR AGRESSÃO À LUANA PIOVANI. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/129505>> Acesso em: 22 de julho de 2013. [24] Lembrando que para autores como o sociólogo Pierre Bourdieu a dominação masculina configura-se como o exemplo mais bem acabado de dominação simbólica por o dominado incorporar de tal forma os signos de dominação que mesmo que cessem todas as circunstâncias objetivas que possibilitavam a dominação legitimará o próprio dominado seus mecanismos. Tal conceito é deveras útil na compreensão do porque permanecem em situação de continuada violência

mesmo mulheres que não dependem economicamente de seus parceiros. Ao julgar a mulher por sua atuação no mundo público, sem levar em conta o caráter especial desta dominação, muda-se em grande medida o conceito trazido.

Referências Bibliográficas

BOURDIEU, *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil 2002.

BUTLER, Judith. *Excitable Speech: a politics of the performative* New York: Routledge, 1997.

_____. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade, vol. I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. 17ª edição.

OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A Constituição da Mulher Brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembléia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional* Orientador: Adriano Pilatti/ Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2012