

A Norma da Lei Maria da Penha

BELMIRO PEDRO WELTER

Promotor de Justiça, Doutor em Direito, Professor de Direito de Família.

SUMÁRIO: 1) Considerações iniciais; 2) A compreensão hermenêutica da Lei Maria da Penha; 3) Considerações finais; 4) Bibliografia.

RESUMO: O País recebeu o legado de milhares de anos de compreensão histórica da tradição, do modo de vida familiar, de desigualdade, de discriminação, de hierarquização, de sacralização, de arbitrariedade e de violência dos homens/maridos/pais, da sociedade e do Estado em detrimento dos membros da família, principalmente das mulheres, das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Esses preconceitos familiares, históricos, sólidos, negativos e paradigmáticos não se desmancham no ar tão facilmente, não se tornando líquidos de uma hora para a outra, nascendo, com isso, a necessidade do intérprete/julgador fazer uma pausa, uma profunda meditação sobre o passado, o presente e o futuro da família, porque a compreensão da tradição histórica atesta que foi penosa a travessia da família patriarcal à família laica, democrática, hermenêutica, genética, afetiva e ontológica. É necessário quebrar o dorso do paradigma da opressão, da intolerância e dos preconceitos impuros, para que a família possa atracar no porto seguro da comunhão plena de vida familiar, cuja caminhada iniciou com a promulgação do texto constitucional de 1988 e, agora, redimensionada pela Lei Maria da Penha. Ainda é eminentemente lenta a laicização, a democratização e a humanização da família, justamente devido à resistência *do homem* em suspender os preconceitos violentos, espúrios e i-mundos legados pela tradição histórica da família patriarcal.

PALAVRAS-CHAVES: violência doméstica, familiar, mulher, Maria da Penha, lesão corporal leve, ação penal incondicionada, representação, renúncia, Lei nº 11.340/06.

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição do País, consta 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”. Para regulamentar esse dispositivo constitucional contra a violência doméstica e familiar, foi editada a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, que se destina unicamente a cuidar da mulher contra a violência daqueles que com ela convivem e compartilham em seu asilo familiar, deixando de proteger, por enquanto, os demais membros da família, como o cônjuge/companheiro, pais, avós, filhos, netos, irmãos e demais parentes.

A violência doméstica e familiar contra a mulher não é unicamente aquela praticada pelo cônjuge ou companheiro, mas por todo aquele que se encontra na família, como cônjuge, companheiro, filha (o), irmã(o), pais, avós, netos, amiga(o), hóspede etc., enfim, o ser humano, parente ou não, que convive com a vítima mulher no rancho familiar.

Condição de possibilidade à compreensão de um texto penal familiar é conhecer a tradição histórica, em que, no contexto da família, é marcado por discriminação, hierarquia, intolerância, tirania e opressão. Mediante o círculo hermenêutico, a fusão de horizontes, os preconceitos puros e impuros e a tradição é possível listar algumas (r)evoluções do direito de família, por exemplo:

a) a família antiga¹ era numerosa, resultante de um ancestral ou uma divindade comum²;

b) no Direito Romano, a família era unidade religiosa, jurídica e econômica³, em que o pai tinha o poder de vida e de morte sobre os filhos, a mulher e os escravos⁴;

c) no mundo ocidental, a organização familiar foi arquitetada com lastro na família romana, patriarcal, monogâmica, hierarquizada, impessoal, em que a figura paterna era incontestável, predominando a manutenção do casamento,

¹ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

² GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 321.

³ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 36.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*, 28.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p.81. “A princípio, o pater, tem sobre os filhos o poder tão grande como o que tem sobre os escravos, podendo rejeitar os recém-nascidos e abandoná-los, exceto matá-los (o pater não pode matar os filhos pela Lei das XII Tábuas). Tem sobre os filhos o direito de vida e morte (jus vitae necisque), mas a medida extrema depende da consulta dos membros da família mais próximos. Pode vendê-los como escravos para além do Tibre, exercer a manus sobre a nora, casar os filhos com quem achar conveniente, exercer a pátria potestas sobre os netos, obrigar os filhos ao divórcio, dá-los in concipio”.

como única forma de legitimar a família, mesmo que em prejuízo da felicidade de seus membros;

d) no Brasil, de acordo com o Código Civil brasileiro de 1916, a família era compreendida como um conjunto de pessoas que descendiam de tronco ancestral comum, pelos laços sanguíneos, unidos entre si pelo matrimônio, pela filiação genética e a adoção⁵, além dos pais, filhos, avós, tios, primos e demais parentes;

e) no Brasil, a contar do texto constitucional de 1988, a família passou a ser nuclear, pluralizada, desencarnada, democratizada e dessacralizada, um gênero que envolve várias espécies de unidade familiar, como conjugal, convivencial, monoparental, unipessoal, socioafetiva, anaparental, reconstituída etc., estando estruturada para o desenvolvimento pessoal de seus membros, representando “um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano, lar onde se sobressaem a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor”⁶.

De acordo com o artigo 1.511 do Código Civil, “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, pelo que a anterior hierarquia na família foi substituída pela democracia, demonstrativo de que *deveriam* prevalecer os supremos interesses de todos os membros da família, a comunhão plena de vidas, de afeto, de solidariedade, de felicidades, recanto sagrado da promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana⁷, princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático do Brasil (artigo 1º, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988).

f) A Constituição do País de 1988 também possibilita uma visão tridimensional da família, genética, afetiva e ontológica, rompendo com todo o passado objetificado, intolerante, hierarquizado, preconceituoso, visto que não se caracteriza um comportamento, um modo de agir normatizado, mas, sim, um modo de ser, um jeito de ser, uma condição de ser-no-mundo humano. Isso quer dizer que a família não se limita ao casamento, à união estável, à

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Romano. 28.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p.90. A adoção tinha grande importância no Direito Romano, “servindo, entre outras coisas, para dar herdeiro a quem não os tem, por motivos de família (continuação dos sacra privata) ou políticos (assegurava sucessor ao príncipe, como no caso de Justiniano, adotado por Justino); para transformar plebeus em patrícios; para atribuir o jus civitatis a um latino”.

⁶ FACHIN, Luiz Edson. Da Paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 22.

⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989. p. 36, “o sentido da dignidade humana alcança, assim, a própria distinção entre Estado e Sociedade Civil, ao configurar o espaço de cidadania, que não se vê absorvida nem por um nem por outro, mas deve ser reconhecida como um pressuposto de ambos. Significa que, constitucionalmente, está reconhecido que o homem tem um lugar no mundo político em que age”.

anaparentalidade, à socioafetividade etc., porquanto o modo de ser de família localiza-se dentro do ser humano.

Com essa novel linguagem da família é afastado o conceito dogmático – de que a família seria um contrato, uma instituição ou contrato-instituição –, visto que não é possível normatizar o modo de ser-em-família, o modo de ser-em-sociedade e o modo de ser-no-mundo, tendo em vista que a compreensão humana não é um comportamento, mas, sim, o movimento básico da existência humana⁸.

Existem tantas famílias quantos forem os modos de ser do humano, genético, afetivo e ontológico, em cujo asilo familiar inviolável *deveria* ser professado o ideário da compreensão, que, na linguagem gadameriana⁹, quer dizer linguagem familiar do diálogo, da conversação, do entendimento, da suspensão dos preconceitos (legítimos e ilegítimos), porquanto onde não há vínculo não há diálogo, sendo a conversa o encontro entre dois mundos, duas visões e duas imagens do mundo, transformando os humanos que dialogam, pelo que os membros da família devem ter a liberdade do dizer a si mesmo e deixar-se dizer, conversar, perguntar¹⁰ e responder, ouvir e ser ouvido.

Portanto, o conviver e o compartilhar reclamam palavra, linguagem, diálogo permanente, na medida em que, afirma Gadamer, não haja coisa alguma onde se rompe a palavra, significando que a conversação é condição de possibilidade de convivência e de compartilhamento em família e garantia da não instauração da linguagem do desafeto, da violência familiar e doméstica contra os seus integrantes.

⁸ GADAMER, Hans Georg. *Hermenêutica Clássica e Hermenêutica Filosófica*. 1977. In: *Verdade e Método II*, p. 105. Apud CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p 30.

⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6.ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. pp. 368, 387, 630. GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica de la Modernidad. Conversaciones con Silvio Vietta*. Traduzido por Luciano Elizaincín-Arrarás. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p.11. GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2.ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 57. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. 2.ed. Traduzido por Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. pp. 139, 243, 246, 247.

¹⁰ OHLWEILER, Leonel Pires. *Dicionário de filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barretto (Coordenador). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006. p.621. Com base em Heidegger, diz o autor que “perguntar é muito mais estar permanentemente construindo caminhos, razão pela qual nossa atenção há de voltar-se para o caminho e não ficar preso a conceitos e rótulos isolados”.

2 – A COMPREENSÃO HERMENÊUTICA DA LEI MARIA DA PENHA

De acordo com as (r)evoluções do direito de família, pode ser constatado que a cultura jurídica do Brasil continua mergulhada nos velhos preconceitos da violência familiar e doméstica, ignorando as inovações da democrática Constituição de 1988, tendo em vista que não é aceita a proteção da igualdade entre os membros da família, mesmo com regulamentação do parágrafo 8º do artigo 226 do texto constitucional, no qual consta 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”.

Com efeito, para regulamentar esse dispositivo constitucional contra a violência doméstica e familiar, foi editada a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, que se destina a cuidar da mulher contra a violência daqueles que com ela convivem e compartilham em seu asilo familiar. A violência doméstica e familiar contra a mulher não é unicamente aquela praticada pelo cônjuge ou companheiro, mas por todo aquele que se encontra na família, como cônjuge, companheiro, filha(o), irmã(o), pais, avós, netos, amiga(o), hóspede etc., enfim, o ser humano, parente ou não, que convive com a vítima mulher no rancho familiar.

Acerca das inovações dessa Lei, os operadores do Direito¹¹ têm dito que “a ação penal decorrente de lesões corporais leves continuará a depender de representação”, que (ainda) se aplica a política criminal e a proibição do retrocesso social para amainar os efeitos jurídicos dessa Lei. Essas conclusões são precipitadas, porque se afastam do sentido e do texto expresso da Lei Maria da Penha (artigos 16 e 41) e do artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição do Brasil. Essa compreensão da Lei Maria da Penha, no sentido de possibilitar a renúncia à representação do crime de lesão corporal leve e a admissão da política criminal em favor do agressor, é típica da dogmática jurídica, que se sustenta na relação entre sujeito-objeto, da razão, da verdade única, sagrada e absoluta, da subjetividade, na mera reprodução do Direito.

É certo que, a manutenção da representação no crime de lesão corporal leve, como ocorre na Lei nº 9.099/95, provoca um aumento na carga de trabalho no Judiciário e no Ministério Público, porque, sem dúvida, haverá mais denúncias, instrução criminal, alegações finais, sentenças, recursos, execuções penais etc., preferindo atender à famosa política criminal em favor do agressor, sempre em detrimento da mulher. Porém, a Lei Maria da Penha foi editada porque o Brasil

¹¹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Anotações preliminares à lei nº 11.340/06 e sua repercussão em face dos juizados especiais criminais*. In: Centro de Apoio Criminal do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

não suporta mais tanta violência contra a mulher, pelo que seu sentido não é proteger o autor da agressão, por meio dessa mal compreendida política criminal, que somente premeia a intolerância quanto à diversidade humana.

Para tanto, basta volver o olhar para o artigo 1º dessa Lei, às medidas de proteção, às proibições de pena de multa, de transação penal, de suspensão do processo, porquanto regulamenta não apenas o artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição do País, como também a paulatina extinção da violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso quer dizer que a Lei nº 11.310/06 precisa ser compreendida pela linguagem laica, democrática e hermenêutica, porque a sua norma tem a finalidade de ser um escudo à mulher, não mais permitindo que a (o)pressão dos demais membros da família possa desaguar na renúncia de representação criminal.

Examinando a questão do crime de lesão corporal leve contra a mulher, o artigo 16 da Lei nº 11.340/06 prescreve o seguinte: “nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia, e ouvido o Ministério Público”. Entretanto, no artigo 41 do mesmo dígesto legal consta que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente de pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Pelo Código Penal, o crime de lesão corporal leve era considerado de ação penal pública incondicionada, mas, a contar do Juizado Especial Criminal (Lei nº 9.099/95), passou a depender de representação da vítima para legitimar o Ministério Público na propositura da ação penal. Quer dizer, o crime de lesão corporal leve que, pelo JEC, depende de representação, quando praticado contra mulher, por qualquer pessoa no âmbito familiar e doméstico, passou a ser de ação penal pública incondicionada, tendo em vista o afastamento da Lei nº 9.099/95 aos crimes da Lei Maria da Penha.

Em outros termos, somente o crime que no Código Penal depender de representação, como a ameaça, será suscetível de representação, pelo que o crime de lesão corporal leve passou, novamente, como era previsto no Código Penal, a ação penal pública incondicionada, já que excluída do âmbito do Juizado Especial Criminal, pelo que é juridicamente impossível a representação ou a sua renúncia.

Há vários anos, Streck¹² alerta que o intérprete/legislador é produtor do Direito, para compreender a realidade, os fatos da montanha da vida, porquanto o Direito deve ter a potencialidade de transformar a sociedade, não havendo

¹² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

compreensão sem relação social, na medida em que o legislador edita o texto, mas o intérprete/julgador 'faz' a norma (o sentido). Para que a Constituição do Brasil, que é um acontecer, um evento, um existencial, possa realmente constituir¹³, é preciso que ela seja compreendida como condição de possibilidade de produzir sentido/aplicação vinculante à sociedade¹⁴.

Em outras palavras, a norma é o resultado da atribuição de sentido ao texto¹⁵, que não é efetivado pelo intérprete, pelo fato do sentido ser um existencial¹⁶, não sendo algo colado ao texto, pelo que o sentido se comunica com o texto, deixando que ele diga alguma coisa, vez que são as palavras do texto que desvelam o mundo da linguagem, da vida, da realidade, e sem linguagem não há mundo, pois "ser que pode ser compreendido é linguagem"¹⁷.

Os textos da Lei Maria da Penha e do artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição do Brasil, somente poderão ser compreendidos se houver uma pré-compreensão sobre a milenar violência familiar e doméstica contra a mulher. O sentido da Lei Maria da Penha e da norma constitucional é de ejetar ou, pelo menos, amenizar essa vergonhosa violência. Com o desvelamento da realidade das famílias brasileiras (abertura de uma clareira na violência em família), formatada pela Lei nº 11.340/06, é que a sociedade tem a oportunidade de compreender a imensidade e a extensão da discriminação contra a mulher, pois a cada dia são efetuadas centenas de prisões em flagrante. É por isso que o legislador não permitiu à vítima o direito de renunciar à representação por lesões corporais, retornando esse crime ao conceito de ação penal pública incondicionada, porque as violações à pessoa humana são contra a espécie humana.

A proteção integral e absoluta à mulher não será dada pela subjetividade do intérprete, porquanto se estaria continuando com o falso preconceito, com a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, de que a mulher

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2.ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. p.287.

¹⁴ LUCAS, Douglas Cesar. *Hermenêutica Filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo "procedimentalismo metodológico"*. In: *Olhares hermenêuticos sobre o Direito*. Douglas Cesar Lucas (Organizador). Ijuí: Editora Unijuí, 2006.p. 55.

¹⁵ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira e SALDANHA, Jânia Maria Lopes, *Construir a Constituição para a Cidadania: A compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito Afastando os Mitlaufers Jurídicos*. In: *Olhares hermenêuticos sobre o Direito*. Douglas Cesar Lucas (Organizador). Ijuí: Editora Unijuí, 2006. p. 116.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barreto (Coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 430.

¹⁷ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira e SALDANHA, Jânia Maria Lopes, *Construir a Constituição para a Cidadania: A compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito Afastando os Mitlaufers Jurídicos*. In: *Olhares hermenêuticos sobre o Direito*. Douglas Cesar Lucas (Organizador). Ijuí: Editora Unijuí, 2006. p. 123.

tem a plena liberdade de renunciar a ofensa à sua incolumidade física. Não é que a mulher tenha sido considerada incapaz, porque a realidade social demonstra que ela sempre foi discriminada, desprezada, humilhada, monetarizada, motivo pelo qual o legislador optou em transformar o crime de lesão corporal leve em ação penal pública incondicionada, não permitindo a renúncia à representação (artigos 41 e 16 da Lei Maria da Penha).

O que a dogmática jurídica pretende, na verdade, é aplicar, como o fez com a Lei nº 9.099/95 (JEC), a tão propalada política criminal, a qual sempre foi aplicada contra a vítima, que, em matéria familiar, quase sempre é a mulher. Essa política criminal procura, novamente, esconder para debaixo do tapete a violência doméstica e familiar, para que continue esse milenar preconceito, mas a violência doméstica e familiar deixou de ser um assunto pessoal da mulher, passando a ser de interesse de toda família, da sociedade, do Estado e de toda humanidade.

Caso a mulher galgar os degraus das vias judiciais, o Ministério Público e o Poder Judiciário precisam proteger a mulher e, ao mesmo tempo, punir o autor do fato nos precisos termos da Lei, e não de acordo com o JECrim, nem da insólita política criminal e, muito menos, da ofensa ao princípio da proibição do retrocesso social, uma vez que retrocesso social está havendo na defesa intransigente dos autores dos fatos de violência doméstica e família, em detrimento da proteção de milhões de brasileiras.

A realidade social está escorrendo pelos dedos dos operadores da dogmática jurídica, diante dos olhos da sociedade, pois mulheres estão sendo espancadas, diariamente, e, mesmo assim, tudo continua como se nenhum intérprete tivesse conhecimento da realidade da vida, em que as vítimas renunciam à representação, que sequer poderia ser admitida, já que se cuida de ação penal pública incondicionada. Mas, diante do receio, da timidez e da inevitável pergunta se a vítima pretende “processar criminalmente o agressor”, que normalmente é seu marido/convivente ou pai de seus filhos, ela, sem conhecer seus direitos e da vergonha, concorda em arquivar o processo.

Faço o relato de um caso concreto, em que a mulher sofreu três violências físicas em menos de um mês, tendo o Magistrado concedido medidas protetivas, ainda na primeira ocorrência, em que houve prisão em flagrante e a conseqüente liberdade provisória. Conhecendo o seu direito à impunidade – de que pode não responder a três processos criminais, diante da possibilidade de renúncia à representação de sua convivente –, o agressor, em liberdade provisória, regressou ao lar duas vezes, contra ordem judicial, para ofender a incolumidade física da mesma vítima. Depois disso, o ofensor foi preso, preventivamente, a pedido do Ministério Público, contudo, o Magistrado designou audiência de tentativa de conciliação, mesmo com a pendência dessas

três ocorrências, para colher a renúncia, ou não, da representação pelos três crimes de lesões corporais leves. Quando o autor desses fatos recebeu a ordem judicial de se ausentar da família, rasgou o mandado, utilizando-o para fazer seu cigarro, numa demonstração de desprezo à vítima, à segurança pública, ao Judiciário e à sociedade.

Isso quer dizer que se os representantes dos Poderes da República aceitarem a renúncia à ação penal pública incondicionada, o ofensor, mesmo preso preventivamente e tendo causado três violências físicas contra sua convivente, não sofrerá processo criminal, fomentando cada vez mais a violência familiar e doméstica contra a mulher, que, com certeza, será mais vezes violentada em sua integridade física, moral, psicológica etc., sem que receba proteção judicial.

Diante dessa triste realidade social, acobertada pelos operadores jurídicos, que sustentam que a incompreendida Lei Maria da Penha é inconstitucional, que não revogou o Juizado Especial Criminal, que contra ela deve ser aplicada a política criminal em favor do homem-ofensor e que ela, inacreditavelmente, causa retrocesso social, quando, na verdade, é uma das poucas leis deste País que traz progresso social, humanidade, solidariedade e um pouco de dignidade a milhões de mulheres vítimas de violência familiar e doméstica.

É preciso denunciar que se a comunidade jurídica não acata as leis que procuram mitigar a violência, muito menos aceitará a compreensão do Direito pela realidade social, pelo diálogo, que fez retornar o crime de lesão corporal leve ao seu leito conceitual anterior ao surgimento da Lei nº 9.099/95, cuja ação penal tornou-se, novamente, pública incondicionada. Quer dizer, o Ministério Público e o Judiciário, na qualidade de guardiões da República e do Estado Democrático, Laico, Social e Hermenêutico de Direito, não tem o direito de transigir e nem de ser benevolente com o autor da violência doméstica e familiar contra a mulher, porque causa ofensa aos princípios da separação de poderes, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cidadania, da dignidade humana e da proibição de violação dos direitos humanos e da proibição de retrocesso social (artigo 6º da Lei nº 11.340/06).

Com os argumentos da incondicionalidade da ação penal por violência física contra a mulher, não pretendo afirmar, como equivocadamente se tem dito¹⁸, que a Lei Maria da Penha deve “perseguir o agressor”, mas, sim, que essa lei seja cumprida no sentido hermenêutico, não dogmático (somente em favor do agressor), como sempre tem ocorrido, para que seja desvelado o sentido do texto – proteger a vítima e punir o agressor –, alicerçando-se na Constituição do País (artigo 226, parágrafo 8º), e não na singela subjetividade

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.126.

do intérprete. Quer dizer, com o advento da Constituição Cidadã de 1988, é bem outra a história a ser contada sobre a família, porquanto se cuida da compreensão democrática, laica, digna, social, cidadã, solidária, igualitária, hermenêutica, filosófica, genética, afetiva e ontológica. É por isso que do texto constitucional não se indaga se as diversas formas de ser-em-família são contratos ou instituições, visto que ela não são frutos da monetarização do ser humano, e sim da liberdade, da democracia, da solidariedade, do amor, da felicidade, da condição existencial de ser-no-mundo tridimensional.

3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço legislativo em direção ao cuidado dos membros da família contra a violência familiar e doméstica está sendo formatado paulatinamente, porque já foram editadas leis em favor das crianças, dos idosos, dos portadores de desequilíbrio físico e mental e, agora, a Lei Maria da Penha, surge para proteger a mulher da violência doméstica e familiar, que tem alcance e finalidade social incalculável, significando que o Direito está sendo compreendido e *produzido* com vinculação social e humana.

Quando Gadamer compreendeu os poemas de Paul Celan¹⁹, explicou que “vivemos todos sob o teto da linguagem”, e cada qual “gostaria de demolir o teto que nos garante uma proteção comum, pois ele nos impede a vista e a passagem”. Essa montanha de palavras que encobre a vista do ser humano, principalmente do homem, pode ser compreendida como *o teto de preconceitos contra a mulher que pairam sobre todos os humanos*, porque a linguagem pré-conceituosa (conceito prévio) e preconceituosa (discriminatória) mostra apenas o que é familiar (o afeto), impedindo “todo e qualquer olhar em direção ao não-familiar” (o desafeto, a falta de afeto, a violência).

Significa que a *linguagem familiar* (do amor, do afeto) não vislumbra a *linguagem não-familiar* (o desamor, o desafeto, a violência contra a mulher), sendo, portanto, essa linguagem afetiva o teto que impede o intérprete/julgador de suspender seus preconceitos e dos conceitos prévios, e somente por meio da linguagem *não-familiar* (do desafeto, da violência) é que esses preconceitos poderão ser descobertos, suscitados, suspensos, afastados. Isso quer dizer que o ser humano precisa derrubar o *teto familiar preconceituoso da família afetiva*, que o encobre totalmente, para que possa obter uma paisagem da

¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?: comentário sobre o ciclo de poemas*. Hausto-Cristal de Paul Celan. Traduzido e apresentado por Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2005. p. 58.

realidade dos diversos modos de ser-em-família, que convivem e compartilham no meio do afeto, mas também do desafeto e da violência.

É preciso acabar com a linguagem familiar de que somente é conjugado o verbo amar, porque ela encobre o mundo do desamor, da ofensa física, verbal, moral e psicológica, da ausência de solidariedade, da desumanidade, da violência familiar e doméstica. Somente quando o ser humano admitir a existência de uma *linguagem não-familiar* – do desafeto, do desamor, da desunião, da guerra familiar, da desumanidade, do preconceito e da violência milenar contra os membros da família, principalmente contra a mulher e os filhos – é que ele estará apto a compreender a *linguagem familiar*, do amor, do afeto, da harmonia, do diálogo, da hermenêutica, da democracia, da igualdade, da paz entre os seus membros.

O intérprete/julgador deve sempre compreender a norma (o sentido) das leis mediante a jurisdição constitucional, já que “todos nos encontramos no meio da estrutura social”²⁰, para que a sociedade tenha conhecimento do modo como estão sendo prolatadas as decisões²¹, uma vez que o Direito não é indiferente “às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões”²².

O Direito se faz em nome do povo, fonte primária de todo poder, mas povo não no sentido de compreender apenas uma parcela do povo brasileiro, e sim no sentido de “uma grandeza real que engloba, afinal de contas, todas as pessoas, inclusive aquelas que estão excluídas do povo, que nem sequer têm consciência política, que não participam na dinamização democrática”²³. Afinal de contas, se o intérprete/julgador quer saber o que é Direito, o que é violência doméstica e familiar contra a mulher, é só admitir a realidade social, é só sair por aí perguntando ao povo.

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Tradução de António Hall. Lisboa-Portugal: Capa de Edições 70, 1989. p. 09.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Quando um caso em concreto não é um caso concreto: um caso prático*. Disponível em: www.leniostreck.com.br. Acesso em 11.11.2005.

²² STRECK, Lenio Luiz. Direito Penal, criminologia e paradigma dogmático: um debate necessário. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul* n° 36, 1995. p.11, invocando Heleno Fragoso (Entrevista concedida a Nilo Batista. In: Nilo Batista. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1990. p.96), diz o seguinte: “Estamos mal habituados a uma autêntica sacralização da justiça, pela qual os advogados são, talvez, os maiores responsáveis. Dos tribunais se costuma dizer sempre que são ‘egregios’, ‘colendos’, ‘altos sodalícios’. Dos juízes se diz sempre que são ‘eminentes’, ‘íncritos’, ‘meritíssimos’, ‘doutos’, ‘ilustres’ etc. As sentenças são sempre ‘venerandas’ e ‘respeitadas’, por mais injustas e iníquas que possam ser. *Nada disso tem sentido num regime democrático e republicado, no qual a justiça se faz em nome do povo, fonte primária de todo poder*”.

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2ª ed. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho Organizador. São Paulo: Renovar, 2005. p.25.

Com essa compreensão do texto, o intérprete/julgador estará deixando que o texto e a tradição da família lhe digam alguma coisa, com base no círculo hermenêutico, a fusão de horizontes, o modo de ser-no-mundo, a suspensão dos preconceitos, pois é no ler e no reler que “a compreensão acabará por acontecer”²⁴. A hermenêutica filosófica não tem a pretensão de ter a primeira e nem a última palavra, e sim o poder falar, na medida em que só existe ‘a’ palavra²⁵, tendo em vista que o intérprete/julgador não parte de um grau zero de compreensão ou de atribuição de sentido e porque “a linguagem, como a história, possuem um ‘peso’, uma força que nos conduz ou arrasta”²⁶.

Com a teoria filosófica, o Direito será compreendido dentro de um Estado Constitucional, transformando-se em uma discussão, uma compreensão, uma espiral de diálogo, uma escuta à fala, uma abertura democrática e hermenêutica para ouvir a voz do que não tem voz²⁷, a voz das minorias, a voz dos excluídos dos laços sociais, principalmente pela violência familiar e doméstica.

A substância do ser humano é a existência²⁸, com o cultivo do diálogo permanente em família, justamente para evitar que a ausência da palavra se transforme em violência, na medida em que falar é comunicar, ouvir, corresponder, subordinar-se e adaptar-se a uma exigência²⁹, vez que somente a palavra concede o ser às coisas³⁰. É por meio do diálogo que o ser humano nasce, cresce e conhece o mundo, as pessoas, as coisas e a si próprio³¹. A linguagem é o meio universal de entendimento, o local no qual o ser humano vive no mundo humano, e não dos demais seres vivos, pelo que a existência que pode ser compreendida é linguagem³².

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?: comentário sobre o ciclo de poemas*. Hausto-Cristal de Paul Celan. Traduzido e apresentado por Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2005. p. 159, posfácio à edição revista e ampliada.

²⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 14.

²⁶ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e Linguagem*. In: *Hermenêutica filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Custódio Almeida, Hans-Georg Flickinger e Luiz Rohden (Organizadores), Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p.151 e seguintes.

²⁷ TIBURI, Márcia. Nota sobre hermenêutica: a linguagem entre o sujeito e o objeto. In: *Revista Veritas. Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS* volume 45, nº 2, junho de 2000. p. 278.

²⁸ STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 116.

²⁹ HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Traduzido por Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. p.228.

³⁰ ZARADER, Marlène. *Heidegger e as palavras de origem*. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. pp.239 e 267.

³¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. 2.ed. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p.176.

³² KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Traduzido por Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. pp. 257, 265, 271, 273 e 276.

Sem diálogo não há linguagem³³ e sem linguagem não há liberdade³⁴ e nem existência humana, porquanto o ser da linguagem e do ser humano são diálogos permanentes³⁵, pelo que o ser humano que não admitir a conversação, o vaivém da palavra, o falar sem deixar-se falar, a querer ter sempre razão, não é um ser humano, e sim mero ser vivo, habitando unicamente o mundo genético, mas não os mundos afetivo e ontológico.

Dessa forma, se a família galgar os degraus das vias judiciais, o Ministério Público e o Poder Judiciário precisam punir o autor do fato nos precisos termos da Lei Maria da Penha, e não de acordo com a Lei do Juizado Especial Criminal, nem da insólita política criminal e, muito menos, da ofensa ao princípio da proibição do retrocesso social, e sim no sentido de punir, prevenir e erradicar a violência familiar e doméstica contra a mulher. Retrocesso social haveria se uma lei beneficiasse o agressor de mulher, visto que o ilícito penal não gera direitos civis, querendo dizer que, ao contrário do que é sustentado, retrocesso social está havendo com a não recepção integral da Lei nº 11.340/06, que trouxe benefícios sociais a milhões de seres humanos.

Como sempre, a realidade social está escorrendo pelos dedos e diante dos olhos da sociedade, na medida em que a realidade da vida demonstra que mulheres estão sendo espancadas diariamente e, mesmo assim, tudo continua como dantes, vez que os casos de violências estão sendo encaminhadas ao Judiciário, onde é dado o direito às vítimas de renunciarem à representação de um crime (lesão corporal leve), cuja ação penal é pública incondicionada. Mas, diante do receio, da timidez, da vergonha e da inevitável pergunta se a vítima pretende “processar criminalmente o agressor”, que normalmente é seu marido/convivente, ela, sem conhecer seus direitos protegidos pela Lei Maria da Penha, concorda em arquivar o processo, mesmo sabendo que, em poucos dias, sofrerá novo ataque em sua integridade corporal.

Faço esse relato em vista de um caso concreto³⁶, em que a mulher sofreu três violências físicas em um mês, mesmo tendo o Magistrado concedido as três medidas protetivas, em que, na primeira vez, houve prisão em flagrante e a conseqüente liberdade provisória. Conhecendo o seu direito à impunidade – de que não responderá a três processos criminais, diante da possibilidade de renúncia à representação de sua convivente –, o agressor, em liberdade provisória, regressou ao lar duas vezes, mesmo contra ordem judicial, para

³³ GADAMER, Hans-Georg. A incapacidade para o diálogo. In: *Hermenêutica filosófica. Nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p.130.

³⁴ CANCELLO, Luiz A. G. *O fio das palavras*. 4.ed. São Paulo: Summus Editorial, 1991. p.82.

³⁵ HOTTOIS, Gilberto. *História da filosofia*. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2002. p. 337, citando Martin Heidegger.

³⁶ Processos-crimes nºs 034/2.07.0000051-4, 2060003094-2 e 2060003681-9.

ofender a incolumidade física da mesma vítima. De acordo com o relato da vítima, o agressor, ao receber cópias das duas decisões das medidas protetivas, “ocupou o documento para fazer cigarro e queimou o restante, mas não se afastou de casa”. Na terceira agressão, o autor do fato foi preso, preventivamente, a pedido do Ministério Público, contudo, o Magistrado designou audiência de *conciliação*, mesmo com a pendência dessas três ocorrências, para que a vítima, várias vezes espancada, diga se renuncia, ou não, à representação pelos três crimes de lesões corporais leves.

Isso quer dizer que se for aceita a renúncia às três *ações penais públicas incondicionadas*, o ofensor, mesmo preso preventivamente e tendo causado três violências físicas contra sua convivente, não sofrerá processo criminal. Essas circunstâncias fáticas fomentam, cada vez mais, a violência familiar e doméstica contra a mulher, ocorrendo, com isso, um esvaziamento do sentido da Lei Maria da Penha, que é de erradicar esse preconceito milenar, de que “a mulher gosta de apanhar”. É por isso que, a contar dessa Lei, a violência doméstica e familiar deixou de ser assunto pessoal da mulher, passando a ser do interesse da família, da sociedade, do Estado e da humanidade, acolhendose, assim, o princípio universal de defesa dos direitos humanos.

Mesmo diante dessa triste realidade social, é acolhida a doutrina de que a incompreendida Lei Maria da Penha é inconstitucional, que ela não revogou o Juizado Especial Criminal, que contra ela deve ser aplicada a política criminal em favor do homem-ofensor e que ela, inacreditavelmente, causa retrocesso social, quando, na verdade, é uma das poucas leis deste País que traz *progresso social, humanidade, solidariedade e um pouco de dignidade a milhões de mulheres vítimas de violência familiar e doméstica*.

Nesse contexto, é preciso denunciar que se a comunidade jurídica não acolhe as leis emanadas do Legislativo, muito menos aceitará a compreensão do Direito pela hermenêutica, pelo diálogo, pela vinculação da realidade social, conforme determinação do artigo 4º da Lei Maria Penha³⁷, que fez retornar o crime de lesão corporal leve ao seu leito conceitual anterior ao surgimento da Lei nº 9.099/95, assim como autoriza a denúncia ministerial quando houver representação na fase policial pelo crime de ameaça, cujas ações penais são públicas incondicionadas, pelo que o Ministério Público e o Judiciário, na qualidade de guardiões da República e do Estado Democrático, Laico, Social e Hermenêutico de Direito, não tem o direito de admitir a transação com a incolumidade física indisponível e nem de ser benevolente com o autor da

³⁷ Artigo 4º da Lei nº 11.310/06: “Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

violência doméstica e familiar contra a mulher, porque causa ofensa aos princípios da separação de poderes, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cidadania, da dignidade humana e da proibição da violação dos direitos humanos e do retrocesso social (artigo 6º da Lei nº 11.340/06).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRAGA, Renata. Por um estatuto jurídico do embrião humano. In: *Direitos de Família, uma abordagem interdisciplinar*. Reinaldo Pereira Silva e Jackson Chaves de Azevedo (Coordenadores). São Paulo: Editora LTr Ltda., 1999.
- BUZZI, Arcângelo R. *Introdução ao pensar*. 31.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CANCELLO, Luiz A. G. *O fio das palavras*. 4.ed. São Paulo: Summus Editorial, 1991.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2ª ed. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho Organizador. São Paulo: Renovar, 2005.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*, 28.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. Incesto: um pacto de silêncio. In: *Boletim IBDFAM* de novembro/dezembro de 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira e SALDANHA, Jânia Maria Lopes, Construir a Constituição para a Cidadania: A compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito Afastando os Mitlaufers Jurídicos. In: *Olhares hermenêuticos sobre o Direito*. Douglas Cesar Lucas (Organizador). Ijuí: Editora Unijuí, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.
- GADAMER, Hans-Georg. A incapacidade para o diálogo. In: *Hermenêutica filosófica. Nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- _____. *Elogio da Teoria*. Traduzido por João Tiago Proença. Lisboa, Portugal: Edições 70, Ltda., 1983.
- _____. *Herança e futuro da Europa*. Tradução de António Hall. Lisboa-Portugal: Capa de Edições 70, 1989.
- _____. *Hermenêutica de la Modernidad. Conversaciones con Silvio Vietta*. Traduzido por Luciano Elizaincín-Arrarás. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. *O problema da consciência histórica*. 2.ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2003.

_____. *Quem sou eu, quem és tu?: comentário sobre o ciclo de poemas*. Hausto-Cristal de Paul Celan. Traduzido e apresentado por Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2005.

_____. *Verdade e Método I*. 6.ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *Verdade e Método II*. 2.ed. Traduzido por Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Traduzido por Gabriela Arnholt e Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

_____. *Ser e Tempo*. 14.ed. Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 1986. Parte I.

HOTTOIS, Gilberto. *História da filosofia*. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2002.

KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Traduzido por Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

LUCAS, Douglas Cesar. *Hermenêutica Filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo "procedimentalismo metodológico"*. In: *Olhares hermenêuticos sobre o Direito*. Douglas Cesar Lucas (Organizador). Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

OHLWEILER, Leonel Pires. *Dicionário de filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barretto (Coordenador). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Anotações preliminares à lei nº 11.340/06 e sua repercussão em face dos juizados especiais criminais*. In: Centro de Apoio Criminal do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

ROCHA, Leonel Severo et al. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e Linguagem*. In: *Hermenêutica filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Custódio Almeida, Hans-Georg Flickinger e Luiz Rohden (Organizadores), Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da Constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito*. In: *Anuário do programa de pós-graduação em Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

_____. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barretto (Coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Jüris, 2006.

_____. Direito Penal, criminologia e paradigma dogmático: um debate necessário. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul* nº 36, 1995.

_____. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. In: *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 5.ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em *terra brasilis*. *Revista Brasileira de Direito de família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano IV, n.16, jan./fev./mar. 2003.

_____. *Quando um caso em concreto não é um caso concreto: um caso prático*. Disponível em: www.leniostreck.com.br. Acesso em 11.11.2005.

_____. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: *Jurisdição e direitos fundamentais. Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul*. Ingo Wolfgang Sarlet (Organizador). Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. Volume I.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. *Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica filosófica e história*. Passo Fundo: Ed. UPF, 2004.

TIBURI, Márcia. Nota sobre hermenêutica: a linguagem entre o sujeito e o objeto. In: *Revista Veritas. Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS* volume 45, nº 2, junho de 2000.

ZARADER, Marlène. *Heidegger e as palavras de origem*. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.