

LESÃO CORPORAL NA LEI MARIA DA PENHA: AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA OU CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO? A retórica material da resposta dos Tribunais Superiores. Uma crítica com base na retórica estratégica.

BODY INJURY IN LAW “MARIA DA PENHA”: PUBLIC PENALTY ACTION UNCONDITIONED OR CONDITIONED TO REPRESENTATION? The material rhetoric of the response of the High Courts. A critique based on strategic rhetoric.

Halley Jhason Medeiros Mendes¹

João Menezes Santos Neves ²

RESUMO

Um dos problemas da sociedade contemporânea é a questão da violência doméstica e familiar contra a mulher. Embora nem sempre tenha sido seriamente considerada no Brasil, após uma condenação por órgãos internacionais, o Congresso Nacional agiu e promulgou a Lei Maria da Penha como ferramenta de proteção das vítimas desse tipo de violência e solução ao problema social e familiar. Inserida em nosso ordenamento jurídico, a legislação encontrou alguns entraves, como, por exemplo, os conflitos com a Lei dos Juizados Especiais. Um desses conflitos foi o tipo de ação penal a ser praticada nos casos de lesão corporal leve praticado no âmbito da violência doméstica, que gerou divergências entre os mais diversos tribunais até que a matéria fosse pacificada pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e edição de uma súmula por parte do Superior Tribunal de Justiça. Questiona-se, aqui, com base na ideia de retórica material, os fundamentos do posicionamento jurisprudencial que restou como relato vencedor, propondo-se, como solução alternativa, a Justiça Restaurativa, mais legítima, democrática e capaz de oferecer uma resposta não-violenta e emancipatória aos conflitos decorrentes da violência doméstica.

PALAVRAS-CHAVES: Violência Doméstica; Súmula 542; Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

One of the problems of contemporary society is the issue of domestic and family violence against women. Although not always seriously considered in Brazil, after a condemnation by international bodies, the National Congress acted and promulgated the Maria da Penha Law as a tool to protect the victims of this type of violence and solve the social and family problem. Inserted in our legal system, the legislation has encountered some obstacles, such as conflicts with the Law of Special Courts. One of these conflicts was the type of criminal action to be practiced in cases of mild bodily injury practiced in

¹ Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória/ES (FDV). Professor de Direito Constitucional e Processo Penal. E-mail: jhasonmm@hotmail.com

² Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória/ES-FDV (2017). Docente de Direito na Multivix – Faculdade Brasileira, Unidade Serra/ES, Advogado Criminalista. CPF: 113.295.597-11 Endereço: Rua Florêncio Baptista, nº 100, apto 407, Jardim Camburi, Vitória/ES, CEP: 29.090-360. E-mail: joaosneves@msn.com.

the context of domestic violence, which generated divergences among the most diverse courts until the matter was pacified by the Federal Supreme Court in concentrated control of constitutionality and editing of a summary by the Superior Court of Justice. The basis of the idea of material rhetoric is based here on the basis of the jurisprudential positioning that remained as a winning story, proposing, as an alternative solution, the Restorative Justice, which is more legitimate, democratic and capable of offering a non-violent response and emancipatory to conflicts arising from domestic violence.

KEYWORDS: Violence against women; Cutlery 542; Restorative Justice.

1 INTRODUÇÃO

Há tempos que a sociedade brasileira padece e busca uma solução para o problema da violência doméstica. Condenado por tribunais internacionais, o Brasil promulgou a Lei 11.340/06 – a chamada Lei Maria da Penha, buscando conceder maior proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Apesar de trazer interessantes conceitos e ferramentas em seu bojo – as medidas protetivas de urgência, por exemplo, são cautelares deveras interessantes e eficazes a serem aplicadas como soluções paliativas deste problema –, um dispositivo específico do mencionado diploma legal causou controvérsia desde a sua publicação.

Trata-se do artigo 41 da Lei 11.340/06, que determinou a não aplicação da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais – aos casos protegidos pela Lei Maria da Penha. Dentre outras consequências, o mencionado artigo iniciou um debate acerca do tipo de ação penal a ser aplicada no caso do crime de lesão corporal leve no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Inicialmente, a corte capixaba e o Superior Tribunal de Justiça entenderam pela ação penal pública condicionada à representação da ofendida, sendo, portanto, a manifestação de vontade da vítima uma condição de procedibilidade para o exercício do *jus puniendi*.

De outra monta, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de controle concentrado de constitucionalidade, decidiu, por maioria de votos, pela ação penal pública incondicionada, retirando da vítima o seu direito de decidir o seu próprio destino e o destino de seu agressor, sob o pretexto de conceder-lhe maior proteção e evitar manifestações de vontade viciadas.

Tal julgado influenciou de forma direta a jurisprudência então vigente no STJ e no TJES, gerando, inclusive, a promulgação de uma súmula com o intuito de pacificar a matéria.

O que se pretende aqui é justamente questionar a posição agora dominante, fazendo, para tanto, uso da ideia de retórica material e apresentando uma alternativa possível como solução desse tipo de conflito: a justiça restaurativa.

Adeodato decompõe a retórica em três planos, três níveis de atuação do discurso constitutivo do que o senso comum conhece como “realidade” (ADEODATO, 2014, p. 21): a retórica estratégica; a retórica material; e a retórica analítica.

O primeiro desses sentidos da retórica (retórica estratégica) refere-se aos embates discursivos que se dão na tentativa de promover o convencimento (ADEODATO, 2014, p. 24). Já o segundo sentido (retórica material) identifica-se com o que o senso comum tem por “realidade”, “fato” ou “verdade”, mas que consiste, sob a perspectiva da retórica realista de Adeodato, em um “discurso vencedor” (ADEODATO, 2014, p. 21), uma tese que sobreveio ao embate discursivo. E, por fim, a retórica em sentido analítico (retórica analítica) não é propriamente um método, mas uma metódica descritiva que promove a investigação, a análise dos discursos, um estudo dos métodos (ADEODATO, 2014, p. 24).

Para se promover a investigação ora proposta, pretende-se atuar primeiramente no âmbito desse último plano, da retórica analítica, ao se proceder uma análise do discurso tido como o vencedor em relação à ação penal em crimes de violência doméstica. Posteriormente, migrar-se-á ao nível da retórica estratégica com a sugestão discursiva de nova proposição referente a tal problemática.

2 A TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL E A SUBTRAÇÃO DO CONFLITO.

O Direito Penal brasileiro funda-se no *jus puniendi*, traduzido literalmente como “direito de punir”. Trata-se da prerrogativa exclusiva estatal de criar e aplicar o Direito Penal, ou seja, de definir quais as condutas são consideradas criminosas, bem como suas punições, além de aplicá-las. Acerca do tema, ensina-nos o professor Cezar Roberto Bitencourt (2017, p. 39) que:

Como meio de controle social altamente formalizado, exercido sob o monopólio do Estado, a *persecutio criminis* somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com normas preestabelecidas, legisladas de acordo com as regras de um sistema democrático. Por esse motivo os bens

protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando dispõe da *persecutio criminis* não detém o *ius puniendi*, mas tão somente o *ius accusationis*, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Conseqüentemente, o Estado, mesmo nas chamadas ações de exclusiva iniciativa privada, é o titular do *ius puniendi*, que tem, evidentemente, caráter público.

Todavia, nem sempre foi assim. O ser humano, eminentemente relacional, sempre encontrou no outro um adversário, sendo a relação humana, na maior parte das vezes, conflituosa (MÜLLER, 1998^a, p. 16; ARENDT, 2001).

Nas interações sociais é fato que, em não raras circunstâncias, o outro será uma ameaça à minha existência, na medida em que seus desejos se opõem aos meus e sua liberdade ou seus direitos constituem uma ameaça, uma contraposição aos meus (CARVALHO, 2010, p. 102).

Desse encontro, a tendência natural é, portanto, surgir rivalidades por diferentes pretensões. Trata-se da chamada *rivalidade mimética*. Nesse sentido,

O desejo de posse e o desejo de poder estão profundamente ligados um ao outro. Ao mesmo tempo que os indivíduos rivalizam pela apropriação dos objetos, lutam entre si pela afirmação do seu poder. Existe assim um elo orgânico entre a propriedade e o poder. Existe assim um elo orgânico entre a propriedade e o poder. O jogo dos conflitos que opõem os homens é frequentemente um jogo de poder (MÜLLER, 1998, p. 18).

Assim, os desejos de posse e poder geram conflitos que rumam ao infinito e que o “desejo desmesurado pode conduzir-me drasticamente a uma autônima absoluta, apresentando-se como respaldo quase natural para exigir e desenvolver o meu poder sobre os demais” (CARVALHO, 2010, p. 104), justificando, assim, o uso da violência entre os homens. Desse modo,

[...] se o conflito existe, de fato, na base da interação social, e desse modo a violência é um elemento constitutivo das relações humanas, ela não está alijada completamente desse ato de instituição do mundo coletivo (CARVALHO, 2010, p. 121).

Se no princípio das relações humanas o conflito é iminente, no início da história conhecida tais conflitos eram solucionados por meio da violência. Trata-se da era da vingança privada, onde cada homem que se entendia violado em seus direitos se via no direito de aplacar sua ira por meio de um ato violento. Dessa forma, surgirá a *violência estrutural*, “aquela gerada pelas estruturas políticas, econômicas ou sociais

que criam situações de opressão, de exploração e de alienação” (CARVALHO, 2010, p. 122).

O Século XIII, em especial na Europa, produziu uma mudança significativa na relação de poder entre os homens – o que será chamado de “confisco do conflito à vítima” (ACHUTTI, 2014, p. 47). Tal sistema está baseado na substituição da noção de “dano” pela noção de “infração” (*ibid*, p. 48).

Com o surgimento do Estado e o advento do aparato da legislação, a vingança privada será regulamentada, em princípio, por meio da imposição de limites, como a Lei de Talião (que limitará a vingança por meio da proporcionalidade) ou os duelos (uma certa forma de legalidade processual).

Ensina o professor Thiago Fabres de Carvalho (2010, p. 129):

Evidencia-se, pois, que “a paz não é, não pode ser nem nunca será a ausência de conflitos, mas o domínio, a gestão e a resolução dos conflitos por meios diferentes da violência destruidora e mortífera. A ação política também deve procurar a resolução (do latim *resolutio*, ação de desatar) não-violenta dos conflitos”. A não violência não pressupõe um mundo sem conflitos.

Assim, tanto o delito (desvio) quanto a reação a ele são construções sociais, escolhidas por meio do aparato estatal – leis formalmente promulgadas pelo Legislativo ou acordos informais sedimentados pela cultura e tradição (BECKER, 2008, p. 15).

O advento dos estados nacionais – soberanos e absolutos – trará consigo a ideia de legitimidade exclusiva para solução dos conflitos, inclusive na seara penal. Nas sociedades modernas, dotadas de tal aparato estatal, imbuídas das relações de comando-obediência, o direito de punir repousa no poder de coação, exercido exclusivamente por algum órgão estatal que reivindica o monopólio do uso legítimo da violência (WEBER, *apud* CARVALHO, 2010, p. 135).

No Brasil, de acordo com o artigo 129, I, da Constituição (BRASIL, 2016), o órgão institucional que exerce o *jus puniendi* é o Ministério Público, que o fará por meio da ação penal pública, regra geral em nosso ordenamento jurídico, conforme disposto no art. 100 do Código Penal Brasileiro:

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça (BRASILb, 2016).

Logo, salvo as exceções expressamente previstas em lei, apenas o órgão ministerial poderá, por meio da ação penal pública, perseguir a aplicação da legislação penal em face daqueles que praticam condutas desviantes. É ele o titular e detentor do monopólio do *jus puniendi*, independentemente da vontade do ofendido, exceto exceções legais específicas.

Excepcionalmente, entretanto, o Estado estabelece que, em nome da proteção da intimidade, da vida privada, da dignidade da pessoa humana da vítima, quando o bem jurídico protegido no tipo penal não afetar diretamente a ordem pública, caberá à própria vítima decidir acerca da persecução penal, seja por meio da ação penal privada ou da representação como condição de procedibilidade na ação penal pública condicionada.

Discute-se, há muito, se os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher devem ser crimes de ação penal pública incondicionada ou se deve-se permitir à vítima desse tipo de violência determinar o destino de seu agressor. É o que passaremos a analisar agora, a partir da resposta oferecida pelos tribunais superiores.

3 A DIVERGÊNCIA ACERCA DA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE AÇÃO PENAL NO CRIME DE LESÃO CORPORAL PRATICADA NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COM BASE NO CÓDIGO PENAL, LEI 9.099/95, LEI 11.340/06 E INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

Para alcançar o objetivo do presente artigo, necessário se faz uma digressão histórica acerca do tipo de ação penal aplicável no delito de lesão corporal praticada no âmbito da violência doméstica. Importante ressaltar, *ab initio*, que se trata de um delito relativamente novo, tipificado no art. 129, § 9º, do CPB, com redação determinada pelo art. 44 da Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha.

Inicialmente, quando da promulgação da redação original do Código Penal tal delito não existia. O artigo 129 e seus parágrafos tratavam das várias espécies do delito de lesão corporal (leve, grave, gravíssima, com resultado morte, privilegiada e culposa), sem tratar, especificamente, da lesão corporal no âmbito da violência doméstica.

Como não havia nenhuma previsão legal específica, todas as espécies do delito de lesão corporal eram de ação penal pública incondicionada, nos termos do já mencionado artigo 100, “*caput*”, do Código Penal.

Tal regra só viria a ser alterada com a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 – Lei dos Juizados Especiais. Trata-se, no dizer de Luiz Antônio Bogo Chies (2002, p. 203) da “principal experiência a ser objeto de reflexões quanto a formas alternativas de resolução de conflitos” no Brasil. Concordando, afirma ACHUTTI (2014, p. 144-145) que:

Com a sua entrada em vigor, houve a instituição de um mecanismo informal de administração de conflitos que, ao regulamentar a simplificação do procedimento legal de apuração de delitos, objetiva acelerar a resolução do caso e oportunizar o entendimento entre a vítima e o ofensor. A análise desta lei, inserida em um contexto de minimização do direito penal, será fundamental para a averiguação das consequências geradas a partir de um sistema processual que tinha como objetivo reduzir a incidência do direito penal em casos envolvendo delitos de reduzida potencialidade ofensiva.

Baseada nessas premissas, referido diploma legal, em seu artigo 88, passou a estabelecer um novo tipo de ação penal nas lesões corporais leves e culposas. Vejamos:

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e culposas (BRASILc, 2016).

A partir de então, toda vez que um crime de lesão corporal fosse cometido sem consequências mais graves – aquelas previstas nos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 129 – somente seriam processadas mediante manifestação da vítima, seu representante legal ou seus sucessores. A Lei 9.099 voltava, então, a incluir a vítima como personagem com alguma relevância no processo penal. Não havendo interesse, qualquer que fosse o motivo – reconciliação entre vítima e agressor, dependência afetiva ou socioeconômica, intervenção de outros membros da família –, não haveria processo.

Importante ressaltar que até esse momento, qualquer lesão corporal ocorrida no âmbito da violência doméstica ainda não tinha tipificação específica, sendo graduada de acordo com o resultado. Apenas em 2004, com o advento da Lei 10.886, que incluiu o parágrafo 9º ao artigo 129 do Código Penal, um tipo penal específico foi criado para tanto.

Dois anos mais tarde, enfim, foi promulgada a Lei 11.340, a já mencionada Lei Maria da Penha que, aparentemente, se opôs à Lei 9.099, afastando-se da perspectiva minimalista do Direito Penal (CELMER e AZEVEDO, 2007) e retirando da competência dos Juizados Especiais o julgamento dos conflitos envolvendo violência doméstica (embora facultasse a criação de juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher).

Um dispositivo específico da legislação casou a controvérsia objeto do presente trabalho. Trata-se do artigo 41, que assim dispõe:

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista, não se aplica a Lei nº9.099, de 26 de setembro de 1995 (BRASILd, 2016).

A celeuma causada se refere, dentre outras coisas, ao tipo de ação penal no delito de lesão corporal praticado no âmbito da violência doméstica. Como vimos, antes da Lei nº 9.099, tínhamos um crime de ação penal pública incondicionada que, após o seu advento, passou a ser condicionada à representação da vítima. Assim, aplicando-se o art. 41 da Lei Maria da Penha, e afastando-se a aplicação da Lei dos Juizados Especiais a esses delitos, a ação penal voltaria a ser incondicionada?

A resposta demorou a ser dada, na medida que houve controvérsia jurisprudencial por muito tempo. O Tribunal de Justiça do Espírito Santo, por exemplo, apenas em 19 de novembro de 2009, em Incidente de Uniformização de Jurisprudência definiu, por maioria de votos, que o delito de lesão corporal leve no âmbito da violência doméstica é um crime de ação penal pública condicionada à representação. Todavia, a matéria ainda não estava pacificada.

Ultrapassados mais seis anos, o Superior Tribunal de Justiça sumulou a matéria, por intermédio do enunciado 542, que assim dispõe:

A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada (BRASIL, STJ, 2016).

Trata-se hoje, da posição consolidada. Entretanto, não imune a críticas. No capítulo seguinte, analisaremos de forma crítica os argumentos que levaram o TJES e o STJ a chegarem a conclusões diametralmente opostas, em especial sob a ótica da Justiça Restaurativa, um novo paradigma que se propõe ao Direito Penal.

4 CRÍTICAS AOS POSICIONAMENTOS DO STJ E DO STF SOB A ÓTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, COM BASE NA IDEIA DE RETÓRICA ESTRATÉGICA.

Publicado em 31 de agosto de 2015, o enunciado da Súmula 542 do STJ menciona dez precedentes julgados entre 2012 e 2014. Passaremos a estudar os fundamentos de tais decisões e a questionar, com base na retórica estratégica, esses mesmos fundamentos. No dizer do professor Adeodato (2014, p. 15):

A postura retórica opõe-se à ontológica, posto que recusa verdades éticas acima do mundo empírico e procura investigar os procedimentos circunstanciais, variáveis, autopoieticos que vão conformar, criar, constituir o objeto material.

Prossegue o referido professor (*ibid*, p. 20):

Aqui vai ser aplicado um conceito próprio de retórica para defender a ideia de que verdade e justiça únicas, corretas, são ilusões altamente funcionais e que os acordos precários da linguagem não apenas constituem a máxima garantia possível, eles são os únicos.

Assumimos, portanto, a posição do STJ como **retórica material**, o que “significa considerar que tudo aquilo que se chama de ‘realidade’, a sucessão temporal de eventos únicos e irrepitíveis, consiste em um **relato vencedor**” (ADEODATO, 2014, p. 21). A súmula 542 será assumida como esse relato vencedor acerca da matéria. Entretanto, considerando os fundamentos que levaram a tal conclusão, buscaremos de forma crítica uma saída mais adequada, na medida que esta também é uma das funções da retórica:

É assim que a retórica, para lá de sua função persuasiva e de suas falácias ilusórias, pode também servir para adequar melhor o ser humano ao seu meio, tanto no que respeita ao conhecimento dos relatos descritivos quanto no relacionamento ético com os demais seres humanos (ADEODATO, 2014, p. 20).

No precedente mais antigo do enunciado sumular, oportunidade em que a corte decidiu acerca da matéria, em 11 de setembro de 2012, quando do julgamento do Habeas Corpus 242.458-DF, a Ministra Relatora Laurita Vaz apreciava o caso em que a Defensoria Pública alegava a ausência de justa causa para prosseguimento da ação penal na medida em que a vítima em audiência especialmente designada para aquele fim – nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha – havia retirado sua representação em face do autor.

Argumentou a Ministra, na época, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.424/DF, “reconheceu a natureza incondicionada da ação penal na hipótese de crime de lesão corporal praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher, superando, assim, entendimento do Superior Tribunal de Justiça”.

Em tal julgado, o Ministro Relator Marco Aurélio, afirma em seu voto que trata-se “de um caso a exigir que se parta do princípio da realidade”, “que os dados estatísticos são alarmantes” e que “na maioria dos casos [...] a mulher [...] acaba, talvez ante óptica assentada na esperança, por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem para implementá-la” (STF, ADI 4.424).

Argumenta que o índice de renúncia chega a 90% dos casos, e que:

Iniludivelmente, isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas ao fato de vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente, quando, na verdade, o que acontece é a reiteração de procedimento e, pior, de forma mais agressiva ainda em razão da perda dos freios inibitórios e da visão míope de que, tendo havido o recuo da agressão pretérita, o mesmo ocorrerá na subsequente. Os dados estatísticos são assombrosos relativamente à progressão nesse campo, vindo a desaguar, inclusive, em prática que provoque a morte da vítima (STF, ADI 4.424).

Assim, em razão de tais dados, o Ministro Relator afirma que, em sua opinião, o recuo da vítima pode ser presumido como viciado, ante o contexto em que vive a mulher vítima de violência doméstica:

Não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência do lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias (STF, ADI 4.424).

Mais adiante, o Ministro Cesar Peluso, corroborando com tal entendimento, comparará a situação em que vive a mulher vítima de violência mulher com a coação irresistível prevista no art. 22 do Código Penal ou com a coação prevista no art. 151 do Código Civil vigente, como um vício insanável de vontade, que anula o negócio jurídico.

Ainda durante o julgamento, após preocupação levantada pelo então Ministro Presidente da corte, Cesar Peluso, acerca de, em se tornando a ação penal pública incondicionada para o crime de lesão corporal leve praticado no âmbito da violência doméstica, haver uma maior inibição da vítima em noticiar o fato, uma vez que não teria mais o poder de se retratar, o Ministro Relator então afirma que “quando

afastamos a necessidade de representação, não colocamos a mulher em situação de inferioridade. Não geramos antagonismo, considerada a relação marido/mulher, companheira/companheiro” (STF, ADI 4.424).

Argumenta-se, assim, que tornando a ação penal pública incondicionada, não se expõe mais a vítima à obrigação de manifestar-se publicamente contra o seu algoz. Se o quiser fazê-lo, poderá, mas como qualquer pessoa do povo poderia comunicar a ocorrência de um delito. A atuação estatal, para “protege-la”, não dependerá mais de manifestação de sua vontade.

Em todo esse julgado, de se destacar, ainda, a posição do Min. Cesar Peluso, única posição contrária que impediu um julgamento unânime:

Não obstante o Ministro Ricardo Lewandowski ter aludido a eventual presença, que pode até ser, vamos dizer, quase regra na grande maioria dos casos, de vício de vontade da mulher ofendida, tampouco podemos dizer que isso seja regra de caráter absoluto. Muitas mulheres não fazem a delação, não levam a notícia-crime por decisão que significa o exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do seu destino. Isso é dimensão que não pode ser descurada. O ser humano se caracteriza, exatamente, por ser sujeito da sua história, a capacidade que tem de se decidir por um caminho, e isso me parece que transpareceu à edição dessas duas normas agora contestadas.

Mas a minha advertência ao legislador para que ele considere os seguintes riscos: primeiro, a possibilidade de intimidação da mulher em levar a notícia-crime, porque sabe que não vai poder influir no desenvolvimento da ação penal, nem vai poder paralisá-la. Alega-se que terceiros poderão fazê-lo, mas a notícia de terceiros é sempre excepcional. Essa violência, quase sempre, se dá no âmbito doméstico e é de conhecimento apenas de pessoas da família. Há casos – vamos dizer – marginais em que, pela brutalidade, extravasa os muros da residência e chega ao conhecimento dos vizinhos, mas isso não significa, necessariamente, uma condição de eficácia. Por quê? Porque ficar na dependência de notícia de terceiro é correr o risco de não haver notícia alguma.

Alega-se que a mulher ignora – vamos dizer – as sutilezas jurídicas de uma ação pública. E, neste caso, para mim, a situação é ainda pior. Por quê? Porque há o risco de ela ser, continuando a conviver com o parceiro que a ofendeu – e pode ter sido ofensa eventual e isolada –, no meio dessa convivência eventualmente já pacificada mediante renovação do pacto familiar, ser surpreendida com uma sentença condenatória, que terá no seio da família consequências imprevisíveis. [...] O fato de ser pública a ação penal não impede que o parceiro se torne mais violento. No caso, antes, acirra a possibilidade dessa violência, porque ele sabe que estará agora sujeito a uma condição que escapa à possibilidade de intervenção mediante atuação da mulher [...]

Por outro lado – e esse o aspecto que mais me preocupa, mais me incomoda, mais me atormenta, e esta é a razão pela qual estou tomando esta postura –

, acho que nós, do Judiciário, estamos assumindo todos esses riscos, e assumindo-os com perda da visão da situação familiar (STF, ADI 4.424).

Destaca-se a preocupação do voto vencido. A posição do Supremo, que influenciou e alterou a posição até então dominante no STJ e na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, retira completamente a autonomia da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

E retira tal autonomia a pretexto de conceder-lhe maior proteção, o que, como bem salientado no voto vencido, não é nenhuma garantia. A simples punição do agressor – o chamado “combate à impunidade” – não só não resolve o problema, como cria mais e maiores problemas no ambiente familiar, em especial se houve composição entre as partes e retomada a convivência.

Necessário se faz buscar uma saída que realmente seja capaz de proteger e dar um suporte à mulher vítima de violência doméstica e familiar, todavia, sem retirar sua autonomia. Para tanto, propomos a aplicação da chamada Justiça Restaurativa (ACHUTTI, 2014) como uma possibilidade a ser reconsiderada pelos tribunais brasileiros, fazendo-o com base na retórica estratégica:

A **retórica estratégica** trabalha com as metodologias, seu objetivo é conformar a retórica material, interferir sobre ela, fixar-lhe diretrizes, dizer como ela deve ser. A retórica estratégica é composta, literalmente, de metodologias, de “teorias sobre os métodos”, métodos esses que compõem a retórica material. As metodologias são orientações para conseguir objetivos. A metodologia do direito, os ensinamentos dogmáticos para o sucesso das práticas jurídicas, não foge à regra (ADEODATO, 2014, p. 24).

Ensina, ainda, referido professor (*ibid*, p. 26) que “enquanto a retórica analítica é descritiva, as retóricas estratégica e material são prescritivas (ou normativas)”. Assim, já que o paradigma atual não atende aos anseios sociais, a Justiça Restaurativa é apresentada com a pretensão de, ao mesmo tempo, ser uma solução viável ao problema da violência doméstica, sem, com isso, retirar a autonomia da vítima, seu direito de escolher o próprio destino, sua dignidade. Nas palavras de Leda Maria Hermann (*apud* STF, ADI 4.424):

Reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica invalidar sua capacidade de reger a própria vida e administrar seus próprios conflitos. Trata-se de garantir a intervenção estatal positiva, voltada à sua proteção e não à sua tutela (STF, ADI 4.424).

O interesse pela justiça restaurativa no ocidente emerge de um programa de reconciliação entre vítima e agressor realizado na cidade de Kitchener, Ontário,

Canadá, em 1974 (ACHUTI, 2014, p. 53). Tratam-se de inúmeras iniciativas sociais que visam implementar: i) alternativas às prisões; ii) resolução de conflitos; iii) mediação vítima-ofensor e sua reconciliação; iv) proteção dos direitos da vítima; v) conferências de grupos familiares; e vi) círculos de sentença.

Podemos conceituar a justiça restaurativa nas palavras de Gerry Johnstone e Daniel Van Ness (*apud*, ACHUTI, 2014, p. 57) como “um movimento social global que apresenta enorme diversidade. O seu objetivo maior é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem ao crime e a outras formas de comportamentos problemáticos”.

Daniel Achuti (2014, p. 59) afirma “que o aspecto fundamental da justiça restaurativa está no fato de as partes considerarem e decidirem, elas mesmas, o que deverá acontecer”. Citando Alisson Morris, o mencionado autor prossegue afirmando que tanto a vítima como agressor, amparados por “comunidades de cuidado” e por um facilitador, buscarão uma forma consensual de lidar com a ofensa, suas consequências e as implicações para o futuro (*ibid*, p. 59).

Falamos, portanto, de um conceito aberto, que busca uma resposta menos estigmatizante possível para vítima e agressor, de forma que a ofensa seja reconhecida como tal, mas que possibilite a reparação. Um conceito que ainda vai se desenvolver com a prática, em situações inovadoras, uma vez que cada caso é irrepetível, fugindo da ilusão de segurança jurídica proposta pelo sistema judicial atual. Para Morris, (*apud* ACHUTI, 2014, p. 66) “a essência da justiça restaurativa não é adoção de uma forma ao invés de outra; é a adoção de *qualquer* forma que reflita os valores restaurativos e que vise a atingir os processos, resultados e objetivos restaurativos”.

Por ser um processo de construção coletiva, a justiça restaurativa é capaz de construir um novo conceito semântico muito mais legítimo e capaz de solucionar o conflito do que a resposta judicial-estatal, que geralmente desagrade todas as partes (a vítima não se sente reconhecida e não vê proporcionalidade na decisão, enquanto o agressor se vê reificado e excluído).

Estamos diante, portanto, de um novo paradigma de justiça, cujas características centrais envolvem, segundo Daniel Achuti (2014, p. 83), os seguintes aspectos:

- (a) *participação da vítima* nos debates sobre o caso, incluindo a deliberação sobre a maneira como os danos oriundos do conflito serão reparados; (b) o procedimento *poderá não resultar em prisão* para o ofensor, mesmo que ele venha a admitir que praticou o delito e eventuais provas corroborem a sua

confissão; (c) é possível (e desejável) que *as partes cheguem a um acordo* sobre como lidar com a situação; e (d) *os operadores jurídicos deixarão de ser os protagonistas* do processo, abrindo espaço para uma abordagem mais ampla do conflito.

Dessa forma, quebrar-se-á o paradigma da visão vertical da definição do que é justo, abrindo espaço para um acordo horizontal e plural do que pode ser considerado justo para os envolvidos no conflito – emancipando-os como senhores de seu próprio destino – e rompendo os limites colocados pelo direito liberal, fazendo com que o ilícito seja interpretado interpessoalmente e socialmente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS – A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA DE SOLUÇÃO NÃO VIOLENTA DOS CONFLITOS: A NECESSÁRIA EMANCIPAÇÃO DA SOCIEDADE.

Este trabalho se propôs a analisar a questão do tipo de ação penal praticada no delito de lesão corporal leve praticado no âmbito da violência doméstica a partir do posicionamento firmado nos tribunais superiores.

Foi observado que no decorrer da história o tipo de ação penal e a forma como o problema foi enfrentado variou algumas vezes, chegando ao seu ápice no conflito aparente entre a Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais – e a Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha.

O possível afastamento da legislação dos juizados especiais, em nome de uma demanda mais punitiva aos autores desse tipo de crime foi interpretada de diversas formas pelos tribunais – neste trabalho foram analisados, especificamente, a interpretação do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Em princípio, a corte estadual e o STJ entenderam pelo não afastamento total da legislação anterior, submetendo a ação penal no delito de lesão corporal leve praticada no âmbito da violência doméstica à condição de procedibilidade da manifestação de vontade da ofendida. Todavia, tal entendimento mudou a partir do julgamento da ADI 4.424 no Supremo Tribunal Federal, onde, por maioria de votos – sendo apenas o voto do Min. Cesar Peluso vencido – a suprema corte decidiu que a ação penal em tais delitos deve ser pública e incondicionada, sob o pretexto de

conferir maior proteção à vítima que tem a sua manifestação de vontade presumivelmente viciada.

Tal posicionamento, em controle concentrado de constitucionalidade, tem efeito *erga omnes* e vinculante, alterando o entendimento das demais cortes acerca do assunto, resultando, inclusive, na publicação da Súmula 542 do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, não é possível aceitar o simplório argumento do Supremo Tribunal Federal, na medida em que ele retira a autonomia da vítima, ferindo sua dignidade e não a reconhecendo como agente capaz. Assim, com base na retórica estratégica, propomos uma reanálise da matéria, sugerindo um novo paradigma que seja capaz de solucionar os conflitos sem reificar tanto vítima como agressor.

Trata-se da proposta da Justiça Restaurativa, aqui delineada pela ótica do professor Daniel Achuti, que o apresenta como uma forma de justiça mais democrática e emancipadora, tornando os envolvidos no conflito – acusado, vítima e a própria sociedade – senhores da história a ser construída, permitindo que a solução dos problemas seja menos traumática e mais legítima.

Mas para que isso seja possível, é necessário repensar nosso sistema de justiça vigente, altamente burocrático e concentrado nas mãos de juristas que deixaram de ser facilitadores para serem limitadores – com uma visão míope e legalista – das situações de conflito. Infelizmente, o sistema atual não produz resultados eficientes: não pune e não ressocializa, apenas reproduz e implementa desigualdades. Não resolve as situações conflituosas, mas gera um clima ainda mais bélico nelas. Não é capaz de solucionar o problema da violência, na medida em que se utiliza da própria “violência legítima estatal” para oferecer sua resposta.

Se a sociedade quer e realmente espera pela paz, é hora de tomar as rédeas do destino e procurar solucionar seus conflitos inerentes e inevitáveis de outra forma que não seja por meio da violência. A Justiça Restaurativa pode ser o princípio desse caminho.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014.

ARENDDT, Hammah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiz X. De Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 jul. 2016.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 21 jul. 2016.

_____. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 21 jul. 2016.

_____. **Lei 11.349 de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 21 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 542**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=les%E3o+corporal+viol%Eancia+dom%E9stica+a%E7%E3o+penal&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 21 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.424/DF**.

CARVALHO, Thiago Fabres de; ROSA, Alexandre Moraes da. **Processo penal eficiente & ética da vingança: em busca de uma Criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo – uma análise da Lei n. 11.340/2006**. *Boletim IBCCRIM*, n. 170, 2007.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **É possível se ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia?** In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MÜLLER, Jean-Mari. **O princípio da Não-violência; percurso filosófico**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.