

Problemas de gênero na jurisprudência brasileira: (Des)fazendo a Lei Maria da Penha

Gender Troubles in Brazilian judicial decisions: (Un)doing the Maria da Penha Law

Márcia Nina Bernardes*
PUC-Rio, Rio de Janeiro – RJ, Brasil.

Mariana Imbelloni Braga Albuquerque**
PUC-Rio, Rio de Janeiro – RJ, Brasil.

1. Introdução

A Lei Maria da Penha (Lei 11340/06, ou LMP), aprovada como resultado de uma grande mobilização de redes feministas domésticas e transnacionais, representou um importante passo no enfrentamento à violência doméstica e familiar no Brasil. Após um esforço conjunto de diversos órgãos governamentais e de organizações da sociedade civil, o anteprojeto da lei preparado pelo Consórcio Feminista foi discutido intensamente em diferentes comissões interministeriais e no Congresso, até que fosse aprovado como um dos textos normativos mais democráticos do país, desde a própria Constituição Federal. Durante seus 13 anos de vigência, a legislação protetiva enfrentou também forte resistência jurídica e social à sua aplicação efetiva, mesmo em contextos nos quais as pautas de proteção dos direitos da mulher encontravam forte apoio político. Atualmente, em momento de recrudescimento conservador em relação às questões de gênero, a Lei Maria da Penha segue mais do que nunca em disputa quanto a sua aplicação e o alcance da sua proteção (Bernardes 2014, 2019).

* Doutora em Direito (NYU School of Law). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Pesquisadora de produtividade do CNPq. E-mail: marcianinabernardes@gmail.com.

** Mestre em Ciências Jurídicas (PUC-Rio). E-mail: mariana.imbelloni@gmail.com.

No processo de aprovação da Lei 11.340/06 o movimento feminista brasileiro conseguiu trazer para o debate nacional parâmetros construídos internacionalmente ao longo de trinta anos. O contexto político que permitiu a aprovação desta lei, depois de tanto tempo de negação e negligência do Estado diante do problema da violência doméstica contra mulheres no Brasil, deve-se em grande medida ao caso Maria da Penha Maia Fernandes, que resultou, em 2001, em um relatório da Comissão Interamericana de Direito Humanos, solicitando, dentre outras medidas, alteração na normativa interna brasileira sobre violência doméstica. A exposição de motivos da LMP menciona, além do caso Maria da Penha, as obrigações contraídas pelo Brasil por força da Convenção Belém do Pará, da OEA, do Plano de ação da IV Conferência Internacional sobre Mulher (Beijing 1995), da ONU, e da Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), também da ONU.

No entanto, após a sua promulgação, o texto passa a ser objeto de interpretação da comunidade jurídica, que não está necessariamente alinhada com o debate feminista e que, via de regra, desconhece a discussão transnacional sobre violência doméstica. Toda a produção interdisciplinar (e política) de entendimentos acerca das causas e dos contornos deste problema ficam invisíveis para os aplicadores do direito. Inicia-se, então, uma nova rodada de disputas acerca de aspectos chave deste fenômeno que resultaram em questionamentos jurídicos sobre a constitucionalidade da lei nos tribunais brasileiros. No julgamento das ADC 19 e ADI 4424, em 08 de fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal pôs fim a muitas dessas controvérsias, mantendo o caráter de ação afirmativa da lei, que protege apenas as mulheres contra a violência doméstica, e afastando a aplicação de institutos despenalizadores da lei 9.099/95. No entanto, subsistem interessantes interpretações dos termos centrais da definição de violência doméstica contra mulher trazida na lei.

Neste artigo, pretendemos examinar controvérsias judiciais na definição da expressão “ação ou omissão baseada no gênero”, do artigo 5º da lei, a partir de um olhar eminentemente epistemológico, tendo como referência o trabalho da filósofa estadunidense Judith Butler, em especial, sua crítica à identidade e o seu conceito de “performatividade de gênero”. A partir da leitura de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), afirmamos que não há, e nem pode haver, definição fixa, estável e incontroversa das categorias “mulher”, “sexo” e “gênero”, discutindo algu-

mas das complicações que tal instabilidade conceitual traz à proteção das mulheres. Identificamos o reconhecimento de determinadas identidades e performatividade de gênero para a concessão da proteção em situação de violência. A proteção assim condicionada nos permite, à luz da teoria de Butler, pensar as possibilidades de agência e as estruturas de poder dentro da dinâmica de aplicação da legislação protetiva.

Examinamos todos os acórdãos do Tribunal de Justiça nos incidentes de conflito de competência entre os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres (JVDFM) e as instâncias criminais comuns, julgados em três períodos: entre 08 de fevereiro de 2012 e 08 de fevereiro de 2013 (total de 59 decisões), entre 08 de fevereiro de 2014 a 08 de fevereiro de 2015 (total de 79 decisões) e entre 08 de fevereiro de 2018 e 08 de fevereiro de 2019 (25 decisões). A partir dos argumentos utilizados para determinar a competência especializada ou comum de cada um desses casos, procuramos subsídios que nos ajudassem a pensar acerca de três perguntas. A primeira diz respeito ao modo como essas decisões se utilizam das categorias “sexo” e “gênero”. Em segundo lugar, buscamos entender como o TJ-RJ constrói o perfil de mulheres protegidas pela lei. Será vítima de violência doméstica qualquer mulher que tenha sofrido violência nos termos dos incisos do artigo 5 ou certas mulheres não são enquadráveis na categoria “vítimas de violência doméstica”? Episódios de violência entre casais heterossexuais e homossexuais, entre irmãos, de pais contra filhos, adultos contra idosos, e patrões contra empregadas domésticas serão necessariamente enquadrados no escopo da lei desde que a vítima seja uma mulher? Ou deveríamos definir caso a caso se uma mulher é vulnerável à violência doméstica baseada no gênero? Quais as ilações que podemos fazer sobre a categoria “mulher” a partir das decisões lidas? Por fim, buscamos conhecer as compreensões de dominação patriarcal pressuposta nestas decisões. Como pensar em agência de “vítimas” do patriarcado? Entendemos que as posições assumidas com relação às categorias sexo, gênero e mulher estão carregadas de questões de poder que não se revelam explicitamente.

Importante ressaltar que, como proposta metodológica, não pretendemos neste momento, tabular ou quantificar as categorias de respostas encontradas acima. Pretendemos apenas refletir sobre questões que parecem relevantes para a formulação e aplicação de políticas públicas eficientes, a partir de elementos encontrados no texto das decisões.

2. Sobre os argumentos encontrados no TJ-RJ

As decisões que embasam a análise aqui apresentada, como já dito, foram proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) em três períodos: entre 08 de fevereiro de 2012 e 08 de fevereiro de 2013 (53 decisões), entre 08 de fevereiro de 2014 e 08 de fevereiro de 2015 (63 decisões) e 08 de fevereiro de 2018 e 08 de fevereiro de 2019 (25 decisões). Tais temporalidades foram definidas no intuito de acompanhar a construção jurisprudencial a partir da confirmação da Lei 11.340/06 no STF, em 8 de fevereiro de 2012. É possível, já de partida, notar certo decréscimo na quantidade de julgados com o curso temporal, indicando uma estabilização sobre o papel dos juizados e da justiça comum. Por outro lado, há uma continuidade nas linhas argumentativas utilizadas, de modo que as apresentaremos a partir do conjunto geral dos casos.

Ainda, importante denotar, tais temporalidades perpassam momentos diversos no tocante ao debate sobre gênero no país, sendo os dois iniciais momentos em que a discussão sobre temáticas de gênero permeou o cenário público e político de forma mais propositiva, enquanto o terceiro deu-se em panorama político de recrudescimento conservador frente ao mesmo debate. A continuidade das linhas argumentativas e decisórias em ambientes sociais consideravelmente diversos reitera a construção discursiva de tais decisões como questão estrutural, não pontual, a ser analisada.

Nossa aproximação com este conjunto de dados se deu, assim, a partir do volume constante de decisões cuja questão principal era a aplicabilidade ou não da Lei Maria da Penha. Os conflitos de competência entre o juízo comum e o juizado especializado, sempre negativos (com ambos os órgãos declarando-se incompetentes para prosseguimento dos feitos) colocavam em xeque diretamente a extensão da proteção legal da legislação protetiva. E, já em leituras iniciais, constatamos como a aplicabilidade da legislação pautava-se, em grande parte, pela disputa do que consiste a “violência baseada em gênero”, para então se decidir se esta violência é ou não abrangida pelo arcabouço legal especializado.

Em outras palavras, para se regradar a competência jurídica os desembargadores enfrentam, mesmo que não de maneira (necessariamente) intencional, a compreensão do que é o “gênero” para fins desta proteção estatal. Os argumentos elencados não compõem uma definição coesa ou unívoca, ao contrário, interconectam-se nos julgados, sem uma linha decisória de-

finida ou definível. Contudo, são consideravelmente significativos para se pensar a forma como a jurisprudência tem compreendido e concretizado os conceitos trazidos na LMP. Buscamos, assim, mapear os caminhos argumentativos destas decisões para acompanhar como se comporta o discurso jurídico na regulação das definições de gênero frente à legislação protetiva.

O problema fundamental, pois, como já mencionado, parte da própria definição de quando um ato ou omissão é ou não “baseado em gênero”. O TJRJ estabeleceu, na Súmula 253 de novembro de 2011, que se apresenta como guia para solução de tais conflitos, que a competência dos JVDPM somente pode ser estabelecida “quando a conduta típica é perpetrada em razão do gênero (...) não bastando que seja cometida contra pessoa do sexo feminino”. Mas, quando uma violência contra mulher é em razão do seu gênero? O que está efetivamente em questão senão a própria categoria “gênero” e, indiretamente, da expressão “opressão de gênero”?

Para fins organizativos, argumentos decisórios foram analisados a partir da relação entre duas variáveis: (1) a relação entre vítima e agressor, (2) a decisão pela aplicação da LMP e consequente competência do JVDPM ou não. A linha argumentativa foi o objeto de mais difícil aferição por diversas razões: muitas decisões eram curtas e lacônicas, algumas decisões recorriam a mais de uma linha argumentativa e em um pequeno conjunto de casos não era possível sequer discernir o argumento que justificava a decisão. Ainda, a filiação a alguma destas linhas argumentativas não implica necessariamente um resultado, seja ele de aplicabilidade ou não da legislação protetiva. Apesar disto, ou justamente por isto, iniciaremos esta análise apresentando as principais linhas argumentativas encontradas nas decisões, para então apresentar sua relação com as duas outras variáveis.

Há, de um modo geral, dois grandes tipos de argumento para a caracterização ou não da ocorrência da violência de gênero e incidência da LMP: (a) basta que a vítima seja mulher; e (b) além da vítima ser do sexo feminino, é preciso demonstrar-se a sua fragilidade (vulnerabilidade/ hipossuficiência/ dependência). Conquanto interligados, comportam-se de maneira substancialmente diversa nas decisões, e apresentam algumas variações importantes.

Com relação ao primeiro argumento (a), as decisões mais frequentemente recorrem às expressões “Mulher” ou “sexo feminino” para restar configurada a competência dos JVDPM, e apenas excepcionalmente magistrados utilizam-se da expressão “gênero feminino”. No entanto, com poucas exceções de decisões que falam de “aspectos biológicos da vítima” ou “sexo

biológico da vítima”, essas expressões não vêm explicadas: não há definição de mulher ou de “sexo feminino”. Quando da utilização desta linha argumentativa, assim, “ser mulher” aparece como uma condição auto evidente e suficiente para aproximar a legislação protetiva. Com efeito, em todos os conflitos analisados, as vítimas eram mulheres- cis. Como não houve nenhuma vítima que fosse mulher trans ou “gender fluid” na amostragem desta pesquisa, não foi possível averiguar em que medida a identidade de gênero afetaria o uso das categorias “sexo”, “gênero” e “mulher” pelo judiciário. De toda forma, é possível afirmar que, nos casos analisados, quando este argumento é invocado, os magistrados assumem tanto o “sexo”, quanto o “gênero” da vítima ou o fato de ela ser “mulher” como um dado.

Todos os casos em que se recorria ao argumento “basta ser mulher” afirmaram a competência dos JVDFM. Interessante notar que os casos envolvendo mulheres lésbicas mantiveram este padrão e, com exceção de um, foram remetidos aos JVDFM, a partir do argumento de que basta que o sexo da vítima seja feminino.¹ Nestes casos, não houve comentários concernentes à violência de gênero ou vulnerabilidade, como foi recorrente nos casos envolvendo casais heterossexuais ou de agressões entre mães e filhas ou entre irmãos. A única ponderação sobre a incidência da Lei Maria da Penha nessas situações referia-se ao sexo/gênero da vítima, sem entrar no mérito do sexo do agressor.

Uma decisão da 3ª Câmara Criminal é paradigmática. Neste caso, a defendente alegadamente invadiu a casa da vítima onde anteriormente viviam como casal. Na maior parte do voto, a discussão revolve a questão de se a violência doméstica implica ou não uma relação íntima de afeto entre homem e mulher, a despeito do fato que a linguagem da legislação nem remotamente refere-se a esta circunstância. A maioria chega à conclusão que esta não é uma condição para a aplicação da LMP e destaca que a única condição é que a vítima seja uma mulher, apontado o “único parágrafo”, no qual se lê: “As relações pessoais neste artigo são independentes de orientação sexual”. Não há uma discussão específica sobre o termo “gênero”.²

1 A única exceção, TJRJ – Conflito de Competência 0046912-36.2012.18.9.0000. 5ª Câmara Criminal. Rel. Des. Denise Vaccari Machado Paes. D.J. 20 de setembro de 2012, envolveu duas ex namoradas, sendo que uma delas ameaça invadir a casa da segunda para reaver objetos que poderiam pagar uma dívida antiga dentre elas. A turma entendeu que não haveria componente de gênero neste caso.

2 TJRJ – Conflito de Competência 0044557-53.2012.8.19.0000. 3ª Câmara Criminal. Des. Rel. Paulo Rangel. D.J. 25 de setembro de 2012. Há somente uma decisão envolvendo um casal lésbico baseada em raciocínio diverso. Neste caso, a agressora ameaçou matar a vítima, presumivelmente por não aceitar o fim

O segundo argumento (b) reafirma que a ocorrência dos elementos objetivos do art. 5 da LMP, incluindo o “fato de a vítima ser do sexo feminino”, não é suficiente para a caracterização da incidência da LMP e da competência dos JVDFM. É preciso também que a vítima possa ser demonstrada como vulnerável, dependente, hipossuficiente ou frágil em relação ao agressor. Algumas vezes essa vulnerabilidade vem qualificada pelos magistrados: é física, econômica, psicológica ou social. A maior parte das vezes, porém, nada é dito sobre esta fragilidade. Por fim, algumas decisões, ao invés de falar da vulnerabilidade da vítima, falam de intenção de dominação/subjugação do agressor, ou da relação de dominação entre vítima e agressor.

Se o argumento (a) foi usado invariavelmente para conferir competência aos JVDFM, o segundo (b) foi utilizado nos dois sentidos: presente a vulnerabilidade/intenção de dominação, haveria violência de gênero e a competência seria dos JVDFM, ausente, por outro lado, a competência seria das instâncias criminais comuns. O que suscita duas questões: o que é essa vulnerabilidade e como ela se relaciona com a definição ou não de violência em razão de gênero. Muitas decisões são lacônicas na argumentação da existência ou não deste elemento alegadamente caracterizador da violência de gênero, e não se referem de forma substancial a fatos do caso ou a elementos teóricos que poderiam dar conteúdo à noção de vulnerabilidade. No entanto, pudemos identificar alguns parâmetros que afastavam a ocorrência deste requisito.

Podemos, aqui, indicar três parâmetros recorrentemente indicados para caracterizar a ausência de vulnerabilidade em razão do gênero (e assim de violência em razão do gênero). A primeira é uma marcação etária entre violência contra criança e violência contra mulher. Em muitas decisões negando aplicação da Lei Maria da Penha, sustentava-se que a vulnerabilidade da vítima à violência que sofrera decorria de sua pouca idade e não do seu gênero, sem, no entanto, desenvolver este raciocínio. Importante destacar que este argumento foi recorrente inclusive em crimes sexuais contra me-

da relação. Também houve alegação de agressões prévias não reportadas à polícia. A oitava câmara criminal, novamente, recorreu à ênfase no Art 5 para julgar. Contudo, o voto estabelece que os fatos não possuem traços de violência de gênero, sem evidenciar porque não o fazem. Uma conclusão possível é que além dos requisitos objetivos, para a câmara, seria necessário demonstrar certa intencionalidade, ainda que não demonstre como se aferiria tal intencionalidade. TJRJ – Conflito de Competência 0057492-28.2012.8.19.0000. 8ª Câmara Criminal. Des. Rel. Suely Lopes Magalhães. DJ. 21 de novembro de 2012.

linhas. A discussão subjacente e não abordada em nenhuma decisão refere-se ao momento em que uma pessoa começa a ser definida pelo seu gênero.

Nos casos que concernem vítimas com idade abaixo de 18 anos (53), a vasta maioria consiste em crimes sexuais (34) e praticamente todas as decisões foram baseadas no critério pseudo-biológico para estabelecer se a vulnerabilidade deveria ser considerada em termos de gênero ou em termos da idade da vítima, frequentemente chegando a conclusões opostas fundadas no mesmo critério. Em várias decisões que arrazoaram pela competência de cortes comuns, antes da puberdade meninas eram consideradas vulneráveis porque eram adolescentes e crianças e não por causa do seu gênero, estabelecendo uma repartição possível e aferível entre tais vulnerabilidades.

Em um caso no qual uma menina de 3 anos foi sexualmente abusada por seu pai, a 1ª Câmara Criminal decidiu que a violência não era baseada no gênero em razão que possuía “conotação eminentemente sexual”. Conquanto a distinção que a corte faz entre violência de gênero e violência sexual seja altamente obtusa, há outros elementos na decisão que podem jogar alguma luz no raciocínio preponderante. Primeiro, a decisão estabelece que o fato de meninos serem igualmente alvos de violência sexual evidencia que este tipo de violência não é baseado no gênero. Segundo, os juízes referem-se ao fato da sociedade veementemente repudiar a violência contra crianças e adolescentes e concluir – de novo um pouco misteriosamente – que não há necessidade de uma proteção legal especial para meninas aqui. Finalmente, a corte apresenta o principal argumento, referente à idade da vítima:

Deve se notar que nos casos de violência contra crianças e adolescentes perpetrada pelos seus pais, irmãos, tios, padrastos e outros parentes, escapam da aplicação da Lei Maria da Penha (...). Em casos assim, o agente não pratica o crime por alguma inferioridade social, econômica ou mesmo física da vítima. Ele se aproveita do fato da vítima ser uma pessoa ainda em desenvolvimento intelectual e físico³.

3 TJRJ – Conflito de Competência 0024613-65.2012.8.19.0000. 1ª Câmara Criminal. Del Rel. Denise Vaccari Machado Paes. D.J. 12 de junho de 2012. Em outros casos, foi considerado suficiente para a criança ou adolescente ser do sexo feminino para a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, determinando a competência da corte especial. Por exemplo, ver o processo, concernente o abuso de uma menina de 13 anos por seu padrasto. A corte estabeleceu que o sexo da vítima, e não a sua idade, é relevante para a ocorrência de violência doméstica. Em ambas as circunstâncias, encontramos argumentos pseudo-biológicos baseados na idade, sexo ou no desenvolvimento da vítima para justificar tais decisões.

O segundo parâmetro, já também notado no extrato acima, foi recorrente em casos envolvendo vítimas menores de 14 anos, embora apareça de maneira menos frequente em casos de vítimas adultas. Configura-se quando magistrados recorriam a um teste para determinar se houve ou não violência de gênero, comparando os fatos do caso ao que teria acontecido caso a vítima fosse homem. Em algumas vezes, essa comparação foi concreta, recorrendo-se a elementos dos autos comprovando que homens presentes na cena não sofreram ou sofreram violência. A maior parte das vezes, porém, o teste era hipotético, não havia potencial vítima do sexo masculino para comparar-se e, invariavelmente, nestas situações, decidia-se pela competência das varas não-especializadas.

O “controle” nesse teste era uma suposição do que teria acontecido se a vítima fosse um homem, sem nenhuma referência a trabalhos estatísticos ou estudos sobre vítimas “preferenciais” em crimes sexuais contra menores. Um teste similar foi aplicado nas situações em que filhos sob efeitos de drogas atacaram suas mães (7). Encontramos decisões que rejeitam a aplicabilidade da Lei Maria da Pena baseada na suposição que o ataque teria ocorrido contra vítimas de ambos os sexos, sem nenhum tipo de justificativa para tal suposição.

Por fim, outra circunstância utilizada para afastar a caracterização da vulnerabilidade de gênero é o tipo de relação entre a vítima e agressor. Na maior parte dos casos envolvendo mulheres adultas agredidas por seus maridos/companheiros/ex-companheiros e também de mulheres agredidas por seus pais (41 casos). Afirmou-se a existência da vulnerabilidade ou relação de dominação, enquanto o mesmo não ocorreu nos casos em que vítima e agressor eram mulheres que não estavam em uma relação amorosa, tais como mães e filhas, irmãs e cunhadas (16). Tampouco casos envolvendo agressões entre homens e mulheres que era irmãos, cunhados ou vizinhos (15) eram percebidos como sendo de violência de gênero, com exceção de dois casos. Em um deles, o defendente agrediu sua irmã e sobrinha, mas não seu sobrinho.⁴ No outro, a agressão foi praticada pelo irmão da vítima e em razão da orientação sexual da mesma⁵. Em geral,

4 TJRJ – Conflito de Competência 0058480-49.2012.8.19.000. 3ª Câmara Criminal. Des Rel. Mônica Tolledo de Oliveira. DJ. 04 de dezembro de 2012.

5 TJRJ – Conflito de Competência 0040803-93.2018.8.19.0000. 7ª Câmara Criminal. Rel. Siro Darlan De Oliveira Junior. DJ. 14 de agosto de 2018.

contudo, relações familiares fora da conjugalidade foram compreendidas como não caracterizando uma relação de submissão entre as partes, excluindo-se, logo, a existência de uma relação de gênero.

No tocante ao conceito de subordinação da mulher na violência doméstica, encontramos 17 menções a expressões tais quais uma “dominação intencional” masculina. Quando esta intenção era encontrada no comportamento do agressor, era reconhecida a incidência da LMP, mas se a mesma estivesse ausente não se caracterizava a já dita “violência baseada no gênero”. Encontramos em vários julgados (16) nos quais a “relação de submissão/dominação” entre vítima e agressor precisava ser estabelecida para que o componente do gênero fosse atestado. Como um exemplo, citamos o caso em que a agressão de um homem contra sua prima, que era também sua vizinha, para qual a câmara decidiu pela não aplicação da legislação protetiva “porque [as agressões] não ocorreram no âmbito dos laços familiares ou em ambiente doméstico por um homem que, usando força física, quisesse dominar uma mulher vulnerável”.⁶ Neste caso, é possível identificar, para além da relevância do argumento fisiológico, uma inquirição sobre o intuito do agressor de dominar.

Assim, muito embora a lei expressamente preveja a aplicabilidade da legislação para relações não amorosas, é reiteradamente colocado em questão o tipo de relação que nas decisões pela incidência da lei. Interessante, nesta aparente circularidade, perceber como funciona a argumentação quando vítima e agressora eram mulheres.

Usualmente conflitos entre duas mulheres que não são casais (total de 13), como os que envolvem cunhadas, irmãs, mães e filhas, não são percebidos como violência de gênero e a aplicação da LMP foi vedada. Aqui, as decisões que postulavam que a vítima ser uma mulher não era suficiente para a aplicação da lei e que a existência de um componente de gênero era necessária, frequentemente sem explicar o que esse componente seria.

Encontramos decisões opostas em casos nos quais os fatos eram, basicamente, os mesmos. Consideremos dois pares de decisões abaixo (todos os outros casos de violência entre mulheres repetem algum dos argumentos apontados abaixo).

6 TJRJ – Conflito de Competência 0044944-68.2012.8.19.0000. 3a Câmara Criminal. Des. Rel. Mônica Tolledo de Oliveira. D.J. 23 de outubro de 2012.

Em um caso no qual a mãe supostamente foi agredida por sua filha, que era muito próxima do pai, e alegadamente copiaria dele este comportamento agressivo em relação à mãe, todos os requisitos objetivos listados no Artigo 5 estavam presentes, mas os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do TJRJ decidiram pela não aplicação da Lei Maria da Penha pois faltava o componente de gênero, uma vez que mães usualmente não são subordinadas a suas filhas e a suposta vítima não apresentou provas em sentido contrário. O raciocínio da corte, *a contrario sensu*, implica que se a mãe fosse a agressora e a filha a vítima, então o componente de gênero estaria presente⁷. Então, argumentativamente, existiria uma relação de submissão e, portanto, uma relação de gênero.

Em outro caso, contudo, quando a mãe era também agredida por sua filha, os desembargadores da 8ª Câmara Criminal decidiram que, para a incidência da LMP, estavam cumpridos os requisitos objetivos do Artigo 5º, e isto era suficiente para que a vítima “seja incluída no conceito biológico de mulher, independente da sua idade”.⁸

Consideremos um segundo par de casos similares decididos de forma distinta. Em um caso em que a mãe agredia a filha adolescente, a 5ª Câmara Criminal entendeu que a vítima era vulnerável à violência pela sua idade e não pelo seu gênero. Entendimento diverso deste, como argumentado pelos desembargadores na decisão, consistiria em prover tratamento diferenciado a meninos e meninas que sofrem violência doméstica, o que não seria aceitável.⁹ Finalmente, a 7ª Câmara Criminal, em um caso envolvendo fatos similares, estabeleceu que havia uma evidente relação de submissão entre mãe (suposta agressora) e filha (vítima) e, ainda, que a vítima era uma

7 TJRJ – Conflito de Competência 003171-626.2012.8.19.0000. 1a Câmara Criminal. Rel Des. Antônio Jayme Boente. D.J. 9 de outubro de 2012.

8 TJRJ – Conflito de Competência 0047795-14.2012.8.19.0000. 8a Câmara Criminal. Del Rel Ronaldo Assed Machado. D.J. 3 de outubro de 2012. Para firmar este argumento a corte também invoca os artigos 2o e 4o da Lei Maria da Penha. Art 2 Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. Art 4. 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.

9 TJRJ – Conflito de Competência 0063920-26.2012.8.19.0000. 5ª Câmara Criminal. Rel. Des. Luiz Felipe Haddad. D.J. 19 de dezembro de 2012.

mulher, logo, a LMP era aplicável. A decisão não mencionou explicitamente gênero.¹⁰

Resgatando, pois, as duas grandes linhas argumentativas que puderam ser aferidas do conjunto das decisões e as cotejando com os casos representativos que aqui analisamos, podemos perceber que a necessidade da caracterização da violência em razão do gênero para incidência da LMP aparece constantemente em aspecto relacional. Seja pelo teste (mesmo que abstrato) com potencial vítima masculina, seja pela relação conjugal ou de filiação com agressor, seja, mesmo, na linha etária de quando se adquire um gênero por quando se torna frágil em razão dele, o aspecto relacional é reiterado para definir se aquele é o gênero ao qual se refere a lei. Via de regra, tendo como condição de existência e reconhecimento legal justamente uma situação de subordinação.

Destas importantes observações nós colhemos três principais resultados: primeiro, que a maioria dos julgados recorre ao sexo da vítima ou a argumentos sobre diferença biológica (tais quais puberdade ou inferioridade de força física) para determinar a (in)existência de violência de gênero. Segundo, quando argumentos culturais eram explicitamente formulados (dependência econômica ou vulnerabilidade social, por exemplo), de alguma forma estes imitavam os argumentos biológicos, sempre centrados na vulnerabilidade ou fragilidade femininas. Finalmente, referências sobre informação sobre violência de gênero produzidas por outros domínios de estudo, tais quais estatística, psicologia, etnografia, foram absolutamente irrelevantes nos julgados examinados.¹¹

3. Os *Problemas de gênero* na jurisprudência do TJ-RJ

Os achados da pesquisa acima apontam para a dificuldade de distinção entre sexo e gênero, e para uma definição muito clara do perfil da vítima de violência doméstica pelo TJ-RJ: sujeito do sexo biológico feminino, frágil, vulnerável e dependente, adulta, em uma relação conjugal.

10 TJRJ – Conflito de Competência 0016705-54.2012.8.19.0000. 7ª Câmara Criminal. Rel. Des. Maria Angélica Guerra Guedes. DJ. 15 de maio de 2012.

11 Com a exceção de uma das câmaras criminais na qual a teórica Joan Scott foi brevemente citada em várias decisões (sempre a mesmo citação) e, na sequência, a aplicação da Lei Maria da Penha era invariavelmente afastada.

Na teoria política, por impulso feminista, o termo “gênero” tem sido usado em oposição ao termo “sexo”. O último usualmente diz respeito à realidade biológica dos corpos masculinos e femininos, enquanto o primeiro refere-se à construção social sobre o que seria apropriado para homens e mulheres fazerem, pensarem e sentirem.

É neste sentido que Beauvoir, antes mesmo da consolidação desta dicotomia na academia feminista, proferiu sua famosa frase do livro *O Segundo sexo*: “ninguém nasce mulher, torna-se mulher”. Para Beauvoir o corpo é uma situação e há “compulsão cultural” em tornar-se um gênero. Judith Butler, em artigo sobre Beauvoir publicado em 1986, nos lembra que esta disjunção entre natureza e cultura possibilita diferentes interpretações do corpo feminino e rompe com a rigidez das identidades femininas (e masculinas). E, ainda, tal distinção permite a compreensão de que o status subordinado da mulher nas sociedades patriarcais não é um dado natural, mas, sim, uma construção social:

A distinção entre sexo e gênero tem sido crucial no esforço de longa data do feminismo para desbancar a ideia de que anatomia é destino; [...] Com esta distinção intacta, não é mais possível atribuir valores ou funções sociais às mulheres por uma necessidade biológica [...]. A presunção de uma relação causal ou mimética entre sexo e gênero é afastada.¹²

Butler observa, no entanto, que há uma ambiguidade na expressão “tornar-se mulher”, que pode ser interpretada como um “projeto” de construção de si mesmo, mas que também pode ser compreendida como referindo-se a uma construção social que seria imposta à identidade, moldando-a através diferentes restrições. No primeiro sentido, se gênero é um projeto ou uma “escolha”, precisaríamos pressupor a possibilidade do sujeito estar posicionado em algum lugar fora do gênero, a partir do qual escolheria o que seria. Este entendimento levanta uma série de problemas filosóficos relacionados à assunção de um sujeito ontológico anterior à linguagem e à cultura.

Por outro lado, a segunda interpretação também assume uma “identidade feminina” pré-social, que é distorcida e oprimida pela cultura, ao mesmo tempo em que suscita questões problemáticas relativas à possibilidade de agência e de resistência das mulheres. Neste sentido, Butler pergunta:

12 BEAUVOIR, 1980.

Será que o sistema [patriarcal] unilateralmente inscreve o gênero no corpo e, neste caso, o corpo seria um meio totalmente passivo e o sujeito seria perfeitamente sujeito? Como, então, poderíamos dar conta das várias maneiras nas quais o gênero é individualmente reproduzido e reconstituído? Qual é o papel da agência pessoal na reprodução do gênero?¹³

Suspenderemos, por ora, os problemas da agência, para focar na questão da biologia versus cultura, sexo versus gênero. Butler destaca o que ela chama de contradição insuperável na distinção sexo e gênero: se esta lógica for levada ao limite, somos forçados a afirmar a descontinuidade radical entre sexo (corpo/natureza) e gênero (construção/cultura). Assim, não há por que se pressupor que, sobre um certo sexo, produzir-se-á um certo gênero e nem que as possibilidades de construção social dos gêneros sejam restritas a duas. No entanto, como sabemos, assim como os sexos, os gêneros também são comumente entendidos como dois: o feminino e o masculino. Para Butler, afinal de contas, “a presunção de um sistema binário de gêneros implicitamente assume uma relação mimética com o sexo”. Como explicar isso?

De fato, estes problemas de gênero, para citar o título da obra fundamental de Judith Butler, apareceram nos julgados examinados. A despeito dos esforços feministas das últimas décadas para distinguir natureza e cultura com relação às noções de sexo e gênero, é razoável afirmar que, muitos magistrados no Rio de Janeiro, definem “violência de gênero” com recurso ao sexo, implícita ou explicitamente. Quando buscam elementos culturais que concretizem a noção de gênero, acabam reproduzindo os mesmos atributos que seriam típicos do sexo feminino, tais como a fragilidade e a dependência.

Essa dificuldade de distinção entre sexo e gênero e de utilização da categoria gênero pela jurisprudência é reveladora. Uma das teses mais conhecidas de Butler, formulada na década de 80 e ainda hoje revolucionária é a de que o gênero não deve ser entendido como a inscrição cultural de sentido a um sexo pré-fornecido:

Gênero também deve designar o próprio aparato de construção em que os sexos são estabelecidos. Como resultado, gênero não está para a cultura assim

13 BUTLER, 1986, p.36

como sexo está para a natureza; gênero também é o meio discursivo/cultural em que a “natureza sexuada” ou um “sexo natural” é produzido e estabelecido como “pré-discursivo”, anterior à cultura, uma superfície politicamente “neutra” sobre a qual a cultura age.¹⁴

Para ela, tanto sexo quanto gênero são conceitos inteligíveis apenas dentro da cultura e do discurso. Afinal de contas, pergunta ela, existiria um corpo sexuado que não seja, desde o início, generificado? Há algum ser que em determinado ponto de sua vida torne-se um gênero? Retomando questões suscitadas pela jurisprudência lida, em que momento e sob que condições o gênero de uma menina passa a ser relevante para a sua inteligibilidade social? Como isso acontece? A autora destaca que a associação da noção de sexo à natureza resulta em uma associação entre sexualidade e reprodução que, por sua vez, contribuí para a naturalização da heterossexualidade como norma, dividindo a humanidade em homens e mulheres. Na concepção de Butler, o fato natural do “sexo”, pressuposto na distinção sexo/gênero, impõe limites às possibilidades de construção cultural do gênero, e permite a naturalização dos estereótipos de gênero que definem como homens e mulheres devem sentir, pensar e portar-se. Atos discursivos, repetidos através do tempo, estabilizam a divisão dos corpos em dois grupos a partir de linhas sexuais, e cada um desses grupos é percebido como mais ou menos homogêneo com relação a condutas, desejos e capacidades. Nesta matriz heterossexual, as similaridades existentes entre corpos de sexo oposto e as diferenças entre os corpos do mesmo sexo são tidas como irrelevantes. Para Butler, esta divisão é uma expressão de poder, criando hierarquias entre os corpos. A noção de “diferenças sexuais” torna possível a distribuição de papéis sociais entre homens e mulheres como se eles fossem naturalmente dados. A consequência, aponta Butler, é a perda do conteúdo emancipatório intencionado na distinção sexo/gênero. A prática coletiva reiterada de nomear a diferença sexual naturalizou essa distinção criando a ficção de estabilidade das identidades de gênero. Contudo, a naturalização do sistema binário de gêneros é também uma prática de poder.

Com efeito, o discurso jurídico, assim como o religioso e o científico, que pretendem “descrever” homens e mulheres, são carregados de efeitos normativos e excludentes. Além de estabelecerem hierarquias de gênero,

14 BUTLER, 1990, p.10

estabelecem também relações de poder dentro dos gêneros normalizados. Butler ressalta que o “gênero feminino”, que determina o que significa ser mulher, se transformou em um espaço de “contestação e ansiedade” no movimento feminista e queer. Diz ela: “Se alguém é mulher, certamente isso não é tudo que alguém é”.¹⁵ Gênero não é exaustivo, nem consistente, porque é sempre interpelado por questões de raça, classe e sexualidade, e a estrutura binária de sexos e gênero não dá conta desta realidade.¹⁶

Performatividade¹⁷ de gênero é um conceito chave para Butler. A autora define como “matriz heterossexual” esta “associação performativa”, e não natural nem biológica, entre corpo, gênero e desejo. De acordo com ela, o patriarcado pode ser entendido como uma matriz de heterossexualidade compulsória estruturada através de uma lógica binária que exclui subjetividades que não se alinham perfeitamente a estes polos. Segundo este tipo de análise, o discurso forja subjetividades – o homem “normal” e a mulher “normal” – atribuindo a cada um determinado comportamento social, identidade de gênero e comportamento sexual específico. Nesta concepção, a inteligibilidade de conceitos como corpo, orientação sexual e papel social só é possível com a repetição e naturalização de performances dentro desta matriz, e assim a distinção entre sexo e gênero torna-se problemática, como acima mencionado. Por um lado, corpos masculinos são associados a uma identidade masculina determinando comportamento viril e desejo sexual pelo sexo oposto. Por outro, o corpo feminino é correlacionado a uma identidade passiva e também desejo sexual pelo outro sexo.¹⁸

Eu pergunto qual configuração de poder constrói o sujeito e o Outro; a relação binária entre “homem” e “mulher”, e a estabilidade interna destes termos?

15 BUTLER. 1990, p.4

16 Sobre interseccionalidade e violência doméstica, ver CRENSHAW, 1991. Ver também BERNARDES e ALBUQUERQUE, 2016.

17 Aqui é necessária breve nota explicativa da performatividade de gênero para a autora. Ao estabelecer sua crítica à distinção sexo e gênero, Butler argumenta como o próprio corpo é um efeito discursivo, moldando-se conjuntamente a uma performance de gênero reiterada. (BUTLER, 1990). Duramente criticada por este argumento como se o mesmo negasse a materialidade do corpo, a teórica respondeu às críticas reiterando o conceito de performatividade. A performatividade reforça a concepção de que a performance não prescinde da regulação, ao contrário, uma performance de gênero só tem lugar dentro da normatividade que possibilita sua leitura. A performatividade, pois, é a performance reiterada dentro de suas condições normativas de inteligibilidade. (BUTLER, 1993)

18 BERNARDES, 2015.

[...] Seriam estes termos não problemáticos somente na medida em que eles se conformam à matriz heterossexual de conceptualização de gênero e desejo? O que acontece ao sujeito e à estabilidade das categorias de gênero quando o regime epistêmico da presunção da heterossexualidade é desmascarado como produtor e reificador destas ostensivas categorias ontológicas?¹⁹

Butler rejeita a afirmação do corpo como fundação para uma identidade substancial e pré-discursiva. Para ela, identidades serão sempre “performativas” ou performadas (*performed*), sempre “descontínuas” e instáveis, e não são “expressões” de uma essência anterior à cultura. Neste contexto, gênero deve ser entendido como algo que se “faz” e não algo que se “é” e identidade deve ser entendida como um resultado, não como um pressuposto, da performance. No seu livro *Problemas de Gênero*, Butler retoma criticamente o pensamento de Beauvoir para deixar mais clara sua concepção de “gênero”:

Em minha primeira leitura de Beauvoir, eu sugeri que corpos generificados eram variados ‘estilos da carne’. Estes estilos, todos, nunca são completamente auto-estilizados, porque estilos têm uma história, e essas histórias condicionam e limitam as suas possibilidades. Considere gênero, por exemplo, como um estilo corporal, um ‘ato’, que é tanto intencional quanto performático, onde ‘performático’ sugere uma construção dramática e contingente do significado.²⁰

A autora afirma neste livro que melhor do que conceber gênero como um “projeto”, como ela havia feito no artigo anterior, ele deve ser concebido como uma estratégia de sobrevivência cultural, sempre inscrito em relações de poder históricas e com “consequências claramente punitivas”.²¹ Com efeito, ela diz que “gêneros distintos são parte do que ‘humaniza’ indivíduos na cultura contemporânea; com efeito, nós regularmente punimos aqueles que falham ao construir corretamente seu gênero”.²² A autora ilustra este processo humanizador de generificar alguém remetendo à primeira pergunta que se faz a uma mulher grávida: “É menino ou menina?” Aqueles

19 BUTLER, 1990, p. XXX.

20 BUTLER, 1990, p. 189-90 (grifo nosso).

21 BUTLER, 1990, p. 190

22 BUTLER, 1990, p. 190

que “falham” em fazer seu gênero corretamente, como os indivíduos LGBTI, são construídos como “o outro”, o abjeto, que de uma só feita transgridem e afirmam as fronteiras das identidades culturalmente permitidas. Da mesma forma, corpos não alinhados à “normalidade” biológica feminina ou masculina, como os dos interssexuais, são considerados “desvios” que devem ser corrigidos, através de cirurgia e/ou terapia. Talvez por isso as decisões do TJ-RJ relativas a casais de lésbicas não abordem a questão de gênero; porque essas mulheres “falharam” ao fazer seu gênero corretamente e tudo o que resta sobre o que se falar é o seu sexo feminino.

Voltando à análise das decisões do TJ-RJ, percebemos a construção da fragilidade/vulnerabilidade como atributo necessário ao reconhecimento da vítima enquanto tal. Constrói-se um perfil estreito de mulher para ser abrangido pelo discurso jurídico enquanto vítima, excluindo da proteção legal qualquer mulher que não habite o padrão descrito. Este tipo de operação discursiva neutraliza as questões estruturais e sistêmicas de poder que explicam a gravidade do fenômeno da violência doméstica, que ultrapassa em muito as relações pessoais entre vítima e agressor.

De acordo com a lógica mencionada acima, pode-se argumentar que indivíduos travestis e transgêneros, na medida em que não seriam, em princípio, “biologicamente vulneráveis”, não poderiam ser vítimas de violência baseada no gênero.²³ Contudo, não é justamente em razão de suas performatividades sociais similares a das mulheres, traindo o código de conduta dos “homens de verdade”, que estes indivíduos sofrem violência?²⁴ Em uma sentença de uma juíza de Goiás, aplicou-se a Lei Maria da Penha em um caso de violência doméstica contra uma mulher trans, baseando-se no conceito de “sexo social”, que se aproxima da ideia de sexo performativo. De acordo com ela, “não há dúvida sobre o sexo social da vítima, ou seja, a identidade que ela assume em face da sociedade”.²⁵ Mas esse ainda não é o entendimento prevalecente no TJ-RJ.

23 BUTLER, 1990. OLIVEIRA, 2015, p. 34.

24 Sobre homofobia e violência de gênero, ver GOMEZ, 2008.

25 TJGO 201103873908: “Destarte, não posso acolher o respeitável parecer ministerial e ignorar a forma pela qual a ofendida se apresenta perante a todas as demais pessoas, não restando dúvida com relação ao seu sexo social, ou seja, a identidade que a pessoa assume perante a sociedade Somados todos esses fatores (a transexualidade da vítima, as características físicas femininas evidenciadas e seu comportamento social), conferir à ofendida tratamento jurídico que não o dispensado às mulheres (nos casos em que a distinção estiver autorizada por lei), transmuda-se no cometimento de um terrível preconceito e discriminação inadmissível, em afronta inequívoca aos princípios da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual, da dignidade da pessoa humana e da liberdade sexual, posturas que a Lei Maria da Penha busca exatamente combater.”

Este artigo não pretende responder exhaustivamente às questões acima levantadas, acerca do perfil de mulheres excluídas da proteção da LMP, mas apenas levantá-las. No entanto, para responde-las adequadamente, é importante pensar sobre os aspectos sistêmicos e discursivos da opressão de gênero, ou poder patriarcal, bem como sobre as possibilidades de agência e subversão dos sujeitos subalternizados. Discutiremos esse ponto a seguir.

4. Sobre poder patriarcal e as possibilidades de agência e subversão

Tanto como uma construção social ou como um projeto pessoal, e não como um fato inafastável da natureza, pode-se se indagar em que medida as relações de gênero podem variar, o que nos leva à discussão sobre se as hierarquias de gênero subordinam todas as mulheres, ainda que em diferentes graus, ou apenas algumas, sob condições específicas. Como podemos pensar em emancipação feminina neste cenário? Há requisitos subjetivos que devem ser acessados em cada caso individual para se determinar se há uma situação de subordinação, ou a verificação de elementos objetivos é suficiente? Se Butler estiver correta e gênero for fabricado em um processo de performatividade social que constitui o sujeito, como podemos pensar a agência individual? São todas as mulheres necessariamente subjugadas e a emancipação feminina impossível?

De volta à aplicação da Lei Maria da Penha, O Supremo Tribunal Federal, na decisão da ADC 19 e da ADIn 4424 de 2012, não forneceu uma resposta direta para estas perguntas. Porém, declarou inconstitucional o dispositivo da lei que estabelecia o consentimento das vítimas como condição da ação penal nos casos de lesões corporais leves, alegando que mulheres, devido à subordinação de gênero existente, não estariam em posição de desistir da ação como expressão de um consentimento verdadeiro. Este entendimento pressupõe a compreensão da violência doméstica como um problema estrutural que, como tal, afeta a todas as mulheres²⁶. Já o TJ-RJ, nas decisões lidas nessa pesquisa, tem formulado análises subjetivas da noção de opressão de gênero, invocando como razão de não incidência

26 Este entendimento, embora corresponda à demanda protetiva apontada por grupos feministas, não é unívoco entre as defensoras da legislação. A não necessidade da representação, bem como a impossibilidade de retratação, mesmo que calcadas em uma lógica de proteção dentro de um sistema de violências estruturais, na prática são, também, uma forma de tutela e, potencialmente, cerceamento de agência feminina frente a um sistema de justiça em grande medida patriarcal.

da LMP a inexistência da tal “intenção de dominação” do agressor, ou a inexistência de uma relação de submissão entre vítima e agressor (muito embora os fatos do caso concreto enquadrem-se perfeitamente nos incisos do art. 5 da LMP), ou mesmo ausência de vulnerabilidade da vítima. Encontramos também, em menor número, argumentos universalizantes e objetivos com relação à vítima (“ser mulher”), que poderiam referir-se à existência de uma realidade que afeta a todas as mulheres. No entanto, o recurso ao argumento de “ser mulher” não foi desenvolvido em nenhuma dessas decisões; não há um entendimento, nas decisões lidas, sobre o que significa “ser mulher”.

Em uma decisão polêmica e já célebre, a 7^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu que não se pode pressupor a vulnerabilidade feminina como um dado e que ela tem que ser encontrada em cada situação específica. Os fatos do caso envolvem dois atores famosos, então namorados. Ele alegadamente bateu no rosto dela e a empurrou no chão, porque ela havia mostrado os seios durante uma peça na qual estava atuando. A Câmara argumentou que a Lei Maria da Penha protegia mulheres que eram vulneráveis à violência de gênero, reiterando a interpretação do sistema sexo/gênero que foi encontrada em diferentes acórdãos. Com efeito, a decisão cita a exposição de motivos da lei para dizer que a opressão de gênero é socialmente construída e que seria um erro aduzir qualquer justificativa biológica para a hierarquia entre os gêneros. Conclui disto que, do fato biológico de a vítima ser mulher, não podemos inferir automaticamente a vulnerabilidade e inferioridade do sujeito. É notório, segue a decisão, que a atriz em questão nunca foi oprimida ou subjugada por homens em nenhum sentido e, portanto, a Lei Maria da Penha não deveria ser aplicada no caso. Aqui, como em outras decisões do TJ-RJ, invocou-se a distinção sexo/gênero para enfraquecer a proteção à mulher, ao invés de fortalecê-la, o que era o objetivo feminista inicial da formulação desta distinção.

Há diversas considerações que podem ser tecidas aqui. Parece evidente que esta decisão assume uma perspectiva liberal de poder e ignora, ou ao menos não leva suficientemente em conta, o caráter disseminado e constitutivo da opressão de gênero. A decisão em tela pressupõe uma concepção de “poder” como um atributo do sujeito, um recurso que ele pode ou não ter. Epistemicamente, a decisão assume que existe um sujeito ontologicamente livre e autônomo, que pode ser “posteriormente” oprimido pela cultura. Neste sentido, o direito deve assegurar que não haverá constrangimentos

injustificáveis à autonomia de alguém. No caso específico, o TJ-RJ não encontrou nenhum, concluindo que a lei deve permanecer, portanto, neutra.

Contudo, no julgamento do recurso especial, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reformou a sentença e entendeu que a competência para decidir o caso era do JVDJM. O voto da ministra-relatora, Laurita Vaz, afirmou que a Lei Maria da Penha não exige prova de hipossuficiência e vulnerabilidade da mulher, isso é pressuposto de validade da própria Lei, reiterando que a Lei nº 11.340/2006 “aplica-se a namoros, ex-namoros, a todas as relações íntimas de afeto, independentemente de coabitação e classe econômica e social”.

O voto da ministra aproxima-se de visões sistêmicas do poder, tais como a de Butler e Foucault, que destacam o seu caráter disseminado, e criticam modelos monológicos, em que o poder é visto como um recurso subjetivo que se pode ou não ter, e modelos diádicos de poder, com foco na relação direta entre opressores e oprimidos.²⁷ Para Foucault, o poder tem que ser pensado como um efeito de estratégias colocadas em funcionamento micro práticas cotidianas, nas relações sociais, sempre tensas e dinâmicas. Poder não deve ser pensado com um “privilegio adquirido ou conservados da classe dominante, mas [como] o efeito de um conjunto de suas posições estratégicas, efeito manifestado e às vezes reconduzido pela posição dos dominados”.²⁸ Assim, opressão não é meramente um resultado de atos abusivos de algumas pessoas más, como explica Iris Young, também influenciada por análises foucaultianas de poder:

Seus causas estão enraizadas em normas, hábitos e símbolos não questionados, nas pressuposições das normas institucionais e nas consequências coletivas de seguir-se estas regras. (...) Neste sentido estrutural alargado, a opressão refere-se às vastas e profundas injustiças que alguns grupos sofrem como consequência de pressuposições inconscientes e de reações de pessoas comumente bem intencionadas em interações ordinárias, de estereótipos culturais e midiáticos, e de características estruturais das hierarquias burocráticas e mecanismos de mercado – em resumo, dos processos normais da vida cotidiana.²⁹

27 Para concepções diversas de poder patriarcal, ver ALLEN, 2016. Para uma crítica didática à dinâmica do poder ver FRASER, 1993.

28 FOUCAULT, 1996.

29 YOUNG, 2009. p.56.

Neste paradigma, percebe-se que o poder, na sua micro-física, constitui a subjetividade masculina e feminina, tanto nos domínios públicos quanto privados, a partir de práticas e discursos publicamente institucionalizados, através do direito, inclusive. É justamente o processo de subjetivação descrito por Foucault que interessa à Butler, e o papel que o Direito desempenha nesses processos. Nos termos de Butler, não há caminho fora da cultura, que sempre impõe aos nossos corpos e gêneros uma dada inteligibilidade.

Inteligibilidade, esta, ambigualmente imposta à constituição subjetiva, o que recoloca a questão da agência. Se, ainda no diálogo de Butler com Foucault, o poder que inicia o sujeito também é o poder que impõe a vulnerabilidade como condição de inteligibilidade, como enfrenta-la/o? Como coloca ainda Butler em “A vida psíquica do poder”, a subordinação torna-se uma condição de possibilidade contínua do sujeito, posto que está embutida na sua constituição subjetiva, sendo recobrado continuamente para existência.³⁰ Trazendo para os termos da nossa discussão, em sentido bem explícito o poder jurídico, potencialmente defensivo, reitera a necessidade da vulnerabilidade – aqui uma especificamente feminina – para o reconhecimento jurídico. A mulher que não encena a trajetória constitutiva para ela traçada não é reconhecida como sujeito legal a ser protegido, sendo retirada de uma determinada esfera de existência. Ao aliar, assim, a incidência da Lei Maria da Penha a um gênero performado pela presença de hipossuficiência/fragilidade, as decisões apontadas repetem continuamente o poder da constituição de um determinado ser mulher.

Voltando ao caso da atriz, ambos os sujeitos envolvidos apresentavam performatividades condizentes com a matriz heterossexual. A atriz em questão subversivamente ousou desafiar o estereótipo da mulher comportada, ousou confrontar o então parceiro quando inquirida sobre isso, e ele sentiu-se autorizado a agredi-la por conta disto. Ela realmente parece ser uma mulher poderosa, como notou o Tribunal, e, ainda assim, foi por ele agredida. Com efeito, neste caso, parece que justamente por ser ela estar fora do estereótipo de fragilidade reiterado é que foi agredida. Este é o significado mais forte da opressão ou subordinação: o fato de que algumas pessoas terão de navegar através de obstáculos e desafios sociais que não existem em relação a indivíduos diferentemente posicionados na sociedade.³¹

30 BUTLER, 2017. p.21.

31 BERNARDES, 2015.

Adotando-se este entendimento sistêmico de poder e opressão, podemos compreender que as mulheres são colocadas em situação de maior vulnerabilidade à violência doméstica. Elas não precisam ser sujeitos frágeis e não precisa haver uma intenção explícita de dominação do agressor. A dominação que existe aqui faz parte das performances dos gêneros dos sujeitos em um conflito doméstico. É uma prática reiterada. Se isto estiver correto, podemos também perceber as questões de gênero existentes até mesmo nos conflitos entre filhos drogados e mães. Como explicar que na grande maioria das vezes, são as mães, e não os pais, que sofrem as agressões? Parece evidente que as construções culturais que “nomeiam” a mãe como a cuidadora do lar, dos filhos e dos idosos desempenham um papel importante aqui. A performatividade das mães as coloca em uma situação especialmente vulnerável a este tipo de agressão.

Entendemos que a compreensão dos aspectos estruturais da violência doméstica e familiar contra a mulher permite-nos entender como as vulnerabilidades sociais são produzidas, sem que o sujeito oprimido precise ser necessariamente pensado como um ser frágil e dependente. No entanto, os entendimentos judiciais mais comuns só têm sido capazes de enxergar a mulher a partir de uma ótica vitimizadora, como um sujeito menos potente.

Importante ressaltar que o caráter sistêmico do poder não impede possibilidades de agência e subversão. O argumento central de Butler é o de que não há nem pode haver estabilidade na definição da categoria mulher, ou de qualquer categoria identitária, na medida em que seus pressupostos fundacionalistas (neste caso, o sexo), podem ser “desfeitos” e revelados na sua historicidade carregada de relações de poder. Sem entrar, aqui, em sua crítica psicanalítica a Foucault, Butler aponta como mesmo percebendo a vulnerabilidade na constituição subjetiva do sujeito, a sua repetição nem sempre segue os propósitos que o poder assim define. De fato, é nas múltiplas possibilidades que essa repetição gera que a subversão encontra suas fissuras. Os termos do poder exercido pelo sujeito são, neste sentido, muito diversos dos termos do poder que o constitui.³²

Assim, internamente descontínuas e instáveis, as identidades são marcadas por fissuras, de onde podem surgir também performatividades subversivas que ressignificam identidades. Certamente, as mulheres trans e as drag queens, ainda que inconscientemente, desempenham performatividades subversivas da identidade “mulher”. E também o fazem mulheres que desafiam o estereótipo de frágil, cuidadora e passiva, e mulheres feministas na luta contra a cultura

32 BUTLER, 2017.

do estupro, participantes das marchas das vadias, mulheres prostitutas e tantas outras. Importa, em termos de políticas públicas, atentar para as estruturas discursivas que reagem a essas subversões, inclusive através de formas de violência doméstica e familiar.

5. À guisa de conclusão

Se levarmos em conta a análise de Judith Butler, a possibilidade de se confiar na estabilidade e na clareza de categorias como “mulher” e “gênero” torna-se problemática. Todavia, a legislação e as políticas públicas procedem através da afirmação mais ou menos rígida de categorias tidas como estáticas. A aplicação da lei Maria da Penha, por exemplo, pressupõe a possibilidade de se identificar uma ação ou omissão baseada no gênero, bem como de se definir quais sujeitos são mulheres.

Como vimos, não obstante o crescente entendimento acerca do caráter cultural dos papéis de gênero, a busca pelas fundações que estabilizam estas categorias tem nos levado comumente de volta a algum fato supostamente científico e incontroverso: mulheres são naturalmente vulneráveis ou mulheres não são naturalmente vulneráveis. Quando o recurso à biologia não é explícito, recorre-se a uma visão cultural que emula atributos tidos como naturais. O aspecto performativo de ser uma mulher é, assim, tornado invisível e muitas formas de ser mulher ficam excluídas da definição legal sem um argumento coerente que justifique essa exclusão. Tal circunstância parece corroborar a crítica que Butler faz à distinção dos conceitos de sexo, enquanto realidade biológica e anatômica, e gênero, como construção social. Corpos são sexuados e generificados inexoravelmente e constituídos dentro de uma cultura que normaliza a heterossexualidade e identidades binárias e trata como patológico tudo que foge a esses alinhamentos.

Referências

- ALLEN, Amy. “Feminists Perspectives on Power”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2016. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/feminist-power/>.
Anistia Internacional & Redress, *Gender and Torture: Conference Report*, Disponível em <http://www.redress.org/downloads/publications/GenderandTortureConferenceReport-191011.pdf>

- BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
- BERNARDES, MARCIA NINA. La race de la violence de genre: analyse de la loi brésilienne contre la violence domestique. *Revue des droits de l'homme*, p. 1 - 21, 2019.
- BERNARDES, MÁRCIA NINA; ALBUQUERQUE, MARIANA IMBELLONI BRAGA. Violências Interseccionais silenciadas em Medidas Protetivas de Urgência. *REVISTA DIREITO E PRÁXIS*, v.7, p.01 - 26, 2016.
- BERNARDES, M. N. Aspectos Transnacionais da Lei Maria da Penha. *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, v.45, p.20 - 40, 2014.
- BERNARDES, M. N.. Philosophical and Jurisprudential Issues on Domestic Violence and Gender Discrimination. In: Marcelo Galuppo; Monica Sette Lopes; Lucas Montijo; Karine Slagado; Thomas Bustamante. (Org.). *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy*. 1ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2015, v. 1, p. 50
- BIROLI, Flávia. “Autonomia, opressão e identidades: a ressignificação da experiência na teoria política feminista”. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis. vol. 21, nº 1, pp 81-105, 2013.
- BUTLER, Judith. “Sex and Gender in Simone de Beauvoir’s Second Sex”. *Yale French Studies*, No. 72, 1986.
- BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York: Routledge, 1990.
- BUTLER, Judith. *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of “Sex”*. Nova York, Routledge, 1993
- BUTLER, Judith. *Excitable Speech: a Politics of the Performative*. New York: Routledge, 1997.
- BUTLER, Judith. *A Vida Psíquica do Poder: teorias da sujeição*. São Paulo: Editora Autêntica, 2017
- CAMPOS, Amini Haddad & CORREA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos Humanos das Mulheres*. Editora Juruá, 2007.
- CASTILHO, Ela Wiecko. “Estereótipos sexuais na justiça brasileira” in COOK, Rebecca. Rebecca Cook entrevistada por Débora Diniz. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2012, p. 51-62.
- COOK, Rebecca & CUSACK, Simone. *Gender Stereotyping: Transnational legal perspectives*. University of Pennsylvania Press, 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso González et. al. vs. México* (Caso do Campo Algodoneiro). Julgamento 16 de Novembro de 2009

- (Exceções Preliminares, Méritos e Reparação). Opinião Concorrente da Juíza Cecília Medina Quiroga, paras. 1, 8-9.
- CRENSHAW, Kimberle. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, Vol. 43, No. 6 (Jul., 1991), pp. 1241-1299.
- FOUCAULT, Michel. A arqueologia do saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- FRASER, Nancy. Beyond the Master/Slave Model: Reflections on Carole Pateman's Sexual Contract. *Social Text*, 37, A Special Section Edited by Anne McClintock Explores the Sex Trade, 1993, pp. 173-181.
- FREITAS, Lucia Gonçalves de. "Representações de papéis de gênero na violência conjugal em inquéritos policiais" in *Cadernos de Linguagem e Sociedade*, v. 12, p. 128-152, 2011.
- GOMEZ, Maria Mercedes. "Violencia por prejuicio" in MOTTA, Cristina & SAEZ, Macarena (org.) *La mirada de los jueces: sexualidades diversas em la jurisprudência latino-americana*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008.
- MACKINNON, Catharine. "On torture: A feminist perspective on human rights", in Mahoney & Mahoney (eds) *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, Dordrecht Neth: Martinus Nijhoff. 1993.
- MEYERSFELD, Bonita. *Domestic Violence and International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010
- 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.
- ONU. *Resources for Speakers on Global Issues, Ending Violence Against Women and Girls*, United Nations, Disponível em: <<http://www.un.org/en/globalissues/briefingpapers/endviol/index.shtml>>
- Secretaria de Promoção das mulheres. Política Nacional de Enfrentamento da Violência Doméstica. 2011. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2011/politica-nacional>>
- YOUNG, Iris. "Five Faces of Oppression" in George Henderson and Marvin Waterstone (eds.) *Geographic Thought: a Praxis Perspective*. New York: Routledge, 2009.

Autoras convidadas.