A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Patrícia Cunha Barreto de Carvalho*

Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar**

RESUMO: A adoção de uma estratégia punitivo-repressiva pela Lei Maria da Penha resultou na abolição de toda e qualquer forma de diálogo entre vítima e agressor, descartando sobremaneira a restauração dos laços familiares e sendo, inclusive, por muitas vezes, desproporcional à agressão inquinada. A busca de soluções consensuais, mediante o emprego de uma Justiça Restaurativa, a exemplo da Mediação, de forma complementar/preventiva e saneadora de situações menos gravosas, não abarcadas pelos tipos penais já existentes, poderiam conferir uma resposta mais adequada às questões de família, já que nestes conflitos se permeiam outros aspectos que não se restringem ao fato, sobretudo no que concerne ao plano emocional.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Violência Doméstica. Justiça Restaurativa. Mediação. Direito Penal como *ultima ratio*.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.340/2006, intitulada "Lei Maria da Penha", tem por objetivo

* Magistrada em Sergipe. Bacharela em Direito graduada pela Universidade Federal de Sergipe (1998). Pós-graduada no Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - UCAM (2007). Pós-graduada no Curso de Especialização em Ciências Penais – UNISUL/IPAN/LFG (2007/2008). Formada pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe – ESMESE - (VIII - 2008). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Sergipe – FASE (2009). Autora do livro *Crimes Hediondos e a Lei 11.464/2007*, editado pela EVOCATI, 2008. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP- ESMESE (2009/2012) Professora de Deontologia Jurídica, Ética e Código de Ética da Magistratura – ESMESE/MARCATO (2010/2012). Mestranda em Direito, com foco em estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade, pela Universidade Federal de Sergipe – UFS (2011/2012).

** Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Processo Civil pela *Jus Podvim*. Advogada. Professora universitária da Fase-Estácio, Fanese e Universidade Federal de Sergipe. Coordenadora da Escola Superior de Advocacia de Sergipe (ESA).

precípuo a superação da desigualdade entre o homem e a mulher, visando à preservação de uma categoria de gênero, em que o ser mulher não se limita ao sexo biológico, mas se refere ao modo de ser, ao estilo e modo de condução de vida, a fim de desnaturalizar as construções socioculturais que engessam os papéis do feminino e do masculino nas diferenças biológicas.

A violência de gênero é praticada contra a mulher no âmbito do processo histórico de dominação masculina, o qual visa submetê-la às regras de uma cultura patriarcal.

A legislação em apreço se propôs a criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, buscando uma nova identidade do sujeito constitucional, almejando-se a igualdade material, fundamento que a legitima e traduz a sua constitucionalidade.

Contudo, com a sua edição, prevaleceu uma estratégia de cunho repressivo-penal como mecanismo de solução de tais conflitos, apesar da previsão de vários institutos e programas que, se fossem verdadeiramente implementados, na prática, poderiam conferir maior efetividade e adequação.

2. DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

É certo que o direito penal, tão-somente, ao abarcar uma política criminal punitivo-repressiva, não satisfaz às demandas da vítima no tocante à efetividade de seus direitos, sobretudo quando está dissociado de uma estratégia promocional, com a efetivação de políticas públicas e instrumentos correlatos, a exemplo de programas assistenciais e equipe multidisciplinar.

O direito, sobretudo o direito penal, o qual deve ser utilizado como *ultima ratio,* não pode prevenir e até mesmo remediar a violência doméstica de forma isolada e estanque. Além disso, devem ser oferecidas respostas diferenciadas, segundo a gravidade da violência perpetrada.

Deve se perquirir, portanto, acerca da resposta mais adequada a este tipo de violência, pois, se o sistema jurídico permanece indiferente perante as solicitações e necessidades da mulher e somente apresenta punição repressivo penal de seu cônjuge ou companheiro, a qual não implicará qualquer melhoria na convivência doméstica, haverá verdadeira decepção e falta de alcance dos verdadeiros objetivos das ações afirmativas.

De qualquer forma, a promulgação da Lei Maria da Penha representa um marco muito importante no combate à violência doméstica contra a mulher, já que este diploma legal buscou soluções concretas para o seu combate.

A tentativa consistiu em uma mudança de mentalidade cultural, a qual também poderia ser alcançada mediante uma política pública mais eficaz em relação à educação de gênero.

A lei resultou de um anseio social que não mais se conformava com o tratamento dado às questões da violência em tela nos Juizados Especiais Criminais, radicalizando e recrudescendo por completo o sistema punitivo correspondente.

Contudo, ignorou peculiaridades em relação à vítima e aos agressores, descartando a restauração dos laços familiares e utilizando tão-somente a pena como resposta.

O advento da lei em questão aboliu toda e qualquer forma de diálogo entre vítima e agressor, apesar de tal prática ser adotada em tempos de outrora nas delegacias da mulher, locais que, sem dúvida alguma, revelam-se inadequados para tal desiderato.

Além disso, vale ressaltar que a adoção pura e simples de uma política punitivo-repressiva não satisfaz de modo algum a restauração dos laços familiares, sendo por muitas vezes, inclusive, desproporcional à agressão inquinada.

3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, na ADI 4424, em 09/02/2012, que a ação penal prevista pelo artigo 16 da Lei 11.340/2006 deve prescindir de representação da vítima, revestindo-se de incondicionalidade.

Em idêntica linha de pensamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em 24 de março de 2011 declarou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340/2006.

De acordo com o dispositivo em comento, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95 e, consequentemente, os seus institutos despenalizadores, tais como a suspensão condicional do processo.

Os julgados referidos visam garantir à mulher maior proteção em relação à igualdade consubstanciada na Constituição Federal.

Realmente, como outrora destacado, tais decisões estão em total consonância com o espírito de criação da lei, especialmente no tocante à mudança cultural de pensamento em relação ao gênero.

Entretanto, é notório que o caminho adotado desemboca sempre em uma política punitiva e repressiva penal, não sendo possibilitado qualquer outro tipo de solução fora desta esfera e ainda sem considerar o grau da violência perpetrada a fim de averiguar a proporcionalidade da resposta a ser conferida.

4. BREVE HISTÓRICO ACERCA DA MEDIAÇÃO

A etimologia da palavra mediação, do latim *mediatio onis* nos reporta ao seu atual sentido de intercessão, intervenção, interposição[1]. A técnica da mediação nasceu no Oriente e sempre fez parte da cultura do povo judeu, dos chineses e japoneses. No mundo ocidental, ela surge na segunda metade do século XX, resultado de dois movimentos surgidos na Grã-Betranha e nos Estados Unidos, que focavam a resolução extrajudicial de problemas familiares, tais como o "Parents for ever", nos Estados Unidos, em torno de 1975 e a entidade "Family Mediators Association", em 1988, na Inglaterra[2].

Mas foi a Harvard Law School a responsável por construir e difundir a fundamentação teórica da mediação como um método alternativo de resolução de conflitos, cuja premissa seria o acordo entre as partes, sem se ater aos aspectos tangenciais do conflito.

Hodiernamente, a mediação é largamente utilizada também na França, no Canadá, Austrália, Argentina, dentre outros países, sendo que na Argentina, a Lei n. 24.573/1995 inseriu a mediação com etapa obrigatória para ajuizamento de ações judiciais, o que rendeu muitas críticas por ter revelado uma finalidade não essencial da mediação: a redução na demanda judicial, pondo em xeque, inclusive, o acesso à Justiça naquele país.

No Brasil, o que mais se aproxima da mediação, como meio alternativo de resolução de conflitos, é a arbitragem, regulamentada pela Lei n° 9.307/96, a qual possui princípios e regras próprias por ser utilizada nos negócios jurídicos eminentemente econômicos e de abrangência internacional, por vezes, e no Código Civil, o contrato de mediação muito se assemelha ao objetivo do instituto, porém com nuances específicas daquele negócio jurídico.

A prática da mediação nas relações familiares, como um método alternativo de resolução do conflito, tem se revelado um poderoso e eficaz instrumento de pacificação de conflitos familiares por não focar na busca do acordo, o qual pode ou não ocorrer, mas sim no restabelecimento do

diálogo entre os conflitantes, estimulando-os a desenvolver a capacidade de resolução eficaz dos problemas, com o enfrentamento das causas para assim dissolver o conflito instalado.

Ressalte-se que tal alternativa somente seria aplicável em casos prematuros, quando identificadas certas situações de menor gravidade que apontarem para o desenvolvimento da violência doméstica e familiar de forma progressiva.

A própria Lei n. 11.340/1996, ao anunciar que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, possibilitou que a mediação fosse utilizada nos casos de violência doméstica, no seu estágio primário, como forma de prevenção do agravamento da situação conflituosa e comprometedora da saúde e paz familiar.

Embora o consenso seja de não restringir a prática da mediação, há vozes no sentido de que o processo de mediação só seria aplicado nos casos de conflitos familiares sem violência doméstica, a impedir que as situações tratadas pela Lei Maria da Penha pudessem ser a técnica de mediação extrajudicial.

Eduardo José Cárdenas[3] aponta que a mediação familiar pode ser utilizada com eficácia para resolver os problemas decorrentes da separação de um casal, relativos aos filhos e aos bens; para solucionar as dificuldades que surgem com a formação das famílias recompostas; para solver os conflitos nas relações entre pais e filhos, em geral problemas de convivência; e nos casos de violência entre o casal.

Reputa-se mais acertada a doutrina que amplia as hipóteses nas quais se possibilite a mediação, afinal se o mediador se deparar com um caso grave de violência nada impede que ele encaminhe para as autoridades competentes, encerrando assim a técnica naquela situação específica, algo que é muito diferente de impedir aprioristicamente a mediação em casos de violência doméstica, quando há casos em que essa conduta é interrompida após o restabelecimento do diálogo e do entendimento mútuo.

5. APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Verifica-se, em certa medida, a ocorrência de um retrocesso com o advento da legislação, já que foi abolida toda e qualquer forma de diálogo entre vítima e agressor.

Diante da resposta penal, quando necessária e definida como um instrumento de *ultima ratio,* realmente, não existe qualquer alternativa interpretativa em relação à adoção da ação pública incondicionada e também acerca da impossibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo, pois, neste nível, de sistema penal, não se admite qualquer possibilidade de negociação em detrimento do espírito da legislação, a qual visa preservar a igualdade material.

Contudo, vislumbra-se que a busca de soluções consensuais, mediante o emprego de uma Justiça Restaurativa, de forma complementar/preventiva e saneadora de situações menos gravosas, não abarcadas pelos tipos penais já existentes, poderiam conferir uma resposta mais adequada às questões de família, já que nestes conflitos se permeiam outros aspectos que não se restringem ao fato, sobretudo no que concerne ao plano emocional.

Tal alternativa poderia corresponder, de forma mais propícia, aos anseios da vítima, agressor e da família envolvida neste tipo de conflito, a fim de conferir maior efetividade e adequação.

A exemplo da mediação, baseada na análise conjunta de um operador do direito e de um psicanalista, sem prejuízo de outros profissionais qualificados como mediadores, seguindo um modelo conciliatório peculiar, munido de características imprescindíveis, tais como a neutralidade, confidencialidade e imparcialidade.

Diferentemente da conciliação, vítima e réu quando submetidos a este procedimento dialogam e procuram soluções que atendam aos seus interesses particulares, desprezando-se a primazia do Estado em relação à punição e apoderando a vítima, muitas vezes relegada quando da tomada de suas próprias decisões.

6. CONCLUSÃO

A mediação aplicada de forma prematura seria uma forma de não se adentrar na esfera penal, a qual seria utilizada tão-somente para os casos em que realmente não haja mais qualquer solução viável para a reestruturação familiar, cabendo-lhe a pena como única alternativa, em prol da preservação da igualdade material da mulher perante o sistema patriarcal.

O Estado, quando diante da seara penal, assume totalmente o *jus puniendi,* embora tal posição "centralizadora e verticalizante" seja também objeto de críticas.

Conforme enfatiza Zaffaroni:

> "A atual configuração do sistema penal, por ser proveniente dos albores da revolução mercantil e da formação dos estados nacionais, provoca o desaparecimento dos velhos mecanismos de solução entre partes em confronto, produzindo-se a expropriação dos conflitos (dos direitos da vítima), assumindo o soberano o lugar de"única vítima" e convertendo todo o sistema penal em um exercício de poder verticalizante e centralizador"[4].

Em suma, a mediação deve ser vista como um instrumento complementar ao direito penal, de forma preventiva, dependendo da análise do caso concreto, sendo este apenas utilizado como *ultima ratio,* para a resolução dos conflitos que envolvem a violência e a criminalidade de gênero na contemporaneidade, com esteio principalmente nos modelos de Justiça Restaurativa, a fim de conferir maior efetividade quando da resolução da violência doméstica e familiar contra a mulher, propiciando, sobremaneira a sua contenção.

___

MEDIATION AS A TOOL FOR RETENTION OF THE DOMESTIC VIOLENCE

ABSTRACT: The adoption of a strategy repressive-punitive for the Law Maria da Penha abolished all and it forms anyone of dialog between victim and aggressor, discarding exceedingly the restoration of the familiar knots and when times are, inclusive, for great, disproportionately to the inquinated aggression. The search of agreed solutions, by means of the job of a Justice Restaurativa, in the complementary / preventive form and saneadora of less annoying situations not comprised by the already existent penal types, they might check an answer more appropriate to the questions of family, since in these conflicts there are permeated other aspects that are not restricted to the fact, especially in what it concerns the emotional plan.

KEYWORDS: Law Maria da Penha. Law 11.340/2006. Domestic Violence. Justice Restaurativa. Mediation. Penal Right as it finalizes ratio.

Notas

[1] HOUAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1262.

[2] ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *Mediação familiar*: princípio, meio e fim para a pacificação de conflitos. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Recife: UFPE, 2010.

[3] CÁRDENAS, Eduardo José. *La mediación en conflictos familiares*. Buenos Aires: Lúmen, 1999, p. 11.

[4] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5ª edição, Rio de Janeiro, 2010, pág. 152.

BIBLIOGRAFIA

CÁRDENAS, Eduardo José. *La mediación en conflictos familiares*. Buenos Aires: Lúmen, 1999.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *Mediação familiar*: princípio, meio e fim para a pacificação de conflitos. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Recife: UFPE, 2010.

HOUAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* – Teoria do garantismo penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. edição, Rio de Janeiro, 2010.

SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato C. P. e Pinto, Renato S. G. (orgs.). *Justiça restaurativa* (Brasília. DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2005.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher/Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. *Sobrevivi... posso contar* - Maria da Penha. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010.

FIORELLI, José Osmir. *Psicologia jurídica* - José Osmir Fiorelli, Rosana Cathya Ragazzoni Mangini. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas das perspectivas dos direitos humanos*. Disponível em www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124

IZUMINO, Vânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher*. 2. Ed. São Paulo: Anna Blume, 2004.

IZUMINO, Vânia Pasinato. *Delegacias de defesa da mulher e juizados*

especiais criminais: mulheres, violência e acesso à justiça, disponível em: www.nevusp.org/downloads/down082.pdf
PINTO, Ronaldo Batista e CUNHA, Rogério Sanches. *Direito de família* – A Lei Maria da Penha e a não-aplicação dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais Criminais. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10238.
BIANCHINI, Alice. MAZZUOLI, Valério. *Controle de convencionalidade da Lei Maria da Penha*. Disponível em: http://www.lfg.com.br - 09 de março de 2011.