



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

CAMILA FLÁVIA LINS LIVINO DE CARVALHO

**VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E APLICAÇÃO DA LEI MARIA
DA PENHA:
análise de constitucionalidade sob a ótica do princípio da igualdade de
gênero**

**BRASÍLIA
2010**

CAMILA FLÁVIA LINS LIVINO DE CARVALHO

**VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E APLICAÇÃO DA LEI MARIA
DA PENHA:
análise de constitucionalidade sob a ótica do princípio da igualdade de
gênero**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof.^a Sandra Nascimento

**Brasília
2010**

CAMILA FLÁVIA LINS LIVINO DE CARVALHO

**VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E APLICAÇÃO DA LEI MARIA
DA PENHA:
análise de constitucionalidade sob a ótica do princípio da igualdade de
gênero**

Brasília-DF, _____ de _____ 2010.

Banca Examinadora

Orientadora

Examinador(a)

Examinador(a)

DEDICATÓRIA

A todas as mulheres brasileiras que sofrem ou já sofreram com a violência doméstica.

AGRADECIMENTOS

A minha querida orientadora e professora Sandra Nascimento por sua inesgotável paciência e pelo incentivo que me fez escrever uma monografia que aproveitasse meus estudos de gênero.

A minha amiga Débora Lima que desde o início leu os rascunhos e resenhas deste trabalho, oferecendo sugestões, apoio e críticas.

A minha amiga Vivien que me incentivou a escrever e dividiu comigo os momentos de desespero antes do prazo final da entrega do presente trabalho.

A minha irmã, Karina Tânila, que me atrapalhou de todas as formas possíveis e inimagináveis.

“No que se refere à violência contra mulheres, não há sociedades civilizadas.”

Kofi Annan

“Mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta.”

Simone de Beauvoir

RESUMO

A presente monografia trata da Lei 11.340 de 2006 no que se refere a sua constitucionalidade em face do princípio da igualdade entre os gêneros inscrita no art. 5º, I, da Constituição Federal de 1988. A referida lei, conhecida como Lei Maria da Penha, concede proteção exclusivamente às mulheres por reconhecer que a mulher é especialmente vulnerável a este tipo de violência. Entretanto, há jurisprudência e posições doutrinárias que acusam a Lei 11.340/06 de violar o Princípio Constitucional de Isonomia entre os gêneros em virtude dessa proteção especial, o que ameaça a efetividade da lei. Entretanto, não há inconstitucionalidade na concessão da tutela especial porque não há igualdade material entre os sexos, pois, ao contrário do gênero masculino, a mulher sofre violência doméstica em virtude de seu gênero.

Palavras-chaves: Direito Constitucional. Lei Maria da Penha. Violência contra a Mulher Igualdade de Gênero.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A LEI MARIA DA PENHA E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO.....	14
1.1 Configuração Normativa da Violência Doméstica.....	16
1.2 Posições Doutrinárias Sobre a Definição Normativa.....	18
1.3 A interpretação de Gênero e Violência contra a Mulher	22
2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA MULHER.....	26
2.1 Base Normativa no Plano Internacional – CEDAW.....	28
2.2 Base Normativa no Âmbito das Américas – A Convenção de Belém	30
3 A LEI MARIA DA PENHA E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	33
3.1 As Relações de Poder e a Violência Masculina	36
3.2 O Princípio da Igualdade e a Questão da Isonomia entre os Gêneros.....	41
3.3 O Paradoxo da Discriminação Positiva	49
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIA.....	55

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objeto de estudo, por meio do método dedutivo, a eficácia jurídica da Lei Federal nº 11.340 de 2006 em face do Princípio Constitucional da Igualdade de gênero expresso no art. 5º, I, da Constituição Federal de 1988.

A mencionada lei, denominada Lei Maria da Penha, foi sancionada em 7 de agosto de 2006 e visa coibir a violência intrafamiliar contra a mulher.

A violência intrafamiliar é considerada uma violação aos direitos humanos. As agressões ocorrem em diversas famílias, de diferentes classes sociais, independentemente da raça, religião ou idade de seus integrantes¹.

Pesquisas nacionais e internacionais apontam a mulher como a principal vítima da violência no âmbito familiar. De acordo com a Sociedade Mundial de Vitimologia (IVW), 23% das mulheres brasileiras sofrem com a violência doméstica, o que coloca o Brasil em uma incômoda posição entre os países com maior incidência desse tipo de violência².

Entretanto, em função da proteção especial, a Lei Maria da Penha vem sendo questionada quanto à sua constitucionalidade e a sua efetividade é ameaçada, pois alguns magistrados de vários tribunais afastam a aplicação da lei ou a aplicam em parte.

Em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, a Lei Maria da Penha foi julgada inconstitucional, sendo sua aplicação afastada. Por outro lado, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reformando a sentença que afastou a aplicação da Lei nº

¹ Estas informações estão disponíveis na cartilha Lei Maria da Penha: Do Papel para a vida.

11.340/06 por inconstitucionalidade em face do princípio da isonomia, entendeu que a lei, de fato, violava o referido princípio, entretanto, ao invés de afastar a lei do ordenamento jurídico, entendeu apenas que a proteção deve ser estendida aos homens quando vítimas de violência doméstica.

Assim como há julgados que ampliam o rol de tutelados das medidas protetivas da lei, há entendimentos que o limitam. É o caso de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça ao não entender que a Lei Maria da Penha proteja mulheres que sofreram violência por parte de namorados com os quais mantiveram relacionamentos efêmeros, por não entenderem que estes se configurem como relações íntimas de afeto.

Foi uma decisão calcada nesse entendimento que negou proteção da Lei Maria da Penha a Eliza Samudio, cujo desaparecimento, oito meses depois após a publicação da decisão, teve grande destaque e repercussão na mídia e na sociedade. Segundo consta, Eliza Samudio teria sido agredida, mantida em cárcere privado e obrigada a praticar um aborto pelo homem com quem matinha relacionamento. Em função dessas alegações, a delegacia havia pleiteado em juízo que o agressor fosse mantido longe da vítima, porém, a concessão da medida protetiva foi negada pelo juizado de violência doméstica sob o argumento de que o intuito da lei era proteger a família e não relacionamentos sexuais e eventuais, de forma que Samudio não poderia ser beneficiada ou tentar punir o agressor sob pena de banalizar a Lei nº 11.340/06².

Por não ignorar as controvérsias em torno da lei e as ameaças a sua efetividade, em 19 de dezembro de 2007, foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19 de 2007, com Pedido Liminar de Suspensão

² BRASIL. SENADO FEDERAL. Comissão de Direitos Humanos e legislação participativa. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.etc.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9179:nota-a-imprensa-caso-eliza-samudio-&catid=35:direitos-humanos&Itemid=170> Acesso em: 14.out. 2010.

dos Efeitos de quaisquer decisões que neguem vigência à lei sob o argumento de inconstitucionalidade e, por fim, reconheça a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha.

Em 21 de dezembro de 2007, o ministro relator Marco Aurélio indeferiu a liminar pleiteada na ação entendendo que não é cabível pedido liminar em Ação Declaratória de Constitucionalidade e que qualquer a aplicação distorcida da lei poderia ser corrigida por meio dos recursos previstos na legislação vigente. Além disso, entendeu que a suspensão das decisões não estaria em harmonia com o direito.

A Assessoria Jurídica de Estudos de Gênero (Themis), o Instituto para Promoção da Equidade (IPÊ) e o Instituto Antígona, organizações que integram e representam o Comitê Latino Americano para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/Brasil) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, foram admitidos como *amicus curiae*. Os autos estão conclusos ao ministro relator – no caso, o ministro Marco Aurélio – desde 18 de novembro de 2009, para que seja apreciado o pedido de admissão do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) como *amicus curiae*.

A recepção da lei não teve melhor sorte igualmente entre doutrinadores. Berenice Dias (2008, p.07) afirma que a “*Lei foi recebida com desdém e desconfiança*”, sendo “*alvo das mais ácidas críticas*” enquanto Adriana Mello (2009, p.02) alega que a lei foi recepcionada “*da mesma forma que são tratadas as vítimas a quem protege: com desprezo e desconfiança*”.

O doutrinador Nucci (2007) entende que a Lei Maria da Penha tem previsões exageradas, termos extremamente abertos, é inadequada e demagógica. Acredita que alguns dispositivos da lei são inaplicáveis e, caso não haja uma interpretação restritiva e

cautelosa, existe não apenas o risco de afronta a Princípios Penais tais como o da Taxatividade, da Legalidade, da Proporcionalidade e da Intervenção Mínima do Estado, como igualmente de violação ao Princípio Constitucional da Igualdade entre os sexos, caso seja concedida proteção penal especial à mulher.

Em agosto deste ano, a Lei Maria da Penha completará quatro anos de vigência, no entanto, ainda há debates acerca de sua constitucionalidade, inclusive quanto ao princípio da isonomia. Argumenta-se que proteger especialmente as mulheres de acordo com a lei, as colocaria em situação de privilégio perante os homens, o que violaria sobremaneira o princípio da igualdade entre os sexos. É sobre esse aspecto que discorrerá o presente trabalho.

O primeiro capítulo trata do contexto em que foi elaborada a Lei Maria da Penha, de forma a esclarecer alguns dispositivos ou inovações que lhe são peculiares no que concerne à conceituação jurídica da violência doméstica. São desenvolvidos os significados do termo gênero, presente na definição de violência doméstica, e da expressão violência de gênero a fim de se obter uma interpretação satisfatória da inteligência da norma por meio da integração dos métodos clássicos, em especial o teleológico.

No segundo capítulo, os tratados aos quais o Brasil aderiu e que se realizam como proteções normativas às mulheres, são brevemente analisados no que concerne aos seus efeitos no plano jurídico e na sociedade, para a identificação da relação existente entre a lei estudada e os compromissos assumidos pelo estado em decorrência desses tratados.

Por fim, o terceiro capítulo é composto de três itens. Há um breve estudo sobre as relações de poder e a desigualdade entre os gêneros, com enfoque no ambiente familiar, algumas considerações sobre as discriminações positivas e uma análise do princípio

constitucional da isonomia para que seja definida a inconstitucionalidade ou conformidade com o diploma constitucional de determinada lei de acordo com parâmetros jurídicos.

1 A LEI MARIA DA PENHA E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A Lei nº 11.340 foi sancionada pelo Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva em 7 de agosto de 2006, e é conhecida como Lei Maria da Penha porque sua origem está relacionada à violência sofrida por essa mulher (DIAS, 2008). Para uma compreensão plena da lei e de suas peculiaridades é necessário conhecer os detalhes referentes à sua criação.

A farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes sobreviveu a dois atentados contra sua vida, perpetrados por seu marido. Como várias vítimas, teve vergonha de admitir que sofrera agressões, porém, fez reiteradas denúncias das violências que sofrera, sem que seu marido fosse condenado (DIAS, 2008).

A primeira tentativa de homicídio ocorreu em 29 de maio de 1983, em Fortaleza, Ceará. Simulando um assalto, o marido atirou contra ela com uma espingarda. Poucos dias depois, quando Maria da Penha voltou do internamento hospitalar em virtude do ocorrido, sofreu outro atentado contra sua vida (AME, 2010). Tais violências resultaram em sequelas irreversíveis para a saúde da farmacêutica, sendo paraplegia a mais grave (MELLO, 2009).

As investigações acerca das tentativas de homicídio foram iniciadas em junho de 1983 e a denúncia oferecida em setembro do ano de 1984. Apenas em 1991, o marido de Maria da Penha foi condenado a oito anos de prisão pelo tribunal do júri, mas recorreu da decisão (DIAS, 2008).

Em decorrência da morosidade do sistema judiciário brasileiro, do seu fracasso em investigar e sancionar o agressor em tempo razoável, em 20 de agosto de 1998, Maria da Penha, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a defesa dos direitos da Mulher (CLADEM) apresentaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, Estados Unidos (MELLO, 2009).

Em virtude da denúncia, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou informações ao Brasil quatro vezes, sem obter qualquer resposta (DIAS, 2008). Então, em 16 de abril de 2001, a Corte Interamericana publicou o Relatório 54 de 2001 (MELLO, 2009), que responsabilizou o Brasil internacionalmente por omissão e negligência no que tange à violência doméstica, além de impor o pagamento de uma indenização em favor da vítima no valor de vinte mil dólares (*op. cit.* 2008).

O Relatório 54/2001 recomenda que o Brasil adote várias medidas, entre elas a capacitação e sensibilização de policiais e funcionários do Judiciário acerca da seriedade dos casos de violência doméstica, multiplicação de delegacias especiais para mulheres onde, obrigatoriamente, serão investigados crimes dessa natureza, além da simplificação e celeridade dos procedimentos penais, sem prejuízo dos direitos e garantias referentes ao devido processo legal (IACHR, 2010).

O projeto da lei teve início em 2002 e, sob a coordenação da Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres, foi elaborado por 15 ONGs que atuam em casos de

violência doméstica (DIAS, 2008), entre elas a CFEMEA³, a THEMIS⁴ e a CEPIA⁵ (MELLO, 2009).

A Lei 11.340/2006 entrou em vigor em 22 de setembro do mesmo ano, após várias audiências públicas em vários estados (DIAS, 2008).

Observa-se que a condenação do Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi fundamental para pressionar o país a promulgar a Lei 11.340 de 2006 e que a elaboração da lei contou com diversas entidades sociais ligadas ao movimento feminista em coordenação com a Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres (MELLO, 2009). Após tais esclarecimentos, o trabalho seguirá com a conceituação de violência doméstica, de acordo com os dispositivos da Lei Maria da Penha.

1.1 CONFIGURAÇÃO NORMATIVA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica está definida no art. 5º da Lei nº 11.340/06. Caracteriza-se como intrafamiliar a violência perpetrada contra a mulher quando ocorre no ambiente doméstico, contexto familiar ou em que o agressor tenha mantido ou mantém relação de afeto com a vítima e compreende conduta ou omissão originada no gênero e que tenha como consequência: morte, ofensa à integridade física, sofrimento psicológico ou sexual, danos patrimoniais ou morais (Lei 11.340/06 *apud*. MELLO 2009).

O art. 7º identifica as formas de manifestação desse tipo de violência (DIAS, 2008; SOUZA, 2008), classificando-as em agressão física, sexual, psicológica ou patrimonial

³ CFEMEA: Centro Feminista de Estudos e Assessoria, organização não governamental e sem fins lucrativos que trabalha pela igualdade de gêneros. (CFEMEA, 2010)

⁴ THEMIS Assessoria jurídica e estudos de gênero: é uma ONG fundada em 1993 que trabalha com os direitos humanos das mulheres. (THEMIS, 2010)

⁵ CEPIA é uma ONG de 1990 que desenvolve estudos e pesquisas, com a perspectiva de gênero, para melhorar e efetivação dos direitos humanos. (CEPIA, 2010)

(*op. cit.* 2009). A agressão física abrange qualquer ação que prejudique a integridade corporal da vítima ou culmine em sua morte (Lei 11.340/06 *apud.* MELLO 2009) independentemente da lesão deixar marcas (DIAS, 2008). Tanto a lesão culposa quanto a dolosa constituem violência física, uma vez que a lei não fez qualquer distinção (DIAS, 2008).

A violência psicológica se caracteriza por comportamentos que visem à perturbação psicológica da vítima, tais como perseguição contumaz, humilhação, chantagem, vigilância constante, insultos, isolamento e que provoquem traumas psicológicos, diminuição de auto-estima, manipulação do comportamento da vítima ou que lhe prejudique a autodeterminação (Lei nº 11.340/06 *apud.* MELLO 2009).

A violação sexual caracteriza-se como uma ação exercida por meio de força, chantagem, suborno, ameaça ou que submeta a vítima, sem sua manifestação expressa, à lascívia de outrem (por meio do estupro, voyeurismo, prostituição ou tráfico sexual), ao casamento forçado, ao aborto, à gravidez ou a impeça de ingerir contraceptivos (Lei nº 11.340/06 *apud.* MELLO 2009).

A violência patrimonial constitui-se como qualquer ação ou omissão em que se retenha, destrua, subtraia qualquer tipo de bens da vítima. Abrange os crimes contra o patrimônio previstos na legislação penal, tais como furto ou apropriação indébita (DIAS, 2008).

A violência moral abrange a calúnia, difamação ou injúria (Lei 11.340/06 *apud.* MELLO 2009), crimes considerados lesivos à honra da pessoa, mas que no caso da violência intrafamiliar contra a mulher, caracterizam-se como violação moral (DIAS, 2008). Costumam estar relacionados à prática de violência psicológica (CUNHA, PINTO, 2007).

Após examinar os conceitos elaborados pela lei, o trabalho abordará as construções e as deduções doutrinárias acerca da violência doméstica.

1.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A DEFINIÇÃO NORMATIVA

Sérgio Souza (2008) observa que a lei não inova tipos penais. Embora aumente a pena ou acrescente circunstâncias agravantes e qualificadoras, faz referência às práticas previstas no Código Penal Brasileiro, de maneira que é essencialmente processual. Berenice Dias (2008), apesar de observar que cabe à doutrina e não à lei elaborar conceitos, aprovou a iniciativa argumentando que esta tem caráter pedagógico.

Nucci (2007) observa que a violência doméstica descrita pela lei tem sentido lato, isto é, abarca o constrangimento moral juntamente com a grave ameaça e violência física – o que vai de encontro ao entendimento geral do que signifique violência no direito penal, que a compreende de forma mais restrita.

Portanto, tal conceituação de violência doméstica é criticada por uma parte da doutrina. Merece destaque o supramencionado jurista Nucci (2007) que entende a definição como bastante ampla, principalmente no que se refere ao sofrimento psíquico, que tornaria qualquer crime praticado contra a mulher em violência doméstica, uma vez que causaria sofrimento dessa natureza.

Frente à crítica, Berenice Dias (2008) recorda que a violência doméstica é limitada por lei específica que restringe seu campo de abrangência. Logo, para ser configurada como violência psicológica, outros requisitos deverão estar presentes – convívio familiar, coabitação ou relação íntima de afeto.

É ainda relevante salientar que, apesar da violência psicológica ser bastante abrangente, suas sequelas são tão graves que é compreendida como um problema de saúde pela OMS – Organização Mundial de Saúde (CAVALCANTI, 2010.). Assim, não se pode ignorá-la, pois um dos propósitos da lei é garantir uma vida digna e livre de violências às mulheres, atendo-se ao fenômeno da violência doméstica da forma como esta se manifesta na sociedade (DIAS, 2008).

O conceito legal de violência doméstica somente pode ser extraído a partir da conjugação do art. 5º e do art. 7º da Lei Maria da Penha, na qual este último conceitua as modalidades em que a violência doméstica se manifesta, contornando, especificando e delimitando a conceituação mencionada no art. 5º da Lei (DIAS, 2008). Porém, o artigo 7º não se configura como *numerus clausus*, visto que não é taxativo, uma vez que se utiliza de expressões como “*entre outras*” (*ibidem*, 2008).

Os requisitos para configuração da violência doméstica são: relação familiar, coabitação ou relação íntima de afeto. Não é obrigatória a incidência dos três requisitos ao mesmo tempo para que seja configurada a violência. Nem sempre a vítima e o agressor apresentam relação familiar ou de afeto, como nos casos clássicos de violência doméstica. (DIAS, 2008).

Sobre esse ponto, Sérgio Ricardo de Souza (2008) explica que, em função do art. 5º, I, da lei estudada, mulheres que não possuem vínculo familiar com o agressor, mas que habitam com ele na mesma residência, também são abrigadas pela lei. É citado como exemplo o caso de uma empregada que sofre violência por parte do seu patrão. O entendimento é partilhado por Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto (2007) e Maria Berenice Dias (2008).

Com relação à intensidade, a violência pode ser caracterizada como: contínua, eventual ou isolada. Contínua seria aquela em que as mulheres sofrem agressões com frequência – todos os dias, por exemplo – e apenas denunciam quando não suportam mais os maus tratos e humilhações. Eventual é aquela que ocorre de tempos em tempos, sem regularidade, e a isolada quando ocorre apenas uma vez (PARODI e GAMA, 2010).

Pela análise dos dispositivos, Stela Cavalcanti (2010), Ana Parodi e Ricardo Gama (2010) afirmam que o sujeito ativo é do sexo masculino e do sexo feminino, uma vez que a Lei 11.340 protege a mulher independentemente de sua orientação sexual, reconhecendo e incluindo as relações homossexuais entre mulheres.

Ana Parodi e Ricardo Gama (2010) argumentam ser perceptível que, em crimes dessa natureza, a mulher figura predominantemente como vítima ao passo que o homem assume o papel de agressor, reconhecendo que há uma violência masculina direcionada contra mulheres⁶.

Sérgio de Souza (2008) compreende de forma diversa, afirmando que a questão do gênero não foi recepcionada no que se refere ao sujeito ativo, de forma que mulheres podem ser agressoras inclusive quando há relações familiares ou coabitação, e não apenas em relações entre mulheres homossexuais.

Quanto ao sujeito passivo, Adriana Mello (2009), Stela Cavalcanti (2010) e Sérgio Souza (2008) acreditam ser evidente que a lei apenas reconhece mulheres como vítima de violência doméstica, inclusive porque o intuito da norma é proteger os direitos humanos das mulheres previstos em tratados internacionais, em especial, Convenção do Belém do Pará.

⁶ Esta alegação será analisada de forma mais aprofundada no terceiro capítulo.

Adriana Mello (2009) atribui a proteção especial da Lei nº 11.340/06 ao fato da violência doméstica contra as mulheres ser resultado de uma violência estrutural da sociedade e fruto de um processo histórico em que a mulher era subordinada ao homem. Ressalta, inclusive, que o Estado e o ordenamento jurídico permitiram que o homem castigasse a mulher a fim de discipliná-la, sendo-lhes assegurado *jus puniendi* sobre ela. Destarte, a Lei Maria da Penha seria uma ação afirmativa, tendo o objetivo de equilibrar relações de poder díspares (*id.* 2009)⁷.

Contudo, Adriana Mello (2009) e Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007) acrescentam que, como a lei tutela a mulher independente de sua orientação sexual, a proteção não é restringida apenas às mulheres homossexuais, devendo abarcar travestis, transexuais e transgêneros. Berenice Dias (2008) é mais específica, entendendo que a lei pode ser estendida a transgêneros, transexuais e travestis que tenham assumido identidade feminina.

Ana Cecília Parodi e Ricardo Rodrigues Gama (2010) entendem que, por analogia, a lei poderia proteger um homem que sofreu violência doméstica de outro homem com quem mantém ou manteve relação homossexual, não cabendo a proteção da Lei nº 11.340/06 ao homem agredido por sua companheira, que será tutelado pelo disposto no Código Penal Brasileiro.

Observa-se que o entendimento doutrinário majoritário é no sentido de afirmar que a Lei Maria da Penha protege mulheres e que tal proteção penal especial é consequência de um processo histórico (CAVALCANTI, 2010; MELLO, 2009) ou de uma desigualdade entre os sexos na sociedade (SOUZA, 2008; DIAS, 2008).

⁷ Esta afirmação será debatida no item 3.1 do terceiro capítulo.

1.3 A INTERPRETAÇÃO DE GÊNERO E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A definição de violência doméstica descrita no art. 5º da Lei nº 11.340/06 apresenta um termo inédito no que tange ao universo jurídico: gênero. A correta compreensão do que significa gênero é imprescindível para análise e adequada interpretação do que a Lei Maria da Penha aponta como violência doméstica.

Apesar da Lei Maria da Penha conceituar violência doméstica – explicando inclusive como esta se manifesta – não há referência ao significado do que vem a ser a expressão gênero, utilizada no *caput* do art. 5º da lei no conceito de violência intrafamiliar contra a mulher.

Nucci (2007, p.1042) afirma que o emprego desse termo na definição de violência doméstica é “*ininteligível para o contexto e totalmente inapropriado*”. ‘Gênero’ não é um termo jurídico. Na verdade, é empregado em estudos feministas (SAFIOTI 2004, *seq.*). É por esse motivo que a definição do termo será elaborada no presente trabalho de acordo com tais estudos.

Segundo Safioti (20004), Robert Stoller foi o primeiro estudioso a utilizar-se da expressão gênero em 1968. E, entretanto, foi apenas depois de um artigo de Gayle Rubin de 1975 que a expressão passou a ser utilizadas em estudos feministas. No artigo, Gayle Rubin afirma que a “*sexualidade biológica é transformada pela atividade humana*” (RUBIN *apud.* SAFIOTI 2004, p.108).

O termo gênero não se caracteriza apenas como uma categoria de análise (SAFIOTI, 2004). Pode ser compreendido como uma categoria de análise histórica que prioriza três características: dimensão relacional, construção social de diferenciação entre

sexos e como campo de articulação de poder (SCOTT *apud* SAFIOTI, 2004; ARAÚJO, MARTINS e SANTOS 2004), ou como “*um aparelho semiótico, um sistema de representação que atribui significado (identidade, valor, prestígio, posição no sistema de parentesco, status na hierarquia sócia etc.) aos indivíduos no interior da sociedade*” (LAURETIS *apud*. OLIVEIRA 2003).

O termo ainda é considerado de forma bastante abrangente por Marly Costa e Rosane Porto (2009, p.306):

O termo gênero não se resume a relação homem e mulher, ou direito dos sexos; o sentido é amplo e diz respeito à dinâmica de transformação social, podendo abranger as minorias como: as crianças, os negros, os idosos, os indígenas, os homossexuais e as mulheres que estão na condição de assujeitados pelo poder de dominação e vitimização nas relações sociais.

Segundo Safioti (2004), como o termo gênero é um instrumento de pesquisa, sua concepção ou compreensão pode variar de acordo com a metodologia de estudo de cada autora. Entretanto, a partir de consensos, ‘gênero’ pode ser compreendido de forma simples como a “*construção social do masculino e do feminino*” (*id.* 2004, p.45.). Conclui-se que gênero é a criação cultural da pessoa de acordo com seu sexo, na qual sua personalidade, posição social, habilidades e capacidades têm estreita correspondência com seu sexo biológico (SAFIOTI 2004; OLIVEIRA 2003).

O termo indica uma clara rejeição ao determinismo biológico que expressões como sexo ou diferenças sexuais carregariam e possibilita a definição de mulheres e homens de forma recíproca (OLIVEIRA 2003). A expressão gênero não indica qualquer diferença hierárquica entre os papéis sociais (SAFIOTI 2004, *seq.*), tal desigualdade costuma ser presumida.

Uma vez definido o significado de gênero, é possível a conceituação do que vem a ser violência de gênero. Esta compreende o uso da força ou constrangimentos morais, sexuais ou psicológicos praticados com fundamento nas relações de gênero (ARAÚJO, MARTINS e SANTOS 2004). A relação entre violência e gênero é possível por meio do contexto e das posições sociais dos indivíduos envolvidos onde há vitimização por intermédio da dicotomia sujeição e dominação (COSTA e PORTO 2009). De forma mais específica:

Cada agente de acordo com seu capital e seu *habitus* de convívio no espaço local, se ausente do campo de privilégios do poder simbólico, torna-se vítima de violência simbólica e de gênero. Define-se o *habitus* como os modos adequados de agir, socialmente aceitos e que fazem sentido para o agente ou seu grupo como sendo naturais e inquestionáveis. (LUGLI *apud*. COSTA e PORTO, 2009, p. 308)

A violência simbólica é conceituada por Pierre Bourdieu (2007) como uma violação não percebida pela própria vítima, por ser amparada por símbolos sociais, por se concretizar por meio da linguagem, do sentimento e por uma dominação que parte de princípios enraizados no estilo de vida reconhecido tanto pelo dominador como pelo subordinado.

É comum utilizar-se a expressão violência de gênero como sinônimo de violência contra a mulher, isto porque a violência contra a mulher praticada pelo homem é a principal expressão de violência de gênero (ARAÚJO, MARTINS e SANTOS, 2004).

Tais conceitos, contudo, não podem ter o mesmo significado (*id.* 2004). Seria como pressupor que a violência masculina contra a mulher é um fato universal e imutável. Há de se observar que, apesar de uma sociedade patriarcal instituir a subordinação feminina à dominação masculina e tolerar a violência que surge desta relação desigual de poder, nem todos os indivíduos do sexo masculino irão usar de sua prerrogativa e nem todas as mulheres irão aceitar sua posição social de inferioridade (*id.* 2004).

Acrescente-se que o uso da violência não é restrito aos homens. Se o conceito de gênero é um “*campo primordial onde o poder se articula*” (SCOTT *apud.* ARAÚJO, MARTINS e SANTOS, 2004, p.19) e o poder, que não é absoluto ou imutável, é fluído, organizando-se de acordo com diferentes relações sociais e contextos fáticos (FOUCAULT *apud.* ARAÚJO, MARTINS e SANTOS, 2004), há a possibilidade de desconstrução e recriação de posições no jogo de poder – neste sentido, seria ainda mais preciso falar em poderes. A hierarquia instituída na ordem patriarcal na qual as mulheres estão subordinadas aos homens não pode ser vista como fixa (*op. cit.* 2004).

A violência contra a mulher é compreendida como uma subespécie de violência de gênero (SAFIOTI, 2004; ARAÚJO, MARTINS e SANTOS, 2004; SOUZA, 2008) porque o uso da força da classe masculina contra mulheres não é decorrente de diferenças biológicas entre os sexos, mas como consequência de uma desigualdade de poderes fundamentada nos estereótipos sociais do gênero feminino e masculino (OLIVEIRA 2003).

Conclui-se que, ao evidenciar a questão de gênero, a Lei 11.340 de 2006 compreende a violência doméstica contra a mulher como uma espécie de violência de gênero, ou seja, como uma violência praticada contra a vítima em função de seu gênero, o que explicaria a proteção especial da lei (MELLO, 2009).

2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA MULHER

Antes da Lei nº 11.340 de 2006, o ordenamento brasileiro já detinha normas que protegiam a mulher, como é o caso de dois tratados ratificados pelo Brasil, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção de Belém do Pará (DIAS, 2008).

As convenções são acordos firmados com formalidades entre pessoas jurídicas de direito público internacional – Estados ou organizações internacionais (ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2009) – e com o objetivo precípuo de produzir efeitos jurídicos (REZEK, 2010 *seq.*). São compromissos firmados entre Estados soberanos, regulados pelo direito internacional e que são essencialmente instrumentais (SCELLE *apud.* REZEK, 2010), caracterizados pela forma final e pelos seus resultados, de forma que o próprio tratado atribui amparo legal ao seu conteúdo (REZEK, 2010).

A partir da entrada em vigor, as convenções passam a integrar os ordenamentos jurídicos das partes, podendo ter o valor de uma lei nacional ou de alguma norma superior dependendo do Estado que aderiu ao tratado (*op. cit.* 2010).

No entendimento de Flávia Piovesan (2010, *seq.*), a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 2º, inova ao incluir entre os direitos por ela tutelados, os enunciados em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário. Há a incorporação desses direitos como integrantes do texto constitucional, portanto, estes são direitos constitucionais. Os direitos humanos enunciados nos tratados são de aplicação imediata e têm natureza jurídica materialmente constitucional de direitos fundamentais e de cláusula pétrea (PIOVESAN, 2010).

Apesar de tal entendimento ser sustentado por uma importante corrente doutrinária, não foi partilhado pelo Supremo Tribunal Federal que em diversas oportunidades negou *status* de direito constitucional aos direitos previstos em tratados como a Convenção Americana de Direitos Humanos (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007).

A partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir que os tratados aprovados em cada Casa do Congresso, por três quintos dos votos dos respectivos integrantes, em dois turnos, valeriam como normas constitucionais. Os tratados aprovados anteriormente à emenda continuam com *status* de norma infraconstitucional. A emenda não impede que tratados sejam aprovados pelo procedimento comum, mas terá valor de norma infraconstitucional (*id.* 2007).

Rezek (2010, *seq.*), no entanto, entende que os tratados sobre direitos humanos aos quais o Brasil aderiu antes dessa emenda constitucional, deveriam ter validade de norma constitucional.

As convenções são dotadas de *animus contrahendi*, isto é, “*a vontade de criar autênticos vínculos obrigacionais entre as partes concordantes*” (REZEK, 2010, p.18). É próprio dos tratados o desencadeamento de efeitos jurídicos no direito, obrigações e prerrogativas (REZEK, 2010).

Os Estados são obrigados a cumprir os compromissos assumidos em convenções ou se absterem de condutas que contrariem ou inviabilizem as obrigações estipuladas em tratados ou sua finalidade (ACCIOLY e CASELLA, 2009). Em vista dessas informações, o trabalho prosseguirá analisando as duas convenções que tratam da defesa e promoção dos direitos humanos das mulheres às quais o Brasil aderiu.

2.1 BASE NORMATIVA NO PLANO INTERNACIONAL - CEDAW

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) foi elaborada durante a 1ª Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida no México em 1975. Foi a primeira convenção de direitos humanos a ter como objetivo proteger especificamente a mulher (CAVALCANTI, 2010 *seq.*).

O Brasil a assinou em 31 de março de 1981, mas com reservas. A convenção apenas entrou em vigor em 2 de março de 1984. E somente após dez anos, em 22 de junho de 1994, a convenção foi ratificada plenamente pelo governo brasileiro, uma vez que a Constituição Federal de 1988 garantia a igualdade de direitos entre mulheres e homens. (CAVALCANTI, 2010).

A CEDAW tem como objetivo a erradicação da discriminação contra a mulher, visando garantir a plena fruição pelas mulheres de seus direitos políticos, sociais, econômicos, culturais e civis. Prevê, inclusive, a adoção de medidas especiais como as ações afirmativas, seguindo o exemplo da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (*id.* 2010).

Em seu primeiro artigo, a convenção define a discriminação contra a mulher nos seguintes termos:

Art. 1º Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (CEDAW *apud.* MELLO, 2009 p.207).

Da leitura do dispositivo, depreende-se que toda diferença de tratamento ou expressão praticada contra uma pessoa pelo fato de ela ser do sexo feminino, e que cause alguma interferência negativa em qualquer âmbito de sua vida, configura-se discriminação contra a mulher. Tal conceito é bastante amplo de modo a incluir toda e qualquer distinção prejudicial à mulher (CEDAW *apud* MELLO, 2009).

A 43ª Sessão da Comissão do Status da Mulher da ONU adicionou o Protocolo Facultativo à Convenção em 12 de março de 1999, o que reforça a garantia de cumprimento da convenção pelos Estados membros. Como este é opcional, os Estados membros têm a escolha de aderir ou não. O Brasil assinou o protocolo em 2001 (CAVALCANTI, 2010).

A CEDAW trata apenas sobre a discriminação prejudicial à mulher, silenciando-se quanto à violência. Entretanto, o art. 5º, “a”, da CEDAW (*apud*. MELLO, 2009 *seq.*) afirma que os Estados deverão tomar medidas apropriadas para que se desconstruam os padrões sociais e culturais que moldam as condutas entre os gêneros, alcançando, assim, não só a eliminação da discriminação sexual como de práticas arraigadas no costume que decorram da desigualdade entre os gêneros.

O que vem a ser exatamente o caso da violência doméstica, uma vez que é uma violência afligida especificamente à mulher, possibilitada em consequência da divisão de papéis sociais da cultura patriarcal em que o homem é considerado como ser superior à mulher (OLIVEIRA, 2003).

Da análise dos artigos, em especial do art. 2º, a), art. 3º e art. 4º, conclui-se que o Brasil assumiu o compromisso de garantir, por meio de lei ou ações afirmativas, a concretização do princípio da igualdade entre os sexos, devendo procurar meios de assegurar

que as mulheres e os homens não estejam em desigualdade de poderes e oportunidades na sociedade (CEDAW *apud.* MELLO, 2009).

Portanto, a Lei nº 11.340 de 2006 configura-se como uma ação do Estado brasileiro que busca cumprir a obrigação assumida quando da adesão da CEDAW. É uma forma de coibir e combater a prática da violência doméstica e garantir a igualdade material entre os gêneros, de forma que a lei é amparada pela CEDAW (DIAS, 2008).

2.2 BASE NORMATIVA NO ÂMBITO DAS AMÉRICAS – A CONVENÇÃO DE BELÉM

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, foi aprovada em 6 de Junho de 1995 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA (PIOVESAN *apud.* CAVALCANTI 2010).

A referida convenção define e caracteriza violência contra a mulher como qualquer conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, psíquico ou sexual às mulheres, tanto na esfera privada quanto na pública, que pode ocorrer na unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal em que vítima e agressor tenham convivido ou convivam no mesmo domicílio, que ocorra na comunidade, no ambiente de trabalho, estabelecimentos educacionais, hospitalares, entre outros, ou aquela perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ *apud.* MELLO, 2009).

Observa-se que a Lei nº 11.340/06 é ainda mais abrangente com relação à violência doméstica contra a mulher do que a Convenção de Belém do Pará, que não se manifesta quanto à violência patrimonial, por exemplo. Entretanto, este foi o primeiro tratado

internacional com objetivo de proteger as mulheres das violências às quais são vulneráveis, independentemente de sua etnia, religião, idade, entre outras condições, reconhecendo que a violência contra a mulher fere sobremaneira os direitos humanos e é consequência da desigualdade histórica das relações de poder entre mulheres e homens (CAVALCANTI, 2010, *seq.*).

A supramencionada convenção apresenta instrumentos interessantes para a proteção internacional dos direitos humanos referentes às mulheres, entre eles a possibilidade de peticionar para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com o seu artigo 12. Qualquer pessoa ou entidade não governamental pode tomar a iniciativa de denunciar violências contra as mulheres toleradas ou negligenciadas pelo Estado (*id.* 2010).

É importante assinalar que a comissão interamericana não é órgão judicial e que suas decisões não têm força normativa. O órgão jurisdicional da OEA cujas decisões têm natureza normativa, obrigatória e vinculante – é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil reconheceu a jurisdição desse órgão em 1998, o que ampliou os mecanismos de defesa de direitos humanos (PIOVESAN *apud.* CAVALCANTI 2010).

Os Estados que aderiram à convenção devem observar o disposto no artigo 7º da convenção. Portanto, caso não assegurem os direitos os quais se propuseram a defender e garantir, serão condenados pela Corte por violarem direitos fundamentais das mulheres e, como consequência, deverão adotar medidas para reparar o ocorrido – incluindo indenização às vítimas. Há ainda o constrangimento moral e político que uma condenação como essa provoca no Estado violador perante a comunidade internacional, que deverá apresentar explicações para sua conduta ao fórum da opinião internacional (CAVALCANTI, 2010).

Não há dúvidas acerca da importância dese tratado para a comunidade vulnerável e feminina dos Estados-Partes e de sua conexão com a Lei nº 11.340/2006. Afinal,

foi com fundamento na violação desta convenção que a farmacêutica Maria da Penha Fernandes denunciou sua situação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (DIAS, 2008).

Destarte, a Lei Maria da Penha vem atender ao disposto nas convenções internacionais de direitos humanos das mulheres, atendendo aos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, buscando atenuar ou eliminar a violência contra a mulher no âmbito familiar.

3 A LEI MARIA DA PENHA E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Conforme analisado nos capítulos anteriores, a Lei Maria da Penha foi elaborada com o intuito de proteger a mulher que sofre violência doméstica, uma vez que esse crime trata-se de uma violência de gênero, isto é, uma violação praticada contra outrem em função do seu gênero e em decorrência de relação de dominação.

As decisões que consideraram a Lei nº 11.340/2006 constitucional em face do princípio da isonomia eram calcadas na argumentação de que – como as mulheres e os homens não estão em situação de igualdade devido a um contexto social e histórico onde a mulher era considerada inferior ao marido – a proteção especial era devida a fim de equilibrar a balança. Observem-se os seguintes precedentes:

APELAÇÃO CRIMINAL - LEI MARIA DA PENHA - INCONSTITUCIONALIDADE - INOCORRÊNCIA - AÇÕES AFIRMATIVAS -PRINCÍPIO DA IGUALDADE - RECURSO PROVIDO. 'A Lei Maria da Penha disponibilizou à mulher meios protetivos contra a violência doméstica. Trata-se de ação afirmativa do legislador, que não ofende nenhuma norma constitucional, ao contrário, garante a aplicabilidade real do princípio da igualdade, estatuído no art. 5º, I, da Carta Magna⁸.

APELAÇÃO CRIMINAL - LESÕES CORPORAIS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA EX-COMPANHEIRA - CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.340/06 - PROVAS - CONDENAÇÃO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. I. A Lei Maria da Penha não faz discriminação constitucionalmente vedada entre homens e mulheres. Fazem-se "necessárias equalizações por meio de discriminações positivas, medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, conseqüências de um passado discriminatório."II. O depoimento da vítima, corroborado por outros elementos de convicção, autoriza a condenação. III. Circunstâncias

⁸ TJMG. 1ª câmara criminal. Apelação Criminal 1.0672.06.220230-0/001. Desembargador Relator Eduardo Brum. Julgado em 05/08/2008.

judiciais desfavoráveis ao acusado autorizam a majoração da pena-base. IV. Apelo improvido⁹.

Em outros julgados que também entenderam a lei como constitucional, ressaltou-se que a isonomia não vedava o tratamento diferenciado para grupos ou indivíduos em hipossuficiência perante outros.

LEI MARIA DA PENHA. HABEAS CORPUS. MEDIDA PROTETIVA. RELAÇÃO DE NAMORO. DECISÃO DA 3ª SEÇÃO DO STJ. AFETO E CONVIVÊNCIA INDEPENDENTE DE COABITAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A MEDIDA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DECURSO DE TRINTA DIAS SEM AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir os conflitos nº. 91980 e 94447, não se posicionou no sentido de que o namoro não foi alcançado pela Lei Maria da Penha, ela decidiu, por maioria, que naqueles casos concretos a agressão não decorria do namoro. 2. Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação. 3. O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica. 4. O princípio da isonomia garante que as normas não devem ser simplesmente elaboradas e aplicadas indistintamente a todos os indivíduos, ele vai além, considera a existência de grupos ditos minoritários e hipossuficientes, que necessitam de uma proteção especial para que alcancem a igualdade processual. 5. A Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, justificando-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar. 6. O Ministério Público tem legitimidade para requerer medidas protetivas em favor da vítima e seus familiares. 7. Questão ainda não analisada pela instância *a quo* não pode ser objeto de análise por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. 8. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado¹⁰.

APELAÇÃO CRIMINAL - LESÃO CORPORAL PRATICADA EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.340/06 - DOSIMETRIA DA PENA.

⁹ TJDFT. 1ª Turma Criminal. APR 2007.07.1.039653-3. Desembargadora Relatora Sandra de Santis, julgado em 13/10/2008.

¹⁰ STJ. Sexta Turma. Habeas Corpus 92.875. Ministra Relatora Jane Silva (Desembargadora Convocada). Julgado em 30/10/2008.

1. A Lei Maria da Penha (11.340/06) é constitucional porque se trata de ação afirmativa e o *discrime* se dá em razão da maior vulnerabilidade da vítima, como ocorre nos delitos contra menor de idade e contra idoso. 2. A realização da audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06 não é imposta pela lei, ocorrendo apenas quando há notícia, nos autos, da intenção de renúncia das vítimas. 3. A Lei n. 11.340/06, em seu art. 17 veda a substituição de pena privativa de liberdade por pena exclusiva de multa. 4. Deu-se parcial provimento ao apelo do réu, para reduzir a pena aplicada¹¹.

Todavia, os julgados que entenderam pela inconstitucionalidade da Lei nº 11.340/06 afirmavam que a proteção especial da mulher constituía-se em um privilégio e, portanto, ou a lei deveria ter sua aplicação afastada ou deveria tutelar igualmente os homens. Nesse sentido, há os seguintes precedentes:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE – DECISÃO MANTIDA – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – IMPROVIDO. A Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está contaminada por vício de inconstitucionalidade, visto que não atende a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art 3º, IV, da CF), bem como por infringir os princípios da igualdade e da proporcionalidade (art. 5º, II e XLVI, 2ª parte, respectivamente). Assim, provê-se o recurso ministerial, a fim de manter a decisão que declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 11.340/2006, determinando-se a competência do Juizado Especial Criminal para julgar o feito¹².

LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06) - INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA PELO JUÍZO DE 1º GRAU COMO ÓBICE À ANÁLISE DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS REQUERIDAS - DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL QUE SE RESOLVE A FAVOR DA MANUTENÇÃO DA NORMA AFASTANDO-SE A DISCRIMINAÇÃO - AFASTAMENTO DO ÓBICE PARA A ANÁLISE DO PEDIDO. A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226, § 8º, da Constituição Federal, não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, mas tão somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário,

¹¹ TJDF. 2ª Turma Criminal. APR 2008.06.1.0000083. Desembargador Relator Sérgio Rocha. Julgado em 08/07/2010.

¹² TJMS, Segunda Turma Criminal, Recurso em Sentido Estrito nº 2007.023422-4/0000-00, relator desembargador Romero Osme Dias Lopes, acórdão proferido em 26/9/2007.

caso por caso, não sendo, portanto, possível a simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de quaisquer das medidas nela prevista, porque o art. 5.º, II, c/c art. 21, I e art. 226, § 8.º, todos da Constituição Federal se compatibilizam e harmonizam, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres como para homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar. Inviável, por isto mesmo, a solução jurisdicional que afastou a análise de pedido de imposição de medidas assecuratórias em face da só inconstitucionalidade da legislação em comento, mormente porque o art. 33 da referida norma de contenção, acomete a análise ao Juízo Criminal com prioridade sendo-lhe lícito determinar as provas que entender pertinentes e necessárias para a completa solução dos pedidos. Recurso provido para afastar o óbice¹³.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. LEI MARIA DA PENHA. VIOLÊNCIA PRATICADA EM DESFAVOR DE EX-NAMORADA. CONDUTA CRIMINOSA VINCULADA A RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. CARACTERIZAÇÃO DE ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LEI N.º 11.340/2006. APLICAÇÃO. 1. A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5.º, inc. III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Contudo, necessário se faz salientar que a aplicabilidade da mencionada legislação a relações íntimas de afeto como o namoro deve ser analisada em face do caso concreto. Não se pode ampliar o termo - relação íntima de afeto - para abarcar um relacionamento passageiro, fugaz ou esporádico. 2. *In casu*, verifica-se nexo de causalidade entre a conduta criminosa e a relação de intimidade existente entre agressor e vítima, que estaria sendo ameaçada de morte após romper namoro de quase dois anos, situação apta a atrair a incidência da Lei n.º 11.340/2006. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1.ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG¹⁴.

Portanto, para concluir sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da Lei nº 11.340 de 2006, o trabalho passará a analisar a igualdade de gênero na sociedade, com especial relevo no âmbito familiar, e o Princípio da Isonomia no direito constitucional.

3.1 AS RELAÇÕES DE PODER E A VIOLÊNCIA MASCULINA

O presente tópico se atém ao que parece ser uma questão fundamental na jurisprudência e na posição doutrinária analisadas, a posição na qual a mulher está situada na sociedade.

¹³ TJMG, primeira câmara criminal. Apelação Criminal nº 1.0672.07.240510-9/001, relator desembargador Judimar Biber, 29/04/2008.

¹⁴ STJ, terceira seção. Conflito de Competência nº 100.654/MG, ministra relatora Laurita Vaz, julgado em 25/03/2009.

Para aqueles que defendem a inconstitucionalidade da lei, a mulher, ao adquirir proteção legal especial, se colocaria em posição de privilégio perante um homem na mesma situação de violência doméstica. Para os que entendem pela constitucionalidade da lei, a proteção é necessária porque a mulher encontra-se em posição desigual perante o homem, de forma que a Lei 11.340 de 2006 teria caráter de ação afirmativa, isto é, de uma discriminação positiva (PIOVESAN, 2007).

Piovesan (2007) alerta que pesquisas e estudos demonstram haver uma desigualdade estrutural de poder entre a mulher e o homem, o que torna as mulheres socialmente vulneráveis, especialmente na esfera privada de suas vidas.

A família brasileira, segundo Narvaz (2005, *seq.*), é monogâmica, nuclear, patriarcal, baseada em relações de parentesco, onde os papéis de gênero ainda teriam grande representação nas relações familiares: O pai assume a posição de provedor econômico, disciplinador e detém autoridade sobre a esposa e os filhos, enquanto a mãe ainda seria a principal responsável pelo cuidado e educação das crianças e pelo trabalho doméstico. À mulher cabe, ainda, o papel de mediadora de conflitos, sendo de sua responsabilidade a união e a harmonia nas relações familiares (NARVAZ, 2005).

Devido a esses fatores, o ambiente familiar seria propício para incitar e acobertar violência e abusos masculinos (BOURDIEU 2007; SAFIOTI *apud.* NARVAZ, 2005). As famílias violentas e incestuosas apresentam uma estrutura hierárquica de gêneros rígida, na qual há a supremacia masculina. A subordinação e a obediência da mulher ao homem são absorvidas como algo natural à dinâmica familiar (*op. cit.* 2005), o que torna as mulheres especialmente vulneráveis à violência intrafamiliar (AZEVEDO e GUERRA *apud.* NARVAZ, 2005).

A assimilação da dominação masculina, segundo Pierre de Bourdieu (2007) ocorre quando as pessoas, por meio do processo de socialização, incorporam inconscientemente estruturas históricas de uma ordem de supremacia masculina, aceitando a divisão socialmente construída entre as mulheres e os homens e sua consequente desigualdade na sociedade como um fato natural, evidente e, portanto, legítimo e imutável.

Para Pierre Bourdieu (2007), a força da ordem masculina evidencia-se no fato de esta não necessitar de justificativa e a visão androcêntrica firma-se como um ponto de vista neutro (*id.* 2007; BEAUVOIR, 1980).

Para Simone de Beauvoir (1980), as mulheres têm dificuldade de se integrarem como um grupo em vista do seu sexo. Atribui esse comportamento ao fato das mulheres serem desprovidas de identidade própria, sem história, valores, religião ou ideologia que sirva como um ponto de união. A autora (*id.* 1980) afirma ainda que as mulheres, diferentemente de outras minorias tais como os judeus ou os negros, possuem uma conexão com seu opressor que não é comparável a de nenhum outro grupo marginalizado.

Sobre tal assimilação de hierarquia entre os gêneros e consequente relação desigual de poderes, são pertinentes as seguintes deduções:

É somente mascarando uma parte importante de si mesmo que o poder é tolerável. Seu sucesso está na proporção daquilo que consegue ocultar dentre seus mecanismos. O poder seria aceito se fosse inteiramente cínico? O segredo, para ele, não é da ordem do abuso; é indispensável ao seu funcionamento. (...) O poder, como puro limite traçado à liberdade, pelo menos em nossa sociedade, é a forma geral de sua aceitabilidade. (FOUCAULT, 1988 p. 83).

Como já observado no item 1.3¹⁵ do presente trabalho, as relações entre os gêneros não podem ser analisadas de forma tão engessada, pois as relações de poder não são naturalmente construídas, sendo mutáveis (FOUCAULT apud. ARAÚJO, MARTINS e SANTOS, 2004).

Para Michel Foucault (1988, *seq.*), o poder não significa um sistema de dominação ou controle que uma instituição, grupo ou Estado exerce para sujeitar outros e cujos efeitos permeiam toda a sociedade. O poder é uma “multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização” (p.88). O poder não é algo que se adquire, se compartilhe ou se perca, mas que se exerce a partir de vários fatores em relações mutáveis e desiguais (FOUCAULT, 1988).

Desta forma, não há como definir um ponto central de irradiação de poder que ecoaria por toda a sociedade. O poder não se expressa como instituição ou estrutura, nem pode se concretizar como algo ou característica que determinado indivíduo ou grupo social detém. Deve-se falar em estado de poder (*id.* 1988).

Portanto, o poder não é fixo ou imutável, mas localizado, instável e fluído (*ibid.* 1998; FOUCAULT apud. ARAÚJO, MARTINS e SANTOS, 2004). O que há no poder “*de permanente, de repetitivo, de inerte, de auto-reprodutor, é apenas efeito do conjunto, esboçado a partir de todas essas mobilidades, encadeamentos que se apoia em cada uma delas e, em troca, procura fixá-las*” (FOUCAULT, 1988, p. 89).

As resistências ao poder são parte integrante desse sistema de embates e confrontações, configuram-se como o outro lado das relações de poder. São distribuídas de forma irregular e costumam ser transitórias, embora possam causar grandes rupturas e

¹⁵ Sub capítulo 1.3 A interpretação de Gênero e Violência de Gênero

mudanças significativas no campo estratégico de poder. O poder tem caráter eminentemente relacional. Esse jogo de poderes se reflete nas instituições estatais e sociais, na formulação e aplicação das leis e nas hegemonias sociais (FOUCAULT, 1988).

Não se pode duvidar, contudo, que as resistências ao poder não provoquem uma contrarreação. Rita Laura Segato (2003) afirma que, quanto mais abrupto for o processo de ruptura entre um modelo social tradicional e um modelo social contemporâneo, mais difícil é regular o comportamento social. Como consequência desse processo de implantação de uma modernidade sem a devida reflexão da sociedade, há um descontrole social e uma desconstrução do modelo tradicional de organização comunitária, de maneira que ficam expostas as formas de controle sociais baseadas no costume.

A violência contra a mulher pode surgir quando se configura essa relação tensa, em que está ameaçado o sistema hierárquico calcado no patriarcado (SEGATO, 2003). Como bem sentenciou Safioti (2004), a violência contra a mulher é uma forma de controle social típica de uma sociedade patriarcal, ou seja, uma resposta à resistência feminina.

A violência contra as mulheres continua presente e disseminada por toda a sociedade. Apesar dos avanços dos direitos femininos, de programas e políticas públicas voltadas para a proteção das mulheres e do reconhecimento jurídico da igualdade entre mulheres e homens, a realidade demonstra que o costume e o cotidiano ainda continuam resistentes à efetivação de uma nova relação entre mulheres e homens (BANDEIRA e ALMEIDA, 2006).

3.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A QUESTÃO DA ISONOMIA ENTRE OS GÊNEROS

Na legislação nacional, o princípio da igualdade está esculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal, sendo um princípio jurídico-filosófico cuja origem remonta às revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII, em especial, a Revolução Francesa e a Revolução Americana (GOMES, 2001). Trata-se de um dos direitos fundamentais de primeira dimensão cuja origem está no pensamento liberal burguês do século XVIII (BONAVIDES *apud.* SARLET, 2003).

A Isonomia está intrinsecamente ligada ao princípio da liberdade, sendo um dos três princípios fundadores das liberdades fundamentais. É considerado por Israel (2005) o princípio revolucionário por excelência e fundador da democracia.

Embora Gomes (*op.cit.* 2001) reconheça a influência e importância das disposições da Virginia *Bill of rights* de 1776, a qual estabelecia que “*all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights*”¹⁶ (CONSTITUTION, 2010) – Miranda (*apud.* SILVA, 2001) explica que a noção jurídica da Igualdade foi formalizada com a Revolução Francesa por meio da *Déclaration des Droits de l’homme et du Citoyen* de 26 de Agosto de 1789 onde afirma em seu art. 1º que “*les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune.*”¹⁷ (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2010).

De acordo com Jean-Jacques Israel (2005), o supracitado artigo significa que o direito à igualdade era compreendido como inerente à natureza humana. Buscava

¹⁶ Em tradução livre: Todos os homens são, por natureza, iguais e independentes e têm direitos próprios.

¹⁷ Em tradução livre: Os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais apenas serão justificadas no bem comum.

impedir a consagração de desigualdades infundadas. No seu entendimento, diferenças de tratamentos desprovidas de fundamentações idôneas não passam de discriminação e o princípio da igualdade é essencialmente o direito à não discriminação e se manifesta com a eliminação dos privilégios.

A construção da isonomia é facilmente compreendida por intermédio do contexto histórico da época, explica Ferreira Filho (2009, *seq.*). Anteriormente à Revolução Francesa, conhecida como *Ancien Régime*, a população francesa, por força de lei, era distribuída em três *états*: clero, nobreza e *tiers état*. Os dois primeiros grupos possuíam privilégios, embora distintos entre si, nos quais se incluíam rendas pagas pelo rei para seu sustento. O terceiro estado era composto por todas as outras pessoas que não se enquadrassem na categoria de clero ou de nobres, de forma que compreendia desde ricos proprietários, financistas, comerciantes, profissionais liberais a pobres e miseráveis. Observa-se, portanto, que a classificação dos franceses em três regimentos não observava nenhum critério relacionado ao poder aquisitivo do indivíduo.

O *tiers état*, no século XVIII, se recusava a aceitar os privilégios do clero e dos nobres, não acreditando em nenhuma superioridade decorrente do sangue azul. Os burgueses, em especial, estavam mais inclinados a reconhecer a superioridade de uma família com base no seu patrimônio e na sua cultura (FERREIRA FILHO, 2009).

A eliminação das vantagens dos nobres e do clero por meio do princípio da igualdade amparou o Estado Liberal Burguês e, para seus intelectuais, o simples fato de a isonomia estar incluída entre os direitos fundamentais era suficiente para garantir sua efetividade no sistema constitucional, conforme acrescenta Gomes (2001).

A isonomia e os demais direitos fundamentais têm notável inspiração jusnaturalista e são essencialmente individuais, contrapondo-se ao poder do Estado, assumindo um caráter de defesa perante a intervenção estatal e autonomia ao indivíduo. Apresentam-se como direitos negativos, posto que determinam, não uma conduta, mas a abstenção de uma ação que impossibilite ou restrinja tais direitos (SARLET, 2003). Assim, caracterizam-se como “*direitos de resistência ou de oposição perante o Estado*” (BONAVIDES, 2002, p.517) cujo titular é o indivíduo.

Os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei desdobram-se em outros direitos, tais como liberdade de expressão, garantias processuais e direito de participação política. Constituem-se, dessa forma, em direitos civis e políticos. Apresentam-se, portanto, como imprescindíveis para a democracia. (SARLET, 2003).

Konrad Hesse (2009) entende que a compreensão dos direitos fundamentais como liberdades individuais e direitos políticos é baseada no seu significado originário – isto é, clássico. Alguns países na América do Norte e Europa Ocidental, por exemplo, ainda compreendem o princípio da isonomia de acordo com essa concepção (HESSE, 2009).

Mas é importante frisar que, desde sua origem até os dias atuais, os direitos de primeira dimensão sofreram mudanças no seu conteúdo e significado, embora continuem presentes várias constituições ainda no terceiro milênio (BONAVIDES *apud*. SARLET, 2003).

Ferreira Filho (2009) compreende ser evidente, a partir da experiência, que a letra fria da lei não é o bastante para igualar todos na realidade concreta. A igualdade na legislação não era suficiente para satisfazer a demanda social pela isonomia, mas abre espaço para sua exigência em outros âmbitos. Observa-se fenômeno típico de retroalimentação.

Apesar de a legislação tratar os cidadãos de forma igualitária, ainda existiam desigualdades gritantes. Durante o período industrial, por exemplo, a desigualdade social era notável em vista da miséria da classe operária e do enriquecimento de empresários. Logo, movimentos sociais, principalmente os socialistas, exigiam um novo modelo de Igualdade (FERREIRA FILHO, 2009).

Chega-se à mesma conclusão de Konrad Hesse (2009 *seq.*) quando discorre sobre o avanço dos direitos humanos e o significado dos direitos fundamentais em diferentes Constituições, afirmando que *“um mesmo direito fundamental podia significar algo absolutamente diferente numa constituição socialista e no texto constitucional de uma democracia ocidental”* (p.28) e que *“o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de inúmeros fatores extrajurídicos, especialmente da idiosincrasia, da cultura e da história dos povos”* (HESSE, 2009, p.28).

Gomes (2001 *seq.*) constata que é necessário criar mecanismos para nivelar indivíduos privilegiados e desfavorecidos socialmente, igualar as condições entre as pessoas. Inicia-se a demanda por uma conceituação de igualdade cujos efeitos não recaiam simplesmente na legislação do Estado, mas que possa causar transformações sociais, observando-se condições fáticas, econômicas e outras resultantes da convivência humana, tais como a discriminação.

Começa a tomar forma o conceito de igualdade substancial ou material que é fruto do Estado Democrático de Direito, e que superaria as concepções liberais atendo-se às concretas desigualdades existentes no seio da comunidade. Chega-se à compreensão que situações diversas não devem se tratadas como se fossem iguais, pois, assim, haveria uma manutenção da situação de desigualdade originada da própria estrutura social. A igualdade

substancial leva em conta o contexto social para impedir que a igualdade formal se contraponha a medidas que protejam os segmentos vulneráveis da comunidade (*id.* 2001).

A partir dessas conclusões, o direito insere aos poucos a noção de isonomia nas oportunidades, buscando excluir ou diminuir as desigualdades econômicas e sociais e promovendo a justiça social. O direito passa, portanto, a compreender o ser humano – não mais de forma genérica e abstrata, mas de acordo com suas características peculiares, seu contexto histórico e social (GOMES, 2001).

Da mesma forma, opera-se a diferenciação entre igualdade formal e igualdade material. Guilherme Peña de Moraes (2006, *seq.*) define o princípio da igualdade formal como a igualdade perante a lei e o princípio da igualdade material como a igualdade na sociedade, no plano da realidade. A igualdade formal consistiria na elaboração e aplicação de forma igualitária das normas do ordenamento jurídico e a igualdade material efetiva entre os integrantes da sociedade.

Clève e Reck (2003, *seq.*) criticam a igualdade formal acusando-a de ser “*simples retórica*” (p.30) por não implicar ou mesmo conferir efetividade ao princípio da igualdade e por encobrir as desigualdades notáveis entre integrantes da sociedade (COMPARATO *apud.* CLÈVE e RECK, 2003).

Torna-se, portanto, imprescindível a concepção de igualdade aliada a uma concepção material, na qual o Estado atuaria positivamente, visando à eliminação ou atenuação das desigualdades sociais. Estaria superada a interpretação do princípio constitucional da igualdade apenas como um dever negativo (*op. cit.* 2003).

Peña Moraes (2006) diferencia o princípio da Igualdade na lei – destinada aos órgãos legislativos e referente à regra de que as normas jurídicas não podem criar desigualdades vedadas pelo ordenamento constitucional – do princípio da igualdade perante a lei, destinada aos órgãos judiciais. O mesmo princípio determina que as regras devem ser aplicadas da forma como foram estatuídas mesmo que haja diferenciação de tratamento.

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2007) não adotam tal diferenciação, conceituando o princípio da isonomia de forma simples como “*tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade*” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 147).

Mello (2003, *seq.*), embora reconheça a importância desse conceito, afirma não ser suficiente para expressar o que estaria em harmonia ou não com o princípio da igualdade, pois, dependendo dos fatores levados em conta por determinada norma, pode-se chegar à conclusão que um mesmo grupo de pessoas deveriam receber tratamento isonômico da lei ou tratamento diferenciado.

Na sociedade, é possível adotar vários critérios de diferenciação entre pessoas – classe social, faixa etária, poder aquisitivo, etnia, naturalidade –, de tal modo que um mesmo indivíduo poderia se identificar ou se diferenciar dos demais dependendo de qual aspecto de sua condição ou situação for ressaltada pela lei (MELLO, 2003).

O jurista ainda afirma que é próprio das normas legais desigualarem situações, atribuindo-lhes direitos e deveres distintos. Como exemplo, podem-se citar os diferentes regimentos e estatutos específicos de cada profissão, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso (*id.* 2003). Se o princípio da igualdade consubstancia-se simplesmente na vedação de discriminação, seria

insuficiente para realizar ou amparar os objetivos principais da nação, promovendo o bem dos seus integrantes (ROCHA *apud*. CLÈVE e RECK, 2003).

A Constituição de 1988 acolheu o princípio isonômico como dinâmico e positivo, desenvolvendo e transformando a concepção clássica que o entendia como estático e negativo. Portanto, o art. 5º, caput, da Carta Magna deve promover a redução ou eliminação das desigualdades sociais, devendo intervir na sociedade para reduzir os privilégios socialmente construídos (CLÈVE e RECK, 2003).

A discriminação positiva é consequência desta nova compreensão do princípio da igualdade cujo objetivo – por intermédio de políticas públicas, intervenção estatal e legislações especiais – é a efetivação no plano concreto da realidade do princípio da igualdade material e a neutralização das sequelas da discriminação sexual, racial, etária, orientação sexual, de nacionalidade, religião, classe social, entre outras (*id.* 2003).

O princípio da isonomia tem o intuito de “*impedir determinadas discriminações*” (MELLO, 2003, p.22), mas isto não inviabiliza as atribuições de tratamento, direitos e deveres diferenciados a determinadas categorias de indivíduos, inclusive discriminações que pareçam “*discrepar à força aberta de dispositivo constitucional explícito são – com justeza – por todos recebidas como perfeitamente cabíveis e consentâneas com o princípio da igualdade*” (MELLO 2003, p.22).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, *seq.*) esclarece que a ofensa ao princípio da isonomia não se configura pelo simples fato da lei instituir uma diferença de tratamento, mas pela forma e parâmetros com os quais estabelece tais distinções. A violação está no fato de essa desigualdade não ter justificativa, não ser racional ou razoável, isto é, não

haver correlação entre o fator que aparta determinado grupo de pessoas e a inteligência da norma. O autor conclui nos seguintes termos:

Se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir “correlação lógica” entre o fator de *discrímen* tomado em conta e o regramento que lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou - o que ainda seria mais flagrante - se nem ao menos houvesse um fator de *discrímen* identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade. (MELLO, 2003, p. 24).

Essa relação de pertinência lógica é atrelada a questões culturais, deve estar em consonância com a época e lugar em que a norma foi elaborada e em conforme com os valores tutelados pela constituição. Caso tais requisitos não sejam observados, há afronta ao preceito igualitário; caso contrário, os que não forem alcançados pelo *discrímen* da norma, não poderão exigir o mesmo tratamento, visto que estão em situações, contexto ou condições desiguais (MELLO, 2003).

Ao elencar valores e bens sociais que devem ser tutelados pelo ordenamento nacional, a Constituição Federal não apenas condena as normas que, com discriminação imprópria, violem tais valores resguardados como também repele toda ação, comportamento ou regra que agrave a situação de vulnerabilidade social a quais algumas camadas da população estão inseridas (*id.* 2003).

Sendo assim inconstitucional uma regra que impossibilitasse ou dificultasse a contratação, seja na esfera pública, seja na esfera privada, de mulheres grávidas ou com maior probabilidade de ficarem grávidas nos próximos anos. Por mais que seja desvantajoso, em termos econômicos, a contratação de mulheres em tais circunstâncias, e seja possível ver correlação lógica entre tal discriminação, esta afrontaria bens tutelados pelo ordenamento constitucional (MELLO, 2003).

Conclui-se, portanto, que a isonomia, observando-se os vetores consagrados na Constituição Federal, não compreende a garantia de tratamento igual às pessoas que se distinguem entre si por estarem “*por razões lógicas e substancialmente (isto é, a face da Constituição) afinadas com eventual disparidade de tratamento*” (MELLO, 2003, p. 26). O objetivo do princípio da igualdade, que remonta a sua origem na Revolução Francesa, é a inadmissibilidade de distinções arbitrárias, os quais se consubstanciam em privilégios ou perseguições a determinados grupos sociais (MORAES, 2006).

É um princípio de caráter relativo e que legitima “*a desequiparação quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidade, valores abrigados no texto constitucional*” (BARROSO *apud.* MORAES, 2006). É a garantia de que direitos e deveres incidam sobre determinadas pessoas apenas com fundamento racional e em harmonia com os valores sociais relevantes absorvidos pela Constituição Federal (MELLO, 2003).

3.3 O PARADOXO DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

Joan Scott (2005, *seq.*), ao analisar os debates em torno das ações afirmativas ou discriminações positivas, observa o fato de as posições ideológicas serem bastante polarizadas. Alguns defendem que, para haver respeito ao princípio da igualdade, os casos devem ser analisados de forma individualizada para que os direitos individuais não sejam restringidos em benefício de um grupo social, o qual dependendo do aspecto se tome por análise, pode não ser homogêneo o bastante para justificar tal benefício. Outros defendem que não haverá igualdade enquanto as minorias continuarem tendo um acesso restrito aos seus direitos.

Observa-se que, tanto numa posição quanto na outra, os direitos individuais se contrapõem a direitos coletivos, e a igualdade está dissociada da diferença, entretanto, Scott (2005) aponta que tais conceitos são interdependentes.

As identidades sociais de diversos grupos são parte integrante da organização social e se tornam visíveis a partir da dinâmica da sociedade (SCOTT, 2005). Embora a maioria dos Estados não estabeleça leis que restrinjam os direitos de determinada classe ou população de uma comunidade como era de praxe no passado (*id.* 2005), há outros mecanismos de poder tão efetivos quanto as leis (FOUCAULT, 1988). Segato (2003) afirma que “*la violencia moral es el más eficiente de los mecanismos de controle social y de reproducción de las desigualdades*”¹⁸ (p.114), estando presente no cotidiano, na vida social e representando a principal forma de opressão em todos os tipos de dominação.

Quando um indivíduo percebe que o que deveria ser um aspecto de sua personalidade ou condição é construída ou percebida socialmente como uma desvantagem a qual restringe seus direitos ou lhe coloca numa posição vulnerável na sociedade, a tensão entre grupos torna-se evidente (SCOTT, 2005 *seq.*). “*Indivíduos para os quais as identidades de grupo eram simplesmente dimensões de uma individualidade multifacetada descobrem-se totalmente determinados por um único elemento: a identidade religiosa, étnica, racial ou de gênero*” (p.18).

Para eliminarem a discriminação que identificou determinados indivíduos como um grupo homogêneo, estes se organizam como grupo e afirmam sua identidade para garantir seus direitos individuais (*id.* 2005). O mesmo instrumento utilizado para discriminar é utilizado para combatê-la. Eis porque em debates acerca das ações afirmativas, alguns argumentam – com razão – que a discriminação positiva é paradoxal, uma vez que, a fim de

¹⁸ Em tradução livre: A violência moral é o mais eficiente mecanismos de controle social e reprodução de desigualdades.

eliminar a discriminação e garantir a igualdade, identifica as diferenças e as afirma (*ibid.* 2005).

Ademais, por mais que os diplomas legais afirmem uma igualdade perante a lei – e, como visto no item anterior, esse passo foi revolucionário e necessário – as pessoas não estão em igualdade, “*sua desigualdade repousa em diferenças presumidas entre eles, diferenças que não são singularmente individualizadas, mas tomadas como sendo categóricas*” (SCOTT, 2005, p.23).

Joan Scott (2005) entende que a tensão entre a identidade individual e a coletiva não tem solução porque a diferenciação é utilizada para organizar a convivência social. Com o intuito de atenuar as desigualdades, as políticas de inclusão devem reconhecer o indivíduo dentro de um grupo coletivo e, para impedir a discriminação, praticá-la, mas com finalidade positiva (SCOTT, 2005)

As relações de poder são analisadas para que possam ser sopesadas. A partir da dedução de que as discriminações, como parte da estrutura social, podem ser inconscientes, procura-se, de forma racional e consciente, nivelar as relações. O que, como consequência, restringe, não os direitos individuais dos outros grupos não marginalizados, mas os privilégios destes, visto que se beneficiam diretamente ou indiretamente de uma injustiça social (SCOTT, 2005 *seq.*).

Se os direitos individuais de pessoas que fazem parte de grupos marginalizados são continuamente violados à medida que o Estado ignora construções culturais que impeçam a livre fruição desses direitos, e as identidades e condições individuais são construídos tendo uma identidade coletiva que se consubstancia como fenômeno social,

como pano de fundo, não há sentido buscar a igualdade ignorando ou eliminar tais grupos (*id.* 2005).

As relações de poder, as identidades sociais, os gêneros, bem como direitos, estão em constante transformação social (*ibid.* 2005). E as tensões e conflitos entre grupos e classes sociais são resolvidos de forma específica, considerando-se a realidade social, histórica e o contexto em que estão imersos, por isso não há soluções intertemporais. A questão primordial é analisar como os “*processos de diferenciação social operam e desenvolver análises de igualdade e discriminação que tratem as identidades não como entidades eternas, mas como efeitos de processos políticos e sociais*” (SCOTT, 2005, p. 29).

Pode-se então afirmar que as identidades sociais estão sempre em formação e integram a sociedade, de forma que uma política que tenha como objetivo eliminar a discriminação ou atenuar suas consequências sociais, não pode buscar a diluição de tais identidades sociais, uma vez que estas integram a identidade individual e viabilizam o reconhecimento de uma discriminação e uma organização social para combatê-la.

CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha recepcionou a questão de gênero para coibir a violência doméstica. Nesse sentido, a lei reconheceu a influência fundamental das relações de poder, entre os homens e as mulheres, identificando a violência doméstica contra a mulher, como uma violência de gênero, ou seja, praticada contra o indivíduo em função do seu sexo.

A violência apresenta-se como uma consequência da discriminação sexual. Em vista dessa realidade, o Estado deve cumprir os compromissos assumidos quando aderiu à Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, os quais incluem coibir e eliminar a discriminação e violência contra a mulher, por meio de ações afirmativas, leis, políticas públicas, entre outros.

Constata-se que a finalidade da mencionada lei é proteger a mulher, em vista desses compromissos frente à realidade social. A Lei Maria da Penha é compatível com o princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal, e nas convenções aderidas pelo Brasil.

O princípio da isonomia não se trata meramente de afirmar a igualdade entre as pessoas perante a lei, mas garantir a igualdade plena na sociedade. No que concerne à igualdade de gêneros no ambiente familiar, apesar de existir igualdade formal, não há igualdade material entre seus integrantes.

De fato, as mulheres são as maiores vítimas de violência doméstica porque o ambiente familiar ainda contém uma hierarquia de gêneros em que há supremacia masculina,

o que as torna vulneráveis à violência doméstica. Esta é propiciada devido a uma construção social, histórica e cultural do gênero feminino.

Mulheres e homens não têm uma relação de poder equilibrada dentro do ambiente doméstico. Se a divisão dos papéis de gênero coloca a mulher em posição de vulnerabilidade, ao mesmo tempo, firma o homem em uma posição privilegiada. Dessa forma, a aplicação da lei para proteção dos homens é um desvio de finalidade da norma e reforça um privilégio, pois mesmo quando o homem sofre a violência intrafamiliar não está em situação de igualdade com a mulher. A violência praticada contra o homem não possui as mesmas características, peculiaridades e contornos que a agressão sofrida pelo gênero feminino.

As decisões que tutelam os homens em situação de violência doméstica com amparo na Lei 11.340 de 2006 parecem ignorar o fato de o homem gozar da posição de poder na família e diluem o caráter de discriminação positiva da Lei Maria da Penha, deturpando-a. Com a argumentação de visar à anulação de um tratamento especial e injustificado concedido a mulher, terminam por fazer o que condenam, ou seja, privilegiar um sexo em detrimento do outro.

Julgamentos calcados nesse entendimento não devem prosperar porque tornam invisível a questão de gênero que está presente na violência doméstica e a existência de uma violência masculina direcionada contra o gênero feminino. A Lei Maria da Penha foi elaborada com o intuito de combater a violência doméstica contra a mulher por reconhecer tal realidade.

Destarte, não há inconstitucionalidade na Lei Maria da Penha, porque a proteção especial concedida às mulheres é fundamentada em uma situação de desigualdade entre os gêneros.

REFERÊNCIA

ACCIOLY, H.; SILVA, G. E. do N.; CASELLA, P. B. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AME, **Projeto Maria da Penha. A Lei: A História de Maria da Penha**. Disponível em: <<http://www.mariadapenha.org.br/a-lei/a-historia-da-maria-da-penha>> Acesso em: 04.set.2010;

ARAÚJO, M. de F.; MARTINS, E. J. S.; SANTOS, A. L. dos. **Violência de Gênero e Violência contra a Mulher**. In: ARAÚJO, M. F.; MATTIOLI, O. (org). *Gênero e Violência*. São Paulo: Arte e Ciência, 2004.

ASSEMBLÉE NATIONALE. Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>> Acesso em: 15.ago.2010.

BANDEIRA, L.; ALMEIDA, T. M. C. de. **A violência contra as mulheres: um problema coletivo e persistente**. In: LEOCÁDIO, E.; LIBARDONI, M. (org). *O desafio de construir redes de atenção às mulheres em situação de violência*. Brasília: Agende, 2006.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo 1: fatos e mitos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BOURDIEU, P. **A Dominação Masculina**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

CAVALCANTI, S. V. S. de F. **Violência Doméstica contra a Mulher no Brasil: análise da Lei “Maria da penha”, nº 11.340/06**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

CEPIA, Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação. Nossa Missão. Disponível em: <<http://www.cepia.org.br/default.asp>> Acesso em: 10.set.2010.

CFEMEA. **Lei Maria da Penha: Do Papel para a Vida. Comentários à Lei 11.340/2006 e sua inclusão no ciclo orçamentário**. 2ª ed. Gráfica Brasil, 2009, 92 p.

CLÈVE, M. C.; RECK, M. B. **As Ações Afirmativas e a Efetivação do Princípio Constitucional da Igualdade.** *In: A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional.* v. 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 29-35.

CONSTITUTION. **Virgínia Bill of Rights, June 12, 1776.** Disponível em: <http://www.constitution.org/bor/vir_bor.htm> Acesso em: 11.set.2010.

COSTA, M. M. M. da; PORTO, R. T. **A Adoção das Práticas Restaurativas pelas Polícias como Políticas de Segurança no Enfrentamento à Vitimização e à Violência de Gênero.** *In: Revista da Ajuris.* v. 36, n. 113, mar. 2009, p. 305-317.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06). Comentada artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, M. B. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERREIRA FILHO, M. G. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

FOUCAULT, M. **A História da Sexualidade I: a vontade de saber.** 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GOMES, J. B. B. **Ação Afirmativa & Princípio da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HESSE, K. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

IACHR, **Inter-American Commission on Human Rights. D. Seguimento das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2001port/capitulo3c.htm>> Acesso em: 03.set.2010.

ISRAEL, J. J. **Direito das Liberdades Fundamentais.** Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

MELLO, A. R. de (org). **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MELLO, C. A. B. de. **Compostura Jurídica do Princípio da Igualdade**. In: A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional. v. 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 21-28.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, G. P. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NARVAZ, M. G. **Submissão e Resistência: Explodindo o Discurso Patriarcal de Dominação Feminina**. 2005. 196 fl. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

NUCCI, G. de S. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, J. M. **A Negação dos Direitos Humanos da Mulher: Violência de Gênero**. In: Revista Jurídica Unigran. V. 5, n. 9, jan./jun. 2003, p. 35-49.

PARODI, A. C.; GAMA, R. R. **Lei Maria da Penha – Comentários à Lei nº 11.340/2006**. Campinas: Russel Editores, 2010.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lei Maria da Penha: Inconstitucional não é a lei, é a ausência dela**. Disponível em: <<http://www.contee.org.br/noticias/artigos/art6.asp>> Acesso em: 17.out.2010.

REZEK, J. F. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAFFIOTI, H. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCOTT, Joan W. **O enigma da Igualdade**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v13n1/a02v13n1.pdf>> Acesso em: 17.out. 2010

SEGATO, R. L. **Las estructuras elementales de La violencia**. Bernal: Universidade Nacional de Quilmes, 2003.

SILVA, F. L. L. da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA, S. R. **Comentários à lei de Combate à Violência contra a Mulher**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

THEMIS, **Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero**. Disponível em: <<http://www.themis.org.br/>> Acesso em: 10.set.2010.