



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

GABRIEL HENRIQUE DE MORAES NASCIMENTO

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LEI 11.340/06 EM DEFESA DO
SUJEITO PASSIVO HOMEM**

BRASILIA

2014

GABRIEL HENRIQUE DE MORAES NASCIMENTO

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LEI
11.340/06 EM DEFESA DO SUJEITO PASSIVO HOMEM**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharel em Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Orientador: Danilo Porfirio

Brasília

2014

GABRIEL HENRIQUE DE MORAES NASCIMENTO

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LEI
11.340/06 EM DEFESA DO SUJEITO PASSIVO HOMEM**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharel em Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Orientador: Danilo Porfirio

Banca Examinadora:

Danilo Porfirio

Einstein Taquary

Júlio Aérias

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise da Lei 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha, em conjunto com uma análise do Princípio da Isonomia, utilizando tanto dos artigos constitucionais que versam sobre este princípio como estudo doutrinário para analisar casos em que o sujeito do gênero masculino se encontra como sujeito passivo dos tipos de violência previstos na Lei 11.340/06 e averiguar se a aplicação da lei para tais situações seria compatível com o Princípio da Isonomia.

PALAVRAS CHAVE: Lei 11.340/06. Lei Maria da Penha. Violência Domestica. Sujeito passivo homem. Medidas protetivas e preventivas. Isonomia. Igualdade. Desigualdade. Fator de discriminação. Correlação lógica. Interesses constitucionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 ANÁLISE SOBRE A LEI 11.340/06	8
1.1 Período anterior à lei 11.340/06	8
<i>1.1.1 Tratados internacionais</i>	8
<i>1.1.2 Ordenamento Interno Brasileiro</i>	10
1.1.2.1 Separação de Corpos	10
1.1.2.2 Lei 9.099/95	12
1.2 Após criação da Lei 11.340/06	13
<i>1.2.1 Motivação para a criação da Lei</i>	13
<i>1.2.2 Formas de violência</i>	13
<i>1.2.4 Medidas preventivas</i>	19
<i>1.2.5 Competência</i>	21
2 DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA	23
2.1 Evolução Histórica do Princípio da isonomia	23
<i>2.1.1 Da Antiguidade Clássica à Modernidade</i>	23
<i>2.1.2 Igualdade na Contemporaneidade</i>	27
2.1.2.1 Estado Liberal	27

2.1.3 Estado Social.....	29
2.1.4 Estado Democrático de Direito.....	30
2.2 Texto Normativo Brasileiro.....	32
2.3 Da aplicação do princípio da igualdade	33
2.3.1 Fator de Discriminação	34
2.3.1.1 Reprodução do Fator de Discriminação	35
2.3.1.2 Estrutura das Regras Jurídicas.....	35
2.3.1.3 Traço diferencial residente no sujeito.	36
2.3.2 Correlação lógica	37
2.3.3 Relação da discriminação com os interesses constitucionais	38
3 ESTUDO DE CASO.....	39
3.1 Entendimento majoritário.....	39
3.2 Entendimento minoritário.....	46
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O estudo a seguir se concentra na análise da aplicação do Princípio da Isonomia na Lei 11.340/06 em função do sujeito passivo homem. A escolha deste tema foi baseada em interesse na Lei 11.340/06, seu impacto no Direito Penal enquanto tendo sua aplicação observada no âmbito do Direito Civil em casos que ocorrem em surpreendente número, embora sejam ignorados e até mesmo tidos como inconcebíveis em nossa sociedade.

A relevância do tema provem da necessidade de melhor compreender a preservação da Isonomia em sua atual forma em uma sociedade onde os Sujeitos de Direito apresentam-se com inúmeras diversificações, assim como melhor compreender a Lei 11.340/06, a reação do mundo jurídico com sua concepção e averiguar a possibilidade de sua aplicação para sujeito diversificado.

De início será discorrido sobre a Lei 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha, no primeiro capítulo a partir de um resumo das convenções internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro que deram base para a concepção desta Lei, em seguida será feita uma análise da Lei propriamente dita, observando a delimitação dada por ela sobre os tipos de violência por ela abrangidos, assim como as situações em que agressor e vítima podem vir a estar para que suas medidas preventivas e protetivas possam ser aplicadas.

No segundo capítulo será realizada uma análise do Princípio da Isonomia, primeiro observando as modificações do conceito de isonomia no tempo, a fim de apresentar elementos que se mantiveram constantes e outros que passaram por variações com o avanço do tempo, dados de grande relevância para a conclusão deste trabalho. Em seguida observaremos a forma em que este Princípio foi adotado em nosso texto constitucional e por fim será discorrido sobre os elementos necessários para a preservação da isonomia frente a tratamentos baseados em desigualdades.

Por fim, no terceiro capítulo será elaborada estudo de casos em que o sujeito passivo nos crimes abrangidos pela Lei 11.340/06 é do gênero masculino, a fim de delimitar o

ponto de divergência dos entendimentos majoritário e minoritário a respeito destes casos, para que em seguida possa o entendimento favorável às vítimas destes casos ser analisado perante os requisitos para a preservação da isonomia, buscando verificar se este princípio abrangeria a aplicação desta Lei para o sujeito passivo homem.

Utilizou-se de pesquisa bibliográfica, tendo por base livros, decisões e sentenças provindas do Judiciário, disponíveis tanto na forma impressa como virtual disponível na internet, devido à impossibilidade de seu acesso físico.

1. ANÁLISE SOBRE A LEI 11.340/06

Neste capítulo abordaremos primeiramente de forma sucinta tratados ratificados pelo Estado brasileiro a respeito da proteção dos direitos da mulher, que vieram a dar base para a criação da Lei 11.340/06 e a forma como os casos que viriam a ser abordados por esta eram lidados dentro do território brasileiro. Prosseguiremos então para a Lei em si, discorrendo sobre seu objetivo e seu conteúdo, delimitando os contextos previstos por ela para sua aplicação e as medidas preventivas e protetivas por ela conferidas.

1.1. Período anterior à lei 11.340/06

1.1.1. Tratados internacionais

Anteriormente a criação da Lei 11.340/06, o Brasil avia adotado, em seu ordenamento jurídico, tratados internacionais semelhantes. Estes tratados, no entanto, não focavam especificamente no caso de violência doméstica em si, mas buscavam uma proteção geral para os direitos da mulher. Dentre os adotados pelo Estrado brasileiro estão a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) e seu Protocolo Facultativo (1999), a Declaração sobre a Eliminação de Violência contra a Mulher (1993) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) também conhecida como Convenção de Belém do Pará.¹

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (ou resumidamente, Convenção sobre a Mulher) foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979 e entrou em vigor no Brasil através do Decreto Legislativo nº 93 de 1983. Ao entrar em vigor, essa Convenção estabeleceu que o Brasil buscasse formas de evitar a discriminação contra a mulher tanto no âmbito público como no privado, buscando melhorar a qualidade de vida das mulheres e promover a igualdade de gênero.²

¹KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. A lei Maria da Penha e as Normas de Direitos Humanos no Plano Internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010. p. 17.

²KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. A lei Maria da Penha e as Normas de Direitos Humanos no Plano Internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010. p 19.

Essa convenção, embora não tocasse na questão de violência de gênero de forma direta, também estabeleceu que seus países signatários estabelecessem, em seus respectivos ordenamentos jurídicos, legislações voltadas especificamente para a violência doméstica e familiar, porém, voltada apenas para a proteção da mulher³

O Protocolo Facultativo da Convenção sobre a Mulher foi adotada pela Assembleia geral das Nações Unidas em 6 de outubro de 1999 e entrou em vigor no Brasil em 28 de setembro de 2002 pelo Decreto Legislativo nº 107/2002. Ele estabelece que qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos sob a jurisdição do Estado-parte que tivesse algum dos direitos estabelecidos pela Convenção violados tem o direito de encaminhar petição ao Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher denunciando tal violação, podendo o Comitê estabelecer um procedimento investigativo para averiguar essa violação.⁴

A Declaração sobre a Eliminação de Violência contra a Mulher foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução nº 48/104 em 20 de dezembro de 1993. Ela previu formas de violência que mais tarde seriam incorporados na Lei 11340/06, sendo a violência de caráter físico, sexual e psicológico que ocorram não apenas dentro do âmbito familiar, mas também na comunidade, no ambiente de trabalho, em instituições educacionais e outros lugares públicos.⁵

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) foi adotada em 1994 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, sendo ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 e promulgada no ano seguinte. Essa convenção utilizou dos mesmos conceitos da Declaração sobre a Eliminação de Violência contra a Mulher para classificar a violência contra a mulher, porém classificando esse tipo de violência como um problema de saúde pública.⁶

³DIAS, 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. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

⁴KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. A lei Maria da Penha e as Normas de Direitos Humanos no Plano Internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010. p. 20.

⁵KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. A lei Maria da Penha e as Normas de Direitos Humanos no Plano Internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010. p. 25.

⁶DIAS, 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. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34

Assim como o Protocolo Facultativo da Convenção sobre a Mulher viria propor em 1999, a Convenção de Belém do Pará também estabelecia medidas para que qualquer mulher, grupo de mulheres ou entidades não governamentais denunciasses violações aos direitos estabelecidos por esta convenção por meio de petições que devem ser dirigidas para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A primeira vez que essa convenção foi aplicada foi no famoso caso de Maria da Penha Maia Fernandes.⁷

1.1.2. Ordenamento Interno Brasileiro

1.1.2.1 Separação de Corpos

Para que o judiciário pudesse melhor cumprir seu dever de pacificar litígios de maneira eficaz e adequada, foram criadas medidas cautelares como forma provisória e subsidiária de mediação entre as partes quando se é observado a necessidade de proteção de um bem ou direito de forma urgente, quando determinado bem ou direito corre o risco de perecer antes da devida conclusão do processo.⁸

Uma das formas de medida cautelar criadas pelo ordenamento brasileiro, no que tange a vida conjugal entre homem e mulher, foi a separação de corpos, estabelecida pelo artigo 888, IV do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 888 - O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

VI - Afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;⁹

Essa medida cautelar prezava não apenas pela vida, mas também pela integridade física e moral de um dos cônjuges que tem seus direitos tanto diretamente quanto

⁷KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. A lei Maria da Penha e as Normas de Direitos Humanos no Plano Internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010. p. 27 e 28.

⁸THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 333.

⁹BRASIL, Código de Processo Civil Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em 8 de set. 2013.

indiretamente ameaçados. Assim essa medida resguardava o bem jurídico Vida e a integridade da pessoa humana.¹⁰

Embora essa medida buscasse proteger o cônjuge de lesões aos seus direitos, ela primariamente utilizada para a contagem de prazo para pedidos de divórcio e de separação, mesmo quando consensual, caso os cônjuges em questão não tivessem completado o necessário de um ano de casamento.¹¹

Essa medida também era utilizada para que um dos cônjuges pudesse sair do lar sem que sua ação configurasse em abandono do lar conjugal, para que no processo esse cônjuge não entrasse em condição de cônjuge culpado, assim não tendo que lidar com as consequências que seriam geradas por esta condição.¹²

Outra forma em que essa medida era utilizada era para acelerar o fim do casamento. Ao invés de aguardar o prazo dois anos para que pudessem entrar com o pedido de divórcio consensual, essa medida era adotada pelo casal para que após o prazo de um ano essa medida pudesse ser prontamente convertida em divórcio.¹³

Devido ao fato de que esta medida cautelar era usada primariamente para evitar elementos indesejáveis do processo de separação, com a criação da emenda constitucional 66/2010, o entendimento majoritário era de que essa medida cautelar passaria a ser inútil devido o fim do instituto da separação judicial¹⁴. Porém, há entendimentos de que essa medida ainda pode ser usada justamente quando a riscos para um dos cônjuges e/ou seus filhos, podendo o juiz afastar um dos cônjuges do lar conjugal, podendo o requerente propor, no prazo de 30 (trinta) dias, ação de divórcio.¹⁵

¹⁰LIMA, Clara Marina de Oliveira; LIMA, Riquelma Maria de Medeiros. A Emenda Constitucional nº 66/2010 e a Medida Cautelar de Separação de Corpos. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10000&n_link=revista_artigos_leitura>. Acessado 08/09/2013.

¹¹DIAS, Maria Berenice. Divórcio já!: Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 123-126

¹²DIAS, Maria Berenice. Divórcio já!: Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 123-126

¹³DIAS, Maria Berenice. Divórcio já!: Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 123-126

¹⁴LIMA, Clara Marina de Oliveira; LIMA, Riquelma Maria de Medeiros. A Emenda Constitucional nº 66/2010 e a Medida Cautelar de Separação de Corpos. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10000&n_link=revista_artigos_leitura>. Acessado 08/09/2013.

¹⁵SIMÃO, João Fernando. A Pec Do Divórcio: A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2290008>>. Acessado em 8 de set. 2013.

Essa medida serve tanto para retirar o cônjuge do requerente quanto o próprio requerente dos confins dom lar conjugal, o que vem a acarretar em descumprimento do dever de coabitação gerada pelo casamento, dando oportunidade para o início da ação de divórcio.¹⁶

1.1.2.2 Lei 9.099/95

Anteriormente a criação da Lei 11.340/06, os casos de violência no âmbito doméstico eram enquadrados na Lei 9.099/95, que dava a competência para tratar desses casos para Juizados Especiais Criminais. Essa lei estabelecia uma pequena repressão ao agente ativo da agressão, sendo as condenações se resumiam a apenas uma simples obrigação de pagar cesta básica alimentar ou a prestação de serviços à comunidade. Devido ao fato da violência no âmbito doméstico ser considerado de menor potencial ofensivo, de pena mínima menor de um ano, não haveria flagrante se o autor da conduta ilícita se comprometesse em ir ao Juizado Especial Criminal. Pelo artigo 89 da Lei 9.099/95, o autor poderia pedir a suspensão do processo por dois a quatro anos e, segundo o artigo 88, se a lesão fosse leve, a ação dependeria de representação.¹⁷

Essas condenações, por seu caráter de baixa punição, levava as vítimas a conceber a ideia de que seus agressores tinham impunidade independente do que lhes fosse feito, o que acabava por desencorajar as denúncias desses crimes.¹⁸

Em 2002 veio a Lei 10.455/02, essa lei criou a medida cautelar penal que possibilitava o juiz a decretar que o agressor se afastasse do lar conjugal em casos de violência doméstica. Em 2004 houve a edição da lei 10.886/04, que acrescentava ao artigo 129 do Código Penal a denominação do tipo especial ‘Violência Doméstica’. *In verbis*:

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

¹⁶GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O novo divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98-101

¹⁷ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição. Leme – SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2013. p. 36

¹⁸ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição. Leme – SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2013. p. 35.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

§ 10º Nos casos previstos nos §1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).¹⁹

O estabelecido por esta lei como “violência doméstica” foi mais tarde adaptado para a lei 11.340/06.

1.2 Após criação da Lei 11.340/06

1.2.1 Motivação para a criação da Lei

A Lei 11340/06 foi batizada de Lei Maria da Penha em homenagem a biofarmacêutica Maria da Penha Maia, brasileira que passou 20 anos de sua vida lutando para que seu agressor, o professor universitário Marco Antônio Herredia, fosse devidamente condenado. A maneira vagarosa com a qual a justiça agiu em relação ao caso levou o ocorrido a atenção da Comissão dos Direitos Humanos da organização dos Estados Americanos (OEA) e foi a primeira vez em que essa organização acatou uma denúncia de violência doméstica²⁰

1.2.2 Formas de violência

O conceito de Violência contra a mulher encontra-se no artigo 5º da Lei, *in verbis*:

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.²¹

O artigo estabelece que a vítima a qual a lei busca amparar é a vítima mulher, porém o agressor pode ser qualquer pessoa, seja homem ou mulher, podendo os efeitos punitivos desta lei ser aplicadas a quem quer que seja o sujeito ativo da agressão, sem

¹⁹BRASIL, Código Penal, Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 8 de set. de 2013.

²⁰ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição. Leme – São Paulo. Anhanguera Editora Jurídica, 2013. p. 27.

²¹BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 25 de maio de 2013.

distinção de gênero, mas sempre observando se há uma relação doméstica, familiar ou uma de intimidade afetiva entre vítima e agressor(a)²².

Para uma pessoa ser vítima desse tipo de violência basta apenas ser mulher, mas este termo inclui as lésbicas, as transexuais e as travestis, ou seja, qualquer pessoa cuja identidade seja o sexo feminino.²³

As formas de violência as qual a vítima pode ser submetida são diversas, podendo ser física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, estando essas definidas no artigo 7º da lei.

A violência física, de acordo com o artigo 7º, inciso I, *in verbis*

“A violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;”²⁴

A violência doméstica configurada como física já era prevista no artigo 129 do Código Penal, sendo uma das qualificadoras para o crime de lesão corporal. Com a criação da Lei Maria da Penha houve uma ampliação na abrangência do texto normativo, incluindo as entidades domésticas e as relações afetivas, o que dá um novo entendimento agora à expressão “relações domésticas” do tipo penal. Observa-se também que a lei não especifica se o agente deve ou não ter intuito de lesionar a vítima, assim incluindo a lesão culposa²⁵

A 6ª Turma do STJ também entende como violência contra a mulher os crimes de ameaça:

A agravante prevista no art. 61, II, ‘f’, do CP, pode ser perfeitamente considerada em caso de crime de ameaça sob o rito da Lei Maria da Penha, não havendo que se falar em *bis in idem*, conquanto a sua inserção no CP

²²GAMA, Alessandra de Saldanha da., Lei Maria da Penha Esquematizada. Rio de Janeiro. Ferreira, 2011. p. 12

²³DIAS, 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. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 41

²⁴BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 25 de maio de 2013

²⁵DIAS, 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. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47.

deu-se justamente através da Lei 11340/06 para recrudescer a punição de tais delitos. (HC 159619, 04/10/2011)²⁶

A violência psicológica é caracterizada no inciso II como, *in verbis*:

Qualquer conduta que cause dano ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação isolamento vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação²⁷

Esse tipo de violência foi incorporado com a Convenção de Belém do Pará, e pode ser tão grave ou até mais do que a agressão física. Há por parte do agente ativo o prazer de causar amedrontamento a vítima, assim existindo uma *vis compulsiva*. Para que seja configurado o dano psicológico não se faz necessário laudo técnico nem é preciso realização de perícia.²⁸

A violência sexual é denominada pelo inciso III:

Qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a praticar de relação sexual não desejada mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que induza a sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivos ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;²⁹

Os crimes contra a liberdade sexual contra a mulher incluem: atentado violento ao pudor, imposição de olhar imagens de natureza pornográfica, proibição de uso de métodos contraceptivos, forçar a mulher ao matrimônio contra sua vontade e a imposição de aborto sem seu consentimento. A configuração dos crimes de violência sexual encontram-se

²⁶ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição . Leme – SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2013. p. 129.

²⁷BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 25 de maio de 2013.

²⁸DIAS, 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. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 27

²⁹BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 25 de maio de 2013.

mais abrangentes comparado a forma como é prevista no Código Penal, incluindo quando o crime é praticado no âmbito doméstico.³⁰

No inciso IV o legislador especifica o conceito de violência patrimonial:

Qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total dos objetos pertencentes a mulher, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.³¹

Embora o ato de subtrair já seja previsto no Código Penal como furto, não é possível a isenção de pena quando a vítima é uma mulher com quem o agente mantém relação de ordem afetiva, o mesmo sendo aplicado para os atos de apropriar e destruir bens da mulher. O não pagamento de alimentos é configurado como “subtração de valores, direitos e recursos econômicos” previstos no inciso IV.

Por fim, o inciso V nos dá a definição de violência moral, *in verbis*:

A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.³²

1.2.3 Conceito de “violência doméstica” e “família”

No artigo 5º está especificado as três modalidades de convivência necessárias para que a lei Maria da Penha possa ser imposta em um caso concreto. Nos incisos do mesmo artigo mencionado anteriormente encontra-se a definição de Violência Doméstica e familiar, *in verbis*:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;³³

³⁰GAMA, Alessandra de Saldanha da., Lei Maria da Penha Esquematizada. Rio de Janeiro. Ferreira, 2011. p.14.

³¹BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 25 de maio de 2013.

³²BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 25 de maio de 2013.

Observa-se que o agente ativo da agressão não precisa ter laços familiares com a vítima para que sua conduta configure Violência Doméstica, devendo apenas viver de forma contínua com ela ou conviva com ela de forma esporádica, ou seja, que tenha relacionamentos com a vítima, mas de curta duração. Porém, a unidade doméstica requer um convívio permanente de pessoas, assim visitas e entregas domiciliares não são abrangidas pela lei.³⁴

As empregadas domésticas também se enquadram no que prevê o inciso I, sendo que seu vínculo com a família para qual presta seus serviços pode-se ser configurada como agregação esporádica³⁵, assim o agente ativo da agressão pode ser tanto o patrão como a patroa, visto que a agressão pode vir de alguém de qualquer sexo, e seus familiares que interagem com a empregada.

No que se refere à violência familiar, esta Lei vai além do entendimento usual do mundo jurídico do termo “família”, aqui sendo configurado como uma comunidade formada por laços diversos³⁶. Neste caso, havendo agressão de uma mulher por parte de outra mulher que com ela tenha um vínculo que possa caracterizar como familiar como prevê este inciso, casais homoafetivos de duas mulheres estão abrangidos por esta lei³⁷. Não há expressamente uma previsão para um casal homoafetivo de dois homens, sendo que a lei foi feita tendo em mente a vítima do sexo feminino, embora a mesma Lei tenha sido feita para promover a igualdade entre os gêneros.

Esta interpretação da Lei, acolhendo eventuais casos de violência entre um casal homoafetivo feminino, está de acordo com o entendimento da 4ª turma do STJ (REsp 827962, 21/06/2011):

³³BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em 25 de maio de 2013.

³⁴BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flavio. Lei n. 11340/2006: Aspectos Assistenciais, protetivos e Criminais da Violência de Gênero. São Paulo. Saraiva, 2013. p.34.

³⁵ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição. Leme – SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2013. p. 55.

³⁶BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flavio. Lei n. 11340/2006: Aspectos Assistenciais, protetivos e Criminais da Violência de Gênero. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 36

³⁷ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição. Leme – SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2013. p. 52.

A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual.³⁸

O inciso III inclui também a violência causada por alguém com relação íntima e afetiva com a vítima, *in verbis*:

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.³⁹

Com este inciso podem ser enquadrados na Lei agressores que tenham tido um vínculo afetivo com a vítima independente do tempo em que esse vínculo foi pertinente entre as partes, assim também esta prevista violência que é causada por ex-cônjuge e ex-companheiro(a) da mulher, uma vez que o fim do vínculo afetivo pode gerar inimizades entre as partes, podendo levar a uma agressão. Neste inciso também podem ser enquadradas partes em uma relação de namoro, tendo em vista que este caso não se encaixa na definição de família prevista nesta lei e também não constitui união estável, então o inciso III deve ser aplicado.⁴⁰

Essa interpretação do inciso III vai de acordo com o entendimento da 3ª seção do STJ:

A Lei Maria da Penha aplica-se no caso de agressão cometida por ex-namorado que não se conformou com o fim do namoro e agrediu a vítima, haja vista a relação de intimidade que existia com esta, hipótese que se amolda ao art. 5º, III, não sendo exigível a coabitação. **A 3ª Seção, noutro CC (100654, j. em 25/03/2009)**, ressaltou que a aplicabilidade da Lei Maria da Penha no caso de ex-namorados fica condicionada ao exame do caso concreto, eis que não se pode ampliar o termo *relação íntima de afeto* para abarcar um relacionamento passageiro, fugaz ou esporádico. (CC 103813, 24/06/2009)⁴¹

³⁸ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição . Leme – SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2013. p. 130.

³⁹BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 25 de maio de 2013.

⁴⁰ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição . Leme – SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2013. p. 53.

⁴¹ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição . Leme – SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2013. p. 131.

1.2.4 Medidas preventivas

A lei 11340/06 estabelece atendimentos emergenciais destinados a vítima para proteger sua integridade, tanto a física quanto a psicológica e a patrimonial. As medidas assistenciais expressas no artigo 9^o incluem a inclusão da mulher no cadastro de programas assistenciais, a remoção da servidora pública com manutenção de seu vínculo trabalhista, podendo ficar afastada do trabalho por até seis meses sem perder o emprego. O artigo 11 estabelece as medidas que a autoridade policial devem seguir ao lidar com casos de violência contra a mulher, que incluem o encaminhamento da mulher vítima de violência e seus dependentes para um abrigo ou um lugar que lhe proporcione segurança, atendimento médico-ambulatorial, acompanhamento da mulher até sua residência ou local onde ocorreu o crime para que ela possa recuperar seus pertences e informação de seus direitos e serviços a sua disposição.⁴²

Essas medidas podem ser requeridas tanto no recebimento do inquérito policial quanto durante a ação penal, também durante demandas cíveis da vítima ou do Ministério Público, podendo o magistrado determinar a efetuação das providências necessárias para a proteção da vítima e de seus filhos menores, dentre outros membros de sua unidade familiar. O magistrado também pode, para garantir a efetividade dessas medidas, requisitar o auxílio da força policial ou decretar a prisão preventiva do agressor.⁴³

Outra peculiaridade trazida pela Lei 11.340/06 é a possibilidade da vítima requerer essas medidas diretamente à autoridade policial após registrar a ocorrência. Podendo requerer alimentos, as medidas protetivas para si mesma e seus dependentes menores e também requerer as medidas restritivas cabíveis para seu agressor⁴⁴.

No que tange o agente ativo da agressão, o artigo 22 estabelece a prestação de alimentos, restringe o agressor de sua posse ou porte de arma de fogo, exige que ele se afaste do ambiente no qual ele convive com a vítima, seja ele qual for; proíbe que se aproxime ou tenha alguma forma de contato com a vítima, seus familiares ou testemunhas de sua

⁴²GUMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. Lei Maria da Penha - Aspectos Criminológicos, de Política Criminal e do Procedimento Penal. Segunda Edição. Curitiba, Juruá Editora, 2011. p. 82.

⁴³DIAS, 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. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 79

⁴⁴DIAS, 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. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 80

conduta; restringe seus acesso a determinados lugares e também restringe suas visitas aos seus dependentes, sendo eles menores⁴⁵. O artigo 45 permite que o juiz também decrete o cumprimento obrigatório de programas de recuperação e redução.

Segundo entendimento da 5ª Turma do Supremo tribunal de Justiça, as assees protetivas previstas pelo artigo 22 da Lei 11.340/06 não implicam em constrangimento do direito de ir e vir do agressor, uma vez que não há ameaça ou violação de sua liberdade ou locomoção.⁴⁶

O agressor poderá ser preso preventivamente, sendo a prisão decretada de ofício ou apedido da autoridade policial ou mediante a representação do Ministério Público. Essa medida visa a proteção da mulher vitima de suas agressões, assim devendo a vitima ser notificada a respeito de todos os atos processuais referentes ao agressor, em especial a revogação da prisão preventiva.⁴⁷

O artigo 27 deu à vitima o acompanhamento de um advogado durante a faze policial e a faze judicial, sendo também garantido acesso a serviços da Defensoria Publica e da Assistência Judiciária Gratuita, conforme o artigo 28⁴⁸. Deve-se notar também o direito da vitima de ser pessoalmente notificada quando seu agressor for preso ou solto, sem que isso traga prejuízo à intimação de seu procurador constituído ou defensor publico.

Essas mediadas são, porém, apenas emergenciais, visando à proteção da vitima apenas durante a fase inquisitiva ou a fase judicial. Elas não se estendem no tempo para proteger a mulher durante tempo indeterminado, e sim sua proteção durante o processo em que os fatos criminosos são apurados.⁴⁹

⁴⁵BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flavio. Lei n. 11340/2006: Aspectos Assistenciais, protetivos e Criminais da Violência de Gênero. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 162

⁴⁶ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição . Leme – SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2013. p. 129.

⁴⁷BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flavio. Lei n. 11340/2006: Aspectos Assistenciais, protetivos e Criminais da Violência de Gênero. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 162

⁴⁸DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça – A Efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência domestica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 25

⁴⁹CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha Comentada em Uma Perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 308.

1.2.5 Competência

Com o advento da Lei Maria da Penha, foi ratificado o que afastamento da aplicação da Lei dos Juizados Especiais para todo e qualquer crime de violência doméstica e familiar cometido contra a mulher, independentemente de qual seja a pena prevista para o respectivo delito. É um dever do Estado assegurar a proteção da vítima, visto que esta demonstra-se incapaz de defender a si mesma. Assim, o Ministério Público deve prosseguir com o processo contra o agressor mesmo em casos em que a vítima desista da representação, visando que o crime cometido contra um dos Direitos Humanos ratificados pelo ordenamento brasileiro não siga sem que seja apurado no devido processo legal.⁵⁰

O entendimento da 6 Turma do STJ é que:

O art. 41 da Lei Maria Penha, ao vedar a incidência da Lei 9.099/95, refere-se às disposições próprias do Juizado Especial Criminal, e, não, a outras, como aquelas contidas nos artigos 88 e 89. A suspensão condicional do processo comparece no bojo da Lei 9.099/95 de maneira apenas incidental, dado que não pertence substancialmente à planificação dos Juizados Especiais.(HC 185930, 14/12/2010)⁵¹

Segundo entendimento do STF:

Configurada a conduta praticada como violência doméstica contra a mulher, independentemente de sua classificação como crime ou contravenção, deve ser fixada a competência da Vara Criminal para apreciar e julgar o feito, enquanto não forem estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, consoante o disposto nos artigos 7º e 33 da Lei Maria da Penha(HC 158615, 15/12/2011)⁵²

O STF entende que qualquer forma de violência doméstica contra a mulher deve ser levado ao conhecimento da justiça, independente do tipo penal, prevendo uma medida para que a ação seja levada a cabo mesmo não havendo o devido Juizado de Violência

⁵⁰GAMA, Alessandra de Saldanha da., Lei Maria da Penha Esquematizada. Rio de Janeiro. Ferreira, 2011. p. 16

⁵¹ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição . Leme – SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2013. p. 130.

⁵²ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição . Leme – SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2013. p. 130.

Domestica contra a Mulher, sendo esta substituída para que haja o devido julgamento da conduta que viola um dos Direitos Humanos.⁵³

Outra peculiaridade da Lei Maria da Penha, apesar da violência Domestica ser uma afronta aos direitos humanos, à competência para esses casos é da Justiça Estadual, conforme seu artigo 14 que prevê a criação dos Juizados de Violência Domestica e Familiar contra a Mulher. Porém, se houver uma violação particularmente grave aos Direitos Humanos o Procurador geral da republica pode, a qualquer momento durante o inquérito ou durante o processo, suscitar incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, conforme o artigo 109, V-A, § 5 da Constituição Federal.⁵⁴

⁵³DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça – A Efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência domestica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46

⁵⁴DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça – A Efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência domestica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

2. DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Neste capítulo será feita uma análise do Princípio da Isonomia, começando por sua evolução na história, seguindo para a forma como este princípio está apresentado em nossa constituição e finalmente apresentando elementos necessários para a preservação da isonomia perante a diversidade dos Sujeitos de Direito

2.1 Evolução Histórica do Princípio da isonomia

2.1.1 Da Antiguidade Clássica à Modernidade

Uma das primeiras formas na qual foi expressa preocupação com a ideia de igualdade data da Grécia antiga, quando o chefe de governo Sólon, que promoveu a ideia de que os problemas sociais eram provenientes da própria sociedade e não de castigos divinos, assim rompendo com a metafísica, apontando a desigualdade social presente entre os ricos e os pobres. Como uma forma de aplacar este problema, permitiu-se que os homens livres de qualquer classe social votassem, possibilitando uma maior participação dos cidadãos nas decisões da *Pólis*.⁵⁵

Seguindo conceito semelhante, Platão pregava a ampliação da participação do cidadão na política da *Polis*, porém sendo o conceito de “cidadão” limitado apenas ao indivíduo do sexo masculino, sendo que não admitia que mulheres participassem da política. Os escravos, por sua vez, não eram “cidadãos” devido ao processo de coisificação ao qual eram submetidos, sendo vistos como meras propriedades, sendo este tratamento justificado por um nexó lógico apoiado pelos valores sociais da época⁵⁶, sendo que aqueles que trabalhavam com o intelecto eram naturalmente “mestres e senhores” enquanto os que exerciam trabalho braçal seriam naturalmente escravos⁵⁷.

Sendo que um determinado grupo de pessoas era visto como “superior” por natureza, ao ponderar sobre igualdade, Aristóteles chegou ao peculiar conceito de “igualdade

⁵⁵ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2013. p. 42 e 43.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª edição, 2013. p. 39.

⁵⁷ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2013. p. 44

para todos”, sendo este “todos” limitado a apenas as pessoas de igual categoria, sendo que “parece que o justo é igual, e é, mas não para todas as pessoas; apenas para os iguais. O desigual também parece justo, e é, mas não para todos; apenas para os desiguais.”⁵⁸. Tal conclusão proveio do entendimento de que a *polis* existia antes do individuo. Todos nasciam dentro de um grupo social natural (família) e se aperfeiçoam no grupo social maior (*polis*), logo ninguém nascia livre por natureza, já que desde o início o individuo já é submetido a uma autoridade paterna, nem igual por natureza, pois a relação de pai e filho é uma relação de um individuo “superior” e um “inferior” respectivamente. Tal relações no grupo social natural acabavam por ser espelhados na vida na *polis*.⁵⁹

O conceito de “igualdade” era visto por Aristóteles como um meio-termo, tendo uma justiça baseada na igualdade a mesma característica, concluindo que aquilo que é justo é o proporcional, e o injusto é aquilo que viola a proporcionalidade. Assim sendo, a justiça encontrasse no meio do excesso e da falta. Ele também aplicava uma visão qualitativa para o conceito de “igualdade”, criando o conceito de “igualdade geométrica”, que é a ideia de dar a cada um aquilo que seria seu.⁶⁰

A contribuição romana para o estudo da igualdade proveio primeiramente pela busca da classe plebeia pela igualdade jurídica. Os plebeus não possuíam status de cidadãos como a classe alta, os patrícios, e por ventura disto queriam reformas econômicas e políticas que favorecessem sua classe. Na época da expansão, foi prometido aos plebeus o perdão das dívidas caso se juntassem a força militar. Esta promessa não foi cumprida, levando os plebeus a ameaçarem se desligarem do serviço militar, do qual formavam um contingente significativo. Tal revolta levou a criação da Lei das Doze Tabas, mas a classe plebeia só foi concebida a tão cobiçada cidadania 168 anos depois.⁶¹

A civilização romana, porém, apresentou um considerável avanço em relação com a grega quanto ao que poderia se chamar de “igualdade” para a época. Com a desenfreada expansão do império os povos conquistados eram concedidos cidadania total ou parcial. Os romanos também apresentavam certo nível de tolerância para com outras culturas,

⁵⁸ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 44

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. 13º tiragem, Rio de Janeiro, Elsevier Editora Ltda., 2004. p.107.

⁶⁰ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 45.

⁶¹ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 46.

linhas de pensamento e diversidade de crenças, não havendo um homem que tenha sido perseguido por causa de suas opiniões, e mesmo que nem todas as formas de culto religioso tivessem sanção pública, todas eram permitidas dentro do território romano⁶². As mulheres também tiveram sua liberdade ampliada com a redução da dependência de autorização do marido para efetuar atos na esfera civil.⁶³

Com a conversão de Constantino ao cristianismo, a doutrina cristã ofereceu ao conceito de igualdade uma visão de união fraternal, ideia esta que provem de versos como: “Amarás teu próximo como a ti mesmo” (Mateus, cap.22, vers. 39), e também a concepção de que todas as pessoas são fundamentalmente iguais, independentemente de elementos de distinção entre elas, como expresso na passagem: “Nisto não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea: porque todos vós sois um em Cristo Jesus” (Gálatas, cap. 3, vers. 28)⁶⁴. A nova doutrina religiosa que ganhava força pelo Império era uma que pregava a paciência e a indulgência, não pregava a alienação ou dizimação de diferenças, mas sim sua aceitação e tolerância⁶⁵.

No entanto, apesar de tais formas de pensamento, os elementos de distinção permaneceram assim como o tratamento desigual baseado neles, sendo que o trabalho escravo persistiu e as mulheres ainda eram vistas como sendo inferiores.⁶⁶

Não houve muitos avanços no período da idade média. A sociedade foi estruturada de forma bastante desigual, com cada grupo social (nobreza, clero, povo e servos) recebendo um tratamento específico, servindo apenas para dar maior contraste a grande desproporção social da época.

Assim como na Grécia e na Roma antigas, as mulheres eram vistas e tratadas como seres inferiores ao homem, sendo a aceitação social da degradação da mulher justificada através de interpretações dadas aos textos religiosos cristãos.

⁶²VOLTAIRE. Tratado sobre a tolerância. São Paulo: Martins Fontes, 1993.p. 40.

⁶³LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 46 e 47.

⁶⁴LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 48

⁶⁵VOLTAIRE. Tratado sobre a tolerância. São Paulo: Martins Fontes, 1993. Pagina 86

⁶⁶LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 48

Mesmo com revoltas devido a abusos cometidos pelos monarcas, levando a criação da Magna Carta que limitava os poderes dos reis e dos senhores feudais, não houve tentativas de buscar um nivelamento social, sem mudanças nas estruturas da sociedade ou ideias que buscassem aplacar os abusos não apenas limitando os poderes de uma classe, mas através de reestruturação do sistema social⁶⁷

Apenas na transição da Idade Media para a Idade Moderna houve de certa forma de instituir uma forma de igualdade dentro do modelo social feudal, ocorrendo com a Reforma Protestante de Martinho Lutero. Este via o clero e os leigos de forma indistinta, alegando que todos os crentes eram iguais, todos sendo igualmente cristãos e igualmente sacerdotes.

No período do século XVIII o Iluminismo surgiu devido ao advento de uma visão mais antropocêntrica do mundo, buscando entende-lo e melhora-lo através do uso da razão, o que levou a criação de importantes teorias a respeito da liberdade e da igualdade.

Dentre os pensadores que contribuíram para este movimento, destacam-se Hobbes e Locke, que buscaram chamar atenção para os vários abusos que a população sofria nas mãos do Estado, problema este que levou Locke a criação da base do constitucionalismo moderno, da imposição de limites ao Estado por meio da Lei.

Porém, a ideia de democracia só foi considerada no pensamento de Jean-Jacques Rousseau, que formulou a teoria da igualdade em que todos os cidadãos teriam soberania e a possibilidade de participarem nos atos do Legislativo. No entanto, vários filósofos iluministas, Rousseau incluso, mantiveram o que entendiam por “igualdade” com certas restrições, por exemplo: a ideia da inferioridade da mulher perante o homem⁶⁸.

Apesar de manterem uma visão negativa quanto ao sexo feminino, iluministas apresentavam desprezo pela escravidão, instituto este que o filosofo Montesquieu apresentava como sendo contrario ao espírito da constituição, sendo que em uma democracia

⁶⁷LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 48 e 49.

⁶⁸LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 51 e 52.

todos os cidadãos são iguais, e em uma aristocracia as leis devem garantir que todos sejam tratados como iguais na medida em que seja permitida pela natureza do governo.⁶⁹

Contudo, apesar da criação do Estado liberal, formado a partir das ideias Iluministas consolidadas através das revoluções Americana e Francesa, os ideais de igualdade não foram devidamente materializados nesta época, as sociedades mantinham o sistema da escravidão, mantendo tanto aos escravos quanto as mulheres o status de seres inferiores aos homens livres.⁷⁰

2.1.2 Igualdade na Contemporaneidade

2.1.2.1 Estado Liberal

A Revolução Americana, tendo como bússola os ideais do Iluminismo junto com o jusnaturalismo de Locke, teve como um dos pontos principais o reconhecimento da soberania do povo e a instituição de um Estado cujos poderes seriam separados e independentes, o que permitiria um controle recíproco que protegeria os direitos individuais dos cidadãos.⁷¹

Enquanto certos elementos das sociedades de outrora mantinham-se firmes, como os já mencionados sistemas de escravidão e subjugação da mulher, houve um significativo avanço no que tange o conceito de igualdade, um vez que foi reconhecido a igualdade entre os cidadãos (homens brancos) perante a lei, o que descaracterizou privilégios que eram exclusivos para determinadas classes sociais.⁷²

A consolidação do Estado Liberal também teve base na Revolução Francesa, inspirada nos ideais iluministas e na própria Revolução Americana, tendo como alicerces os ideais de liberdade, fraternidade e a igualdade.

⁶⁹ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 52.

⁷⁰ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 52.

⁷¹ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 53

⁷² LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 54.

A sociedade francesa encontrava-se estruturada de forma piramidal, dividida em trabalhadores rurais e camponeses na base, seguidos pela burguesia (denominado de Terceiro Estado), a nobreza (Segundo Estado), e no topo o clero (Primeiro Estado).⁷³

Os camponeses se revoltaram principalmente devido aos altos valores tributários somados aos valores que deveriam pagar para os senhores e para o clero, sendo que seu trabalho não era baseado unicamente na subsistência, mas também requerido pela relação política de poder⁷⁴. Por sua vez, os burgueses tinham como principal motivo de revolta os privilégios reservados para os membros do clero e da nobreza.⁷⁵

Como forma de eliminar os privilégios do Primeiro e Segundo Estados, os burgueses, por meio da Assembleia Constituinte, iniciaram reformas em sua sociedade, sendo duas delas a igualdade de todos perante a lei a substituição da sociedade com base em castas por uma sociedade em que todos são cidadãos, ideais estes que se encontram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e na Constituição francesa. No entanto, o que eles almejavam não era proteger a classe inferior, e sim de sua própria classe perante os privilégios e irresponsabilidade das duas classes superiores.⁷⁶

A igualdade foi reconhecida no artigo primeiro da já mencionada Declaração, que determinava que todos os homens nascem livres e iguais em direitos e assim permanecem, sendo eventuais distinções sociais podendo ser fundadas apenas em uma utilidade comum. Vale ressaltar que ao dizer que todos são livres e iguais a Declaração não faz uma constatação fatorial, e sim faz uma exigência racional. Exigência esta que permitiria que o poder político emanasse do povo.⁷⁷

A igualdade de todos os cidadãos perante as leis é mais discorrida no artigo sexto, expressando a possibilidade de cada cidadão de participar na elaboração da Lei, pessoalmente ou por meio de representantes, esta lei sendo igual para todos, independentemente se a lei vise proteger ou punir. A todos são asseguradas todas as

⁷³ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 55.

⁷⁴ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. Crítica da Igualdade Jurídica. São Paulo, Quartier Latin do Brasil. 2009. p. 91

⁷⁵ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 55

⁷⁶ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 56 e 57

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. 13ª tiragem, Rio de Janeiro, Elsevier Editora Ltda., 2004. p. 108.

dignidades e também serviços ou empregos públicos, sendo a única distinção as capacidades, talentos e virtudes de cada indivíduo.⁷⁸

2.1.2.2 Constitucionalismo e Revolução industrial

Fruto das revoltas americana e francesa, o Constitucionalismo gerou dois grupos de direitos fundamentais: Os direitos políticos e os individuais. As constituições foram criadas com o intuito de proteger os cidadãos contra as arbitrariedades do Estado.

Neste período a igualdade existia apenas em um aspecto formal, sendo limitado a igualdade perante a lei enquanto a desigualdade social crescia⁷⁹. Embora houvesse uma igualdade jurídica formal, o indivíduo continuou a assimilar em si as desigualdades presentes na vida concreta, a igualdade formal não era prejudicada pelas desigualdades no campo social, o que obscurecia a necessidade de alterações no conceito e na aplicação da isonomia.⁸⁰

Devido a exploração de trabalhadores e o crescimento da desigualdade social surgiu o Manifesto Comunista de Karl Marx e Friedrich Engels, que buscava levar ao conhecimento de todos a noção da luta de classes, como também teorizava um novo sistema econômico que poderia minimizar a desigualdade. A conquista dos Direitos dos trabalhadores marcou a transição do Estado Liberal pra o próximo.

2.1.3 Estado Social

A transição do Estado Liberal para o Estado Social ocorreu devido à incapacidade do Estado Liberal de satisfazer as necessidades dos indivíduos quanto a liberdade e a igualdade, iniciando um processo para alcançar a igualdade material, a partir da concepção de “tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”, como por exemplo: tratamento privilegiado para o hipossuficiente economicamente através da justiça

⁷⁸ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 56.

⁷⁹ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 58.

⁸⁰ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. Crítica da Igualdade Jurídica. São Paulo, Quartier Latin do Brasil. 2009. Página 177.

gratuita.⁸¹ O estado adota o intervencionismo para promover prestações positivas para aqueles que necessitam de tal, buscando dar prioridade para os interesses sociais ao invés do privado, buscando uma justiça social distributiva.

Por causa das ações atrozés que ocorreram na Segunda Guerra Mundial, buscou-se um meio de estabelecer uma convivência pacífica entre os povos e o respeito aos direitos humanos, levando à criação da ONU e da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Declaração este que enfatizava o ideal de igualdade, concedendo direitos e liberdades que deveriam ser gozados por todos os indivíduos, independentemente de qualquer tipo de distinção entre eles.⁸²

2.1.4 Estado Democrático de Direito

A consolidação e reinterpretação dos direitos do Estado Liberal e do Estado Social permitiram a organização da sociedade em associações civis e a criação de direitos difusos e coletivos em meio da chamada “Era da Informação”.

O conceito de liberdade assumiu a normatividade que a reconhece como direito fundamental em diversas constituições que tem como fundamento a democracia, sendo esta o direito de participação com igualdade de recursos e oportunidades. É nisto que se baseia a visão de igualdade de Ronald Dworkin.⁸³

Para Dworkin, em uma democracia os indivíduos devem ser tratados com a mesma consideração e respeito pelo Estado que exerce poder legítimo sobre estes, não podendo, porém, a igualdade ser aplicada de forma absoluta e indiscriminada⁸⁴, ou seja, não se pode oferecer um certo tratamento para todos sendo que uma correlação lógica entre

⁸¹ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 60.

⁸² LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 61.

⁸³ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 62.

⁸⁴ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 63.

indivíduo e tratamento não é formado por um nexo plausível⁸⁵, por exemplo, não podendo o ocioso gozar dos mesmos frutos do que aquele que trabalhava no mesmo momento.

Uma das teorias a Igualdade Distributiva é a da materialização da igualdade a partir de uma igualdade de recursos, em que políticas deveriam garantir recursos a cada um de forma igualitária, porém sem descartar a responsabilidade individual⁸⁶, que proporciona um caráter de diferenciação que não fere a igualdade devido a uma correlação lógica entre privilégio e indivíduo⁸⁷, por exemplo: aquele que trabalha com esforço e/ou apresenta talento superior aos demais tem direito ao lucro.

Na teoria de Igualdade de Oportunidade, há um momento inicial de igualdade geral, e a partir deste momento encontra-se o livre jogo de mercado, neste momento encontra-se o princípio da “Igual Importância”, em que todos merecem ser igualmente bem sucedidos, porém o segundo princípio, o da “Responsabilidade Especial”⁸⁸ estabelece que cada indivíduo é responsável por seu desempenho e êxito pessoal, sendo esta responsabilidade derivada de fatores que viram a diferenciar os indivíduos⁸⁹ sendo estes fatores aceitos por existir correlação lógica entre eles e os resultados concebidos a eles⁹⁰.

Assim, na teoria Dworkinista, cada indivíduo em uma sociedade tem o mesmo valor intrínseco⁹¹, sendo este valor o ponto de partida para verificar se um elemento de discriminação⁹² fere ou não a igualdade.

Jürgen Habermas, por sua vez, teoriza que não pode haver Estado de Direito sem a democracia, sendo a democracia vinculada ao conceito de igualdade, dando a todos os cidadãos a capacidade de participar da vida política de seu Estado. Ele também reconhece a

⁸⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 38 e 39.

⁸⁶LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 64

⁸⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 38 e 39

⁸⁸LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 64

⁸⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 23.

⁹⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 38 e 39.

⁹¹LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2013. p. 65

⁹²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 23

importância da igualdade de chances e da formação de vontade e opinião, sendo estes elementos fundamentais para exercer autonomia política.⁹³

O processo de inclusão de minorias é fundamental para a aplicação material da igualdade, sendo que a participação destes grupos em discursos políticos abre oportunidade para que estas minorias façam suas reivindicações, determinando em quais aspectos eles requerem ser incluídos, levando ao respeito da pluralidade encontrada nas sociedades. Isso demonstra de que forma a “igualdade” é compreendida, não como uma homogeneização, mas a aceitação de diferenças⁹⁴. A medida em que a pluralidade dos indivíduos deixa de ser ignorada, a discriminação de desigualdades concretas passa a ferir a igualdade abstrata, levando a um tratamento jurídico próprio para esse fator desigual⁹⁵.

Seguindo este pensamento, é possível admitir determinadas ações voltadas para um determinado grupo de pessoas baseadas em elementos que distinguem um grupo de outro por parte do Estado, sendo estas ações afirmativas de inclusão, como por exemplo a existência de órgãos governamentais destinados a políticas para negros.⁹⁶

Assim, observando as teorias apresentadas e aplicando-as dentro do contexto contemporâneo do Estado Democrático de Direito, entende-se que o atual conceito do princípio da igualdade veza o reconhecimento e tratamento igualitário a todos os indivíduos, tendo-se consideração e respeito a pluralidade e aos direitos fundamentais a fim de possibilitar a participação da vida política e jurídica da sociedade.

2.2 Texto Normativo Brasileiro

Art. 1º, III da Constituição Federal, *in verbis*:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

⁹³ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 66

⁹⁴ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 66

⁹⁵ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. Crítica da Igualdade Jurídica. São Paulo, Quartier Latin do Brasil. 2009. p. 178.

⁹⁶ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 67

III - a dignidade da pessoa humana;⁹⁷

Art. 3º, III e IV da Constituição Federal, *in verbis*:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁹⁸

Art. 5º, *caput* da Constituição Federal, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes[...]⁹⁹

Tendo como base as teorias e conceitos apresentados anteriormente, vemos nestes artigos a implementação da igualdade no ordenamento brasileiro, sendo a dignidade da pessoa humana, como expresso pelo artigo 1º, III, o respeito ao indivíduo, tanto pelo Estado quanto pela sociedade. Nos incisos do artigo 3º e no *caput* do artigo 5º demonstrados vemos a possibilidade de aplicação de ações positivas de inclusão social¹⁰⁰, que visam garantir a igualdade por meio de um tratamento reservado para determinado grupo, porém, justificado logicamente e previstos como objetos fundamentais da constituição¹⁰¹ uma vez que a doutrina predominante o que se busca é a igualdade fática, e não formal.¹⁰²

2.3 Da aplicação do princípio da igualdade

⁹⁷BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 14 de set. 2013.

⁹⁸BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 14 de set. 2013.

⁹⁹BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 14 de set. 2013.

¹⁰⁰LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 72

¹⁰¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 43

¹⁰²GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e Desigualdade – Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 90.

Devido a grande diversidade presentes em cada um dos sujeitos de direito é necessário a instauração de relações de equivalência para assegurar a prevalência da igualdade fática, uma vez que cabe ao Estado corrigir situações de distorções, desigualdades e desequilíbrios que dificultam o desenvolvimento social¹⁰³. O modo como essa equivalência é conferida depende da formação social na qual o individuo se encontra¹⁰⁴. Quando se fala de “igualdade” o jurista da sociedade brasileira tem em mente a definição dada por Aristóteles, em que a igualdade consiste em tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais.¹⁰⁵

Para que uma norma trate de forma discriminatória (desigual) unidades de um todo sem que a igualdade entre esses membros seja ferida deve-se identificar o elemento presente nestas unidades para que seja o fator discriminatório, sejam essas “unidades” pessoas, coisas ou situações.¹⁰⁶

Para que o fator discriminatório não afronte o princípio da igualdade deve-se obrigatoriamente haver um vínculo lógico entre o fator discriminatório presente no objeto e o tratamento desigual conferido a este fator. Por exemplo: admiti-se a abertura de concurso público exclusivamente para mulheres para o preenchimento de cargos de “polícia feminina”¹⁰⁷. Há uma correlação lógica entre o fator usado para discriminar quais pessoas podem se submeter ao concurso, e o tratamento a elas conferido. Esta correlação, no entanto, deve ser compatível com os interesses previstos no texto constitucional.

2.3.1 Fator de Discriminação

Para que o elemento utilizado como fator discriminatório seja válido é imprescindível que nele se encontrem dois requisitos: ele não pode especificar de forma absoluta e definitiva um único sujeito e o elemento diferenciador deve existir na pessoa,

¹⁰³GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e Desigualdade – Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 102.

¹⁰⁴KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da Igualdade Jurídica*. São Paulo, Quartier Latin do Brasil. 2009. p. 213.

¹⁰⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 10 e 11.

¹⁰⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 17

¹⁰⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 17

situação ou coisa que está sendo discriminada. Ou seja, deve ser possível de se reproduzir e deve ser materialmente viável¹⁰⁸

2.3.1.1 Reprodução do Fator de Discriminação

Para que o fator possa ser reproduzido é necessário que haja tanto viabilidade no campo lógico quanto no campo material. Existe caso de inviabilidade lógica quando a situação não é capaz de ser reproduzida devido à abrangência lógica do enunciado da norma que confere o tratamento desigual, sendo que apenas uma determinada pessoa se beneficiaria com esta norma e nenhuma outra. Agora, a inviabilidade material se dá quando no próprio texto normativo está presente uma situação extremamente particular, sendo propositadamente conferida de forma a abranger unicamente um destinatário absoluto e atual.

109

Pela reprodução do fato disseminador é cabível que a norma venha a beneficiar um único sujeito, e não uma categoria, desde que este sujeito seja indeterminado e indeterminável no presente.¹¹⁰

Então, para que o objeto utilizado para conferir tratamento desigual seja reproduzível, ele deve providenciar que futuramente outros indivíduos possam ser abrangidos pelo texto normativo, não apenas aqueles já existentes antes da confecção do texto. Se a norma vier, de qualquer maneira, beneficiar apenas um indivíduo atual então há uma afronta a isonomia.¹¹¹

2.3.1.2 Estrutura das Regras Jurídicas

Uma lei se classifica como “geral” ao abranger uma categoria de indivíduos, enquanto uma norma “individual” abrange de forma particular um único sujeito. Quando uma norma vem a criar uma hipótese reproduzível esta é uma norma “abstrata”, sendo uma norma

¹⁰⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 23 e 24.

¹⁰⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 25.

¹¹⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 25.

¹¹¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 25.

com hipótese prevista para uma única ocorrência uma norma “concreta”. Toda norma abstrata é também uma norma geral¹¹²

Sendo uma norma geral e abstrata, tendo uma hipótese cujo o caso é repetível, não há afronta ao princípio da igualdade caso no momento de sua confecção haja apenas uma pessoa que será beneficiada pela norma, sendo que seja possível que futuramente outras pessoas venham a ser abrangidas pela norma quando atenderem a mesma hipótese cumprida pelo primeiro sujeito, vindo a configurar uma categoria.

Uma norma individual, no entanto, só estará de acordo com o princípio da igualdade se seu objeto for referente a um sujeito indeterminável e indeterminável no presente, ou seja, que venha a beneficiar um único sujeito no futuro sendo este sujeito não identificável no momento da confecção da norma. Por exemplo: O benefício X será conferido ao primeiro sujeito a cumprir a hipótese Y. Normas concretas só serão admitidas pela isonomia caso sejam gerais, embora seu efeito só possa ser gerado uma única vez ele ira abranger toda uma categoria de pessoas.¹¹³

2.3.1.3 Traço diferencial residente no sujeito.

Para a isonomia é inadmissível que um fator discriminador que não esteja presente na pessoa, coisa ou situação, ou seja, um fator neutro não pode ser usado como fator discriminatório. Não basta apenas selecionar um elemento para conferir tratamento diferenciado, seja favorável ou desfavorável juridicamente, devem haver situações e circunstancias distintas referente a este elemento, sendo este um elemento diferencial pertinente.¹¹⁴

Um exemplo de um fator neutro é o “tempo”, que muitas vezes é confundido como um fator cabível de ser usado para conferir tratamento diferenciado. O “tempo” é um elemento neutro igual para todos os sujeitos. Portanto, quando uma norma dá tratamento diferenciado para indivíduos e situações após certa data ou para pessoas que

¹¹²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 26 e 27.

¹¹³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 29.

¹¹⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 30.

tenham praticado um determinado ato por um certo período de tempo o fator usado para discriminar estes sujeitos não é o “tempo” em si, e sim os fatos ocorridos pertinentes aqueles sujeitos.¹¹⁵ Portanto, aquilo que é necessariamente e logicamente igual para todos não pode ser utilizado como um objeto para diferenciar sujeitos.

2.3.2 *Correlação lógica*

Para averiguar se uma norma encontrasse de acordo com a isonomia deve-se verificar se há ou não um pensamento lógico ligando o fator usado para discriminação e descriminação legal concedida a ele, esse é o ponto que determina se uma regra está dentro dos conformes da isonomia.¹¹⁶

O fator tomado para servir de característica discriminante por si só não torna uma regra válida ou inválida perante a isonomia, mas sim a justificativa racional para ser atribuído o tratamento diversificado para pessoas de direito que possuem tal fator. Ou seja, um fator discriminatório pode conter qualquer elemento em si, não podendo servir para assegurar certo tratamento discriminatório, mas pode servir para outro quando compatível de forma racional com os efeitos jurídicos atribuídos a ele. O tratamento diferenciado não deve ser fortuito ou gratuito, devendo haver conexão lógica, uma razão racional para que a discriminação não afronte a isonomia.¹¹⁷

Contudo, deve-se observar que o processo de justificação lógica para certo tratamento diversificado não é absoluto, sendo que a percepção lógica de uma pessoa podendo ser guiada pelas percepções e valores pertinentes a sua época¹¹⁸. Por exemplo, na época em que o trabalho escravo era permitido, a desigualdade social dentre negros e brancos era demonstrada de forma transparente, sendo socialmente aceitável para a sociedade da época, e assim o tratamento desigual não era visto como afronta no campo jurídico. Assim, o avanço

¹¹⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 30e 31.

¹¹⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 37.

¹¹⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 38 e 39.

¹¹⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 39.

da ideia de que todos os homens são sujeitos de direito livres e iguais, independentemente da cor da pele, surgiu devido a alterações feitas na sociedade com o passar do tempo.¹¹⁹

2.3.3 Relação da discriminação com os interesses constitucionais

Por fim, não basta que o fator de discriminação reproduzível tenha uma conexão lógica com o tratamento ao qual é atribuído, sendo que o vínculo entre fator de discriminação e tratamento discriminado deve ser relevante e de acordo com o texto constitucional. Portanto, não pode ser atribuído um tratamento diversificado, seja vantajoso ou desvantajoso, quando este não está de acordo com os valores ou padrões ético-sociais contidos no ordenamento constitucional.¹²⁰

Para que o nexu lógico seja aceito, validando o tratamento ao qual é pertinente, esse nexu lógico deve obrigatoriamente conter em si um bem que encontra-se presente na norma constitucional, sem o qual haverá transgressão do princípio da isonomia, mesmo que todos os outros critérios tenham sido atendidos¹²¹. Desta forma, por exemplo, pode-se determinar a aceitação de ações afirmativas de inclusão de determinados grupos de pessoas, tendo em vista que as ações afirmativas são ligadas aos objetivos constitucionais, sendo que a diminuição da discriminação proveniente da não aceitação é um dos deveres previstos em nossa Constituição.¹²²

¹¹⁹KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da Igualdade Jurídica*. São Paulo, Quartier Latin do Brasil. 2009. p. 214.

¹²⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 42.

¹²¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 43.

¹²²LOBO, Bárbara Natália Lages. *O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira*. Belo Horizonte, Fórum, 2013. Pagina 72

3) ESTUDO DE CASO

3.1) Entendimento majoritário

Devido ao extenso período de tempo no qual pessoas do sexo feminino têm sido submetidas a uma condição de socialmente inferior às do sexo masculino, ficou mais que evidente para a visão contemporânea de Direitos Humanos que elas necessitavam de proteção extensiva para casos em que contato com outro indivíduo se apresentavam prejudiciais a sua pessoa.

O artigo 1º da Lei 11.340/06 criou mecanismos não apenas para prevenir casos de violência em que a vítima possuía vínculo doméstico ou familiar com o indivíduo agressor, mas também para auxiliá-la a ver-se livre do ambiente em que a violência sofrida foi concebida. As medidas criadas por esta lei teve como base termos do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de demais tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. Dentre as medidas criadas pela Lei estão a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e o estabelecimento de medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.¹²³

Esta Lei foi responsável pela inserção do conceito de violência doméstica no Direito brasileiro, tendo conferido a redação do §9º do artigo 129 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.¹²⁴

¹²³GOMES, Luiz Flávio (coord.); *et alli*. Legislação Criminal Especial. 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. p. 1164.

¹²⁴BRASIL, Código Penal, Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 16 de mar. 2014.

Observa-se que a redação não faz menção ao sexo do agente passivo, possibilitando a interpretação de que tanto a mulher quanto o homem podem encontrar-se vítimas de violência doméstica. No entanto, o entendimento majoritário aplica tratamento diferenciado para membros de cada sexo, como pode ser visto nos seguintes exemplos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. VARA CRIMINAL E JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. VÍTIMA DO GÊNERO MASCULINO. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA.

A mens legis da Lei nº 11.340/06 foi coibir e reprimir toda ação ou omissão contra o gênero mulher capaz de causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual e psicológico. 2- A criação das Varas de Violência 1- **Doméstica e Familiar contra a Mulher objetiva facilitar a aplicação das medidas de assistência e proteção da Lei 11.340/2006, que protege exclusivamente a vítima de sexo feminino, não abrangendo as agressões contra pessoas do sexo masculino, mesmo quando originadas no ambiente doméstico ou familiar** (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Câmara Criminal. CCP nº 20070020030790. Relator: George Lopes Leite. Brasília, 02/07/2007) (grifo nosso).¹²⁵

*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI Nº 11.340/06 - (LEI MARIA DA PENHA). DELITO DE AMEÇA PRATICADO, EM TESE, PELO FILHO CONTRA O PAI. - Constando como vítima um homem - no caso, o pai do acusado -, não há incidência da Lei 11.340/06. - Precedentes desta Corte. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. (Conflito de Jurisdição Nº 70044908549, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 10/05/2012) (TJRS; CC 70044908549; Rel. Marco Aurélio de Oliveira Canosa; Segunda Câmara Criminal; julg. 10/05/2012; public. Diário da Justiça do dia 31/05/2012)(grifo nosso).*¹²⁶

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA LESÃO CORPORAL VIOLÊNCIA DOMÉSTICA VÍTIMA DO SEXO MASCULINO INAPLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. 1. A conduta praticada, embora tenha ocorrido no âmbito doméstico e familiar, não comporta aplicação da Lei Maria da Pena, por se tratar de violência dirigida a sujeito do sexo masculino, não alcançada pela referida legislação, que tem como escopo proteger a mulher nas relações em que ela exerce um papel de submissão, seja psicológica, física ou econômica. (TJPR; Processo: 825704-5; Relator: Macedo Pacheco; 1ª Câmara

¹²⁵Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Câmara Criminal. CCP nº 20070020030790. Relator: George Lopes Leite. Brasília, 02/07/2007. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2689006/ccp-20070020030790-df>>. Acessado em: 27 de mar. 2014.

¹²⁶Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. CC 70044908549; Rel. Marco Aurélio de Oliveira Canosa; Segunda Câmara Criminal; julg. 10/05/2012; public. Diário da Justiça do dia 31/05/2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21844813/conflito-de-jurisdicao-cj-70044908549-rs-tjrs>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

Criminal em Composição Integral; Data Julgamento: 16/02/2012; Data Publicação: 02/03/2012)(grifo nosso)¹²⁷

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. VÍTIMA. HOMEM. LEI MARIA DA PENHA. A lei Maria da Penha foi criada para dar proteção à mulher. Quando a vítima do crime for um homem, não se aplica a Lei Maria da Penha. No caso, a imputação é de crime contra a honra do companheiro, por ter este sido ofendido sob a imputação de ter se apoderado de dinheiro da sogra. No caso criminal concretizado em juízo, é o homem que se sentiu vítima, pelas ofensas e não as mulheres (autoras das ofensas). CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE. (Conflito de Jurisdição Nº 70042334987, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de...lei Maria da Penha. Lei Maria da Penha (70042334987 RS , Relator: Nereu José Giacomolli, Data de Julgamento: 19/05/2011, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2011) (grifo nosso).¹²⁸

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELA PROCURADORA DE JUSTIÇA. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE DISSENSO ENTRE OS JUÍZOS SUSCITANTE E SUSCITADO QUANTO À COMPETÊNCIA PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DO FEITO. CONFLITO QUE NÃO DEVE SER CONHECIDO. RECONHECIMENTO, PORÉM, DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. ACUSAÇÃO IMPUTANDO A PRÁTICA DE CRIMES DE LESÃO CORPORAL E DANO CONTRA EX-COMPANHEIRO. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA, POR SE TRATAR DE VÍTIMA DO SEXO MASCULINO. AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA (156810 RN 2010.015681-0, Relator: Des. Caio Alencar, Data de Julgamento: 06/04/2011, Tribunal Pleno)(grifo nosso).¹²⁹

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - MEDIDA PROTETIVA EM FAVOR DE IDOSO - VIOLÊNCIA CONTRA HOMEM - LEI MARIA DA PENHA - INAPLICABILIDADE - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO CRIMINAL - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. - A Lei Maria da Penha veio para proteger a mulher considerando a condição de vulnerabilidade da mesma, visando à erradicação da violência doméstica e familiar nos termos do artigo 1º, o que afasta a aplicabilidade em caso de a vítima ser homem. - Dar pela competência do juiz suscitado" (TJMG, CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 1.0000.10.045423-0/000 - COMARCA

¹²⁷Tribunal de Justiça do Paraná. Processo: 825704-5; Relator: Macedo Pacheco; 1ª Câmara Criminal em Composição Integral; Data Julgamento: 16/02/2012; Data Publicação: 02/03/2012. Disponível em: < <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21409037/8257045-pr-825704-5-acordao-tjpr>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

¹²⁸Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. CJ 70042334987 RS , Relator: Nereu José Giacomolli, Data de Julgamento: 19/05/2011, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2011. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19305268/conflito-de-jurisdicao-cj-70042334987-rs>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

¹²⁹Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Processo 156810 RN 2010.015681-0, Relator: Des. Caio Alencar, Data de Julgamento: 06/04/2011, Tribunal Pleno. Disponível em: < <http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19018687/conflito-negativo-de-competencia-156810-rn-2010015681-0>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

DE ITAJUBÁ - RELATOR: DES. PEDRO VERGARA, j. 25/01/2011)(grifo nosso).¹³⁰

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE O JUÍZO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E O DA 2ª VARA CRIMINAL DO DISTRITO JUDICIÁRIO DA ZONA NORTE DE NATAL. DISSIDENTIMENTO QUANTO A COMPETÊNCIA PARA A APURAÇÃO DOS DELITOS TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 129, § 9º E 136, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, EM TESE PRATICADOS CONTRA VÍTIMA DO SEXO MASCULINO POR SEU GENITOR. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA QUE DEVE SER CONFERIDA A LEI Nº 11.340/2006, SOB PENA DE INVIABILIZAR O DEVIDO ATENDIMENTO ÀS MULHERES QUE SOFREM VIOLÊNCIA, NO ÂMBITO DOMÉSTICO, FAMILIAR OU ÍNTIMO. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA DECLARAR COMO COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO FEITO" (TJRN, CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº1.0000.13.063798-6/000, Rel: Juiz Everton Amaral de Araújo (convocado), j. 20/10/2010)(grifo nosso).¹³¹

"Conflito de Jurisdição - Delito do art. 129 do CP - Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Niterói que declinou da Competência para um dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Especial Criminal de Niterói, ao entendimento de que a denúncia relata o crime de lesão corporal, ocorrida no âmbito das relações domésticas entre as partes. - O Juiz do JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E ESPECIAL CRIMINAL de NITERÓI suscitou o presente conflito negativo de Jurisdição. Alega, em síntese, que a Lei 11340/06 exige sujeito passivo próprio, ou seja, só as vítimas de sexo feminino é que podem ser beneficiadas com a proteção daquele diploma legal, podendo qualquer pessoa, que se enquadre nas hipóteses previstas no art. 5º da mencionada Lei ser sujeito ativo, uma vez que não há distinção legal a esse respeito. - Tem razão o Juiz suscitante. - O STJ vem decidindo que o sujeito passivo da violência doméstica é a mulher e o sujeito ativo tanto pode ser homem quanto mulher, desde que caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. A incidência da Lei nº 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. Assim, a condição peculiar da mulher (vítima) prevista no art. 4º, da Lei Especial, está perfeitamente delineada com o fim social a que se destina a legislação em comento. - In casu, a relação doméstica decorre do vínculo familiar existente entre os envolvidos, em que o sujeito ativo é do sexo feminino e o sujeito passivo do sexo masculino. E, tratando-se de homem agredido, não incide o procedimento elencado na Lei Maria da Penha. Daí que a Decisão declinatória da competência deve prosperar. - A

¹³⁰Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Conflito De Jurisdição Nº 1.0000.10.045423-0/000 - comarca de Itajubá - relator: des. Pedro Vergara, j. 25/01/2011. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117653631/conflito-de-jurisdicao-cj-10000130637986000-mg/inteiro-teor-117653675>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

¹³¹Tribunal de Justiça de Minas Gerais. CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº1.0000.13.063798-6/000, Rel: Juiz Everton Amaral de Araújo (convocado), j. 20/10/2010. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117653631/conflito-de-jurisdicao-cj-10000130637986000-mg/inteiro-teor-117653675>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

competência para processar e julgar os fatos noticiados nos autos é do Juízo suscitado, 1ª VARA CRIMINAL DE NITERÓI PROCEDENTE O CONFLITO, firmando-se a competência do Juízo suscitado" (TJRJ, CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 0053924-03.2009.8.19.0002, REL. DES. GIZELDA LEITAO TEIXEIRA, J. 04/05/2010)(grifo nosso).¹³²

APELAÇÃO CRIME. ART. 129, §9º, DO CP. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. 1ª PRELIMINAR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÕES CORPORAIS SIMPLES. AUSÊNCIA DE COABITAÇÃO. O Superior Tribunal de Justiça já assentou a desnecessidade de coabitação para que incida a forma qualificada das lesões corporais. Basta, outrossim, que vítima e agressor tenham convivido em uma relação íntima de afeto, enquanto que o fato típico tenha daí se originado. No caso em tela, os envolvidos tiveram duas filhas, sendo a preocupação com os cuidados em relação a elas que levou a vítima ao local onde os fatos ocorreram. 2ª PRELIMINAR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÕES CORPORAIS SIMPLES. ALEGAÇÃO DE QUE A FORMA QUALIFICADA NÃO VISA À PROTEÇÃO DO HOMEM. A Lei Maria da Penha e os benefícios nela previstos, como as medidas protetivas, por exemplo, exigem uma pessoa do sexo feminino como sujeito passivo, enquanto que a forma qualificada de lesão corporal abrange as vítimas de ambos os sexos, adotando-se o rito ordinário para o processamento desta última hipótese. Desta forma, no caso dos autos, não há o afastamento da lesão corporal no âmbito da violência doméstica por ser a vítima do sexo masculino; entretanto, não ocorre a incidência da Lei nº 11.343/06, o que não se verificou no tramitar do feito. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIRO. ALTERNATIVAMENTE, RECONHECIMENTO DA PRIVILEGIADORA DO §4º DO ART. 129 DO CP. Ausente injusta agressão ou provação da vítima a ensejar tanto o reconhecimento da legítima defesa de terceiro como a privilegiadora do §4º do art. 129 do CP. INDENIZAÇÃO À VÍTIMA. PEDIDO DE AFASTAMENTO. É de ser afastada a indenização imposta a ora recorrente, tendo em vista que o delito por ela praticado ocorreu antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, que deu nova redação ao art. 387, IV, do CPP. Considerando que a medida indenizatória

¹³²Tribunal de Justiça de Minas Gerais. CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 0053924-03.2009.8.19.0002, REL. DES. GIZELDA LEITAO TEIXEIRA, J. 04/05/2010. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117653631/conflito-de-jurisdicao-cj-10000130637986000-mg/inteiro-teor-117653675>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

só é cabível a partir de uma condenação, com a conseqüente aplicação de pena, verifica-se que a inovação em tela cuida-se de norma de direito material e como tal deve respeitar a data do ilícito penal para a sua incidência, lembrando-se, nesse diapasão, a vedação de norma posterior ser utilizada em detrimento ao réu. CUSTAS PROCESSUAIS. A circunstância de não possuir o réu situação econômica favorável para pagamento das custas processuais é matéria a ser aferida pelo Juízo de Execução, não sendo possível isentá-lo quando do julgamento da apelação. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. Incabível o pleito na forma do art. 44, I, do CP, tendo em vista que o crime foi cometido com violência contra a pessoa. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. VOTO VENCIDO. (TJRS; ACr 70027593144; Santa Maria; Segunda Câmara Criminal; Rel^a Des^a Lais Rogéria Alves Barbosa; Julg. 26/08/2010; DJERS 15/09/2010).¹³³

Observa-se que embora seja reconhecida a existência da tipificação de “violência doméstica” nos casos acima exemplificados, havendo não apenas casos de violência entre cônjuges (Conflito de Jurisdição Nº 0053924-03.2009.8.19.0002), mas também de ascendentes e descendentes (Conflito de Jurisdição Nº 70044908549), parentes (Conflito de Jurisdição Nº 70042334987) e até mesmo de pessoas com vínculo afetivo passado (RN 2010.015681-0) - elementos trazidos ao reconhecimento do mundo jurídico pela Lei 11.340/06 - o elemento que afasta a aplicabilidade da Lei Maria da Penha para estes casos é a identificação do sujeito passível como sendo do sexo masculino.

Entende-se que há a possibilidade de um sujeito do sexo masculino encontrar-se em situação de submissão a violência tanto física, psicológica, moral, patrimonial ou sexual, sendo estas as formas de violência expressamente mencionadas pela Lei 11.340/06, porém o que lhe é negado são as medidas de assistência e proteção previstas por esta Lei que restringe a aplicação destas medidas apenas para o sujeito passivo do sexo

¹³³TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL; ACr 70027593144; Santa Maria; Segunda Câmara Criminal; Rel^a Des^a Lais Rogéria Alves Barbosa; Julg. 26/08/2010; DJERS 15/09/2010. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70027593144+&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acessado em 27 de mar. 2014.

feminino¹³⁴, assim tornando desnecessária a sua aplicação em caso no qual a vítima não possa gozar destas medidas, como demonstrado no exemplo seguinte:

QUALIFICADORA. LESÃO CORPORAL CONTRA HOMEM. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.

*O aumento de pena do § 9º do art. 129 do CP, alterado pela Lei n. 11.340/2006, aplica-se às lesões corporais cometidas contra homem no âmbito das relações domésticas. Apesar da Lei Maria da Penha ser destinada à proteção da mulher, o referido acréscimo visa tutelar as demais desigualdades encontradas nas relações domésticas. **In casu, o paciente empurrou seu genitor, que com a queda sofreu lesões corporais. Assim, não há irregularidade em aplicar a qualificadora de violência doméstica às lesões corporais contra homem. Contudo, os institutos peculiares da citada lei só se aplicam quando a vítima for mulher.** (RHC 27.622-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 7/8/2012)(grifo nosso).¹³⁵*

Assim, embora o entendimento majoritário entenda que não é cabível a aplicação das medidas criadas pela Lei 11.340/06, há outras medidas que podem ser utilizadas, como a aplicação da qualificadora de violência doméstica, mas também para eventuais casos a aplicação de medidas cautelares diversas de prisão, como previstas no artigo 319, inciso III do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;¹³⁶

Assim sendo, seguindo o entendimento majoritário, para tais casos em que o homem encontra-se vítima de violência doméstica sem poder ser amparado pela Lei 11.340/06, caberia medida cautelar diversa de prisão devido a inadequação de demais cautelares, como pode ser visto no exemplo seguinte:

HÁBEAS CORPUS. AMEAÇA. A MEDIDA CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA OCUPA O ÚLTIMO PATAMAR DAS CAUTELARES, SOMENTE DECRETÁVEL QUANDO NÃO FOREM SUFICIENTES E ADEQUADAS AS CAUTELARES DIVERSAS. APLICADOS OS ARTIGOS 282, I E II E 319 I E IV, DO CPP. 1. Com o advento da Lei 12.403/2011, a

¹³⁴ GOMES, Luiz Flávio (coord.); *et alli*. Legislação Criminal Especial. 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. página 1164.

¹³⁵ OLIVEIRA JUNIOR, Eurides Quintino de. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/blog/2012/08/20/quinta-turma-qualificadora-lesao-corporal-contra-homem-violencia-domestica-comentada/>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

¹³⁶ BRASIL, Código Penal, Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 8 de set. de 2013.

prisão preventiva é a última cautelara ser aplicada. Antes dela, devem ser verificadas a necessidade e a adequação das medidas alternativas à prisão preventiva. Portanto, a prisão preventiva ocupa o último patamar da cautelaridade, na perspectiva de sua excepcionalidade, cabível quando não incidirem outras medidas cautelares (art. 319 do CPP). O artigo 282, § 6º é claro: a prisão preventiva será aplicada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelara. Não se decreta a prisão preventiva para depois buscar alternativas. Após, verificado que não é o caso de manter o sujeito em liberdade sem nenhuma restrição (primeira opção), há que ser averiguada a adequação e necessidade das medidas cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere (segunda opção). Somente quando nenhuma dessas for viável ao caso concreto é que resta a possibilidade de decretação da prisão processual (terceira opção). 2. No caso concreto, o paciente comprovou trabalho lícito, sendo suficiente à cautelaridade no caso concreto a medida de proibição de manter contato verbal ou físico com a vítima sem autorização judicial, nos termos do artigo 319, III, do Código de Processo Penal. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. (Habeas Corpus Nº 70047573357, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 29/03/2012) (TJRGS; Habeas Corpus 70047573357; Terceira Câmara Criminal; Rel. Nereu José Giacomolli; julg. 29/03/2012; public. Diário da Justiça do dia 21/05/2012)(grifo nosso).¹³⁷

3.2) Entendimento minoritário

Como demonstrado no ultimo exemplo do tópico anterior, não existem irregularidades ao se aplicar a qualificadora de violência domestica em casos em que o sujeito passivo seja do gênero masculino, desde que hajam os elementos necessários previstos no §9º do artigo 129 do Código Penal. Porém, não pode-se ignorar o fato de em certos casos os magistrados entendem que a presença dos elementos que caracterizam violência domestica já abririam a possibilidade para que a sejam cabíveis as medidas previstas na Lei 11.340/06, como demonstrado nos exemplos abaixo, observa-se que embora o artigo 1º da Lei 11.340/06 expresse que as medidas por ela criadas para as mulheres vitimas de violência, a simples configuração de violência domestica em um caso concreto é o bastante par que a Lei seja aplicada, entendendo-se que o gênero da vitima é irrelevante para a aplicação da lei, como vemos a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL PRATICADA POR FILHO CONTRA GENITOR. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PENA BASE EXACERBADA. REDUÇÃO. SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS SUBJETIVOS. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. A Lei

¹³⁷TIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL; Habeas Corpus 70047573357; Terceira Câmara Criminal; Rel. Nereu José Giacomolli; julg. 29/03/2012; public. Diário da Justiça do dia 21/05/2012

Maria da Penha tem por objetivo coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, possibilitando que tanto o homem quanto a mulher figurem como sujeito passivo nos crimes abarcados pela referida norma. (TJMG; APCR 1.0145.10.016056-6/001; Rel. Des. Paulo César Dias; Julg. 11/09/2012; DJEMG 19/09/2012)(grifo nosso).¹³⁸

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RELAÇÃO MATERNO-FILIAL. MÃE E FILHO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA QUANDO A VÍTIMA FOR DO SEXO MASCULINO. A APLICAÇÃO DA ANALOGIA NÃO IMPLICA ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA. A VARA ESPECIALIZADA EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER PRESSUPÕE QUE A VÍTIMA SEJA DO SEXO FEMININO. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. 1. A Lei nº 11.340/06 deve ser tratada como uma Lei de gênero, que se destina a proteger a mulher, em face de sua fragilidade dentro de um contexto histórico, social e cultural. Neste caso, entendeu-se que as mulheres são seres que merecem atenção especial, dado o contexto de violência e submissão que freqüentemente se encontram inseridas. 2.verifica-se perfeitamente possível estender as medidas protetivas, de caráter não penal, previstas na Lei nº 11.340/06 em favor de qualquer pessoa (sujeito passivo), desde que a violência tenha ocorrido dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo. Nesse caso, a pessoa a ser protegida pode ser tanto o homem quanto a mulher. 3.apesar de reconhecer a possibilidade de aplicação analógica das medidas protetivas insertas na Lei Maria da penha quando a vítima for do gênero masculino, não se pode olvidar que este entendimento não possui o condão de alterar a competência para processar e julgar o feito. Isto porque, a competência da vara especializada, no caso, o juízo suscitante, se dá em razão da matéria, limitando-se, in casu, ao processamento, julgamento e execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, enquanto gênero, nos termos do art. 14 da Lei nº 11.340/06. 4. Conflito julgado procedente, declarando o juízo da 8ª Vara Criminal de vitória como competente para o julgamento da ação penal respectiva. (TJES; CC 0002193-72.2012.8.08.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama; Julg. 05/09/2012; DJES 17/09/2012)(grifo nosso).¹³⁹

Compreende-se das decisões acima exemplificadas que devido às medidas da Lei 11.340/06 não possuem caráter penal é possível serem aplicadas mesmo em casos em que a vítima é homem, não havendo irregularidades ao analisar de forma extensiva norma que não é incriminadora. Ponto este elaborado na decisão seguinte:

¹³⁸TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS; APCR 1.0145.10.016056-6/001; Rel. Des. Paulo César Dias; Julg. 11/09/2012; DJEMG 19/09/2012. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/1064>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

¹³⁹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO; CC 0002193-72.2012.8.08.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama; Julg. 05/09/2012; DJES 17/09/2012. Disponível em: <<http://diario.tjes.jus.br/2012/20120917.pdf>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

Decisão interlocutória própria padronizável proferida fora de audiência. Autos de 1074/2008 Vistos, etc. Trata-se de pedido de medidas protetivas de urgência formulada por CELSO BORDEGATTO, contra MÁRCIA CRISTINA FERREIRA DIAS, em autos de crime de ameaça, onde o requerente figura como vítima e a requerida como autora do fato.

O pedido tem por fundamento fático, as varias agressões físicas, psicológicas e financeiras perpetradas pela autora dos fatos e sofridas pela vítima e, para tanto instrui o pedido com vários documentos como: registro de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, nota fiscal de conserto de veículo avariado pela vítima, e inúmeros e-mails difamatórios e intimidatórios enviados pela autora dos fatos à vítima. Por fundamento de direito requer a aplicação da Lei de nº 11.340, denominada “Lei Maria da Penha”, por analogia, já que inexistente lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica. Resumidamente, é o relatório.

DECIDO: A inovadora Lei 11.340 veio por uma necessidade premente e incontestável que consiste em trazer uma segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que por séculos era subjugada pelo homem que, devido a sua maior compleição física e cultura machista, compelia a “fêmea” a seus caprichos, à sua vilania e tirania.

Houve por bem a lei, atendendo a súplica mundial, consignada em tratados internacionais e firmados pelo Brasil, trazer um pouco de igualdade e proteção à mulher, sob o manto da Justiça. Esta lei que já mostrou o seu valor e sua eficácia, trouxeram inovações que visam assegurar a proteção da mulher, criando normas impeditivas aos agressores de manterem a vítima sob seu jugo enquanto a morosa justiça não prolatasse a decisão final, confirmada pelo seu trânsito em julgado. Entre elas a proteção à vida, a incolumidade física, ao patrimônio, etc.

Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível?

A resposta me parece positiva. Vejamos: **É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”**

Se não podemos aplicar a analogia in malam partem, não quer dizer que não podemos aplicá-la in bonam partem, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: “Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia in bonam partem: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz” (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal - Parte Geral – 10ª Ed. pag. 48) **Ora, se podemos aplicar a analogia**

para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos”, que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso.

Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social.

No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir a medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão. I.C. (grifo nosso)¹⁴⁰

Ademais, este entendimento minoritário entende que devido ao princípio da Isonomia, previsto no artigo 5º, caput da Constituição Federal, como demonstrado no primeiro exemplo deste tópico (APCR 1.0145.10.016056-6/001) e na sentença a seguir, proferida pelo juiz Osmar de Aguiar Pacheco:

E. S. N. postula que lhe seja concedida medida protetiva por conta de agressão sofrida e ameaças proferidas por A. A. F., pessoa com quem sustenta ter tido um relacionamento amorosos por mais de um ano.

A Lei 11.340/2006 originalmente visou proteger as mulheres contra a violência doméstica conforme o claro comando de seu art. 1º.

Alguma celeuma rendeu o texto legislativo por conta da leitura

apressada em cotejo com o art. 5º, I, da Constituição Federal que iguala homens e mulheres em direitos e obrigações. Hermenêutica açodada poderia

¹⁴⁰Revista Consultor Jurídico. Lei Maria da Penha é Aplicada Para Proteger Homem. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem>. Acesso em 27 de mar. 2014.

levar ao dilema que a lei não poderia criar um privilégio, no caso o amplo sistema protetivo, apenas à mulher.

Todavia, a denominada Lei Maria da Penha não é caso isolado na legislação brasileira. Tratar de forma diferenciada é justamente instrumento para igualar. O direito ao bem estar, visto isso em um conceito por demais ampliado, é o mesmo para todos. Como os indivíduos não são iguais, a lei pode ser instrumento a garantir meios diferenciados aos desiguais justamente para atingir a igualdade.

O raciocínio ainda merece evolução, contudo, até por conta de que a Lei 11.340/2006 concebeu uma série de instrumentos protetivos extremamente pertinentes à pacificação social, abandonando o falido sistema do Juizado Especial Criminal, então exclusivo, de ênfase demasiada no acordo, meio mais fácil, mesmo em situações de violência, com a mínima força coativa do Estado.

A mulher é inegavelmente vítima histórica da violência. O comando masculino até os dias atuais, ou ao menos até recentemente, acabou relegando o indivíduo feminino a um papel de submissão na sociedade.

Tal consideração merece ser feita para se lançar em seguida a afirmação também verdadeira de que a mulher foi vítima por ser mais fraca na posição social, na estrutura jurídica ulterior aos limites do direito de família, pelos compromissos atinentes à maternidade e, não se olvide, pela própria desigualdade física.

Destarte, não é só a mulher que sofre violência. Todo aquele em situação vulnerável, ou seja, enfraquecido, pode ser vitimado. Ao lado do Estado Democrático de Direito, há, e sempre existirá, parcela de indivíduos que busca impor, porque lhe interessa, a lei da barbárie, a lei do mais forte. E isso o direito não pode permitir!

Dessa visão do direito como mecanismo legítimo para alcance da paz social, há de se buscar o mandamento da Magna Carta de que “todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, “caput”) na sua correta exegese, a de que, em situações iguais, as garantias legais valem para todos. Vale dizer, portanto, de que todo aquele vítima de violência, quando mais de ordem doméstica, merece a proteção da lei, ainda que evidentemente do sexo masculino.

A seu turno, a vedação constitucional de qualquer discriminação e mesmo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, insculpido no art. 1º, III, da Carta Política, obrigam que se reconheça a união homoafetiva como fenômeno social, merecedor não só de respeito como de proteção efetiva com os instrumentos contidos na legislação.

Nesse quadro, verifica-se com clareza que E. S. N., enquanto sedizente vítima de atos motivados por relacionamento recém findo, ainda que de natureza homossexual, tem direito à proteção pelo Estado prevista no direito positivo.

Isso posto, reconheço a competência do Juizado de Violência Doméstica, inserido nesta Segunda Vara Judicial, decreto a medida protetiva de proibição a A. A. F. de aproximar-se a menos de 100 metros de E. S. N. e determino a reunião com o processo 2.10.0002235-6, investigativo que tomará o procedimento da Lei 11.340/2006.

Intimem-se. Expeça-se alvará de salvo-conduto. Apensem-se. (grifo nosso)¹⁴¹

De acordo com a sentença acima, pelo princípio da isonomia cabe a aplicação das medidas da Lei 11.340/06 mesmo sendo reconhecida a distinção entre sujeitos do sexo masculino e feminino, a eles cabem as mesmas garantias uma vez que se encontram em situação igual.

Com isso em mente, observa-se que embora os casos em que o sujeito homem sofre ao encontra-se em situação vulnerável em um contexto doméstico ou convivência não sejam tão numerosos como infelizmente são os casos em que membros do sexo feminino se encontram, a aplicação da Lei 11.340/06 pode ser válida para seus casos através de interpretação extensiva, em que se reconhece a não caracterização das medidas preventivas como elementos de caráter penal, obedecendo a isonomia ao aplicar a mesma garantia em situações iguais.

¹⁴¹PACHECO, Osmar de Aguiar. Disponível em: < <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1004.pdf>>. Acessado no dia 27 de mar. 2014.

Conclusão

Como vimos nos capítulos anteriores, durante o decorrer da história podemos observar uma infeliz constante que persiste, de uma forma, até os dias atuais. Mesmo com o decorrer dos séculos e com as evoluções das sociedades, a mulher tem sido empurrada para segundo plano. Seja sendo negadas o reconhecimento de que faziam parte da sociedade tanto quanto seus parceiros¹⁴² ou tendo sua degradação justificada por indivíduos que tinham poder para guiar o comportamento da sociedade¹⁴³, a história não tem sido gentil com os indivíduos do sexo feminino.

Nos tempos atuais com o implemento dos Direitos Humanos, tal tratamento, embora persista de formas variadas, tem sido visto com maus olhos pela comunidade internacional, levando à criação de uma pletera de tratados que visavam proteger de uma forma geral os direitos da mulher¹⁴⁴. Destes tratados destaca-se a Convenção de Belém do Pará, não apenas porque permitiu que casos de violação aos direitos da mulher fossem levadas à atenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mas também devido ao primeiro caso em que esta convenção foi convocada, o caso de Maria da Penha Maia Fernandes¹⁴⁵.

A lei que proveio do infame caso não apenas criou diversas medidas que visavam à proteção de mulheres que viam seus direitos violados, mas também demarcou os diversos contextos em que estes direitos podem vir a ser violados para uma rede de proteção mais ampla¹⁴⁶.

A forma com a qual a Lei definiu diversos cenários de violência contra a mulher foi responsável pela inserção do conceito de violência doméstica no Direito brasileiro,

¹⁴² LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 44

¹⁴³ LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 48 e 49.

¹⁴⁴ KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. A Lei Maria da Penha e as Normas de Direitos Humanos no Plano Internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010. p.17.

¹⁴⁵ KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. A Lei Maria da Penha e as Normas de Direitos Humanos no Plano Internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010. p. 27 e 28..

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça – A Efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47.

tendo conferido a redação do §9º do artigo 129 do Código Penal. No entanto, o referido artigo não faz distinção entre sujeito passivo mulher e sujeito passivo homem em seu texto¹⁴⁷.

Sendo que o texto presente no Código Penal não diferencia as possíveis vítimas pelo sexo, então poderia a Lei que deu origem para aquele seguimento ser aplicada para qualquer vítima, mesmo as do sexo masculino?

Já vimos que o entendimento majoritário não confere a aplicação da Lei 11.340/06 para vítimas masculinas dentro dos contextos previstos pela Lei. No entanto observamos que embora a aplicação da Lei tenha sido negada, foi reconhecido que cada caso, com exceção do sujeito vítima, se encaixava nos moldes previstos por ela, sendo a negação da aplicação sendo baseada na interpretação restritiva da Lei, se apegando apenas no que está expressamente escrito.

As decisões divergentes, no entanto, buscaram basear-se no princípio da isonomia para a aplicação da Lei Maria da Penha para homens vítimas de violência doméstica, mas a aplicação deste princípio nestes casos foi correta? A aplicação das medidas preventivas desta Lei ao se aplicar para as vítimas masculinas realmente configura em um tratamento igualitário?

Como demonstrado anteriormente, como os sujeitos de Direito possuem características diversas, é necessário que haja relações de equivalência entre os indivíduos, sendo tais relações moldadas na formação social em que os indivíduos se encontram¹⁴⁸. Ou seja, um tratamento desigual pode encontrar-se de acordo com o princípio da igualdade quando há um fator discriminatório¹⁴⁹ com preceitos lógicos ligando o sujeito ao tratamento, sendo o tratamento e o vínculo lógico consistentes com os interesses constitucionais.

Seguindo este conceito, entende-se que a Lei Maria da Penha ao prever em seu artigo 1º que as medidas de proteção nela prevista têm a intenção de proteger especificamente os sujeitos do sexo feminino está de acordo com a Isonomia devido ao fator

¹⁴⁷GOMES, Luiz Flávio (coord.); *et alli*. Legislação Criminal Especial. 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. p. 1164.

¹⁴⁸KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da Igualdade Jurídica*. São Paulo, Quartier Latin do Brasil. 2009. p. 213.

¹⁴⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013. p. 17

discriminante (sexo) sendo justificado de forma lógica (situação contemporânea das mulheres na sociedade) e obedecendo a constituição.

Agora, ao aplicar o mesmo processo de verificação nos casos em que a vítima é um homem, chegamos ao mesmo resultado? O artigo 1º, inciso III prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República federativa do Brasil, e o artigo 3º, inciso IV estabelece como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos independente de sexo, dentre outros elementos. Finalmente o artigo 5º, caput, prevê a inviolabilidade do direito à proteção, dentre outros. Logo, fornecer uma medida de proteção para indivíduo do sexo masculino que vê seu direito a dignidade violado estaria de acordo com os interesses constitucionais.

No entanto, concordância com o texto constitucional não é o bastante. O elemento discriminatório (sexo) deve possuir um vínculo lógico válido. O vínculo lógico apresentado pelo juiz Osmar de Aguiar Pacheco em sua sentença estabelecia que dois indivíduos em uma situação igual deveriam receber o mesmo tratamento, logo um homem que se encontra como vítima de violência doméstica deveria receber o mesmo tratamento que uma mulher na mesma situação¹⁵⁰. Esse raciocínio é válido para estabelecer o vínculo lógico?

Como vimos no capítulo segundo, os homens sempre predominaram em posições de influência social durante a história, buscando o atendimento de seus interesses enquanto os das mulheres eram ignorados. A morosidade com a qual as mulheres recebem reconhecimento durante a história influenciou o quadro atual em que, social e culturalmente, a mulher ainda é colocada em segundo plano em relação ao homem. Logo, se uma medida de proteção serve para amparar um estigma social de um determinado grupo colocado abaixo de outro, então aplicá-lo ao grupo que se encontra acima não seria lógico, já que social e culturalmente não necessita deste amparo. A situação é a mesma, mas os indivíduos possuem elementos discriminantes que no presente contexto histórico-social um deles não necessita de amparo especial.

Em conclusão, a aplicação do Princípio da Isonomia na lei 11.340 em defesa do companheiro não se encontra como uma medida viável. Não por causa da interpretação

¹⁵⁰PACHECO, Osmar de Aguiar. Disponível em: < <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1004.pdf>>. Acessado no dia 27 de mar. 2014.

restritiva da Lei, mas sim porque inexistente vínculo lógico aceitável entre o tratamento especial e o sujeito a quem seria conferido para a preservação da igualdade.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flavio. Lei n. 11340/2006: Aspectos Assistenciais, protetivos e Criminais da Violência de Gênero. São Paulo. Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. 13° tiragem, Rio de Janeiro, Elsevier Editora Ltda., 2004.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 14 de set. 2013.

BRASIL, Código Penal, Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 8 de set. de 2013.

BRASIL, Código de Processo Civil Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acessado em

BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 25 de maio de 2013.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha Comentada em Uma Perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. O novo divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Alessandra de Saldanha da,. Lei Maria da Penha Esquematizada. Rio de Janeiro. Ferreira, 2011.

GOMES, Luiz Flávio (coord.); *et alli*. Legislação Criminal Especial. 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e Desigualdade – Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. Lei Maria da Penha - Aspectos Criminológicos, de Política Criminal e do Procedimento Penal. Segunda Edição. Curitiba, Juruá Editora, 2011.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. Crítica da Igualdade Jurídica. São Paulo, Quartier Latin do Brasil. 2009.

KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. A lei Maria da Penha e as Normas de Direitos Humanos no Plano Internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.

Lei Maria Da Penha é aplicada para proteger homem. Revista Consultor Jurídico, 30 de outubro de 2008. Disponível no site <http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem>.

LIMA, Clara Marina de Oliveira; LIMA, Riquelma Maria de Medeiros. A Emenda Constitucional nº 66/2010 e a Medida Cautelar de Separação de Corpos. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10000&n_link=revista_artigos_leitura>. Acessado em 8 de set. de 2013.

LOBO, Bárbara Natália Lages. O Direito à Igualdade Na Constituição Brasileira. Belo Horizonte, Fórum, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 3ª ed., 2013.

OLIVEIRA JUNIOR, Eurides Quintino de. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/blog/2012/08/20/quinta-turma-qualificadora-lesao-corporal-contra-homem-violencia-domestica-comentada/>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

PACHECO, Osmar de Aguiar. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1004.pdf>>. Acessado no dia 27 de mar. 2014.

Revista Consultor Jurídico. Lei Maria da Penha é Aplicada Para Proteger Homem. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem>. Acesso em 27 de mar. 2014.

SIMÃO, João Fernando. A Pec Do Divórcio: A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2290008>>. Acessado em 8 de set. 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Câmara Criminal. CCP nº 20070020030790. Relator: George Lopes Leite. Brasília, 02/07/2007. Disponível em:< <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2689006/ccp-20070020030790-df>>. Acessado em: 27 de mar. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO; CC 0002193-72.2012.8.08.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama; Julg. 05/09/2012; DJES 17/09/2012. Disponível em: <<http://diario.tjes.jus.br/2012/20120917.pdf>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS; APCR 1.0145.10.016056-6/001; Rel. Des. Paulo César Dias; Julg. 11/09/2012; DJEMG 19/09/2012. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/1064>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.13.063798-6/000, Rel: Juiz Everton Amaral de Araújo (convocado), j. 20/10/2010. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117653631/conflito-de-jurisdicao-cj-10000130637986000-mg/inteiro-teor-117653675>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 0053924-03.2009.8.19.0002, REL. DES. GIZELDA LEITAO TEIXEIRA, J. 04/05/2010. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117653631/conflito-de-juris-dicao-cj-10000130637986000-mg/inteiro-teor-117653675>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Conflito De Jurisdição Nº 1.0000.10.045423-0/000 - comarca de Itajubá - relator: des. Pedro Vergara, j. 25/01/2011. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117653631/conflito-de-juris-dicao-cj-10000130637986000-mg/inteiro-teor-117653675>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Processo: 825704-5; Relator: Macedo Pacheco; 1ª Câmara Criminal em Composição Integral; Data Julgamento: 16/02/2012; Data Publicação: 02/03/2012. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21409037/8257045-pr-825704-5-acordao-tjpr>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. Processo 156810 RN 2010.015681-0, Relator: Des. Caio Alencar, Data de Julgamento: 06/04/2011, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19018687/conflito-negativo-de-competencia-156810-rn-2010015681-0>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL; ACr 70027593144; Santa Maria; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Lais Rogéria Alves Barbosa; Julg. 26/08/2010; DJERS 15/09/2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70027593144+&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acessado em 27 de mar. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. CC 70044908549; Rel. Marco Aurélio de Oliveira Canosa; Segunda Câmara Criminal; julg. 10/05/2012; public. Diário da Justiça do dia 31/05/2012. Disponível em: <<http://tj->

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21844813/conflito-de-jurisdicao-cj-70044908549-rs-tjrs>.
Acessado em 27 de mar. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. CJ 70042334987 RS , Relator: Nereu José Giacomolli, Data de Julgamento: 19/05/2011, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2011. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19305268/conflito-de-jurisdicao-cj-70042334987-rs>>.
Acessado em 27 de mar. 2014.

TIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL; Habeas Corpus 70047573357; Terceira Câmara Criminal; Rel. Nereu José Giacomolli; julg. 29/03/2012; public. Diário da Justiça do dia 21/05/2012

VOLTAIRE. Tratado sobre a tolerância. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patricia Rangel de; OLIVEIRA, Etienne A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon. Maria da Penha – Comentários a Lei 11.340/06. Primeira edição . Leme – SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2013.