

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MARIANA DAL PIVA GRESELE

**UMA ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LEI MARIA DA PENHA (LEI
11.340/06) ACERCA DE SEU ALCANCE E APLICABILIDADE**

FLORIANÓPOLIS
NOVEMBRO 2009

Mariana Dal Piva Gresele

Uma Análise Jurídico-Constitucional da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) acerca de seu alcance e aplicabilidade

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Renata Raupp Gomes

Florianópolis

Novembro 2009

Mariana Dal Piva Gresele

Uma Análise Jurídico-Constitucional da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) acerca de seu alcance e aplicabilidade

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com conceito [].

Florianópolis (SC), 17 de novembro de 2009.

Prof. Msc. Renata Raupp Gomes
Professora Orientadora

Prof. João Leonel Machado Pereira
Membro da Banca Examinadora

Prof. Carlos Danilo Moreira Pires
Membro da Banca Examinadora

Aos meus três amores, Ademir, Rosa e Amanda

(NEOQAV).

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, porque não é preciso estar perto para estar junto.

À minha irmã, minha melhor amiga, que talvez nem saiba o valor que as suas poucas palavras representam para mim.

À minha orientadora, por representar tudo aquilo que almejo para a minha carreira profissional.

Ao Quinteto, Augusta, Débo, Déby, Ju e Laila, a minha família durante esses cinco anos.

À Letícia, por me ouvir divagar horas a fio sobre a Lei Maria da Penha, sem reclamar.

Ao pessoal do estágio, pelo gosto que eu tomei pelo Direito Penal.

E, naquelas horas em que nada parecia dar certo, agradeço àqueles que não mais aqui estão, mas que sei que, com sua luz, elucidaram meus pensamentos.

RESUMO

A Lei 11.340/06, editada em 07 de agosto de 2006, criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Sua elaboração foi fruto, principalmente, da pressão dos organismos internacionais que, através da história de Maria da Penha Maia Fernandes, brasileira que deu nome à lei, tomaram conhecimento da omissão do Estado Brasileiro na proteção dos direitos humanos da mulher. Tão logo entrou em vigor, a Lei Maria da Penha encontrou diversos empecilhos para a sua concretização, entre eles, a sua eventual inconstitucionalidade no que diz respeito à restrição do sujeito passivo dos delitos nela descritos. Por um lado, diz-se que a lei afronta o art. 5º, I, da Constituição Federal, por negar proteção aos homens em mesma situação de violência. Por outro, os que defendem estar a lei em plena consonância não só com a Constituição Brasileira, como também com os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, sustentam tratar-se de mais uma ação afirmativa que visa à garantia de uma igualdade material. A abordagem do tema deve levar em conta a ponderação entre a máxima efetividade dos direitos fundamentais da mulher e a mínima ofensa à isonomia, o que remete ao estudo do princípio constitucional da igualdade. A proteção restrita à mulher funda-se numa presunção de que esta seria a pessoa mais vulnerável na esfera familiar. Trata-se, contudo, de presunção *juris tantum*, que não justifica a limitação legal. Todos os membros da entidade familiar merecem proteção do Estado, conforme, inclusive, reza a Constituição Federal. Homens e mulheres vítimas de violência doméstica e familiar ocupam a mesma posição, a de vulneráveis, e é essa a condição que deve ser protegida pela lei.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Inconstitucionalidade. Princípio da Igualdade. Homens. Vulnerável.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 A LEI MARIA DA PENHA	3
1.1 Histórico da Lei Maria da Penha.....	3
<i>1.1.1 O Brasil e os acordos internacionais: CEDAW e Convenção de Belém do Pará.....</i>	<i>4</i>
<i>1.1.2 O caso nº 12.051/OEA: Maria da Penha Maia Fernandes.....</i>	<i>8</i>
<i>1.1.3 O projeto de Lei nº 4.559 de 2004.....</i>	<i>10</i>
1.2 A Lei 11.340/06: A que vem.....	12
1.3 Os Instrumentos para a Proteção da Vítima de Violência Doméstica e Familiar	17
<i>1.3.1 Providências Policiais.....</i>	<i>18</i>
<i>1.3.2 O Exercício da Retratação</i>	<i>19</i>
<i>1.3.3 Medidas Protetivas.....</i>	<i>19</i>
1.3.3.1 Medidas Protetivas que obrigam o agressor	20
1.3.3.2 Medidas Protetivas de urgência à ofendida.....	21
<i>1.3.4 A Inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais</i>	<i>23</i>
<i>1.3.5 Uma Nova Hipótese de Prisão Preventiva</i>	<i>24</i>
2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE	26
2.1 Definição de Princípio.....	26
2.2 A ideia de Igualdade.....	29
2.3 Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.....	31
2.4 A Igualdade nas Relações de Gênero.....	37
3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA: O SUJEITO PASSIVO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.....	45
3.1 A Lei Maria da Penha e o Princípio da Igualdade: Por que não proteger os homens?	46
3.2 Os Absurdos Suscitados pela Lei: a aplicação da Lei Maria da Penha aos homossexuais, travestis, transexuais e hermafroditas.....	54

3.3 Um Reforço à Proteção do Homem: O parágrafo único do art. 5º	58
3.4 Lei Maria da Penha: uma análise jurisprudencial acerca de sua (in)constitucionalidade .	59
3.5 O Uso da Analogia na Lei Maria da Penha.....	63
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

Muitas foram as Marias que perderam suas vidas até que uma sobrevivesse para contar sua história. O caso Maria da Penha Maia Fernandes foi noticiado aos organismos internacionais que, através dele, tomaram conhecimento do alto índice de mulheres agredidas por seus companheiros, maridos e filhos e da omissão do Estado brasileiro na proteção dos direitos das mulheres. Em 7 de agosto de 2006 é editada, então, a Lei 11.340/06, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em vigor há cerca de três anos, a interpretação e o modo de aplicação dos dispositivos da Lei Maria da Penha, não são pacíficos seja em sede doutrinária, seja jurisprudencial. As dúvidas são ainda maiores no que diz respeito ao sujeito passivo da relação: a Lei Maria da Penha poderia, por analogia e em nome do princípio da igualdade, proteger também homens vítimas de violência doméstica? A repressão à violência de gêneros, a possibilidade de a mulher ser sujeito ativo dos delitos tipificados, e a proteção à mulher independentemente da orientação sexual, geram divergências que esmaecem os motivos que nortearam a elaboração dessa lei.

O presente trabalho busca, assim, discutir a constitucionalidade da Lei 11.340/06 no que diz respeito à restrição dos benefícios por ela previstos às vítimas mulheres. Para tanto, no Capítulo 1 é feito um estudo dos principais dispositivos da lei, das convenções internacionais mencionadas em seu preâmbulo, além da história da brasileira que impulsionou sua promulgação.

A questão proposta tem, como ponto central, o princípio constitucional da igualdade, invocado tanto por quem defende a tese da inconstitucionalidade da lei, como pela corrente contrária. Por esse motivo, no Capítulo 2 faz-se um exame pormenorizado deste princípio, mormente por ser ele reiteradamente reduzido aos dizeres de Aristóteles de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais; conceito esse que, para sua validade, depende da definição de quem são os iguais e quem são os desiguais.

Por fim, no Capítulo 3, à luz dos elementos estudados no capítulo anterior, analisa-se a questionada restrição da Lei Maria da Penha, o que autoriza a conclusão pela sua inconstitucionalidade. Não obstante, não deve a lei ser banida do ordenamento jurídico, vez

que comporta adequação aos ditames constitucionais, devendo ter seu alcance ampliado para que dê guarida aos homens como sujeito passivo das violências ali previstas.

1 A LEI MARIA DA PENHA

Em 7 de agosto de 2006 foi editada a Lei 11.340/06, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

A lei ficou conhecida como Lei Maria da Penha, assim batizada em homenagem à luta empreendida por Maria da Penha Maia Fernandes que, diante da inércia da justiça brasileira, após vários anos de torturas no recôndito da vida familiar, sofreu, em 1983, tentativa de homicídio por parte de seu então marido, que a deixou paraplégica.

Tão logo entrou em vigor, a Lei Maria da Penha encontrou diversos empecilhos para a sua concretização: a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e o conflito de competência entre os Juizados Especiais Criminais e as Varas Criminais até a implementação daqueles; a natureza da ação nos delitos de lesão corporal leve, pública incondicionada ou condicionada à representação da ofendida; eventuais inconstitucionalidades relativas à hipótese de prisão preventiva e à exclusão da competência dos Juizados Especiais; entre outras tantas divergências, as quais se encontram plenamente justificadas pelo contexto em que a lei foi elaborada.

1.1 Histórico da Lei Maria da Penha

A Lei 11.340/06 deita raízes na década de 80, com a ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)¹. A Lei Maria da Penha, como ficou conhecida, foi a resposta legislativa encontrada pelo Estado brasileiro aos organismos internacionais que, tomando conhecimento

¹ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW).

da denúncia de violência doméstica sofrida pela brasileira que deu nome à lei e da impunidade do seu agressor, exigiram a adequação do sistema nacional às disposições da convenção da qual o país é signatário.

1.1.1 O Brasil e os acordos internacionais: CEDAW e Convenção de Belém do Pará

A fundação das Nações Unidas, em 1945, inaugurou uma nova fase no cenário internacional, de preocupação consciente e organizada voltada à proteção dos direitos humanos. No dizer de Flávia Piovesan, “tal concepção é fruto de um movimento extremamente recente de internacionalização dos direitos humanos, surgido no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo regime nazista” (2002, p. 21).

A internacionalização dos direitos humanos começou a ser delineada anos antes, com o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. A ideia de proteção da humanidade contra a guerra já vinha sendo há tempos construída, mas os eventos decisivos para a instituição de um Direito Humanitário foram a criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, em fevereiro de 1863, e a assinatura, em agosto de 1864, das Convenções de Genebra para a Melhoria das Condições dos Exércitos em Campanha. Essa foi a primeira limitação experimentada pelos Estados à sua soberania, no plano internacional. Constituiu-se na regulamentação do *jus in bello*, objetivando diferenciar combatentes de não combatentes, a fim de proteger os militares postos fora de combate e as populações civis.

A Liga das Nações, criada após a Primeira Guerra Mundial, tinha por escopo a promoção da cooperação, paz e segurança internacional, estabelecendo sanções de ordem econômica e militar aos Estados que violassem suas obrigações. Também a Organização Internacional do Trabalho, criada logo após a Primeira Grande Guerra, ao fixar padrões internacionais de condições de trabalho e bem estar, contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos (PIOVESAN, 2002).

Foi, contudo, em decorrência da Segunda Guerra Mundial que a violação dos direitos humanos deixa de ser tratada como uma questão interna a cada Estado e passa a

revestir-se de relevante interesse internacional. Flávia Piovesan (2002, p. 139-140) ilustra com maior propriedade o novo cenário internacional desencadeado com o fim da guerra e a criação das Nações Unidas:

A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, o alcance da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, o alcance de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.

Para a implementação de seus objetivos, a Carta da ONU instituiu, em seu art. 7º, vários órgãos de atuação nas diferentes áreas, entre eles, a Assembléia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho de Tutela, o Secretariado e o Conselho Econômico e Social, cabendo a esse último “fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos” (art. 62, 2, da Carta das Nações Unidas). Para o melhor desempenho de suas funções, o Conselho Econômico e Social criou, em 1946, a Comissão de Direitos Humanos da ONU.

Não obstante todas as inovações trazidas com a fundação das Nações Unidas, que elevou a promoção e garantia dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a seu objetivo precípua, a Carta da ONU não especificou o conteúdo desses direitos. Coube, então, à Declaração Universal dos Direitos Humanos, traduzir os valores básicos universais esposado pelo novo direito das gentes.

Com a aprovação da Declaração de 1948 e a nova concepção dos direitos humanos, começam a se firmar outros tratados internacionais, que, além das ideias de universalidade e indivisibilidade de direitos, inicialmente proclamadas, sintetizam o valor da diversidade. Muito embora num primeiro momento o que se buscou foi a igualdade formal, justamente pelo temor à diferença, legado do nazismo, aos poucos foi-se compreendendo a insuficiência de um tratamento genérico, geral e abstrato. Assim, ao lado das convenções sobre direitos humanos, firmaram-se convenções específicas endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, entre elas a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Em vigor desde 03 de setembro de 1981, a CEDAW condena a discriminação contra a mulher, entendida como:

[...] toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político,

econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (art. 1º, da CEDAW).

Ao ratificar a Convenção, os Estados-partes assumem um duplo compromisso: o de erradicar a discriminação baseada no gênero e o de estimular políticas de promoção da igualdade compensatórias das desvantagens históricas. Busca-se a igualdade de direitos e oportunidades, sem, contudo, ignorar as diferenças biológicas entre homens e mulheres.

A CEDAW não tratou diretamente da violência contra a mulher. Esse tema foi abordado apenas em 1993, na Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, reforçada, ainda, pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 e pela Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995, segundo as quais os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A Conferência de Viena, realizada em 1993, ressaltou a importância do reconhecimento universal do direito à igualdade de gêneros e da ratificação universal e integral (a maioria dos Estados-partes havia formulado reservas à ratificação) da CEDAW. No ano seguinte, o Brasil retirou suas reservas, ratificando plenamente a referida Convenção.

A CEDAW dispunha de um Comitê próprio de monitoramento, cuja competência, todavia, limitava-se à apreciação de relatórios encaminhados pelos Estados-partes. Para Andrew Byrnes (*apud* PIOVESAN, 2002, p. 199-200):

Os poderes do Comitê de Eliminação de Discriminação contra a Mulher para promover a implementação da Convenção são relativamente limitados. O Comitê não tem quase poderes judiciais que o habilite a sancionar um Estado-parte responsável por violação à Convenção, nem tampouco detém o Comitê poderes para prever um remédio apropriado em caso de violação. Ainda que possa oferecer recomendações a Estados específicos, ou a Estados-partes em geral, no sentido de indicar as medidas apropriadas para o cumprimento da Convenção, seu meio mais eficaz de exercer pressão em Estados, para que cumpram com suas obrigações, se atém à revisão pública de relatórios específicos submetidos por Estados.

Foi então que, a fim de fortalecer a sistemática de monitoramento da Convenção, concluiu-se, em 1999, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher², que criou dois outros mecanismos: o da petição, que consiste no encaminhamento de denúncias de violação dos direitos enunciados na Convenção ao Comitê, para apreciação; e o procedimento investigativo, que habilita o Comitê a realizar investigações *in loco* acerca da existência de violação aos direitos humanos das mulheres.

² Ratificado pelo Brasil em 28 de junho de 2002.

Como se vê, a proteção dos direitos humanos tornou não só legítimo, como também necessário, o interesse internacional no modo pelo qual cada Estado trata seus cidadãos. Rompe-se, assim, com a ideia hobbesiana de soberania, em nome dos direitos humanos.

À luz dos preceitos globais estabelecidos na Declaração de 1948 e a fim de adequar os diversos sistemas à nova dogmática internacional, surgem os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. No plano pan-americano, entra em vigor, em julho de 1978, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, pela qual:

Os Estados-partes [...] comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. [...] (Art. 1º Obrigação de respeitar os direitos, do Pacto de San José da Costa Rica)

[...] comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (Art. 2º Dever de adotar disposições de direito interno, do Pacto de San José da Costa Rica)

Posteriormente, em 1988, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção (Protocolo de San Salvador), relativo aos direitos sociais, econômicos e culturais.

A fiscalização do cumprimento dos compromissos fixados ficou a cargo de dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos³ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em San José da Costa Rica.

De acordo com o art. 41 do Pacto de San José da Costa Rica, a principal função da Comissão Interamericana é promover a observância e a defesa dos direitos humanos na América, seja através de recomendações aos governos dos Estados-partes, de estudos e relatórios, ou mesmo solicitando informações aos governos acerca das medidas adotadas à aplicação da Convenção, competindo, igualmente, à Comissão, o envio de relatórios anuais à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos. A Comissão Interamericana desempenha também a função de examinar as denúncias de violação de direitos humanos encaminhadas por indivíduos, grupos de indivíduos ou entidades não-governamentais e intervir nos casos urgentes para solicitar ao governo informações acerca da violação noticiada e sua suspensão.

³ Com previsão no art. 106, da Carta da OEA, segundo o qual: “Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria [...]”

A Corte Interamericana é o órgão jurisdicional do sistema regional, com competência consultiva e contenciosa. Consultiva porque cabe a ela a interpretação das disposições da Convenção Americana e demais tratados atinentes à proteção dos direitos humanos na América. E contenciosa em relação à solução de controvérsias que se apresentem quanto à interpretação ou aplicação da Convenção Americana.

Ainda no sistema regional de proteção dos direitos humanos, foi aprovada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, no dia 09 de junho de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995.

De acordo com o seu art. 3º, “Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público, como no privado.” A Convenção também institui, em seu art. 4º, que “Toda mulher tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagradas pelos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos.[...]”.

1.1.2 O caso nº 12.051/OEA: Maria da Penha Maia Fernandes

No dia 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia contra a impunidade e omissão do Estado brasileiro na prestação jurisdicional e proteção dos direitos humanos da mulher, apresentada por Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)⁴ e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)⁵.

Segundo consta na denúncia, a farmacêutica cearense Maria da Penha sofreu, durante a convivência matrimonial, várias ameaças e agressões por parte de seu então marido, o economista Marco Antonio Heredia Viveiros. A violência teria atingido seu ápice em 1983, com a primeira tentativa de homicídio, quando Maria da Penha foi atingida

⁴ Fundado em 1991, o CEJIL é uma organização não-governamental, sem fins lucrativos, de defesa e promoção dos direitos humanos no hemisfério americano. Tem status consultivo junto às Nações Unidas e qualidade de observador ante a Comissão Africana de Direitos Humanos.

⁵ O CLADEM é uma rede de mulheres e de organizações de mulheres que promove, à luz dos Direitos Humanos, o debate sobre qualquer tema estrutural ou conjuntural que afete a vida das mulheres, para uma efetiva defesa dos direitos das mulheres na América Latina e Caribe.

enquanto dormia por um tiro de espingarda nas costas, causando-lhe paraplegia irreversível. Duas semanas depois de Maria da Penha retornar do hospital, na cadeira de rodas, ocorreu a segunda tentativa de homicídio, por uma descarga elétrica durante o banho, quando decidiu separar-se judicialmente.

As investigações acerca da autoria e materialidade dos atentados contra a vida da brasileira começaram em junho do mesmo ano e, no dia 28 de setembro de 1984, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Viveiros, processada perante a 1ª Vara Criminal de Fortaleza. A autoria mostrava-se incontroversa: os depoimentos dos empregados do casal ressaltando o temperamento violento do marido; a tentativa anterior do marido em convencer a esposa a celebrar um contrato de seguro de vida; a assinatura de um recibo, em branco, de venda do veículo da esposa dias antes da agressão e o encontro da espingarda utilizada na prática do crime. O réu foi pronunciado em 31 de outubro de 1986 e levado a júri em 04 de maio de 1991, que entendeu pela sua condenação. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação sustentando a nulidade na elaboração dos quesitos, a qual foi acolhida. Em novo julgamento, em 1996, o réu foi novamente condenado, seguindo-se novo recurso (CUNHA, 2008).

Nesse ponto, diante da ineficácia do Poder Judiciário brasileiro e da proximidade do prazo prescricional, as ONGs feministas passaram a estudar a possibilidade de recorrer a instâncias internacionais de proteção de direitos humanos para denunciar a tolerância do Estado brasileiro para com a violência noticiada, com base nos artigos 1 (1), 8, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, bem como dos artigos 3, 4, a, b, c, d, e, f, g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará.

Usando de suas prerrogativas, em outubro de 1998, a Comissão solicitou informações ao governo brasileiro acerca do fato denunciado, sem, contudo, obter resposta. Em agosto de 1999, o pedido foi reiterado, sem sucesso. Um ano depois, a Comissão colocou-se à disposição das partes, por 30 dias, para a tentativa de uma solução amistosa do caso. Frente a inércia do Estado brasileiro, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou, em 16 de abril de 2001, o Relatório 54/2001, o qual, após uma profunda análise do fato denunciado, concluiu:

[...] Que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com

o artigo 1 (1) da Convenção [Americana sobre Direitos Humanos], por seus próprios atos omissivos e tolerante da violação infligida. (PARODI; GAMA, 2009, p. 242)

No relatório, a Comissão recomendou ao Estado brasileiro a rápida conclusão do processo penal movido contra Viveiros, a investigação da responsabilidade pela morosidade na tramitação e a adequada reparação da vítima. Afora isso, a Comissão, tomando conhecimento, através do caso, do alto número de agressões domésticas contra mulheres no Brasil, da discriminação contra as mulheres agredidas e da ineficácia da ação policial e judicial, recomendou a intensificação do processo de reforma para o fim da tolerância estatal e do tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres. Para tanto, pontuou:

- a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
- b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
- c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
- d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
- e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. (PARODI; GAMA, 2009, p. 242)

Em 2002, mais de 19 anos da prática do crime, Marco Antonio Heredia Viveiros foi condenado, em decisão irrecorrível, à pena de 10 anos e 06 meses de reclusão, da qual não cumpriu 1/3 em regime fechado.

1.1.3 O projeto de Lei nº 4.559 de 2004

As recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos deram ensejo à elaboração de diversos projetos de lei sobre o assunto, entre tantos outros que já tramitavam no Congresso: o Projeto de Lei nº 905/99, de autoria do Deputado Freire Júnior, que traz em seu bojo regras processuais, como a publicização da ação penal mediante

representação da vítima e ampliação do poder da autoridade policial na adoção de medidas cautelares de afastamento do agressor da habitação familiar; também de autoria do Deputado Freire Júnior, o Projeto de Lei nº 1.439/99 foi anexado ao primeiro. Ambos os projetos conferiam maior enfoque à prevenção e reparação da violência doméstica, do que à sua repressão; o Projeto de Lei 2.372/00, apresentado pela Deputada Jandira Feghali e aprovado pelo Congresso, foi vetado integralmente pelo Presidente da República em junho de 2002; o Projeto de Lei nº 5.172/01, da Deputada Nair Xavier Lobo, sobre os efeitos do abandono justificado do lar; o Projeto de Lei nº 6.760/02, da mesma deputada, visando alterar o art. 129 do Código Penal e o Projeto de Lei nº 3.901/00, também da Deputada Nair Xavier Lobo, transformado na Lei nº 10.455/02, que acrescentou um parágrafo único à Lei 9.099/95, para admitir a decretação, pelo juiz, do afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de violência doméstica.

Em novembro de 2004, foi elaborado o Projeto de Lei nº 4.559, pelo Grupo de Trabalho Interministerial criado pelo Decreto nº 5.030, integrado por representantes da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (coordenação), da Casa Civil da Presidência da República, da Advocacia-Geral da União, do Ministério da Saúde, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, do Ministério da Justiça e da Secretaria Nacional de Segurança Pública. As discussões foram subsidiadas por várias entidades ligadas ao movimento feminista, que apresentaram à Bancada Feminina do Congresso Nacional e à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres uma proposta de anteprojeto, em março de 2004.

Na pendência da elaboração e aprovação de projeto de lei que desse tratamento amplo à questão da violência doméstica contra a mulher, outras leis regulamentaram o assunto, cuidando de questões periféricas. Entre elas, Ana Cecília Parodi e Ricardo Rodrigues Gama (2009, p. 68-69) destacam a Lei 10.778/03, que estabelece a notificação compulsória do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados, e o Decreto 5.009/04 que veio regulamentá-la, instituindo os serviços de referência sentinela, para recepção das notificações. Ainda, a Lei 10.886/04, que acrescentou um subtipo de lesão corporal leve, decorrente de violência doméstica, majorando a pena mínima, que passou de três para seis meses de detenção.

Após amplas discussões com representantes da sociedade civil e órgãos diretamente interessados, o projeto de lei do executivo federal transformou-se, com a sanção presidencial, na Lei 11.340/06, a Lei Maria da Penha.

1.2 A Lei 11.340/06: A que vem

A Lei 11.340/06 criou uma nova categoria jurídica denominada violência doméstica e familiar contra a mulher, que, nos termos do art. 5º, *caput*, consiste em “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Em matéria penal, as condutas mencionadas na lei não configuram inovação de tipo, uma vez que já se encontram previstas no Código Penal⁶, sendo que apenas dois de seus dispositivos tiveram a redação alterada.

O art. 43 da Lei 11.340/06 acrescentou à alínea “f” do inciso II do art. 61 do CP⁷, uma nova hipótese de agravante: o crime praticado com violência contra a mulher. Para Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2008, p. 216), a utilidade da inovação restringe-se às relações íntimas de afeto, previstas no inciso III do art. 5º da Lei Maria da Penha, uma vez que a redação original já dispunha daqueles em que o agente agia “prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”. Acrescentam, os referidos autores, ser o dispositivo de questionável aplicabilidade, diante da controvertida interpretação do inciso III, que será exposta a seguir.

A Lei Maria da Penha também modificou o preceito secundário do §9º do art. 129 do Código Penal, que qualifica o crime de lesão corporal nas hipóteses em que essa 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”. Antes a pena de detenção variava entre 6 (seis) meses e 01

⁶ Artigos 121 (homicídio), 129 (lesão corporal), 213 (estupro), 138 (calúnia), 139 (difamação), 140 (injúria), etc.

⁷ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;

(um) ano, com as alterações trazidas pela Lei 11.340/06, a pena mínima passou a ser de 3 (três) meses e, a máxima, 3 (três) anos. Além disso, a lei acrescentou o §11 ao artigo 129, que prevê o aumento de um terço à pena prevista no §9º se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

Com exceção dessas mudanças, os dispositivos da Lei Maria da Penha são, nas palavras de Pedro Rui da Fontoura Porto (2007, p. 29), “normas não-incriminadoras de tipo explicativo” e, por isso, complementares a tipos penais preestabelecidos, em relação aos quais exclui benefícios despenalizadores, estabelece nova hipótese de prisão preventiva, prevê medidas protetivas, etc. Esses efeitos introduzidos pela nova lei incidem sobre os tipos penais genéricos quando, além da conduta típica, ficar caracterizada uma das formas de violência definidas no art. 7º, da Lei 11.340/06 e, ainda, se a conduta for praticada no âmbito doméstico ou familiar descrito no art. 5º. Da conjugação desses dois artigos extrai-se a definição de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Os incisos do art. 5º delimitam a esfera de proteção da lei:

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;

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

No inciso I, busca-se proteger a mulher do agressor que com ela coabite, sendo, para tanto, indiferente a natureza do vínculo existente entre eles.

O inciso II, por sua vez, abrange a violência exercida no âmbito da família, esta entendida não apenas como a união constituída pelo casamento, nem restrita à presença de um homem e uma mulher, compreendendo a comunidade formada por indivíduos unidos por laços naturais ou civis. Como bem lembra Maria Berenice Dias (2008, p. 43-44), incluem-se nesse dispositivo as famílias anaparentais (entre irmãos), as homoafetivas (entre pessoas do mesmo sexo), as monoparentais (formadas por qualquer dos pais e seus descendentes) e as famílias paralelas (união adúltera).

Por fim, o inciso III abriga qualquer relação íntima de afeto, independentemente de coabitação. Para alguns, o dispositivo extrapola o espírito dos tratados ratificados pelo Brasil, uma vez que o texto da Convenção Interamericana para Prevenir,

Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher exige a existência de coabitação atual ou passada⁸. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 1168):

“Cremos ser inaplicável o disposto no inciso III do art. 5.º desta lei, para efeitos penais. Na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, no art. 2.º, § 1.º, prevê-se que a violência contra a mulher tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em ‘qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual’. Logo, é bem menos abrangente do que a redação do inciso III do art. 5.º da Lei 11.340/2006.”

Outros, porém, como Maria Berenice Dias (2008, p. 45), afirmam que o fato desses vínculos afetivos não estarem abarcados pelo conceito de família não significa que não exista violência nessas relações, dando azo à proteção legal, inclusive a namorados e noivos.

O Superior Tribunal de Justiça, já instado por diversas vezes a se manifestar sobre a aplicação da Lei Maria da Penha à violência praticada entre namorados, expediu o informativo nº 0384, com o seguinte teor:

COMPETÊNCIA. AGRESSÃO. NAMORO. Discute-se, em conflito de competência, se o disposto na Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) é aplicável às relações entre namorados. Para a Min. Relatora, como o art. 5º da citada lei dispõe que a “violência doméstica” abrange qualquer relação íntima de afeto e dispensa a coabitação, cada demanda deve ter uma análise cuidadosa, caso a caso. Deve-se comprovar se a convivência é duradoura ou se o vínculo entre as partes é eventual, efêmero, uma vez que não incide a lei em comento nas relações de namoro eventuais. No caso, o suposto fato delituoso não se amolda aos requisitos exigidos na Lei Maria da Penha. Dessa forma, a Seção declarou competente o juízo de Direito do juizado especial criminal, o suscitado. Precedente citado: CC 85.425-SP, DJ 26/6/2007. CC 91.979-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/2/2009.

A violência é, pois, doméstica ou familiar quando praticada na unidade doméstica, em razão de vínculo familiar ou de relação íntima de afeto (com a ressalva já exposta). Assim, se a ação ou omissão contra a mulher ocorrer em situação diversa das elencadas no art. 5º, a ofendida não estará albergada pela lei específica.

Apesar do caráter misto, com regras de direito administrativo, civil, processual civil, penal e processual penal, a Lei Maria da Penha é de cunho predominantemente penal e, nessa esfera, não se admitem conceitos vagos. Por isso que, em respeito aos princípios da taxatividade⁹ e legalidade¹⁰ que regem o direito penal e a fim de

⁸ Artigo 2º Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

1. que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, **em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher** e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual (grifou-se)

⁹ Também conhecido como princípio da determinação ou mandato de certeza, o princípio da taxatividade dispõe, grosso modo, que a lei penal deve ser clara, de fácil compreensão, prevendo com exatidão a conduta incriminada.

¹⁰ O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da CF, no art. 9º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, nos artigos 22 e 23 do Estatuto de Roma e no art. 1º, do CP, representa a garantia do cidadão contra a ingerência do Estado. Segundo esse princípio, a lei deve ser escrita, certa, anterior aos fatos que ela busca incriminar e necessária.

complementar o conceito dado pelo art. 5º, a Lei 11.340/06 dispôs, em seu art. 7º, cinco formas de violência: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Não se trata de rol exaustivo, já que o *caput* do artigo utiliza a expressão “*entre outras*”. Nesse caso, havendo ações que estejam fora do elenco legal, em razão da falta de tipicidade, não terão repercussão no âmbito penal, embora possam refletir em outras esferas.

De acordo com o inciso I, violência física é o uso da força com o intuito de ofender a integridade ou saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes. São condutas como as previstas pelo Código Penal no art. 121 (homicídio) e 129 (lesão corporal) ou na Lei das Contravenções Penais, como as vias de fato (CUNHA; PINTO, 2008).

Por violência psicológica entende-se a agressão que cause à vítima

[...] dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento 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, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (art. 7º, II, da Lei 11.340/06).

A lei visa proteger a autoestima e a saúde psicológica da mulher ameaçada, rejeitada, humilhada ou discriminada, seja por meio de agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, ou através da manipulação de atos e desejos por parte do agressor (CUNHA; PINTO 2008; DIAS 2008).

O inciso III do art. 7º reconhece a violência sexual como uma das formas de violência contra a mulher. Apesar de parecer óbvio, Maria Berenice Dias (2008, p. 48-49) adverte que nem sempre foi assim. O exercício da sexualidade foi, por muito tempo, entendido como um dos deveres do casamento, de modo a legitimar os crimes sexuais perpetrados no âmbito doméstico. Superado esse posicionamento, a violência sexual foi definida pela Lei Maria da Penha como sendo

[...] qualquer conduta que a constranja [a mulher] a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo 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; (art. 7º, III, da Lei 11.340/06).

A segunda parte do dispositivo confere amplitude ao conceito de violência sexual ao aventá-la sob o aspecto dos direitos reprodutivos da mulher, harmonizando-se, inclusive, com o §3º do art. 9º da mesma lei, que cuida do acesso aos serviços de

contracepção de emergência, profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), além de outros procedimentos médicos que se façam necessários.

A utilidade do inciso IV, que trata da violência patrimonial é questionada em razão das imunidades fixadas nos artigos 181¹¹ (imunidade absoluta) e 182¹² (imunidade relativa), do CP, que isentam de pena o autor de crime patrimonial contra parente, condicionando, em outros casos, a ação penal à representação do ofendido.

Para Maria Berenice Dias (2008, p. 52), “Não há mais como admitir o injustificável afastamento da pena ao infrator que pratica um crime contra sua cônjuge ou companheira, ou, ainda, alguma parente do sexo feminino.”. Diverso é o entendimento de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2008, p. 65), segundo os quais

“[...] Somente uma declaração expressa contida na lei teria o condão de revogar os dispositivos do Código Penal. E tal revogação não é vista, quer parcial quer totalmente, no estatuto em exame. [...] Ante o silêncio do legislador no que concerne à mulher vítima de crime patrimonial, a conclusão é mesmo no sentido de que as imunidades previstas no Código Penal não suportaram qualquer espécie de alteração.”

Pedro Rui da Fontoura Porto (2007, p. 61-63) aborda a questão sob perspectiva diversa. Para ele, a princípio, as imunidades absolutas estariam revogadas tacitamente pela lei. No entanto, inquire o alcance da revogação, uma vez que o delito praticado pela mulher contra o homem, por não estar amparado pela Lei Maria da Penha, poderia ser objeto da escusa absolutória constante no art. 181, do CP. Pondera que, nesse ponto, a norma é inconstitucional, porque a compleição física do homem, se justifica o tratamento diferenciado nos casos de violência física, o mesmo não ocorre na prática de delitos patrimoniais, que independem do uso de força. Mesmo porque, aos crimes praticados com emprego de grave ameaça ou violência contra a pessoa, não se aplica a isenção dos artigos 181 e 182, por força do art. 183, todos do CP. Sendo assim, conclui: “ou se exclui integralmente as causas de imunidade do art. 181, I e II, do CP, tanto em prejuízo do homem como da mulher, o que somente pode ser feito pela via legal, ou elas devem permanecer íntegras [...] sob pena de ofensa ao princípio constitucional da igualdade.” (PORTO, 2007, p. 62).

¹¹ Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

¹² Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo: I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado; II - de irmão, legítimo ou ilegítimo; III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Fato é que a violência patrimonial foi elencada pela Lei 11.340/06, sendo, então, definida como toda retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos da mulher, incluindo os destinados à satisfação de suas necessidades. Para Maria Berenice Dias (2008, p. 53), nessa última parte está inserido o encargo alimentar. Desta forma, a omissão do cônjuge na subsistência da mulher sem recursos próprios para o seu sustento, ainda que a obrigação não tenha sido objeto de sentença judicial, configuraria, além de crime de abandono material¹³, a violência patrimonial.

Finalmente, no inciso V, a lei dispõe sobre a violência moral, que compreende os crimes de calúnia, difamação e injúria. O primeiro consiste em atribuir a alguém a prática de fato criminoso sabidamente falso. No segundo, a imputação é de fato desonroso. Ambos atingem a honra objetiva da vítima, consumando-se com o conhecimento de terceiros sobre o fato imputado. A injúria atinge a honra subjetiva e se dá quando são atribuídas qualidades negativas à ofendida, consumando-se independentemente da ciência de outrem. Todos os três tipos penais estão previstos no Capítulo V do Código Penal, que trata dos crimes contra a honra.

Como se vê, os delitos de violência doméstica e familiar são delitos complexos, principalmente em razão do vínculo preexistente entre vítima e agressor, e essa complexidade que fez com que o legislador, além de estipular majorantes e exasperar penas, excetuasse regras gerais do Código Penal, Processual Penal e de Execução Penal, bem como estabelecesse medidas protetivas de urgência seja para obrigar o agressor, seja para proteger a vítima.

1.3 Os Instrumentos para a Proteção da Vítima de Violência Doméstica e Familiar

¹³ CP, art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

O art. 8º, da Lei 11.340/06, prevê um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, demonstrando a preocupação com a efetividade da lei na repressão da violência doméstica e familiar e a consciência de que sua promulgação, por si só, desacompanhada de outras medidas, não tem o condão de construir uma nova mentalidade, especificamente quanto às questões de gênero.

1.3.1 Providências Policiais

Nos delitos de violência doméstica e familiar, o atendimento nas delegacias adquire fundamental importância no trato com a vítima, na medida em que o descaso e a indiferença dispensados a ela, nesse momento, podem ocasionar lesões ainda mais graves que aquela que se quer denunciar. Isso porque, por vezes, a falta de preparo dos policiais acaba por reproduzir a discriminação que deu azo à violência noticiada, manifestada em indagações como “por que você não gritou?” ou “por que você estava andando sozinha naquele local?”.

Para evitar uma segunda agressão à vítima é que a lei prevê a criação de delegacias especializadas, bem como algumas providências que deverão ser tomadas pela autoridade policial em caso de iminência ou prática de violência doméstica ou familiar.

Assim, é dever do policial, nos termos do art. 11 da Lei 11.340/06, encaminhar a vítima a hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal, para que os médicos atestem o tipo e o grau da lesão sofrida, evitando que eventuais vestígios do delito se apaguem. A autoridade policial fica igualmente responsável pelo transporte da vítima e de seus dependentes para abrigo ou local seguro, devendo, se necessário, acompanhá-los na retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar, informando, sempre, os direitos que lhes são assegurados e os serviços disponibilizados. Cabe à autoridade policial lavrar o boletim de ocorrência, tomar a termo a representação e o pedido de concessão de medida protetiva, formando expediente que será remetido ao juízo.

1.3.2 O Exercício da Retratação

A representação da vítima, nas ações penais públicas condicionadas, pode ser objeto de retratação, a qual, entretanto, reveste-se de algumas características que buscam garantir a mais ampla independência e espontaneidade da manifestação de vontade.

Segundo o art. 16, “[...] só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.”

Frisa-se, inicialmente, que onde está escrito “renúncia” leia-se “retratação”. A diferença entre ambos os institutos é explicada por Maria Berenice Dias (2008, p. 110):

Desistência é o gênero que compreende a renúncia e a retratação. [...] Na esfera penal, ‘renúncia’ significa não exercer o direito, abdicar de representar. Trata-se de ato unilateral que ocorre antes do oferecimento da representação. Já ‘retratação’ é ato posterior, é desistir da representação já manifestada. Retratação é ato pelo qual alguém retira a sua concordância para a realização de determinado ato, que dependia de sua autorização.

Trata-se, portanto, de hipótese de retratação e não de renúncia, porquanto, conforme se infere da redação do dispositivo, o pedido de desistência é formulado após conferida a autorização para a instauração do inquérito policial e oferecimento da denúncia. Tem-se, nesse artigo, uma exceção às regras dos artigos 25, do CPP e 102, do CP, segundo as quais a representação é irretratável depois de oferecida a denúncia.

A vítima, então, manifestando seu desejo de desistir da ação penal, será chamada a júízo para que, em audiência, na presença do juiz e do promotor, formalize a desistência, resguardando a sua oitiva da presença de seu agressor.

1.3.3 Medidas Protetivas

A lei preocupou-se em amparar a vítima de violência doméstica e familiar em diversos aspectos de sua vida. O art. 22, §1º cuida da inclusão da mulher em cadastros de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal. O §2º, de outro norte, assegura a preservação da integridade física e psicológica da mulher no trabalho, tanto pelo acesso prioritário à remoção, quando servidora pública integrante da administração direta ou indireta, quanto por meio da manutenção do vínculo trabalhista por até seis meses, se necessário seu afastamento do local em que o exerce. Há, ainda, o parágrafo único acrescentado ao art. 152 da Lei de Execução Penal pelo art. 45 da Lei Maria da Penha, que aventa a possibilidade de inserção do autor de crimes de violência doméstica ou familiar em programas de recuperação e reeducação.

As principais inovações constam, todavia, do Título IV, Capítulo II, que trata das Medidas Protetivas de Urgência, que podem ser de duas espécies: Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor e Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida.

1.3.3.1 Medidas Protetivas que obrigam o agressor

Com o fito de assegurar o regular processamento do feito e uma decisão que além de justa seja útil às partes, a Lei 11.340/06 elencou, em seu art. 22, diversas medidas cautelares restritivas de direitos do agressor. São elas: a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, o afastamento do lar, a proibição de aproximação e contato com a ofendida, a proibição de freqüentar determinados lugares, a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Não por acaso, vez que elevado o número de homicídios por arma de fogo, a lei mostra-se preocupada com a incolumidade física da mulher ao prever o desarmamento do agressor, visando, com isso, evitar tragédia maior. A suspensão da posse ou restrição do porte de armas deve ser seguida pela comunicação ao SINARM (Sistema Nacional de Armas) e à Polícia Federal.

O afastamento do lar, já previsto em outros estatutos legais¹⁴, é, sem dúvida, indispensável à segurança da vítima de violência. Não há como se pensar na continuidade da convivência entre duas pessoas, vítima e agressor, concomitantemente ao andamento de processo criminal, sem que isso comprometa a integridade e independência da ofendida. O mesmo se diga às vedações previstas no inciso III do art. 22 da Lei Maria da Penha, quanto à aproximação e contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas. Da mesma forma, a possibilidade de proibir o agressor de freqüentar determinados lugares diz respeito, principalmente, ao local de trabalho da vítima, pois, como é patente, as importunações não se restringem ao recesso do lar.

A lei trouxe também, dependendo da gravidade e amplitude da violência perpetrada pelo agressor, a hipótese de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, medida cuja decretação deverá ser precedida por um estudo realizado pela equipe de atendimento multidisciplinar. Isso porque, em alguns casos, a violência cinge-se à mulher, não alcançando os dependentes do agressor, devendo tal vínculo ser preservado, sem, contudo, causar prejuízos à ofendida.

Por fim, o inciso V faculta o arbitramento de alimentos provisórios ou provisionais. A medida visa a subsidiar a vítima que dependa economicamente do agressor, para que os aspectos patrimoniais não sejam causas justificadoras da perpetração da violência doméstica. Muito embora o dispositivo intente a proteção da mulher, nada impede que o juiz considere, na fixação dos alimentos, a existência de dependentes da vítima, porquanto de nada serviria a ela o recebimento de valores irrisórios frente às suas despesas.

Nos termos do §1º, as medidas acima expostas são exemplificativas, podendo ser cumuladas com outras previstas na legislação.

1.3.3.2 Medidas Protetivas de urgência à ofendida

Após a especificação das medidas vinculativas do agressor, a Lei Maria da Penha não se descuroou em enumerar medidas de proteção direta à ofendida.

¹⁴ Art. 888, VI, do Código de Processo Civil; Art. 7º, §1º, da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) e Art. 1.562, do Código Civil.

De acordo com o art. 23, pode o juiz:

- I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- IV - determinar a separação de corpos.

O dispositivo está em consonância com as demais medidas previstas na lei. A possibilidade de a autoridade policial assegurar a saída da vítima e seus dependentes do lar exige sua realocação em casas-abrigo, de que trata o art. 35, I e II; se a autoridade não o fez, pode o juiz determinar a retirada da vítima da sua residência; a previsão de afastamento do agressor permite a recondução da vítima ao seu domicílio, bem como quando decretada a separação de corpos.

O art. 24 cuida de aspectos eminentemente patrimoniais, estipulando um rol igualmente exemplificativo. Em caso de subtração de bens da ofendida pelo agressor, poderá ser determinada sua restituição (inciso I). A impropriedade da medida está na dificuldade em identificar a propriedade dos bens. Por isso, “Parece mais conveniente, nesse caso, que o juiz adote o procedimento do arrolamento, nomeando a mulher como depositária dos bens, como previsto no art. 858, do Código de Processo Civil, até que sua propriedade fique definida na ação principal.” (CUNHA; PINTO, 2008, p. 155).

O inciso II permite ao juiz indisponibilizar bens de propriedade em comum, com o escopo de evitar que o agressor celebre contratos de compra e venda e locação, em prejuízo da vítima. A realização de qualquer negócio jurídico que tenha por objeto bens do casal fica, assim, dependente da liberação do competente alvará judicial.

Há, ainda, disposição pertinente à suspensão de procuração outorgada pela vítima ao agressor. “Vê-se, sem dificuldade, que o mandato pressupõe uma relação entre mandante e mandatário, de confiança, fidúcia, lealdade, a qual, uma vez rompida, autoriza sua rescisão unilateral.” (CUNHA; PINTO, 2008, p. 157-158). Nesse caso, para que a revogação surta amplos efeitos, deve o juiz atentar para a necessidade de sua publicidade, sob pena de serem válidos os contratos ajustados com terceiros de boa-fé.

Por derradeiro, a caução prevista no último inciso do artigo em comento presta-se a assegurar futura execução cível, intentada perante aquele juízo, que busque a reparação de eventuais danos advindos do ato ilícito perpetrado.

1.3.4 A Inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais

Questão polêmica suscitou o art. 41 da Lei Maria da Penha, que afasta a incidência da Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/95. As críticas partem principalmente dos movimentos despenalizadores que acusam a lei de impor um verdadeiro retrocesso, na medida em que tal previsão caminha na contramão do abolicionismo penal, da reforma do judiciário e da instituição de formas alternativas de resolução dos conflitos, entre elas a conciliação entre as partes. Em sentido inverso, reforçando a posição adotada pelo legislador, sustenta-se que a brandura da resposta penal proposta pela Lei 9.099/95 implica na banalização dos casos de violência doméstica e familiar.

Havia o receio de que os crimes previstos na Lei Maria da Penha caíssem na vala comum, em juízos que não estariam preparados para tratar o litígio sob os seus mais diversos aspectos, para o qual os juízes dos juizados especiais reputavam-se mais habilitados, porque familiarizados com essa espécie de delito. No entanto, ao que se percebe, nunca foi essa a intenção do legislador. O Projeto de Lei 4.559/2004 previa, inicialmente, a competência dos Juizados Especiais Criminais, no seu art. 29, *in verbis*:

Ao processo, julgamento e execução dos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais em que esteja caracterizada a violência doméstica e familiar contra a mulher, aplica-se a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que não conflitar com o estabelecido nesta Lei.

Outra controvérsia aventada em torno do dispositivo diz respeito à possibilidade de aplicação da Lei 9.099/95 aos comportamentos previstos na Lei Maria da Penha que configurem meras contravenções penais, como, por exemplo, vias de fato (art. 21), perturbação do trabalho ou sossego alheio (art. 42), importunação ofensiva ao pudor (art. 61) e perturbação da tranqüilidade (art. 65), todas condutas previstas na Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/41).

É que o art. 41, ao afastar a incidência da Lei dos Juizados Especiais, faz referência apenas a crimes, omitindo-se em relação às contravenções. Há jurisprudência,

porém, estendendo a vedação a essas hipóteses, com fulcro no art. 33, da Lei Maria da Pena, que prevê a estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e, na pendência de sua criação, atribui a competência para o julgamento das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher às varas criminais, obstando, de qualquer forma, a atuação dos juizados.

Houve também forte discussão acerca da constitucionalidade do artigo em comento. Há quem sustente ser a norma inconstitucional por afrontar o art. 98, I, da CF, que prevê a criação de Juizados Especiais para julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo. Para outros, a previsão constitucional é de cunho genérico, cabendo ao legislador infraconstitucional definir o que vem a ser uma infração de menor potencial ofensivo. Em reforço a esse posicionamento, lembra-se que a redação original do art. 61 da Lei 9.099/95 considerava de menor potencial ofensivo o crime com pena máxima não superior a um ano (excetuados aqueles para os quais a lei previsse procedimento especial), a qual foi, posteriormente, alterada para dois anos, com o advento da Lei 11.313/06. Cita-se, ainda, as exceções à competência dos Juizados previstas pela própria lei que os regula, quais sejam, complexidade do fato (art. 77, §2º), impossibilidade de citação pessoal do réu (art. 66, parágrafo único) e a conexão ou continência com crime que não se enquadra na Lei 9.099/95.

Sobre a constitucionalidade do art. 41, 1º e 33 da Lei Maria da Pena, aguarda-se a apreciação do Supremo Tribunal Federal, de uma Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 19-3-DF) ajuizada, no final de 2007, pelo Presidente da República, por meio do Advogado-Geral da União, cujo pedido liminar foi negado, em decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio.

1.3.5 Uma Nova Hipótese de Prisão Preventiva

A Lei Maria da Pena ampliou as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, acrescentando, ao art. 313¹⁵ do CPP, o inciso IV, que torna possível a segregação

¹⁵ Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

do agressor para garantir a execução das medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica e familiar. Abre-se, novamente, uma exceção à regra geral contida no art. 313, II, do Código de Processo Penal, permitindo a prisão preventiva mesmo para delitos punidos com pena de detenção¹⁶.

A inovação, não obstante ser considerada instrumento coercitivo indispensável à efetividade das medidas protetivas previstas na lei, deve ser vista com cautela, porque, para a sua decretação, além do crime ter sido cometido contra a mulher, no âmbito doméstico ou familiar, mister que se façam presentes os requisitos do artigo 312, do CPP, enumerados por Pedro Rui da Fontoura Porto (2007, p. 106):

a) prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (art. 312 do CPP); b) os pressupostos tradicionais do art. 312 do CPP: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal; e c) necessidade de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2008) atentam para o fato de que a prisão prevista no art. 20 da Lei Maria da Penha só é possível, segundo dicção do próprio artigo, após o deferimento e descumprimento de medida protetiva. Advertem, os autores, que várias dessas medidas têm caráter cível e, por esse motivo, não servem para embasar a decretação de prisão preventiva, permitida apenas em razão da prática de crimes (arts. 312 e 313, do CPP). Para os referidos juristas, nesse caso, a prisão preventiva estaria eivada de inconstitucionalidade por extrapolar as hipóteses de prisão civil elencadas taxativamente pelo art. 5º, LXVII, da CF¹⁷. Nesse ponto, discrepam do entendimento esposado por Maria Berenice Dias (2008), para a qual a prisão preventiva não está limitada à esfera criminal.

¹⁶ Só era permitida a prisão preventiva em crimes apenados com detenção se o réu fosse vadio ou se houvesse dúvida sobre sua identidade.

¹⁷ LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

A Lei Maria da Penha suscitou diversas discussões, muitas delas envolvendo a constitucionalidade de seus dispositivos. Todas as controvérsias, porém, tornam-se secundárias à questão que ora se propõe acerca da constitucionalidade da referida lei quando diz criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, somente, afastando a sua aplicação quando a vítima for homem, caso em que o agressor será processado no juízo comum ou nos juizados especiais.

O tema tem, como ponto central, o princípio constitucional da igualdade ou da isonomia, cujo estudo é de fundamental importância para o deslinde do presente trabalho.

2.1 Definição de Princípio

Com o advento do pós-positivismo, no período pós-guerra, em contraposição ao positivismo clássico, os princípios inauguraram a *idade de ouro*¹⁸, adquirindo lugar de prestígio na teoria do direito e da Constituição. Se antes o direito era concebido exclusivamente como um sistema de regras, em que os princípios eram vistos como simples diretrizes teóricas, aos quais se negava eficácia jurídica, hoje já não é novidade reconhecer seu caráter normativo.

Para Jane Reis Gonçalves Pereira e Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva,

O destaque atribuído aos princípios na atualidade não pode também ser apartado da progressiva importância que os direitos fundamentais assumiram nas últimas décadas. A positivação constitucional dos direitos deu-se sobretudo por meio de disposições dotadas de alto grau de abertura e forte carga valorativa, apresentando a estrutura que é peculiar aos princípios. Nessa perspectiva, direitos fundamentais e princípios são elementos indissociáveis na teoria constitucional. (PEIXINHO; GUERRA; FILHO, 2001. p.05)

¹⁸ Metáfora utilizada por Luis Prieto Sanchís (Sobre Principios y Normas: Problemas Del Razonamiento Juridico. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 17.

Tanto é assim que, nesse ambiente pós-positivista, surge o Constitucionalismo contemporâneo ou Neoconstitucionalismo, mais preocupado com a efetividade dos direitos fundamentais, tendo entre os seus fundamentos a superioridade, centralidade e normatividade da Constituição e a maior abertura da interpretação constitucional. Esse último, em decorrência do reconhecimento da insuficiência da subsunção como método de aplicação das normas, introduzindo, para os princípios, o método da ponderação ou sopesamento.

Para os pós-positivistas, a norma é gênero, do qual as regras e os princípios são as espécies. Essa mudança de perspectiva, assinalada, inclusive, no art. 38, 1, “c”, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, conduz à valoração dos princípios como “normas-chaves” sobre as quais se assenta todo o sistema jurídico. Retira-se, dos princípios, a programaticidade que lhes foi outorgada pela Velha Hermenêutica para conferir-lhes eficácia normativa, garantindo, com isso, a realização da Constituição em seus objetivos básicos (CANOTILHO, 2009).

Da diferenciação entre essas duas espécies normativas, extrai-se a definição de princípio. O critério utilizado com mais frequência é o da generalidade, tênue nas regras e mais acentuada nos princípios, mas muitos outros parâmetros foram formulados por juristas que se dedicaram a esse assunto. Entre eles, Ronald Dworkin, um dos destacados representantes da nova hermenêutica, estabeleceu a distinção entre princípios e regras a partir da solução dos chamados *hard cases*.

Os princípios, segundo Dworkin, são diferentes das regras do ponto de vista estrutural e lógico, representando ponto de aproximação entre o direito e a moral. Na concepção do autor, um princípio é um ‘standard que deve ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade’. (*apud* PEIXINHO; GUERRA; FILHO, 2001. p. 08)

Ambos, regras e princípios, apontam para a solução de conflitos. As regras, contudo, aplicam-se na forma do “tudo ou nada”, afastando-se a incidência de uma ou de outra a partir da aplicação dos critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade. Os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância e, por essa razão, a sua aplicação numa situação de conflito depende de processos valorativos. De acordo com Dworkin, nesse ponto reside a principal diferença entre regras e princípios: enquanto as regras são regidas por critérios de natureza formal (validade), os princípios demandam considerações de natureza moral (PEIXINHO; GUERRA; FILHO, 2001).

Alexy (*apud* PEIXINHO; GUERRA; FILHO, 2001) define os princípios como mandamentos de otimização (maximização), ou seja, normas que estabelecem que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Para ele, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não e, sendo válidas, devem ser observadas nos seus exatos termos. A solução de um conflito entre normas dá-se no campo da validade, ou por meio de cláusula de exceção ou através da declaração de nulidade de uma delas. Ao revés, a colisão entre princípios não diz respeito à validade, porque essa é pressuposto da existência de eventual choque entre eles, mas aos valores reverenciados por cada um, preponderando o de maior peso, que nem sempre será o mesmo em todas as situações analisadas.

Crisafulli (*apud* BONAVIDES, 2009, p. 273), cujos estudos foram determinantes para a consolidação da doutrina da normatividade dos princípios, os conceitua como “toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares”. Domenico Farias (*apud* BONAVIDES, 2009, p. 274) acrescenta, entre os traços caracterizadores dos princípios, a fecundidade, em razão de que “os princípios são a alma e o fundamento de outras normas”.

Canotilho (1992, p. 172-173) elenca, didaticamente, cinco diferenças básicas entre regras e princípios:

- a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) ‘Proximidade’ da ideia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ ou na ‘ideia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.”

As abordagens realizadas acerca do termo “princípios” foram investigadas e compendiadas por Ricardo Guatini (*apud* BONAVIDES, 2009) em seis conceitos distintos: 1. Princípios em referência a normas ou disposições legislativas que exprimem normas marcadas

por um alto grau de generalidade; 2. Princípios como normas providas de alto grau de indeterminação, aplicáveis somente por meio da interpretação; 3. Princípios em alusão a normas de caráter programático; 4. Princípios como normas de hierarquia elevada; 5. Princípios como designação de normas que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico ou político ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico; 6. E, por fim, princípios como normas dirigidas aos órgãos de aplicação.

A importância que os princípios assumem nos ordenamentos jurídicos é confirmada, num primeiro momento, com a sua inserção nas Constituições contemporâneas e, num segundo momento, com uma mudança de papel, de especulações metafísicas a normas positivadas, de fontes meramente supletivas a fundamentos de toda a ordem jurídica. Postos no ápice da pirâmide normativa, os princípios passam, assim, a orientar a produção legislativa e o exercício jurisdicional, pautando a atuação estatal nos valores consagrados pela Constituição.

Por esse motivo, é, hoje, impensável desenvolver estudos na área do Direito, sem que se tomem por base os princípios constitucionais pertinentes. Em específico, adentra-se, mais profundamente, na análise do princípio da igualdade, para que, com mais propriedade, proceda-se ao exame da questão proposta.

2.2 A ideia de Igualdade

A ideia de igualdade é tão antiga quanto a própria sociedade. Dois dos maiores filósofos da Antiguidade já ensaiavam alguns conceitos. Platão, em “A República”, defendia a igualdade absoluta, num Estado sem pobreza ou riqueza, cujo fim precípua seria conceder “maior felicidade ao todo e não a qualquer classe em separado”; onde mulheres e filhos deveriam ser comuns a todos os amigos; e meninas e meninos receberiam a mesma educação, “que fizessem do homem um bom guardião e da mulher uma boa guardiã, porquanto a natureza original de ambos é idêntica.” (*apud* FARIA, 1973, p.05). Em contraposição, Aristóteles defendeu o conceito proporcional ou de natureza, também

compartilhado pelos romanos, traduzido na máxima: a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Anacleto de Oliveira Faria (1973, p.06) anota, porém, que a ideia de igualdade tem origem no Cristianismo, responsável por introduzir os fundamentos primeiros da democracia contemporânea: a liberdade e a igualdade de natureza. Antes disso, explica, não há que se falar em igualdade admitindo-se como natural a existência de duas categorias de seres humanos: livres e escravos. A igualdade perante Deus, Pai Comum, foi, pois, a primeira ideia de igualdade. Amostra disso são as lições de São Paulo em várias de suas Epístolas: “Porventura Deus só o é dos judeus? Não o é Ele também dos gentios?” “Todos vós sois um só em Jesus Cristo”.

O período Renascentista foi marcado por concepções igualitárias, estampadas, por exemplo, na obra *Utopia*, de 1516. Em seu livro, Thomas More tece veemente crítica à desigualdade existente na Inglaterra de sua época, preconizando uma sociedade em que os bens seriam divididos de forma equânime e onde não haveria propriedade privada.

Com efeito, a ideia de igualdade já se esboçava na sociedade do século XVIII, quando Rousseau, traduzindo todas aquelas concepções, escreveu “*Contrato Social*”, no qual a coloca, ao lado da liberdade, como o maior bem de todos. Segundo Jean Jacques Rousseau, há dois tipos de desigualdades, uma de ordem física e outra de ordem moral ou política. A primeira decorre da diferença de saúde, inteligência, idade e, a segunda, da imposição da sociedade. A primeira, a princípio de pouca intensidade, acentuou-se em virtude da segunda. Por isso é essa última de vital importância para a compensação das desigualdades naturais.

As lições de Rousseau deram azo há duas tendências opostas, embora ambas estejam alicerçadas no conceito de igualdade: a democracia e o socialismo. Na primeira, tem-se a igualdade através da liberdade, na segunda, por meio do constrangimento e da servidão. A primeira tendência está contida, por exemplo, na Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776, segundo a qual “Nós temos por evidentes por si mesmas as verdades seguintes: todos os homens são criados iguais; eles são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis [...]”; e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26

de agosto de 1789, em seu art. 1º, “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité comum.”¹⁹

A tendência socialista, por sua vez, tem no marxismo seu maior precursor. A visão de Marx e Engels da igualdade ou, melhor dizendo, da ausência dela, assenta-se na constante luta de classes entre burgueses e proletários, que findaria com a decadência da burguesia e o domínio do proletariado, abrindo-se espaço ao livre desenvolvimento de cada um como condição para o livre desenvolvimento de todos. Para tanto, impunha-se, entre outras condições, a extinção da propriedade privada da terra, a abolição do direito sucessório, a obrigatoriedade do trabalho para todos, a igualdade entre trabalhadores da agricultura e da indústria e uma educação gratuita e pública para todas as crianças.

Paulatinamente, a igualdade passou a integrar os direitos fundamentais do homem, sendo contemplada em numerosas Constituições. A Constituição Brasileira de 1988, já em seu preâmbulo, faz menção a ela, *in verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

2.3 Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade

O direito público francês foi o primeiro a abrir as portas para a formalização e constitucionalização do princípio da igualdade, ao incorporá-lo ao texto constituinte de 03 de setembro de 1791. A partir de então, as demais Constituições passaram a recepcioná-lo até que ele se consagrasse entre os princípios estruturantes do regime geral de direitos fundamentais.

Como visto, ao longo dos séculos, diversos foram os significados atribuídos à palavra “igualdade”. Em sua origem (liberal francesa) a *égalité* propunha pouco mais que a

¹⁹ Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As diferenças sociais só podem fundar-se na utilidade comum (tradução livre).

abolição dos privilégios pessoais. O enfoque da época era a liberdade, o individualismo. Desta forma, bastava que a lei fosse igual para todos, não se exigindo dela que promovesse uma igualdade real entre os indivíduos. Por esse motivo, ao final, a Revolução Francesa mostrou-se muito mais um movimento de reformulação política, do que propriamente de mudança social. Queria-se um Estado omissivo em relação à economia, a qual deveria reger-se pela lei natural do *laissez faire, laissez passer*. Buscava-se a falência do absolutismo – do sistema hierárquico de organização social, da vocação hereditária do trono e da concentração dos poderes nas mãos do rei -, para que a burguesia pudesse conquistar a liberdade necessária à exploração da atividade econômica, sem barreiras à sua ascensão (FARIA, 1983).

A indefinição do conceito de igualdade e a negativa de conferir força normativa aos princípios fizeram com que os preceitos isonômicos, embora já fizessem parte da maioria dos textos constitucionais, não tivessem grande repercussão na realidade fática social.

Nas palavras de Carlos Roberto de Siqueira Castro (1983, p. 52):

O grande dilema de que padece o princípio da isonomia, em sua formulação liberal e burguesa, reside na impotência virtual que o mesmo apresenta para eliminar ou diminuir, a pretexto de exigência constitucional, as desigualdades materiais entre os homens. Tudo porque [...], sendo tal princípio destituído de conteúdo concreto, seu elemento teleológico cinge-se a exigir igual tratamento normativo para todos quantos estejam em idêntica situação de fato, nada aduzindo acerca do grau de justiça e moralidade das relações humanas no contexto social.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a Revolução Industrial, a igualdade passa a ser concebida também em seu aspecto material. Além de ser um direito de defesa do indivíduo face ao Estado, o qual já não mais poderia dispensar tratamento privilegiado a um ou outro indivíduo, reveste-se de um caráter positivo, de direito à prestação estatal de promover a equalização entre os grupos sociais.

Na atualidade, a definição do princípio da igualdade leva em conta esses dois aspectos: a igualdade formal e a igualdade material. O primeiro segue o mesmo entendimento defendido pelos revolucionários franceses, restringindo a ideia da igualdade à vedação de tratamento discriminatório negativo, impedindo, dessa maneira, que atos normativos, judiciais ou expedientes normativos do Poder Público vinculem a concessão de privilégios, isenções pessoais e regalias a critérios raciais, religiosos ou classistas.

A igualdade formal, contida no *caput* do art. 5º, da CF, é, antes de tudo, uma regra geral que confere previsibilidade e legitimação ao ordenamento jurídico, sob a afirmativa de que todas as pessoas estão submetidas às mesmas leis e tribunais. A igualdade

formal é, pois, corolário da generalização, ao passo que veda arbitrariedades e impõe tratamento igual para situações iguais e, por equiparação, também às desiguais, nas quais as disparidades são reputadas irrelevantes. Nem todas as diferenças, contudo, são insignificantes ao direito, algumas merecendo tratamento diferenciado para assegurar a igualdade real. Para a regulação desses casos, presta-se a segunda face da igualdade.

A acepção material aproxima-se do conceito de igualdade em Aristóteles, para o qual, de fato, o tratamento desigual deve ser vedado quando destinado a indivíduos iguais, devendo, contudo, ser imperativo entre os desiguais, a fim de que se promova o nivelamento entre eles, de forma a alcançar a igualdade. Impõe-se, assim, ao Estado, além da não discriminação, o dever de promover a igualdade de oportunidades entre os indivíduos, seja através de políticas públicas ou com a promulgação de leis que busquem compensar as desigualdades de fato.

Note-se que o segundo conceito de igualdade absorve e amplia o primeiro, pois igualdade formal e igualdade material são manifestações do princípio da isonomia em duas gerações sucessivas de direitos fundamentais. Para ser mais explícito, o princípio da igualdade material não só veda o tratamento discriminatório, como também preconiza a implementação de políticas públicas tendentes a mitigar as desigualdades de fato.

A diferença está basicamente na postura do Estado em relação à igualdade, pois, enquanto o Estado Liberal se contenta em não produzir institucionalmente a desequiparação, o Estado Social, berço da segunda geração, arroga para si a missão de produzir a equalização como compromisso constitucional.” (CAVALCANTI, 2008, p. 115)

A Constituição Brasileira de 1988 inaugura o Capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” dispondo que “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 [...]” (Art. 5º, da CF).

De cunho eminentemente formal, a norma contida no *caput* do art. 5º, é reforçada por outras que preconizam a igualdade material, como a do art. 5º, I, que declara que “homens e mulheres são iguais em direitos e em obrigações”; do art. 7º, XXX, que proíbe a “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”; XXXI, que veda “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”; XXXII, que impede a diferenciação entre o trabalho manual, técnico e intelectual; XXXIV, relativo à igualdade entre o trabalhador permanente e o avulso.

Da mesma forma, o princípio da igualdade faz-se presente nas normas relativas à universalidade da seguridade social, à garantia ao direito à saúde e à educação, etc. No campo processual, o princípio igualitário reflete nas disposições do art. 5º, XXXVII, que prescreve que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e LIII, pelo qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. No âmbito do direito tributário, o princípio da isonomia consta nos artigos 150, II, 151, I e 145, §1º, todos da CF. Em específico, o art. 226, §5º, trata da igualdade de direitos e deveres ínsitos à sociedade conjugal. Apresenta-se, ainda, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, III e IV, da CF.

Igualdade formal e igualdade material fundem-se para, juntas, emprestar significado ao princípio da isonomia. Uma ou outra, isoladamente, não satisfaria sua larga abrangência, nem lhe daria a efetividade almejada. Isso porque, reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade mostra-se injusto, vez que alheio às especificidades de cada grupo social. Um tratamento isonômico nem sempre resulta em uma situação de igualdade. Basta pensar que as responsabilidades dos adultos não são as mesmas que as de uma criança; que os direitos e encargos de um advogado são distintos daqueles que competem a um médico ou arquiteto. Por outro lado, sob um ponto de vista exclusivamente material, a premissa antes exposta pode legitimar absurdos, tais como “todos os indivíduos de raça negra, porque iguais, devem ser tratados igualmente em escolas separadas das dos brancos”.

São grandes as dificuldades de composição e de equilíbrio entre essas noções funcionais do princípio da igualdade. Pois, se a igualdade como generalidade, por seu caráter neutral não oferece dúvidas, todos os problemas surgem quando se questiona as exigências de equiparação e de diferenciação, porque é aí que o princípio cobra real significado, desafiando o engenho do jurista na arte de esgrimir argumentação racional e convincente sobre o que deve ou pode ser equiparado ou diferenciado, quais os critérios e medidas a serem utilizados segundo os fins válidos na ordem constitucional. (VIVEIROS, p. 04)

Verifica-se, com isso, a insuficiência da fórmula aristotélica, porque, afinal, quem são os iguais e quem são os desiguais? E mais: quais são os elementos que podem ser erigidos como critérios diferenciadores entre indivíduos e situações?

Uma leitura perfunctória da Constituição levaria a crer que determinadas características pessoais, tais como cor, sexo e idade, não poderiam, por si sós e independentemente de outras circunstâncias, servir de parâmetro para a desigualação, sob pena de desrespeitar a isonomia. No entanto, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 17) “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser

escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.”

O autor ilustra seu pensar com alguns exemplos práticos: numa região atingida por uma epidemia, a que são imunes indivíduos de determinada raça, pode a lei estabelecer que apenas indivíduos pertencentes a essa raça possam candidatar-se a cargos públicos de enfermeiros; não fere a isonomia a admissão apenas de mulheres em concursos para o provimento de cargos de polícia feminina.

Destarte, o que o ditame constitucional pretendeu, ao arrolar os elementos origem, raça, sexo, cor e idade, foi impedir que esses traços, já utilizados em outras épocas como fontes de desequiparações injustas, fossem tomados novamente como *ratio* fundamentadora de discriminações fortuitas e injustificadas. Na ocasião da elaboração da Constituição, aqueles eram os exemplos que mais haviam marcado a sociedade, podendo somar-se a eles outros fenômenos típicos da sociedade atual, como a renda e a orientação sexual (TAVARES 2009; MELLO 1999).

Independentemente do fator de *discrímen* utilizado, a compatibilidade da discriminação com o princípio igualitário resulta de uma correlação lógica, desde que recepcionada pela Constituição, entre o critério eleito para estabelecer a diferenciação e a desigualdade de tratamento dele resultante.

Quem nos dá, com propriedade, os critérios a serem examinados para o estabelecimento de diferenciações sem que delas resulte a quebra da isonomia é Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 21), em obra pioneira, tomada como base por muitos dos juristas consultados, como André Ramos Tavares (2009), motivo pelo qual também será o pano de fundo do presente estudo.

São eles: o elemento tomado como fator de desigualação; a correlação lógica abstrata existente entre o elemento escolhido e a disparidade estabelecida e a constitucionalidade dessa correlação. O desrespeito a qualquer desses aspectos autoriza a conclusão de que a norma está desajustada com o princípio da igualdade.

O aspecto relativo ao fator de discriminação remete à apreciação de outros dois requisitos: o traço diferenciador deve ser inerente à pessoa, à coisa ou à situação e não pode ser tão específico que singularize no presente, de modo absoluto, o destinatário. Pelo primeiro se quer dizer apenas que a lei não pode tomar como fator de discriminação um elemento que seja alheio às coisas ou às pessoas, como o é o tempo. André Ramos Tavares

(2009, p. 574) faz alusão à condição de homem, na medida em que esse não seria um critério “capaz de estabelecer distinção de tratamento válida e eficaz”. O segundo requisito é de maior complexidade e decorre do próprio escopo do princípio da igualdade: propiciar a garantia individual e tolher favoritismos.

Ora, a lei que, na forma aludida, singularizasse o destinatário estaria, ipso facto, incorrendo em uma dentre as duas hipóteses acauteladas pelo mandamento da isonomia, porquanto corresponderia ou à imposição de um gravame incidente sobre um só indivíduo ou à atribuição de um benefício a uma única pessoa, sem ensanchar sujeição ou oportunidade aos demais. (MELLO, 1999, p. 23-24)

Para a garantia da igualdade da norma não bastam formulações genéricas e abstratas, vez que a especificação do destinatário pode se dar de forma escancarada ou maquiada, de forma que, muito embora observadas a generalidade e a abstração, indiretamente, a norma beneficie ou onere um único indivíduo.

A norma individualizadora pode se apresentar logicamente insuscetível de se reproduzir ou materialmente inviável. Seria exemplo da primeira situação, lei que declarasse conceder determinado benefício aos que houvessem praticado um ato específico, no ano anterior, sendo notória a referência a um único indivíduo. Na segunda situação incorre a norma que prevê a concessão de benefício ao Presidente da República que tomou posse com tal idade, portador de específico título universitário e que houvesse exercido os cargos X e Y, descrevendo o destinatário com tamanha especificidade que não haveria como conceber situações supervenientes capazes de se adequar a ela (MELLO, 1999).

Em ambos os casos a norma estaria infringindo a igualdade. Situação diversa é a da lei que atinge um grupo de pessoas ou vise a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente, quando, então, não representaria ameaça à igualdade. É o caso de regra que estabeleça que “Será condecorado com as honrarias da República aquele que descobrir a cura da *aids*” (TAVARES, 2009, p. 572).

O segundo dos três aspectos no exame da correção da norma face ao princípio isonômico diz respeito à relação de pertinência lógica que deve existir entre o fator de discrimen eleito e a discriminação dele resultante. Mello (1999, p. 38) exemplifica com duas situações que têm como critério diferenciador a compleição física. Na primeira, a lei dispõe que, aos funcionários que estejam acima do peso, é concedido o afastamento remunerado para assistir a congresso religioso, vedando-o aos funcionários magros. Na segunda situação, veda-se aos funcionários gordos o exercício, no serviço militar, de funções que reclamem presença imponente. Em ambos os casos, o fator diferenciador é o mesmo (o

porte físico). No primeiro caso, contudo, há evidente agravo ao princípio da igualdade, em razão da ausência de correlação entre o fator erigido e a diferença dele advinda, enquanto, no segundo, a diferenciação encontra-se justificada e, por conseguinte, em consonância com a isonomia.

Por fim, “a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento.” (MELLO, 1999, p. 42). No mais, é de se observar que a lógica da correlação entre o fator de discrimen e a desigualdade pode depender das concepções vigentes numa determinada época. Se antes, por exemplo, entendia-se plenamente admissível a vedação do sufrágio à mulher, hoje tal discriminação é inconcebível.

2.4 A Igualdade nas Relações de Gênero

Sem dúvida, um dos campos mais férteis de discussão acerca da efetividade do princípio da igualdade é o das relações de gênero. Não há como negar a histórica submissão da mulher, ainda não suplantada, não obstante as incessantes lutas feministas empreendidas ao longo dos séculos com repercussão nas mais diferentes esferas sociais. Essa discriminação sexista confunde-se com a própria origem da instituição familiar no mundo.

A família era, na sua origem, matriarcal. Foi com o advento da propriedade privada que se deu uma das maiores revoluções que a humanidade já conheceu: a transição para o regime patriarcal (ENGELS, 1976).

Engels (1976) identificou três fases da organização familiar: a família consanguínea, a família punaluana e a família sindiásmica. Nas duas primeiras fases, têm-se as uniões conjugais por grupos. A primeira forma familiar classifica os grupos conjugais por gerações, em que o vínculo entre irmãos pressupõe a relação sexual. Nesse período, os únicos que não mantinham relações entre si eram os ascendentes e descendentes.

Na segunda fase, excluem-se das relações sexuais, além dos pais e filhos, os irmãos entre si.

Este é o tipo clássico de uma formação de família (Familien-formation) que sofreu, mais tarde, uma série de variações, e cujo traço característico essencial era a comunidade recíproca de maridos e mulheres no seio de um determinado círculo familiar, do qual foram excluídos, todavia, no princípio, os irmãos carnais e, mais tarde, também os irmãos mais afastados das mulheres, ocorrendo o mesmo com as irmãs dos maridos. (ENGELS, 1976, p. 41)

À medida que se propagavam as classes de irmãos e irmãs, entre as quais agora era vedada a união, foi-se abolindo os matrimônios por grupos, gradativamente substituídos pela terceira geração da família, a sindiásmica. Nesse estágio, as uniões são por pares – um homem e uma mulher - embora a infidelidade ocasional continue a ser um direito dos homens, mas não das mulheres. O vínculo conjugal é efêmero, podendo ser dissolvido por qualquer das partes, ficando os filhos, sempre, com a mãe.

“A evolução da família nos tempos pré-históricos, portanto, consiste numa redução constante do círculo em cujo seio prevalece a comunidade conjugal entre os sexos, círculo que originariamente abarcava a tribo inteira.” (ENGELS, 1976, p. 48). E é esse estado de coisas que, após uma série de transformações, resultou na organização familiar que predomina na sociedade ocidental atual, a monogâmica.

Até então, o progresso das formas familiares, da consangüínea à punaluna e desta à sindiásmica, tinha se operado por um processo de seleção natural.

Segundo Morgan, o ‘matrimônio entre gens’²⁰ não consanguíneas engendra uma raça mais forte, tanto física como mentalmente; mesclavam-se duas tribos adiantadas, e os novos crânios e cérebros cresciam naturalmente até que compreendiam as capacidades de ambas as tribos. As tribos que haviam adotado o regime das gens estavam chamadas, pois, a predominar sobre as mais atrasadas, ou a arrastá-las com seu exemplo. (ENGELS, 1976, p. 49)

Diversamente, o surgimento da família monogâmica teve, como determinantes, fatores de ordem social. O desenvolvimento da agricultura e a intensificação da criação de gado permitiram o acúmulo de riquezas, fazendo nascer novas relações sociais. Os alimentos, que antes deviam ser conquistados a cada dia, através da caça, passaram a depender unicamente da vigilância e cuidados com o rebanho.

Dessa forma, pois, as riquezas, à medida que iam aumentando, davam, por um lado, ao homem uma posição mais importante que a da mulher na família e, por outro lado, faziam com que nascesse nele a idéia de valer-se desta vantagem para modificar, em proveito de seus filhos, a ordem da herança estabelecida. Mas isso não se poderia fazer enquanto permanecesse vigente a filiação segundo o direito materno. (ENGELS, 1976, p. 59)

Note-se que, nas duas primeiras fases descritas por Engels, não se podia ter certeza da paternidade de uma criança. Considerando que as relações sexuais eram praticadas entre todos os membros do grupo, ou com algumas limitações, podia-se saber tão somente

²⁰ Gens constitui-se num círculo fechado de parentes consangüíneos por linha feminina (ENGELS, 1976, p. 44).

quem era a mãe. Por esse motivo, reconhecia-se apenas a linhagem feminina e a descendência só era estabelecida do lado materno.

Nesse período, as mulheres não só eram livres, como também muito valorizadas. “As mulheres constituíam a grande força dentro dos clãs (gens) e, mesmo, em todos os lugares. Elas não vacilavam, quando a ocasião exigia, em destituir um chefe e rebaixá-lo à condição de mero guerreiro.” (ENGELS, 1976, p. 51). Segundo Leda Maria Hermann (2008, p. 50), a preponderância feminina devia-se, basicamente, a dois fatores: a forma de subsistência – coleta de frutas e vegetais e caça de pequenos animais -, que não dependia de força física; e a sua capacidade geradora. Fatores esses que garantiam à mulher poder político e econômico, “originando – ao avesso da freudiana *inveja do pênis* – uma inconsciente *inveja do útero*.”

Com a nova organização sindiásmica, em que as uniões são por pares e a infidelidade feminina é severamente reprimida, torna-se possível não só a identificação da mãe, como também do verdadeiro pai. Nesse período, as uniões são frágeis, e, na dissolução, assim como a mulher ficava com o filho e com os utensílios domésticos, ao homem era dado o direito de levar consigo os instrumentos de trabalho, porque a ele competia a tarefa de buscar alimentos à família e os materiais por ele utilizados para esse intento eram considerados de sua propriedade.

Enquanto os bens transmitidos de mãe para filho e de pai para irmãos eram poucos, a descendência era de pouca importância. No entanto, o crescimento dos rebanhos - de propriedade paterna, porque instrumentos de trabalho - fez da sucessão patrimonial o ponto crucial para a abolição da filiação feminina e do direito hereditário materno e sua substituição pela filiação masculina e pelo direito hereditário paterno. Acredita-se que o matriarcado desapareceu, definitivamente, por volta de 2.000 a.C. (ENGELS 1976; HERMANN 2008).

A mulher é, então, transformada em mero instrumento de reprodução, assumindo as funções de governanta da casa e dos escravos e de ser mãe dos filhos legítimos do marido, seus herdeiros diretos. E, para assegurar a certeza quanto à paternidade dos filhos, exige-se dela que guarde uma castidade e uma fidelidade conjugal rigorosa. A família é de tal forma reorganizada que todos os seus membros, livres e não livres, submetem-se ao poder do homem, ao qual, para prevenir ou reprimir o adultério, é permitido até mesmo matar sua mulher.

A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada

de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história. [...] ‘A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos’. [...] o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino. (ENGELS, 1976, p. 66)

A desigualdade entre homens e mulheres persistiu ao longo dos anos, chegando a refletir nas legislações do século XX. O art. 6º, do Código Civil Brasileiro de 1916, por exemplo, colocava a mulher, ao lado dos pródigos e dos silvícolas, entre os relativamente incapazes para os atos da vida civil; o art. 36 do mesmo Estatuto fixava o domicílio da mulher como sendo o mesmo do marido; o art. 219, IV, previa a possibilidade de invalidação do casamento com base no defloramento da mulher ignorado pelo marido, considerando-o erro essencial sobre a pessoa; o art. 233, *caput*, conferia ao marido a chefia da sociedade conjugal; o art. 242, II, III e IV, enumerava atos que a mulher não podia praticar sem a autorização marital, dentre outras discriminações.

A moral sexual da mulher foi, inclusive, objeto de controle jurídico-penal. O crime de defloramento constou da legislação penal até o advento do Código Penal de 1940. O tipo penal de adultério (art. 240) só foi revogado em 2005, pela Lei 11.106/05, bem como o de sedução (art. 217) e de rapto com conotação sexual (arts. 219, 220, 221 e 222). Referida lei também excluiu a adjetivação “honesta” do art. 215, do CP, que trata da posse sexual mediante fraude. Somente com a entrada em vigor da recente Lei 12.015/09, os artigos 215, 213 (estupro) tiveram o vocábulo “mulher” substituído por “alguém”, afastando a vitimação com base no gênero.

A luta pelo direito ao voto foi o impulso fundamental dos movimentos feministas.

A constituição imperial de 1891 não excluía a mulher do voto, o que levou muitas delas a requerer seu alistamento. Os pedidos foram indeferidos sob argumento de que a omissão constitucional não autorizava o voto feminino, mas resultava do fato de não ser a mulher considerada como indivíduo dotado de direitos políticos. (HERMANN, 2007, p. 69)

Foi, principalmente, após o ingresso das mulheres no mercado de trabalho que elas começaram a conquistar alguns direitos. Em 1920, inglesas e americanas tiveram acesso ao sufrágio. No Brasil, o direito de voto e de representação política foi estendido às mulheres com o Código Eleitoral de 1933.

Desde então, o movimento feminista dividia-se em duas vertentes: o feminismo doméstico ou maternal, majoritária na época, e o feminismo do poder. A primeira

delas defendia a superioridade feminina com base na função maternal, a valorização da capacidade de convencimento das mulheres, a identidade com a natureza, o desprezo ao dinheiro, a crítica à aparência e sexualidade de outras mulheres e a demonização do homem, considerado agressor, competitivo e violento (HERMANN, 2008).

Ao identificar os atributos e virtudes do feminino apenas com as mulheres – e somente com aquelas que pensavam e agiam de acordo com os rígidos princípios do movimento – o feminismo doméstico, também chamado *feminismo da vítima*, desconsiderava as potencialidades racionais, produtivas e representativas (yang) das próprias mulheres e a possibilidade de fazer emergir nos homens as qualidades ínsitas ao princípio vital do feminino (ying), comuns a todos os seres humanos. (HERMANN, 2008, p. 71)

A segunda defendia o livre e prazeroso exercício da sexualidade feminina e a liberdade individual para definir valores quanto à aparência e à vida sexual. Essa vertente desprezava o machismo e não os homens e pregava a igualdade absoluta entre os sexos (HERMANN, 2008).

Com a conquista do direito ao voto, único ideal comum de ambas as correntes, a oposição entre elas fez com que o movimento esmaecesse, ressurgindo somente com o fim da Segunda Guerra Mundial, quando as mulheres já ocupavam a maioria dos postos de trabalhos e das cadeiras universitárias. Nessa época, surge uma nova vertente do movimento feminista, o feminismo da diferença, que preconizava a aceitação das diferenças entre homens e mulheres e o reconhecimento de que elas não significam a inferioridade de uns e superioridade dos outros. E mais, a valorização da maternidade e a sua harmonização com as funções domésticas e com o trabalho remunerado, bem como o respeito pela opção individual de permanecer exclusivamente no lar (HERMANN, 2008).

A conquista do mercado de trabalho abriu às mulheres as portas para a conquista da igualdade de gêneros, esta, formalizada pelas Constituições contemporâneas. A Constituição Brasileira, além de dispor que “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*, da CF), fez constar também que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º, I, da CF). A última parte do dispositivo ressalva as três exceções previstas no texto constitucional: a primeira relativa ao tempo de contribuição para a previdência, de “sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher” (art. 40, III, a, da CF); a segunda dispensa a mulher do serviço militar obrigatório (art. 143, §2º, da CF); e a terceira referente à licença à gestante (art. 7º, XVIII, da CF).

Apesar dos largos passos dados em direção à igualdade material entre homens e mulheres, estas, ainda nos dias de hoje, são vilipendiadas, até mesmo, e talvez com maior intensidade e frequência, no espaço doméstico, justamente onde deveriam ser mais respeitadas e amadas.

As denúncias de violência doméstica e familiar tiveram início somente nos idos de 1978, expondo um problema que há muito tempo afligia os lares brasileiros, marcadamente com ameaças, espancamentos, tentativas de homicídios e mesmo a forma consumada de homicídio de esposas e concubinas. A Lei do Divórcio de 1977 alavancou as acusações formais das mulheres que sofriam violência dos maridos, fundada exclusivamente na condição jurídica que determinava seu desligamento matrimonial. (PARODI; GAMA, 2009, p. 62-63)

Por diversos anos, os autores de crimes contra suas mulheres eram absolvidos ou tinham suas penas mitigadas, com base nas teses defensivas do reconhecimento da excludente de ilicitude, consistente na legítima defesa da honra ou do homicídio privilegiado pela violenta emoção.

Retrato do pensamento vigente há bem pouco tempo atrás, extrai-se de julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.517/PR. Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho. DJ de 11.03.1991), o acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Paraná, que acolhe a tese da legítima defesa da honra.

A decisão proferida pela Segunda Câmara Criminal do TJPR está assim ementada:

Homicídio duplo – Alegação de legítima defesa da honra – Absolvição – Réu que surpreende a esposa, nua, em quarto de hotel, acompanhada de outro – Reação violenta justificada ante o impacto proporcionado pela cena – Juízo popular que, ainda, reconhece ultraje ao marido o adultério da mulher – Consciência popular que não contraria, manifestamente, a prova dos autos – Improvimento do recurso. (fl. 02, do relatório)

Ao recurso especial interposto pela Justiça Pública foi dado provimento, pasme, por maioria, com dois votos vencidos pela manutenção do julgamento do Conselho de Sentença. Há menos de 20 anos, essa questão ainda não havia sido pacificada.

Colhe-se do voto (vencido) do Ministro Vicente Cernicchiaro:

No período que se denominava sociedade patriarcal, o marido que cometesse esse ato extremo iria ao Tribunal do Júri por razão exclusivamente formal. A sociedade impunha-lhe, do ponto de vista cultural, obrigação de reagir de forma veemente, sob pena de dirigir-lhe adjetivos negativos, resultantes da sua complacência. O Livro V das Ordenações Filipinas estabelecia, inclusive como infração penal, a anuência tácita do marido, tanto que o condenava a percorrer a cidade portando uma capela de chifres. [...] Hoje, os valores estão se modificando. Os grupos feministas, tomando posição a esse respeito, comparecem às portas do Tribunal do Júri, vêm exigindo forma diferente de decisão. (fls. 01-02, do voto-vencido)

Como se vê, a violência doméstica e familiar era institucionalizada e legitimada pelo sistema judiciário, sem maiores indagações a esse respeito.

A primeira delegacia especializada foi criada em 1985, em São Paulo, para dar exclusivo atendimento às ocorrências de violência contra mulheres. A partir daí, emergiram diversas campanhas públicas de prevenção e repressão da violência doméstica.

Existem algumas pesquisas sobre a vitimização da mulher de âmbito nacional, mas devido à partimentalização das perspectivas analisadas e dos dados resultantes não é possível ter uma visão ampla da realidade. A primeira pesquisa foi realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em 1988, e, embora de caráter genérico, trouxe alguns dados importantes: 63% das vítimas de violência no espaço doméstico eram mulheres e, em mais de 70% dos casos, o agressor era seu próprio marido ou companheiro (SOARES, 2006).

Em 2001, a Fundação Perseu Abramo realizou uma nova pesquisa, intitulada “A Mulher Brasileira nos Espaços Públicos e Privados”, segundo a qual, inicialmente, 19% das brasileiras declararam terem sido vítimas de algum tipo de violência, cometida por um homem, em algum momento da vida; 16% das entrevistadas relataram casos de violência física, nas mesmas condições.

Quando as entrevistadas foram estimuladas pela citação de diferentes formas de agressão, o índice de violência passa para 43% e 33%, respectivamente. 57% das mulheres brasileiras declararam nunca ter sofrido qualquer tipo de violência por parte de algum homem.

No item “Vínculo com o agressor”, segundo dados colhidos no site da Fundação Perseu Abramo, “A responsabilidade do marido ou parceiro como principal agressor varia entre 53% (ameaça à integridade física com armas) e 70% (quebradeira) das ocorrências de violência em qualquer das modalidades investigadas, excetuando-se o assédio”. Foram citados, ainda, o ex-marido, o ex-companheiro e o ex-namorado.

A projeção da taxa de espancamento (11%) para o universo investigado (61,5 milhões) indica que pelo menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez. Considerando-se que entre as que admitiram ter sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país (ou em 2001, pois não se sabe se estariam aumentando ou diminuindo), 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minuto – uma a cada 15 segundos. (VENTURI; RECAMÁN, 2001)

O tema ganhava cada vez mais espaço de discussão e importância como objeto de ações e campanhas públicas, quando veio a lume o caso Maria da Penha. Foi o impulso que faltava para a elaboração e aprovação de lei que cuidasse diretamente da violência doméstica e familiar, prevenindo-a e reprimindo-a. Mas será que a histórica opressão do feminino pelo masculino justifica uma proteção especial às mulheres? O tratamento diferenciado dispensado pela Lei 11.340/06 não estaria em desacordo com o princípio da igualdade? Em que implica essa restrição e quais seriam as consequências de estender a aplicação da Lei Maria da Penha aos homens? A violência doméstica, no âmbito e abrangência desta lei, ocorre só contra mulheres?

3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA: O SUJEITO PASSIVO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Inicialmente, forçoso esclarecer que não se nega a importância da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Pelo contrário, sua promulgação livrou essa questão das amarras do silêncio e da convivência social, para cuja perpetuação contribui a repetição, ainda que jocosamente, de ditados populares como o que diz que “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher” ou “ele pode não saber por que bate, mas ela sabe por que apanha”, rememorados por Maria Berenice Dias (2008, p. 15). Foi a Lei 11.340/06 a responsável por levar aos meios de comunicação e, por reflexo, às ruas e aos lares brasileiros, os dados da violência, despertando a atenção de todos para a impunidade que vigorava em relação a esses crimes.

Altamiro de Araújo Lima Filho (2007, p. 23) adverte que referida lei “encontra-se eivada de lugares comuns, lacunas, sonhos, imprecisões jurídicas, exageros, unilateralismos e juízos preconcebidos, a exemplo do ‘todo ser masculino é hostil e criminoso’.” De qualquer forma, continua o autor, a Lei Maria da Penha significou um avanço na luta feminista. Será mesmo?

A inconstitucionalidade da Lei 11.340/06, no que diz respeito à restrição do sujeito passivo dos delitos nela descritos, foi levantada por diversos juristas, sob o argumento de afronta ao art. 5º, I, da CF. Por outro lado, os que defendem estar a lei em plena consonância não só com a Constituição Brasileira, como também com os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, sustentam tratar-se de mais uma ação afirmativa que visa à proteção dos vulneráveis e à garantia de uma igualdade material, assim como o são o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

A abordagem do tema deve levar em conta a ponderação entre a máxima efetividade dos direitos fundamentais da mulher e a mínima ofensa à isonomia, o que implica uma breve revisitação ao princípio constitucional da igualdade, ponto central deste embate.

3.1 A Lei Maria da Penha e o Princípio da Igualdade: Por que não proteger os homens?

Num primeiro momento, a proteção especial conferida pela Lei 11.340/06 à mulher encontra amparo na própria história de opressão feminina e no caráter fortemente patriarcal com que se revestiram as sociedades ao longo dos tempos.

Nesse sentido, posiciona-se Maria Berenice Dias (2008, p. 56):

O modelo conservador da sociedade coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão tornando-a vítima da violência masculina. Ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural. Por isso se fazem necessárias equalizações por meio de discriminações positivas, medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, conseqüências de um passado discriminatório. Daí o significado da lei: assegurar à mulher o direito à sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

A Lei Maria da Penha representaria, assim e a princípio, um avanço na luta feminista pela igualdade de gêneros (SANTOS, 2009).

No intuito de consolidar a tese da inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, há aqueles que sustentam que a Constituição Federal já excepcionou as situações que devem ser desigualladas e que, portanto, não poderia o fazer o legislador ordinário, porque estaria usurpando competências. Não parece que seja esse o caminho, porque simplório ao se abster de adentrar no mérito da discussão.

De um lado, os defensores da lei invocam o princípio constitucional da igualdade para fortalecer seu posicionamento, de outro, diametralmente oposto, hasteia-se o mesmo princípio como alicerce da tese de inconstitucionalidade. A isonomia é, pois, o cerne da controvérsia e sobre ela o exame da questão deve-se debruçar. Para tanto, necessário que se traga à baila, novamente, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (1999) sobre os critérios norteadores da fixação de um tratamento diferenciado.

Resgatam-se os três elementos que orientam o estabelecimento de desigualação sem quebra do princípio isonômico: o critério tomado como fator de diferenciação; a correlação lógica abstrata existente entre o critério escolhido e a disparidade estabelecida e a constitucionalidade dessa correlação.

Conforme já frisado alhures, não obstante a Constituição vedar o tratamento desigual com base no sexo, demonstrou o referido doutrinador a possibilidade desse elemento

se constituir em fator legítimo de *discrîmen*, dependendo da disparidade dele resultante. Dito isso, passa-se ao segundo aspecto a ser considerado, a relação de pertinência lógica entre o fator de *discrîmen* eleito (sexo) e a discriminação dele resultante (exclusão do homem do amparo conferido pela Lei Maria da Penha).

A existência ou não dessa correlação pode ser aferida a partir das respostas a questionamentos como: a diferença de sexo autoriza a concessão tão somente à mulher de mecanismos mais rígidos de proteção contra a violência? O mesmo fundamento pelo qual as mulheres são dispensadas do serviço militar obrigatório explica um tratamento mais benéfico às vítimas femininas de violência doméstica e familiar? Os homens agredidos em seus lares não são tão vilipendiados em seus direitos e integridade quanto às mulheres violentadas?

A fim de aclarar a inconsistência dessa diferenciação de tratamento, tome-se como parâmetro um outro exemplo. Nos caixas preferenciais de agências bancárias e supermercados, em regra, constam nas placas indicativas “idosos, deficientes físicos, gestantes e mulheres (mães) com crianças de colo”. Por razões óbvias, é impensável questionar-se de eventual ofensa ao princípio da igualdade no uso do vocábulo “gestantes” ou “mulheres grávidas”. Entretanto, negar-se-ia a um pai acompanhado de uma criança pequena a preferência no atendimento, porque essa só é conferida às mulheres ou mães que estejam com crianças de colo?

Embora sejam as mães que com mais frequência encontram-se acompanhadas de seus filhos, um pai que esteja acompanhado de uma criança menor poderá gozar da prioridade no atendimento. Isso porque o que se quer com os caixas preferenciais é reduzir o tempo de espera das pessoas que se encontrem mais debilitadas ou com mais dificuldades de locomoção, independentemente de serem elas homens ou mulheres.

Retomando a análise da Lei Maria da Penha, tem-se que a ênfase principal da lei não é a questão de gênero, mas a violência perpetrada no seio das relações domésticas e familiares.

Em reforço a esse entendimento, o parágrafo único do art. 5º da Lei 11.340/06 abriga também as relações homoafetivas, motivo pelo qual a maioria dos doutrinadores admite a possibilidade dos crimes de violência doméstica e familiar serem praticados tanto por homens quanto por mulheres²¹. Nesse último caso, em que a mulher

²¹ Quanto à possibilidade de a mulher ser o sujeito ativo, diz-se que seria inaceitável que, no mesmo ambiente doméstico e familiar, o neto que agrida a avó esteja sujeito às regras da Lei Maria da Penha, enquanto que a neta que pratique os mesmos atos não se submeta às mesmas

figura como sujeito ativo do delito, é evidente não haver motivação de gênero na prática da agressão.

Nesse sentido, leciona Sérgio Ricardo de Souza (2009, p. 47):

[...] a ênfase principal da lei não é a questão de gênero, tendo o legislador dado prioridade à criação de mecanismos que coibam e previnam a violência doméstica e familiar contra a mulher, sem importar o gênero do agressor que tanto pode ser homem quanto mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

De qualquer sorte, independentemente da finalidade precípua da lei, a proteção da mulher ou a repressão à violência doméstica e familiar, o que justifica a exclusão do homem como sujeito passivo dos crimes previstos na Lei Maria da Penha?

Nesse ponto, cabe perscrutar em que exatamente consiste esse tratamento diferenciado que é negado aos homens. É que, conforme já exposto, em matéria penal a Lei 11.340/06 não trouxe nenhuma inovação de tipo. As alterações operadas no art. 129, §9º e §11, do CP, incidem em relação ao crime praticado contra qualquer pessoa, homem ou mulher. Com relação à parte final acrescida à letra “f” do inciso II do art. 61, do mesmo Estatuto, no capítulo 1 deste trabalho havia sido feita uma ressalva acerca da sua pouca utilidade, uma vez que as demais hipóteses contidas na referida alínea já prevêm como circunstâncias agravantes o fato de o crime ter sido cometido “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”.

Outros são seus méritos e, entre eles, destacam-se duas grandes inovações. A primeira é a retirada dos delitos de violência doméstica e familiar dos juizados especiais criminais e, a segunda, o rol de medidas protetivas de urgência.

A maior parte das medidas protetivas elencadas pela Lei Maria da Penha visam o rompimento da relação entre vítima e agressor, citam-se, como exemplos, o afastamento do agressor do lar, a proibição de aproximação e contato com a vítima, a proibição de freqüentar determinados lugares, a suspensão ou restrição de visitas aos dependentes menores, bem como o inverso, a retirada da ofendida do lar e seu encaminhamento a programas de proteção ou a sua recondução ao lar após a saída do agressor.

regras. O contrário também não é verdadeiro? Não seria inaceitável que, no mesmo ambiente doméstico e familiar, o neto que agrida a avó esteja sujeito às regras da referida lei, enquanto que, tendo sido o avô o agredido, o mesmo neto não esteja sujeito às mesmas regras?

Com isso, fica fácil perceber que as medidas protetivas previstas fazem-se necessárias não em virtude do gênero, mas em razão da proximidade entre essa e o agressor. Enquanto que nos demais crimes a proximidade entre vítima e agressor, em regra, não existe antes do delito, nos crimes de violência doméstica e familiar há uma relação anterior ao fato criminoso que precisa ser rompida para o regular e eficaz processamento da respectiva ação penal, sem que essa acarrete maiores prejuízos à vítima.

Numa situação hipotética, a mulher vítima de lesões corporais leves perpetradas pelo ex-marido que representa²² contra ele poderá requerer ao juiz o deferimento de medida protetiva que proíba a sua aproximação, bem como o contato por qualquer meio. Se o ex-marido descumprir a medida imposta, poderá ser, inclusive, decretada a sua prisão preventiva, nos termos do art. 313, IV, do CPP. Ademais, afastada a incidência da Lei 9.099/95, o réu não mais terá direito à suspensão condicional do processo.

Em contrapartida, invertendo-se os pólos ativo e passivo da demanda, considerando ter sido o homem agredido por sua ex-mulher, assiste à agressora o direito de *sursis* processual, desde que presentes os demais requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95, podendo a ré, inclusive, livrar-se do cumprimento da pena privativa de liberdade mediante o pagamento de cestas básicas.

Assim, pelo texto normativo, a vítima mulher é assistida por mecanismos de proteção e de punição do agressor, que são negados ao homem vítima de violência doméstica e familiar; o agressor homem pode ser preso preventivamente, enquanto a mulher poderá livrar-se da pena com o pagamento de cestas básicas; o homem agressor será processado e julgado no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e, a mulher agressora, pela simples condição sexual, responde perante outro juízo, numa visível ofensa ao art. 5º, XXXVII, da CF, segundo o qual “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (SANTIN, 2009).

Como se vê, a pretexto de proteger a mulher, numa pseudopostura “politicamente correta”, a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento de homem e mulher, ao prever sanções a uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana, a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger especialmente a mulher, numa aparente formação de casta feminina. (SANTIN, 2009)

²² Ressalvada a divergência quanto à natureza da ação nos delitos de lesão corporal de natureza leve, pública incondicionada ou condicionada à representação. A divergência decorre da vedação trazida pelo art. 41 da Lei Maria da Penha no que se refere à aplicação da Lei 9.099/95, que até então regia referidos processos. Para alguns, a ação voltou a ser pública incondicionada quando se tratar de violência doméstica familiar contra a mulher.

Sob outro viés, há quem afirme que a proteção especial conferida pela Lei Maria da Penha encontraria justificativa no fato de que “a mulher é a grande vítima da violência doméstica, sendo as estatísticas com relação ao sexo masculino tão pequenas que não chegam a ser computadas” (CAVALCANTI, 2008, p. 185-186).

Em outras palavras, nega-se aos homens os benefícios da Lei Maria da Penha, porque o número de homens agredidos no âmbito doméstico e familiar é consideravelmente menor quando comparado ao de mulheres na mesma situação de violência. Ou seja, a Lei 11.340/06 não ampara homens, porque esses são agredidos em menor escala. O que significa dizer que cabe à lei controlar o número de casos de violência doméstica e familiar e não reprimir sua prática?

O argumento é risível e prontamente afastado por Damásio de Jesus e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2009), que ponderam:

É inequívoco, que homens sofrem homicídio por emprego de arma de fogo em escala muito maior do que as mulheres, mas isso, em hipótese alguma, justificaria, devido ao princípio da igualdade entre os sexos, a existência de lei estabelecendo pena menor para os casos em que a vítima fosse do sexo feminino.

Com efeito, a proteção restrita à mulher funda-se numa presunção de que esta seria a pessoa mais vulnerável na esfera familiar, com base no que comumente ocorreria nos lares brasileiros. No entanto, após uma análise detida das pesquisas realizadas sobre o tema, em âmbito nacional, essa presunção sequer é confirmada por Barbara Musumeci Soares (2006), que conclui:

[...] as pesquisas focadas somente na vitimização de mulheres acabam apenas por provar, independentemente dos resultados obtidos, as teses políticas que as motivaram. O que significa dizer que 33% das mulheres brasileiras já sofreram alguma forma de violência física e que a maior parte dessa violência foi praticada por seus companheiros ou ex-companheiros? Que informação esse dado nos traz, se ele trata unilateralmente, de uma violência que é, por natureza, relacional? Em outras palavras, qual a rentabilidade de uma informação parcial sobre o número de mulheres agredidas, dentro e fora de casa, se não sabemos a proporção em que os homens também o são, nas mesmas condições e, tampouco, em que condições as mulheres são agredidas fora do contexto familiar? Sem essas distinções, como identificar a natureza e a relevância dos fenômenos em questão?

Traçando um paralelo com pesquisas sobre a violência doméstica aplicadas na Inglaterra, no País de Gales e nos Estados Unidos, as quais observaram os preceitos técnicos recomendados, a predominância da vitimização feminina é, de fato, corroborada, seguida, contudo, de um percentual considerável de vitimização masculina.

O British Crime Survey[12], de 2004, baseado em uma amostra de 22.463 mulheres e homens de 15 a 59 anos, na Inglaterra e no País de Gales, continha um módulo específico sobre a violência doméstica, cuja aplicação seguiu os preceitos técnicos recomendados para tal fim. Segundo esse levantamento, no ano precedente, **4% das**

mulheres e 2% dos homens haviam sido agredidos ou ameaçados pelo(a) parceiro(a) íntimo(a). Agregando-se os abusos emocional e econômico, os percentuais se elevavam para 6% e 5%, respectivamente. Os impactos também foram amplos: avaliando o pior incidente do último ano as agressões físicas entre parceiros ou ex-parceiros causaram **ferimentos leves em 46% das mulheres e em 41% dos homens vitimados(as).** Todavia, as **lesões graves foram relatadas por 6% das mulheres e por 1% dos homens apenas.** [...]

O mesmo se observa em relação aos dados do National Violence Against Women Survey, analisado em 2000, no relatório veiculado pelo Departamento Nacional de Justiça norte-americano, intitulado Extent, nature, and consequences of intimate partner violence. Trata-se de pesquisa feita por telefone, com uma amostra de 8.000 entrevistas com mulheres e 8.000 com homens, realizadas também de acordo com as normas prescritas. [...] segundo essa pesquisa, **44,2 em cada mil mulheres e 31,5 em cada mil homens seriam vítimas de agressão física conjugal a cada ano.** Considerando-se a gravidade do último episódio, as diferenças entre homens e mulheres não foram significativas: em média, **as vítimas masculinas e femininas foram atendidas em serviços médicos de emergência 1,1 e 1,9 vezes, respectivamente.** As principais diferenças aparecem nos casos de estupro (entre parceiros), quando a proporção passa a ser de 3,2% e de 0%, respectivamente. (SOARES, 2006) (grifou-se)

Muito embora não se possa comparar o nível de desenvolvimento político, econômico e social entre o Brasil e os países onde tais dados foram coletados, isso ajuda a perceber que o cenário da violência é mais dinâmico do que a dicotomia abrigada pela Lei Maria da Penha. Ora, os homens também podem ser vítimas em suas próprias casas.

Talvez o maior empecilho para o reconhecimento da vitimização masculina seja o fato de ser o homem, em regra, o detentor de maior força física. Esquece-se, no entanto, que a violência manifesta-se de várias formas, podendo ser física, mas podendo também ser psicológica, moral e patrimonial. Em relação a essa última, manifestou-se Pedro Rui da Fontoura Porto (2007, p.61):

[...] o tratamento desigual dado pela lei aos dois gêneros, ao menos nesse ponto, arranha o princípio constitucional da igualdade, especialmente, porque se afigura destituído de razões lógicas ou racionais. Se, com efeito, no tangente à violência real, a compleição física do homem, normalmente mais avantajada, bem como suas características hormonais o capacitam mais ao uso da força bruta, no que toca à possível prática de delitos patrimoniais contra o consorte condômino, não se vislumbra, com clareza, quais as vantagens que concorrem em favor do cônjuge-varão que justifiquem tratamento tão desigual.

A conclusão a que se chega não pode ser outra senão a de que a disparidade de tratamento não encontra justificativa plausível na diferença de gênero, mormente por ser o mesmo o ato delituoso que exige repressão penal.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2008, p.32) assinalam exemplos de absurda injustiça para com o homem:

[...] numa agressão mútua, o que justifica a mulher ficar amparada pelo presente diploma e o homem não? Sabendo que a violência doméstica não se resume na agressão do marido contra a mulher, qual o motivo para se proteger a filha agredida

pelo pai e o filho agredido não? Para uma agressão do filho contra a mãe há lei específica protegendo a vítima, porém para a sua agressão contra o pai não?

Há, portanto, evidente agravo ao princípio da igualdade na concessão de tratamento mais benéfico às mulheres no combate à violência doméstica e familiar. A ausência de pertinência lógica entre a diferença de sexos e a disparidade estabelecida confirma a quebra do princípio isonômico.

De qualquer forma, segue-se à terceira etapa do processo apontado por Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 21) para a aferição da compatibilidade entre um privilégio posto sob análise e o princípio da igualdade, apenas para melhor elucidar as ideias aqui defendidas. Nessa última fase, exige-se que os efeitos valorativos ou depreciativos estejam em conformidade com os valores constitucionais.

A proteção da família tem previsão no art. 226, da CF, segundo o qual cabe ao Estado a assistência à família, “criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (§8º). Sob esse aspecto, a lei mostra-se em consonância com a Constituição Federal, fornecendo ao Estado subsídios para o cumprimento dos preceitos constitucionais, seja no âmbito extrajudicial, através das regras de proteção policial e de fomento às políticas públicas, seja em juízo, com a previsão de diversas medidas protetivas para a garantia da integridade da vítima. Não há, portanto, ao menos nesse ponto, desnível entre a lei e os valores constitucionais.

Ao prever a assistência à família, contudo, prescreve a Constituição Federal que essa deve ser assegurada “na pessoa de cada um dos que a integram”, reflexo, diga-se, do princípio da igualdade. É aí que a Lei 11.340/06 abandona os valores constitucionais. Os benefícios conferidos pela lei são constitucionais. O que é inconstitucional é a sua destinação restrita às mulheres. Todos os membros da entidade familiar devem e merecem proteção do Estado e, ainda que, na maioria das vezes, a mulher seja a pessoa mais vulnerável nesse ambiente, trata-se de presunção *juris tantum*, que não justifica a limitação legal.

A partir dessa presunção, de superioridade do homem sobre a mulher, a Lei Maria da Penha cristalizou duas categorias básicas, às quais Vera Regina Pereira de Andrade convencionou chamar de “o cara” (masculino ativo) e “a coisa” (feminino passivo).

O cara é aquele sujeito onipresente e onisciente do nosso imaginário, plantonista de 24 horas, a quem recorremos para todas as demandas. Se eu vou contar uma história ativa, ela começa com um cara. O que estraga em casa, da telha ao vaso sanitário, tem que chamar um cara para consertar; o que estraga na rua, do pneu furado às compras para carregar, tem que chamar um cara, e esse é um pedido masculino feito não apenas por mulheres, mas por mulheres e homens. Agora, o cara é também o vilão temido no mesmo plantão: se alguém tiver que entrar em nossa

casa para roubar, se alguém tiver que colocar uma escada para subir na janela ou no telhado, será um cara. Se alguém tiver que nos assaltar na rua, será um cara. O cara é, a um só tempo, exaltado e temido, ação e reação. [...] O contraponto do cara é precisamente a coisa: aquilo que não age ou aquilo do que não nos lembramos: Me diz uma coisa? Como é mesmo o nome daquela coisa? Será que a dona coisa não vem? Ah, que coisa! (ANDRADE, 2004)

Para a autora, as expressões “o cara” e “a coisa” emblematizam os estereótipos do homem - ativo, público e potencial criminoso - e da mulher - recatada, encerrada em seu espaço privado, a eterna vítima - respectivamente.

A pretexto de alcançar a igualdade material entre homens e mulheres, a Lei Maria da Penha legitimou esses estereótipos sociais. Afinal, agora é lei, a mulher é vítima, sempre. E, juntamente com a vitimização da mulher, a lei eternizou a figura do homem violento e opressor.

Às mulheres cabe o papel de vítima, aos homens, o de agressor. A vitimização masculina é vista como uma anormalidade social e é esse paradigma que deve ser quebrado, de forma a trazê-la à “normalidade”. Quando um homem torna-se vítima de violência doméstica, além do medo, ele precisa superar a vergonha em denunciar. Mais do que ser agredido, o homem torna-se motivo de chacota entre os seus conhecidos e a denúncia da ocorrência apenas torna pública a humilhação.

Homens e mulheres vítimas de violência doméstica e familiar ocupam a mesma posição, a de vulneráveis, e é essa a condição que deve ser protegida pela lei. A pessoa é violentada, agredida, ofendida ou humilhada, porque se encontra em posição de inferioridade, hipossuficiência em relação ao agressor, que pode ser, basicamente, de ordem física, econômica ou psicológica.

A vulnerabilidade da vítima é, inclusive, um dos aspectos considerados no julgamento de casos de violência entre namorados e de agressões mútuas:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. AGRESSÕES MÚTUAS ENTRE NAMORADOS SEM CARACTERIZAÇÃO DE SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MULHER. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

1. Delito de lesões corporais envolvendo agressões mútuas entre namorados não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade.

2. Sujeito passivo da violência doméstica objeto da referida lei é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação.

2. No caso, não fica evidenciado que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão à mulher, que é o fundamento de aplicação da Lei Maria da Penha. Sendo o motivo que deu origem às agressões mútuas o ciúmes da namorada, **não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06.**

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG. (STJ. CC 96533/MG. Rel. Min. OG Fernandes. DJ de 05.12.2008) (grifou-se)

Nessas situações, verificado que homem e mulher estão em posição de igualdade, não se aplica a Lei Maria da Penha, porque não há superioridade masculina e hipossuficiência feminina. Essa deveria ser a regra geral da lei: a equiparação entre homem e mulher, ainda que por meio de ficção jurídica. Se ele viesse a agredi-la, a Lei Maria da Penha seria aplicada, desde que preenchidos os adjetivos “doméstica” ou “familiar”. Caso fosse ela a agressora, satisfeito o requisito de ser a violência praticada na esfera doméstica ou entre familiares, o processo rege-se-ia pela lei específica.

A proteção deve ser dada à vítima, seja ela homem ou mulher. Ao revés, a Lei Maria da Penha tratou, primeiro, de identificar a pessoa (mulher) e a ela atribuiu o estigma de vítima, quase que independentemente dos fatos, como é a hipótese de agressões mútuas.

Assim, ainda que a Lei Maria da Penha esteja voltada à proteção da família, seguindo a ordem constitucional, o faz apenas na pessoa da mulher, incidindo, desta forma, no vício da inconstitucionalidade.

Por fim, como bem lembra Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2008, p. 32), a discriminação introduzida pela Lei Maria da Penha vem na contramão das recentes mudanças legislativas de neutralização dos tipos penais, como a substituição do conceito de “mulher” para “alguém”, no art. 215 e seguintes do CP ou, ainda, no art. 231 do CP, que trata do tráfico de mulheres, cuja redação foi alterada para tráfico de pessoas.

3.2 Os Absurdos Suscitados pela Lei: a aplicação da Lei Maria da Penha aos homossexuais, travestis, transexuais e hermafroditas

Na ânsia de proteger a mulher, e tão somente ela, a temática da violência doméstica e familiar passou a dividir espaço com a problemática da definição de quem é e quem não é mulher. A questão, a princípio de fácil resolução, merece ser vista com maior cautela em relação aos homossexuais, travestis, transexuais e aos hermafroditas.

A princípio, mister que se faça uma breve distinção entre cada uma dessas condições sexuais. O homossexual é a pessoa que reconhece e aceita seu órgão sexual, inclusive como sendo a zona erógena de prazer, mas que se sente atraído por pessoas do mesmo sexo. O travesti caracteriza-se pela sua dupla identidade, masculina e feminina, e, embora reconheça seu sexo biológico e não queira mudá-lo, para se sentir completo ele se veste à maneira do sexo oposto. Já o transexual é a pessoa que sofre de uma dicotomia físico-psíquica, ou seja, há um conflito entre o sexo físico e a identidade psicológica. O transexual se sente desconfortável com a sua identidade genética e anatômica e, por esse motivo, expressa uma vontade compulsiva de perder as características primárias e secundárias de seu sexo e adquirir as do sexo oposto. Finalmente, o hermafrodita ou intersexual é o indivíduo que possui um anomalismo físico, com a presença simultânea de caracteres morfológicos de ambos os sexos, devendo ser submetido à cirurgia para a adequação do sexo com o qual se identifique (CAMPOS; CORRÊA 2008; CUNHA; PINTO 2008; LAURIA 2009).

Essa discussão fez-se presente particularmente em razão do parágrafo único do art. 5º, da Lei Maria da Penha, segundo o qual as situações que configuram violência doméstica e familiar independem de orientação sexual. Isso porque,

No momento em que é afirmado que está sob o abrigo da lei a mulher, sem se distinguir sua orientação sexual, alcançam-se tanto lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção. (DIAS, 2009)

Esse entendimento, contudo, não é pacífico na doutrina. Ao tratar do tema, Amini Haddad Campos e Lindinalva Rodrigues Corrêa (2008, p. 232) ressaltam que “somente a MULHER, assim considerada civil e biologicamente pode ser considerada como sujeito passivo, ou vítima do delito de violência doméstica e familiar contra a **mulher**, por razões óbvias [...]”.

Entre os doutrinadores, passou-se a dar tamanho enfoque à proteção unicamente da mulher que se chegou a afirmar a necessidade de perícia médica para a constatação da estrutura interna da genitália da vítima e sua conformação com o sexo feminino.

Amini Haddad Campos e Lindinalva Rodrigues Corrêa (2008), acompanhadas por Pedro Rui da Fontoura Porto (2007, p. 35), entendem que o transexual operado não poderia ser considerado mulher para os fins da lei, já que

[...] em tais casos, uma possível perícia em seus órgãos EXTERNOS, constataria certamente a semelhança de seu atual órgão com o genital feminino, que não lhe assegura pertencer ao sexo feminino, o que seria de fácil constatação pela análise de radiografias e ultrassonografias de seus órgãos internos, que constatariam que mesmo sem a genitália original, o operado não pode deixar de ser definido como do sexo masculino. (CAMPOS; CORRÊA, 2008, p. 235)

Em outras palavras, se for o caso, em nome da proteção exclusiva à mulher e à revelia do bem maior da dignidade da pessoa humana, deve-se submeter a vítima à perícia, para, só então, chegar-se, de forma conclusiva, à possibilidade de aplicação ou não da Lei Maria da Penha em sua defesa. O que, sem dúvida, implica em mais uma violação de seus direitos, quiçá maior que aquela que deu ensejo ao processo.

Parece impensável que a concessão dos benefícios da Lei 11.340/06 fique condicionada à constatação da feminilidade da vítima, expondo-a a exames e, por que não, colocando-a sob julgamento, quando o que deveria ser ventilado durante a instrução probatória são as circunstâncias do fato criminoso, a violência e o contexto em que agressor e vítima estão inseridos, se doméstico/familiar ou não.

No entanto, não é apenas na esfera doutrinária que pairam dúvidas quanto à necessidade de laudo pericial atestando o sexo natural da vítima.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgou, recentemente, conflito de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal, que encampou as competências do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca da Capital, em que se travou a discussão acerca da sexualidade da pessoa ofendida no exame quanto à admissibilidade da aplicação da Lei Maria da Penha ao caso e, por conseguinte, da competência para o processamento do feito.

A vítima em questão era civilmente do sexo masculino, mas, em razão de apresentar quadro de hermafroditismo, já havia sido submetida à cirurgia de adequação de sexo.

Referido acórdão está assim ementado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. HOMOLOGAÇÃO DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. AGRESSÕES PRATICADAS PELO COMPANHEIRO CONTRA PESSOA CIVILMENTE IDENTIFICADA COMO SENDO DO SEXO MASCULINO. VÍTIMA SUBMETIDA À CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO DE SEXO POR

SER HERMAFRODITA. ADOÇÃO DO SEXO FEMININO. PRESENÇA DE ÓRGÃOS REPRODUTORES FEMININOS QUE LHE CONFEREM A CONDIÇÃO DE MULHER. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL JÁ REQUERIDA JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DA LEI N. 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. CONFLITO IMPROCEDENTE. (TJSC. CJ n. 2009.006461-6, da Capital. Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco. Julgado em 14/08/09) (grifou-se)

Nesse julgado, prevaleceu o bom senso. O relator destacou que, em matéria penal, apesar de não se dispensar a prova dos fatos admitidos ou reconhecidos pelas partes, “os tempos atuais exigem que o operador do direito esteja atento e sintonizado com as transformações sociais, evitando, por vezes, que o rigor da lei e o formalismo exagerado suplantem os direitos e garantias individuais.” E concluiu: “não há como desconsiderar a peculiar situação vivenciada pela ofendida que, malgrado não existir essa indicação em seus documentos de identificação civil, é reconhecida como mulher, tanto pela medicina quanto pelas pessoas de seu convívio social.”

Sustentar a necessidade de compatibilidade entre os órgãos internos da vítima com àqueles próprios de uma pessoa do sexo feminino para a aplicação da Lei Maria da Penha é negar a razão histórica que a embasou e que é invocada pelos defensores da sua constitucionalidade – a opressão da mulher. Ora, se há submissão baseada no gênero essa se dá independentemente da formação dos órgãos sexuais, mas desde que a pessoa seja vista como mulher pela sociedade, ainda que não seja.

Sob um outro viés, um julgado do Tribunal de Justiça de Goiás ilustra as dimensões alcançadas pela problemática da conceituação de “mulher”. Para a justiça goiana, a criança do sexo feminino não está amparada pela lei, que seria destinada apenas às mulheres adultas:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LESÃO CORPORAL PRATICADA POR PADRASTO CONTRA ENTEADA CRIANÇA. LEI MARIA DA PENHA. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA RESTRITA À MULHER ADULTA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM CRIMINAL. A incidência irrestrita da Lei 11.340/06 para tutelar, além da mulher adulta, a criança do sexo feminino, importa em proteção superlativa, com ofensa direta aos princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade. A vulnerabilidade e a hipossuficiência de tal categoria, justificativa do tratamento legal especial, diferentemente do que ocorre com a mulher adulta, independe do gênero sexual, não servindo, os arts. 2º e 13 daquele diploma, como fundamento adequado para ilações em sentido contrário. **CONFLITO NEGATIVO JULGADO IMPROCEDENTE, PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DA 12ª VARA CRIMINAL DE GOIÂNIA.** (TJGO. CC n. 697-0/194, de Goiânia. Rel. Des. Márcio de Castro Molinari. Julgado em 01/04/09)

Destarte, perde-se de vista o motivo que deflagrou a ação penal, a violência, para se indagar acerca do sexo da vítima. Uma ampla proteção da Lei Maria da Penha, qualquer que seja o gênero da vítima, não implica em negar que as mulheres são as maiores

vítimas da violência em seus lares, mas apenas visa a abrir a possibilidade para que todos aqueles que sofrerem agressões domésticas ou familiares sejam beneficiados com os dispositivos desta lei.

3.3 Um Reforço à Proteção do Homem: O parágrafo único do art. 5º

A disparidade no tratamento entre homens e mulheres fica ainda mais visível diante da aplicação da Lei 11.340/06 aos homossexuais. É que, ao criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei Maria da Penha enlaçou expressamente as relações homoafetivas. Isto está dito no art. 2º, que dispõe que “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”; e no parágrafo único do art. 5º, segundo o qual independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar.

Para Maria Berenice Dias,

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade. (DIAS, 2009)

A Constituição Federal, em seu art. 226, considera entidade familiar três tipos de formação: aquela decorrente do casamento (§§ 1º e 2º), da união estável (§3º) e a monoparental, formada por um dos pais e os filhos (§4º), deixando de fora de sua proteção as uniões homoafetivas.

O Novo Código Civil, da mesma forma, manteve-se silente em relação à natureza jurídica do vínculo formado entre duas pessoas do mesmo sexo, relegando os conflitos daí advindos à apreciação das varas cíveis, como sociedades de fato. O art. 1.723 conservou o conceito de entidade familiar como privativo da união entre um homem e uma mulher, ignorando, com isso, a própria existência das uniões homoafetivas.

Por isso que o advento da Lei Maria da Penha, especificamente a previsão legal de proteção da mulher, independentemente de sua orientação sexual, tem dado azo ao entendimento de que a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, contemplando, enfim, as uniões homoafetivas (RABELO; SARAIVA 2009; DIAS 2009). No entanto, a previsão só faz referência expressa às mulheres.

Maria Berenice Dias (2009) invoca, então, o princípio da igualdade para estender o reconhecimento das uniões homoafetivas não só entre duas mulheres, como também entre dois homens. O mesmo princípio é, entretanto, olvidado no momento de proteger os homens da violência doméstica e familiar.

De qualquer sorte, o que justifica, numa relação homoafetiva, a proteção especial conferida à mulher vítima de sua parceira, já que, em princípio, há paridade de forças entre vítima e agressora? Ademais, qual é a motivação de gênero numa agressão entre duas mulheres? Fica, nesse ponto, evidente que o objetivo da Lei Maria da Penha foi resguardar a harmonia na convivência familiar, seja entre homens e mulheres ou entre dois homens ou duas mulheres. A proteção da lei deve, pois, ser conferida a quem sofreu a violência, independentemente do sexo da vítima.

3.4 Lei Maria da Penha: uma análise jurisprudencial acerca de sua (in)constitucionalidade

A Lei Maria da Penha foi aplicada pela primeira vez em defesa de um homem em outubro de 2008, pelo juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, do Juizado Especial Unificado de Cuiabá. O homem era vítima de agressões físicas, psicológicas e financeiras por parte de sua ex-namorada e requereu a aplicação da Lei 11.340/06, por analogia, já que inexistia lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica.

Do corpo da decisão, extrai-se:

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 [...] 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. [...] Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima.

Sob esses fundamentos, foram deferidas as medidas de proteção de urgência requeridas, entre elas que a agressora se abstinhasse de se aproximar de seu ex-namorado, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho, nem mantivesse com ele qualquer forma de contato.

Recentemente (junho de 2009), em Dionísio Cerqueira, no Extremo-Oeste catarinense, um homem também conseguiu os benefícios da Lei Maria da Penha. A sua ex-esposa, com quem foi casado por 11 anos, foi acusada pelo Ministério Público de perseguir, ameaçar e perturbar seu ex-marido e sua atual companheira no seu local de trabalho e em locais por eles freqüentados. O promotor público Fabiano Francisco de Medeiros requereu a aplicação, por analogia, dos mecanismos de proteção previstos na Lei 11.340/06, alegando que logo após a separação do casal, no final de 2008, o homem é quem havia sido proibido de se aproximar da sua ex-mulher pela acusação de agressão.

O juiz Rafael Fleck Arnt entendeu tratar-se de lei mista, aplicável tanto em favor da mulher contra o homem, quanto em favor do homem contra a mulher, “Desde que preenchidos os requisitos legais, especialmente quanto à hipossuficiência da parte ofendida, violada em relação praticada no ambiente doméstico ou dela decorrente”. Para o magistrado, “Com o advento da ‘Constituição Cidadã’, homens e mulheres foram considerados iguais em direitos e deveres” (Autos n. 017.09.001138-0).

Em Crissiumal, no noroeste do Rio Grande do Sul, o juiz Alan Peixoto de Oliveira determinou que um homem mantivesse uma distância mínima de 50 metros de sua ex-mulher, que havia recorrido à justiça, amparada pela Lei Maria da Penha, para requerer a concessão da medida protetiva, sob a alegação de que seu ex-marido havia entrado em seu apartamento, provocando danos no local. No dia seguinte, a mesma medida foi estendida a esse homem, impedindo que sua ex-mulher se aproximasse dele. Para o juiz, a mulher “se utilizava da medida protetiva deferida em seu favor para perturbar o suposto agressor”. O Ministério Público, inconformado com a decisão, impetrou *habeas corpus* para cassar as medidas protetivas concedidas ao homem, tendo, contudo, seu pedido negado pelo tribunal gaúcho.

Aliás, nessa esteira, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem decidido que a proibição de aproximação é uma medida protetiva de mão dupla, ou seja, a restrição, quando imposta ao homem, também pode ser, de ofício, determinada à mulher.

Nesse sentido:

MEDIDAS PROTETIVAS CONDICIONADAS A IGUAL COMPORTAMENTO POR PARTE DA VÍTIMA. DECISÃO AMPARADA EM SITUAÇÕES COTIDIANAS NAS QUAIS O AGRESSOR É PROVOCADO – OU MESMO INJUSTIÇADO – PELA MESMA. REMEDIO HEROICO IMPETRADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CASSAÇÃO DO DECISUM. IMPOSSIBILIDADE. A principal tarefa de um juiz não é a aplicação da letra fria da lei; o magistrado, na aplicação do texto legal, deve sempre usar de sensatez visando efetiva justiça. Assim, se a determinação de que a vítima também não se aproxime do agressor demonstra-se sensata e necessária para assegurar o justo objetivo da Lei em sua essência, torna-se irrelevante o fato de estar sendo aplicada regra que não vem nela expressamente prevista. (TJRS. HC 70032216616, de Porto Alegre. Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe. Julgado em 23/09/2009)

As informações prestadas pela autoridade coatora esclarecem os motivos que ensejaram essa adaptação no momento da aplicação das medidas protetivas:

[...] inicialmente as decisões de deferimento de medidas protetivas de ‘proibição’ não faziam qualquer referência às vítimas. Ocorre que isso passou a acarretar diversos problemas, entre os quais de haver reconciliação entre as partes e, no primeiro desentendimento, a ofendida chamar a Brigada Militar e o agressor ser preso sob a acusação de ‘desobediência’. Outras situações [sic] foram constatadas pelo uso indevido da ‘medida protetiva’, como a vítima fazer diversas ligações telefônicas para o demandado quando ele estava proibido de manter contato com ela. A solução encontrada para evitar injustiças foi condicionar a validade da medida protetiva a proibições idênticas à vítima [...]

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul chegou a declarar a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha por infringir os princípios da igualdade e da proporcionalidade, negando-lhe aplicabilidade:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE – DECISÃO MANTIDA – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – IMPROVIDO.

A Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está contaminada por vício de inconstitucionalidade, visto que não atende a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, da CF), bem como por infringir os princípios da igualdade e da proporcionalidade (art. 5º, II e XLVI, 2ª parte, respectivamente). Assim, provê-se o recurso ministerial, a fim de manter a decisão que declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 11.340/2006, determinando-se a competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar o feito. (Recurso em sentido estrito n. 2007.023422-4/0000-00 de Itaporã. Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes. Julgado em: 26/09/2007).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, embora também tenha reconhecido a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, em razão do tratamento discriminatório dispensado aos homens em igual situação de violência, observou tratar-se de inconstitucionalidade relativa, “sanável pela extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário”.

De acordo com o Tribunal mineiro, “Basta ao intérprete afastar a condição pessoal de mulher em situação de risco doméstico, suscitada na sua criação, para que não haja qualquer inconstitucionalidade possível, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica[...]”.

Confira-se a ementa do julgado:

LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06) - INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA PELO JUÍZO DE 1º GRAU COMO ÓBICE À ANÁLISE DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS REQUERIDAS - DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL QUE SE RESOLVE A FAVOR DA MANUTENÇÃO DA NORMA AFASTANDO-SE A DISCRIMINAÇÃO - AFASTAMENTO DO ÓBICE PARA A ANÁLISE DO PEDIDO. A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226, §8º, da Constituição Federal, não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, mas tão-somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso, não sendo, portanto, possível a simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de quaisquer das medidas nela previstas, porque o art. 5º, II, c/c art. 21, I e art. 226, §8º, todos da Constituição Federal, compatibilizam-se e harmonizam-se, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres como para homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar. Inviável, por isto mesmo, a solução jurisdicional que afastou a análise de pedido de imposição de medidas assecuratórias em face da só inconstitucionalidade da legislação em comento, mormente porque o art. 33 da referida norma de contenção acomete a análise ao Juízo Criminal com prioridade, sendo-lhe lícito determinar as provas que entender pertinentes e necessárias para a completa solução dos pedidos. Recurso provido para afastar o óbice. (ACrim. n. 1.0672.07.244893-5/001(1), de Sete Léguas. Relator: Des. Judimar Biber. Julgado em: 07/08/2007. Tribunal de Justiça de Minas Gerais).

Como se vê, na tentativa de contornar a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, a jurisprudência tem dado a ela interpretação extensiva, para conferir proteção também aos homens vítimas de violência doméstica ou familiar que recorrem ao judiciário pleiteando seus benefícios. Tal prática, contudo, deve ser vista com maior cautela, na medida em que o uso da analogia fica mais restrito em se tratando de regras de direito penal.

3.5 O Uso da Analogia na Lei Maria da Penha

É inegável a importância da Lei 11.340/06 não só no que diz respeito à violência contra a mulher, mas porque sua edição pôs em pauta os números da violência que antes não constavam das estatísticas, aquela praticada no domínio doméstico. Em plena consonância com os ditames constitucionais relacionados à proteção à família, a Lei Maria da Penha traz em seu bojo diversas medidas protetivas que, ao que parece, respondem às necessidades específicas desse tipo penal.

Os benefícios conferidos à mulher vítima de violência doméstica e familiar são merecidos e, mais do que isso, imprescindíveis ao processamento da ação penal. Por essa razão, não deve ser a lei afastada do ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, se, por um lado, a Constituição Federal prevê a coibição à violência perpetrada no âmbito das relações familiares (art. 226, §8º), por outro, a Lei Maior prescreve que a proteção será assegurada a cada um dos membros da entidade familiar. Ou seja, muito embora a Lei 11.340/06 se coadune com os valores constitucionais da família, ao prever a proteção da mulher, tão somente, a lei afasta-se do princípio isonômico. E, nesse ponto, reside a sua inconstitucionalidade.

Acerca da inconstitucionalidade, preceitua José Afonso da Silva (2006, p. 228):

O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. Contudo, o ato é constitucional, é legítimo ao outorgar o benefício a quem o fez. Decretá-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso.

No que diz respeito à adequação da Lei Maria da Penha ao princípio constitucional da igualdade, Valter Foleto Santin (2009) apresenta duas soluções:

[...] para que a nova legislação esteja de acordo com os princípios constitucionais da igualdade, da isonomia entre pessoas de sexos diferentes e de cônjuges e até a dignidade da pessoa humana, o gênero “mulher” previsto na legislação deve ser alterado para outro termo comum de dois gêneros, como cônjuge ou convivente ou coabitante ou familiar. A repressão à violência doméstica deve ser em favor de todos os membros, inclusive o homem, pessoa do sexo masculino.

Uma outra solução seria a interpretação da palavra “mulher” como “cônjuge” ou como “mulher e homem”, sob pena de inconstitucionalidade, pois a normatização

privilegia apenas uma categoria humana, a mulher, e traz ônus legais à categoria do homem, pessoa do sexo masculino.

Como visto, a segunda solução proposta por Valter Foletto Santin (2009) é a que está sendo adotada por parcela da jurisprudência, que passou a interpretar a palavra “mulher” como “mulher e homem”, ampliando a esfera de incidência da lei para abranger todas as pessoas vítimas de violência doméstica ou familiar.

Ocorre que, como já assinalado, a Lei Maria da Penha é de cunho predominantemente penal e, nesse campo, o recurso à analogia fica restrito por força do princípio da legalidade. Em nome da segurança jurídica, veda-se a analogia que venha a prejudicar o réu, seja criando crimes ou incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes, etc. Em outras palavras, “se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).” (GRECO, 2007).

O juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, atentando-se para a vedação ao uso da analogia, ressaltou que a proibição só diz respeito à analogia *in malam partem*, o que significa dizer que a analogia em favor do réu é permitida e, por extensão, ainda com mais razão, deveria ser utilizada em benefício da vítima.

Em consonância, Luiz Flávio Gomes (2009) conclui:

As medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicadas em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc. Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento). Ora, todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade etc) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito.

A tese é tentadora, mas engana-se quanto à inexistência de prejuízos ao réu. Nas palavras de Fabiano Rabaneda (2009), “sendo ‘bonam’ para o autor, ‘malem’ [será] para o réu”, a começar pela competência para o processamento da ação. Se o fato enquadra-se na Lei Maria da Penha, a competência é dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Caso contrário, será das varas penais ou dos Juizados Especiais Criminais. E, como consequência da não aplicação da Lei 11.340/06, abre-se ao réu o leque de benefícios previstos na Lei 9.099/95 (transação, suspensão condicional do processo, composição civil dos danos, entre outros).

Destarte, a aplicação da analogia para estender a Lei Maria da Penha aos homens não se mostra como o meio mais adequado para tanto. Os malefícios advindos ao réu são evidentes e, se existentes, afastam a sua utilização.

É de se excetuar, contudo, da vedação do uso da analogia, as medidas protetivas, já que essas não têm caráter penal, mas cível, e sobre elas não recai a proibição. Sérgio Ricardo de Souza (2009, p. 26), embora contrário à tese da inconstitucionalidade, aventa a possibilidade de extensão das medidas protetivas ao homem:

A Lei não abrange a violência da mulher contra o homem, já que, em relação a esta modalidade, o tratamento legal é o geral, incidindo as regras de competência previstas no Código de Processo Penal, mas isso não impede o uso da analogia para garantir, em caráter excepcional, a integridade do homem que esteja em risco, através do deferimento tão-somente de medidas protetivas de urgência, como poderia ocorrer, v.g., na hipótese em que a mulher agressora possua arma de fogo registrada e sofra a restrição de suspensão prevista no art. 22, I, aplicando-se, quanto ao mais, as regras gerais.

Assim, até que a expressão “mulher” seja ampliada via controle de constitucionalidade, como sugere Valter Foletto Santin (2009), deve-se, ao menos, aplicar as medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06, seja pelo uso da analogia ou, ainda, com base no parágrafo único do art. 69²³, da Lei 9.099/95, como o fez o juiz plantonista do Fórum Central de Porto Alegre. Seguindo esse entendimento, defendido pelo Promotor de Justiça Mauro Fonseca Andrade, o magistrado admitiu a extensão de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha a um menino de seis anos de idade, vítima de agressões perpetradas pelo pai. Em seu parecer, o membro ministerial, forte nos artigos 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95 e 3º²⁴, do CPP, entendeu que alguns institutos previstos na Lei 11.340/06 são extensíveis a vítimas do sexo masculino.

²³ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

²⁴ Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

CONCLUSÃO

Editada em 7 de agosto de 2006, a Lei 11.340/06 descortinou os inúmeros casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, os quais até então eram tratados como “brigas de marido e mulher”, nas quais, em respeito ao ditado popular, o Estado se abstinha de intervir.

A Lei Maria da Penha, como ficou conhecida, é tratada como uma ação afirmativa, de proteção às mulheres até que essas, na mesma posição que os homens, não mais precisem de lei específica que as ampare. Até lá os homens agredidos terão seus processos relegados à vala comum ou aos Juizados Especiais, cujas regras foram consideradas pela própria lei, inoperantes à repressão dos delitos dessa espécie.

A pretexto de proteger o “sexo frágil” (porque foi esse o adjetivo que a lei legitimou), as agressões perpetradas contra homens no âmbito doméstico e familiar foram mantidas nas cifras negras da violência. Não obstante a ausência de pesquisas idôneas à comprovação da presunção legal, ainda hoje, apesar das conquistas femininas no campo profissional, é provável que as mulheres sejam as mais violentadas. Contudo, essa não pode ser considerada uma justificativa plausível para o tratamento diferenciado dispensado a elas, em detrimento dos homens que estejam na mesma situação de violência.

Esquece-se que a violência não se manifesta apenas na forma física, mas, conforme inclusive prevê referida lei, pode também ser de cunho psicológico, patrimonial ou moral, e, sobre essas, não recai o argumento de maior compleição corporal masculina.

Não há razões a amparar tamanha desigualdade, apresentando-se a Lei 11.340/06 em evidente afronta ao princípio constitucional da isonomia, ao legitimar os estereótipos da mulher vítima e do homem agressor, negando, além disso, a proteção dada pela Constituição Federal a todos os membros da família, indistintamente.

Os benefícios previstos na Lei Maria da Penha são legítimos e necessários diante das peculiaridades dos crimes cometidos no aconchego dos lares brasileiros e devem ser estendidos a todos aqueles que se encontrem em situação de violência doméstica ou familiar.

A violência não escolhe vítimas. Homens e mulheres dependentes financeiramente ou afetivamente de seus pais e mães, filhos ou filhas, parceiros e demais parentes, deixam-se abater por aqueles que se sentem superiores e, em razão do vínculo de afetividade que mantêm com o agressor, calam-se, por vezes, diante da agressão, na esperança de que o amor irá prevalecer. A Lei Maria da Penha apresenta-se, então, como uma mão estendida a essas pessoas, para que elas tenham em que se apoiar para sair dessa relação que há muito não se baseia no afeto de um pelo outro, mas na opressão do mais vulnerável, seja ele homem ou mulher.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 48, mai./jun. 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. 827p.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 jul. 2009.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 13 set. 2009.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 set. 2009.

_____. Decreto-Lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em: 13 set. 2009.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 13 set. 2009.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 13 set. 2009.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 set. 2009.

_____. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. *Lei Maria da Penha*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 03 jul. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1517/PR. Recurso Especial. Tribunal do Júri. Duplo homicídio praticado pelo marido que surpreende sua esposa em flagrante adultério. Hipótese em que não se configura legítima defesa da honra. Decisão que se anula por manifesta contrariedade a prova dos autos. Requerente: Ministério Público do Estado do Paraná. Requerido: João Lopes. Relator: Min. José Cândido de Carvalho Filho. Julgamento: 11 mar. 1991. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudenc1.517/PRia/doc.jsp?livre=leg%EDtima+defesa+honra+marido&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 04 out. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CC 96533/MG. Conflito de Competência. Penal. Juizado Especial Criminal e Juiz de Direito. Crime com violência doméstica e familiar contra mulher. Agressões mútuas entre namorados sem caracterização de situação de vulnerabilidade da mulher. Inaplicabilidade da Lei nº 11.340/06. Competência do Juizado Especial Criminal. Suscitante: Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG. Suscitado: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG. Relator: Min. OG Fernandes. Julgamento: 05 dez. 2008. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=96533&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 04 out. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo n. 0384. Competência. Agressão. Namoro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp>>. Acesso em: 17. jul. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC 19-3/DF. Dispositivo legal questionado: art. 1º, 33 e 41 da Lei Federal 11.340, de 07 de agosto de 2006. Relator: Min. Marco Aurélio. Entrada: 19 dez. 2007 (sem julgamento). Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=lei%20maria%20da%20penha&processo=19>>. Acesso em: 01 out. 2009.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos Humanos das Mulheres*. Curitiba: Juruá, 2008. 848p.

CANOTILHO, José Joaquim GOMES. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992. 1214p.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 298p.

CAVALCANTI, Stela Valéria de Farias. *Violência Doméstica Contra a Mulher: Análise da Lei "Maria da Penha", nº 11.340/06*. Podivm: Bahia, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Violência Doméstica e as Uniões Homoafetivas*. Disponível em:
<http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1361&isPopUp=true>. Acesso em: 17 mar. 2009.

ENGELS, Friedrich. *A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 7.ed. Lisboa: Presença, 1976. 236p. Tradução do original alemão: Der ursprung der familie, des privateigentaums und des staats.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do Princípio da Igualdade Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Editora da Universidade de São Paulo, 1973. 288p.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. Conflito de Competência n. 697-0/194. Lesão corporal praticada por padrasto contra enteada criança. Lei Maria da Penha. Inaplicabilidade. Incidência restrita à mulher adulta. Competência do juízo comum criminal. Relator: Des. Márcio de Castro Molinari. Julgamento: 01 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php?sec=consultas&item=decisoes&subitem=jurisprudencia&acao=consultar>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei Maria da Penha: aplicação para situações análogas*. Disponível em: www.lfg.com.br. Acesso em: 17 ago. 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - parte geral*. 9.ed. Niterói: Impetus, 2007. 1v.

HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha: Lei com nome de Mulher*. Campinas: Servanda, 2008. 264 p.

JESUS, Damásio de; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *A inconstitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/06*. Disponível em: <www.damasiodejesus.com.br>. Acesso em: 17 ago. 2009.

LAURIA, Thiago. *É possível aplicar a Lei Maria da Penha a Lésbicas, Travestis e Transexuais?* Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=59>. Acesso em: 17 ago. 2009.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. *Lei Maria da Penha – Comentários a Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Leme: Mundo Jurídico, 2007.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em Sentido Estrito n. 2007.023422-4/0000-00. Violência doméstica e familiar contra a mulher – Declaração incidental de inconstitucionalidade da lei n. 11.340/06 – Recurso ministerial – Pedido de modificação da decisão monocrática que declarou a inconstitucionalidade da lei n. 11.340/06 – Vício de inconstitucionalidade – Violação aos princípios da igualdade e proporcionalidade – Decisão mantida – Competência do juizado especial criminal – Improvido. Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes. Julgamento: 26 set. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.ms.gov.br/esaj/jurisprudencia/consulta.do>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1999.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0672.07.244893-5/001. Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) - Inconstitucionalidade suscitada pelo juízo de 1º grau como óbice à análise de medidas assecuratórias requeridas - Discriminação inconstitucional que se resolve a favor da manutenção da norma afastando-se a discriminação - Afastamento do óbice para a análise do pedido. Relator: Des. Judimar Biber. Julgamento: 07 ago. 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=672&ano=7&txt_processo=244893&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 1216p.

PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. *Lei Maria da Penha – Comentários à Lei nº 11.340/2006*. 1.ed. Campinas: Russell Editores, 2009. 274p.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Org). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 03-24.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.484p.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei 11.340/2006 – análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RABANEDA, Fabiano. *A analogia que não se pode comparar*. Disponível em: <<http://www.paginadoe.com.br/home/post/1576>>. Acesso em: 21 out. 2009.

RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo; SARAIVA, Rodrigo Viana. *A Lei Maria da Penha e o reconhecimento legal da evolução do conceito de família*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8911>>. Acesso em: 17 maio 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* n. 70032216616. Medidas protetivas condicionadas a igual comportamento por parte da vítima. Decisão amparada em situações cotidianas nas quais o agressor é provocado – ou mesmo injustiçado – pela mesma. Remedio heroico impetrado pelo Ministério Público. Cassação do decism. Impossibilidade. Relator: Des. Marcel Esquivel Hoppe. Julgamento: 23 set. 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 04 out. 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2009.006461-6. Conflito Negativo de Competência. Violência doméstica e familiar. Homologação de auto de prisão em flagrante. Agressões praticadas pelo companheiro contra pessoa civilmente identificada como sendo do sexo masculino. Vítima submetida à cirurgia de adequação de sexo por ser hermafrodita. Adoção do sexo feminino. Presença de órgãos reprodutores femininos que lhe conferem a condição de mulher. Retificação do registro civil já requerida judicialmente. Possibilidade de aplicação, no caso concreto, da lei n. 11.340/06. Competência do juízo suscitante. Conflito improcedente. Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco. Julgamento: 14 ago. 2009. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=2009.006461-6&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&>>

qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAIAAA7IaAAC>. Acesso em: 11 out. 2009.

SANTIN, Valter Foletto. *Igualdade Constitucional na Violência Doméstica*. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1594>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

SANTOS, Cecília MacDowell. *Direitos Humanos das Mulheres e Violência contra as Mulheres: Avanços e Limites da “Lei Maria da Pena”*. Disponível em: <<http://copodeleite.rits.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=849>>. Acesso em: 09 ago. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. 924p.

SOARES, Barbara Musumeci. A Violência Doméstica e as Pesquisas de Vitimização. Disponível em: <<http://copodeleite.rits.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=691>>. Acesso em 06 ago. 2009.

SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Pena (11.340/06)*. Curitiba: Juruá, 2009. 228p.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENTURI, Gustavo; RECAMÁN, Marisol. *As mulheres brasileiras nos espaços público e privado*. Fundação Perseu Abramo. Disponível em: <www2.fpa.org.br/portal>. Acesso em: 11 out. 2009.

VIVEIROS, Mauro. *O Princípio da Igualdade e o Instigante Tema da Constitucionalidade da “Lei Maria da Pena”*. Disponível em: <<http://docs.google.com/gview?a=v&q=cache%3A4cXZNR1YF0J%3Awww.mp.mt.gov.br>>

%2Fcma%2Fsecure%2Farquivos%2Farq857.pdf+princ%C3%ADpio+igualdade+sexo&hl=pt-BR&gl=br&sig=AFQjCNGULklx5XKzIIdrx_-wS1IALdr_OrQ>. Acesso em: 27 set. 2009.