

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

RAFAEL SOARES FERREIRA

A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA NA LEI Nº. 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA) E A
SUA ADEQUAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

FORTALEZA
2008

RAFAEL SOARES FERREIRA

A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA NA LEI Nº. 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA) E A
SUA ADEQUAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

Monografia submetida à Coordenação da
Faculdade de Direito, da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Henrique Botelho Frota

FORTALEZA
2008

RAFAEL SOARES FERREIRA

A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA NA LEI Nº. 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA) E A
SUA ADEQUAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

Monografia submetida à Coordenação da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 28/11/2008.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Henrique Botelho Frota (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof^ª Carla Caldas Fontenelle Brizzi
Mestre em Direito - UFC

Tassiana Lima Alves
Bacharel em Direito - UFC

À minha família, pai, mãe, irmão e Daria, por todo apoio incondicional desde o início.

AGRADECIMENTOS

À Émille, por todo material fornecido, essencial para a realização deste trabalho, bem como pelos conselhos e toda a atenção que me foi dada.

Ao Professor Henrique Botelho, pela orientação de grande valia.

À Prof^a. Carla Brizzi e à Tassiana Lima, que, apesar dos compromissos profissionais, aceitaram o convite para participar da Banca Examinadora.

Ao Centro de Assessoria Jurídica Universitária – CAJU – pela experiência apreendida que me permitiu visualizar o Direito como instrumento de transformação social.

“A igualdade não é um dado, mas um construído.”

Hannah Arendt

RESUMO

Aborda-se a questão da violência doméstica contra as mulheres e o tratamento conferido pela Lei nº. 11.340/06 – Lei Maria da Penha – principalmente a conformidade do diploma legal à concepção de igualdade jurídica, princípio insculpido no artigo 5º, inciso primeiro, da Constituição Federal de 1988. Traz um histórico das relações de gênero na sociedade ocidental, intensamente marcada pela ideologia patriarcalista, e os meios em que a cultura de submissão das mulheres continua a ser propagada. Investiga a violência contra as mulheres, com foco na forma mais freqüente em que ocorre: a violência doméstica; suas causas, características e efeitos. Analisa as falhas presentes na legislação brasileira antes da publicação da Lei Maria da Penha e aponta as suas principais inovações. Faz um breve relato acerca da evolução do conceito de isonomia na história ocidental, e apresenta as acepções que atualmente vigoram no direito contemporâneo: formal e material. Aprecia a adequação da desequiparação efetuada pela Lei Maria da Penha ao examinar as características da igualdade material. Discorre acerca das ações afirmativas como políticas plenamente recepcionadas pelos valores constitucionais.

Palavras-chave: gênero; violência doméstica e familiar contra as mulheres; Lei Maria da Penha; princípio da isonomia.

ABSTRACT

Boarding the issue of domestic violence against women and the treatment given by Law n°. 11.340/06 - Maria da Penha Act - especially the compliance of the law with the legal concept of equality, principle inscribed in the Article 5, first item, of the 1998 Federal Constitution. Brings the history of gender relations in Western society, marked by intense patriarchal ideology, and the means in which the culture of women's submission continues to be propagated. Investigates the violence against women, focusing on the most frequent way that it occurs: domestic violence; its causes, characteristics and effects. Examines the flaws in the Brazilian legislation before the publication of Maria da Penha Act and points out its main innovations. Makes a brief report about the evolution of the concept of equality in Western history, and presents the meanings that currently exist in contemporary law: formal and material. Assesses the adequacy of preferential treatment made by Maria da Penha Act as it examines the characteristics of material equality. Talks about affirmative actions as policies fully embraced by the constitutional values.

Keys-words: gender; domestic and familiar violence against women; Maria da Penha Act; equality principle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A DINÂMICA DAS RELAÇÕES DE GÊNERO COMO FUNDAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES	14
2.1 Relações de Gênero	14
2.2 Violência contra as mulheres	18
2.3 Violência doméstica contra as mulheres	23
3 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	30
3.1 O tratamento legal da violência doméstica contra as Mulheres antes da Lei nº. 11.340/06	30
3.2 As inovações legais introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei Maria da Penha	35
4. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A LEI MARIA DA PENHA	41
4.1 A igualdade na História	41
4.2 O Significado da Igualdade Jurídica	48
4.3 As Ações Afirmativas e a Violência Contra as Mulheres no Ordenamento Jurídico Brasileiro	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da civilização ocidental, a mulher sempre sofreu um intenso processo de discriminação social. Seja motivada por fatores religiosos, ou nas falsas premissas que seriam naturalmente inferiores, a mulher foi submetida ao poderio masculino, num sistema de dominação conhecido como patriarcado, onde o homem era o centro da sociedade, podendo inclusive dispor do corpo e do espírito feminino.

Nem com as Revoluções Burguesas do século XIX e a igualdade apregoada principalmente pelo ideal liberal esse quadro foi modificado. A isonomia praticada durante essa época tinha caráter meramente formal, consistindo no dever do Estado em se abster de criar desigualdades na lei ou perante a lei ou de intervir na livre iniciativa. Tinha por fim não eliminar desigualdades sociais, mas frear as arbitrariedades estatais e promover a ascensão do capitalismo.

O século XX, todavia, foi marcado por profundas modificações no conceito de igualdade, quando houve a conscientização de que era necessário não apenas o Estado evitar a criação de discriminações legais, mas também deveria intervir no seio social de maneira a combater as discriminações sofridas por grupos sociais marginalizados, dando primazia à efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a visão social acerca do papel desempenhado pela mulher modificou-se, deixando paulatinamente a sua atuação de restringir-se ao âmbito doméstico e passando a ocupar os espaços públicos antes predominantemente masculinos. Com essa alteração, novos direitos e garantias passaram a ser estendidos também às mulheres, vindo a plena isonomia a ser consagrada, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual em seu artigo 5º, inciso I, expressamente determinou que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Contudo, as disposições da *Lex Mater* ainda destoam de forma significativa da realidade social. Apesar da garantia constitucional, ainda é possível constatar fatos que evidenciam a continuidade da discriminação de gênero, herança do patriarcalismo que ainda persiste em nossa sociedade, tais como a diferenciação salarial, a baixíssima participação política ativa e os altos índices de violência doméstica contra a mulher.

Aliás, a violência no âmbito familiar contra a mulher, praticada principalmente por seus parceiros, que se utilizam da coação física, moral ou econômica para submetê-las aos seus desmandos, constitui-se num dos grandes óbices à efetivação da igualdade de gênero e à garantia da dignidade da pessoa humana, pois é uma prática ainda muito recorrente nos lares brasileiros.¹

A fim de reverter essa lacônica situação, aprovou o legislador a Lei nº. 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, que promove a dignidade feminina, reafirma os direitos fundamentais das mulheres, e traz uma série de institutos jurídicos que tutelam de forma mais adequada a integridade física e moral da mulher e que atuam de maneira mais eficaz na repressão violência à intrafamiliar.

Entretanto, surgiu desde então forte polêmica em sede doutrinária e jurisprudencial acerca da suposta inconstitucionalidade da lei quando confrontado com o texto do artigo 5º, inciso I, da Carta Magna. Alega-se que o diploma legal estabeleceu privilégios indevidos às mulheres, sem observar critérios de proporcionalidade e razoabilidade, merecendo, assim, ou ser expurgado do ordenamento jurídico, ou ser aplicado a todos, não apenas às mulheres.

Aqueles que partilham desse entendimento ignoram as características particulares da violência doméstica contra a mulher, como a sua universalidade, pois afeta mulheres de todas as nacionalidades, raça, classe social e nível intelectual; o perfil do agressor, que não é um estranho que ocasionalmente causa um dano à vítima, mas sim, seu parceiro, aquele com quem divide a intimidade, o que contribui para a prática reiterada da conduta; e os danos que causam não só à mulher, mas também a toda a família, principalmente as crianças.

Outrossim, é olvidada a desigualdade de poder nas relações de gênero, bem como o histórico de discriminação contra a mulher, que certamente contribuem para os enormes índices de violência no ambiente familiar. Aliás, pesquisas no mundo todo apontam que, para a mulher, diferentemente do homem, o espaço doméstico é mais perigoso do que o público, pois é naquele onde ocorre o maior número de violações à integridade feminina, geralmente perpetrada por seus familiares.

Em verdade, é ignorada a própria acepção da equidade jurídica, que atualmente ganhou contornos materiais, indo além da igualdade meramente formal ao reconhecer as

¹ De acordo com a pesquisa “Violência contra a mulher”, realizada pela Fundação Perseu Abramo e publicada em outubro de 2001, estima-se que no Brasil uma mulher é vítima de violência intrafamiliar a cada 15 segundos.

desigualdades históricas e obrigar os Estados a adotarem medidas para saná-las, com o fim de efetivar as garantias fundamentais de todos os cidadãos.

Feitas as considerações acerca da problemática, o presente trabalho é dividido em três capítulos, de maneira a melhor analisar a compatibilidade da Lei nº. 11.340/06 ao princípio isonômico.

O primeiro capítulo faz um estudo geral acerca das relações de gênero e a violência doméstica contra as mulheres, a fim de subsidiar o entendimento de o porquê o legislador ter definido o sexo da vítima como elemento essencial para a incidência da nova lei. Primeiramente, discorre como se deu, segundo alguns estudiosos, a criação da hierarquia nas relações entre homens e mulheres, bem como explicita a maneira como são propagadas práticas e idéias patriarcalistas ainda hoje na sociedade. No mesmo capítulo é analisada a questão da violência contra as mulheres no mundo e a maneira em que se dá com maior frequência: no âmbito intrafamiliar, apresentando suas causas, efeitos, características e desvendando os mitos que circundam o tema.

O segundo capítulo traz o tratamento que é dado ao fenômeno pela legislação brasileira, com vistas a esclarecer as razões que levaram o legislador a introduzir institutos jurídicos inovadores para tutelar os casos de violência doméstica contra as mulheres. São apontadas as impropriedades que permeavam a forma em que o Estado encarava o problema antes da vigência da Lei nº. 11.340/06, bem como as novidades que esta trouxe para coibir a prática dos maus-tratos familiares.

O terceiro capítulo tem como foco o princípio da igualdade. É feito um acompanhamento das diversas acepções que o conceito de isonomia possuiu ao longo da evolução da história ocidental até os dias de hoje. Aprofunda os conceitos de igualdade formal e material, atualmente os mais relevantes, e adentra no estudo das ações afirmativas, também chamadas de discriminações positivas, que permeiam toda a Lei nº. 11.340/06, analisando conjuntamente as inovações trazidas pelo diploma legal e os elementos da atual concepção de equidade.

Pela natureza do tema, a abordagem do presente trabalho preza pela interdisciplinariedade, ora utilizando conceitos e marcos teóricos das Ciências Sociais, ora recorrendo a conteúdo típico das Ciências Jurídicas, de forma a melhor compreender a problemática trazida à lume.

A metodologia deste trabalho envolve pesquisa bibliográfica e documental. Na primeira, as referências contemplam o que a doutrina jurídica informa acerca das questões legais referentes à violência doméstica contra as mulheres e o princípio da isonomia, e os estudos trazidos pelas Ciências Sociais acerca do fenômeno. A pesquisa documental tem importância tão grande quanto a anterior, pois o tema em questão envolve dados que buscam caracterizar as formas em que se dá a violência doméstica contra as mulheres na sociedade. Já o questionamento acerca da isonomia na lei provém de embates entre juristas e conhecedores do Direito, encontrando seu maior campo de debate e pensamento em meios de acesso eletrônico, tais como jornais e revistas com veiculação voltada para a rede de computadores e *sites* especializados em pesquisas e artigos.

2 A DINÂMICA DAS RELAÇÕES DE GÊNERO COMO FUNDAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

2.1 Relações de Gênero

Ao se estudar as relações entre homem e mulher, é necessário diferenciar certos conceitos que muito comumente são confundidos ou, até mesmo, utilizados como sinônimos.

Primeiramente, cumpre assinalar que gênero é distinto de sexo. Este se refere às características físicas e biológicas de um indivíduo, dividindo os seres entre homem e mulher a partir de suas características corporais, tais como a disposição dos pêlos ao longo do corpo, a região genital, o tom de voz, o desenvolvimento da estrutura corpórea na puberdade, a função reprodutiva, dentre outros aspectos. (BUARQUE, 2007; AZEVEDO, 2007)

O gênero, ao contrário, não se baseia naquilo que é possível de ser observado anatomicamente, pois consiste na construção social de cada sexo. A partir das diferenças anatomofisiológicas, do que é homem e mulher, a sociedade vai distribuindo os papéis que cada um deve exercer, dividindo, assim, o que é masculino e o que é feminino, nas chamadas representações de gênero, as quais estabelecem as relações entre homem-homem, mulher-mulher, homem-mulher. Por exemplo, a sociedade permite que as mulheres demonstrem carinho e afetuosidade para com suas amigas, ao passo que aos homens já não cabe tal forma de tratamento com outros homens, visto que devem demonstrar, ao máximo, austeridade, vigor e rispidez, características consideradas genuinamente masculinas.

Diferentemente das características físico-biológicas, que decorrem da natureza do indivíduo, o gênero é uma construção eminentemente social do papel de cada um com base no seu sexo, não podendo, assim, ser considerado como uma característica inerente aos seres. É possível a sua variação de acordo com diversos aspectos, tais como, tempo, grupo, cultura, religião, classe social, idade, raça, entre outros fatores que podem desconstruir ou transformar a identidade de gênero.

Na sociedade, as relações de gênero não expressam unicamente os papéis que homens e mulheres devem cumprir, mas também estabelecem certa hierarquia entre eles, de

forma que, no geral, tudo o que é atribuído ao masculino tem “mais valor” do que é atribuído ao feminino. A título de exemplo, é ao homem que cabe tomar as decisões políticas, que deve prover a família através do seu trabalho e quem supre a manifestação de vontade da mulher, incumbida unicamente de cuidar da prole, do lar e respeitar a vontade do marido, sendo assim considerada inferior².

Entretanto, nem sempre a dinâmica das relações de gênero ocorreu dessa maneira. Antigamente, nas sociedades de caça e pesca, a divisão social do trabalho era feita com base na condição física dos indivíduos. As mulheres, por terem que carregar a cria consigo o tempo inteiro para amamentá-la, ficavam responsáveis pela coleta e pela manutenção das aldeias, já que o choro do bebê poderia afastar a caça, tarefa esta, então, ao encargo dos homens³. Essas sociedades criam que as mulheres possuíam o poder de gerar e dar a vida a outro ser, gozando de grande respeitabilidade e veneração. A caça, único encargo dos homens, nem sempre era bem sucedida, relegando-os ao ócio no interior da aldeia, o que lhes deu tempo suficiente para pensar e começar a filosofar sobre a existência dos seres, o que findou no descobrimento, tempos após, de que eles também contribuíam para a formação do novo ser. A partir de então, começaram a ser formuladas teses e postulados de que os homens possuíam o princípio ativo da vida, enquanto que os corpos das mulheres eram meros receptáculos do material masculino, iniciando o processo cultural de inferiorização da mulher.

O desenrolar dessa linha de raciocínio pode ser aferida na crença de que o corpo da mulher é mero objeto de posse do homem. A esse sistema de dominação, consistente na inferiorização da mulher, em que se tolhe a sua capacidade reprodutiva, sexualidade, acesso ao trabalho e tomadas de decisões, dá-se o nome de patriarcado. Esse sistema de dominação foi predominante durante o processo de formação das sociedades modernas, partindo da falsa premissa de que seria o sexo feminino naturalmente inferior ao homem, o qual seria o centro da sociedade.

Vale ressaltar que gênero e patriarcado são conceitos distintos. Enquanto este pressupõe a submissão feminina ao homem, aquele não denota a existência de uma hierarquia,

² “A família e a sociedade exigem do menino e da menina comportamentos diferentes. O menino é naturalmente briguento, mais forte, empreendedor e mais atrevido, ele é mais brilhante nas matemáticas. A menina é mais suave, mais paciente, se dedica a trabalhos manuais (decoração, cozinha) e precisa de mais atenção e regularidade.” (Enciclopédia de Educação Sexual, 1973, França)

³ Alguns estudiosos, ao contrário, alegam que a força física foi o fator preponderante para a caça ser tarefa de responsabilidade dos homens. Entretanto, Saffioti discorda desse entendimento, ao afirmar que a força física não seria o fator determinante nas sociedades primitivas, tendo em vista que há estudos que apontam que houve sociedades em que coube às mulheres o dever da caça. SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007, p. 60.

já que dentro de seu alcance conceitual está a possibilidade de se estabelecer relações igualitárias entre homens e mulheres. Enquanto gênero existe desde que as pessoas passaram a viver em comunidade, nos primórdios da humanidade, o patriarcado é um fato recente, surgido entre 3100 e 600 a.C. (LERNER, 1986)

A inglesa Joan Scott (1989 apud SANTOS; BUARQUE, 2007), filósofa e historiadora, ao se deparar com o tema gênero, afirma que as essas relações se instituem e se mantêm a partir de quatro grandes dimensões da sociedade: a simbólica, a normativa, a organizacional e a subjetiva.

A dimensão simbólica, como o próprio nome já diz, refere-se aos símbolos construídos pela sociedade acerca do que é masculino e feminino. São as idéias, passadas de geração para geração, através de contos, lendas, tradições, romances, filmes, novelas, músicas, dentre muitos outros meios, os quais são transmitidos às pessoas desde criança e tendem a se perpetuar com o tempo. O maior exemplo desta dimensão é a imagem cristã, casta e pura de Maria, cuja imagem é limitada à sua capacidade reprodutiva, sendo representada como o modelo de mulher ideal, ao passo que Eva, representada apenas na vertente sexual, é considerada perversa, a responsável pela expulsão da humanidade do Éden, o parâmetro feminino que não deve ser seguido. Essas representações demonstram a mulher como um ser incompleto, útil somente para a atividade sexual e reprodutiva necessária a perpetuação da espécie, ao mesmo tempo em que valoriza a mulher que abdica de suas vontades em prol do dever de cuidar da prole e do marido e condena aquela que desrespeita as regras sociais impostas.

Outro exemplo bem significativo são as histórias infantis, em que a branca de neve, a bela adormecida, a cinderela e outras protagonistas são representadas como mulheres frágeis, carentes e indefesas, que precisam sempre da ajuda de um príncipe forte, esperto e inteligente. Os homens, ao contrário, sempre figuram como heróis, salvadores, fortes, independentes e viris, até mesmo quando representam vilões, situações em que, não raro, uma mulher é o elemento que o levou a transgredir. Poucas são suas fraquezas, visto que são os encarregados de trazer a ordem e a justiça ao mundo.

A dimensão normativa refere-se à interpretação que é dada aos elementos normativos. Em outras palavras, o que se deve ou não se deve fazer, o que é certo e o que é errado, a partir da condição do ser homem ou mulher. É a mais clara dimensão em que há a divisão dos papéis exercidos por cada um dos gêneros e a sua valoração, determinando o

modo como a regra deve ser cumprida, sob pena de imposição de alguma sanção (seja ela legal ou social) a quem não a observar. Não se refere, contudo, apenas a elementos normativos estritos, tais como leis, regulamentos ou decretos expedidos pelo Estado, mas inclui no seu âmbito os costumes e hábitos de determinado povo.

A dimensão organizacional diz respeito às instituições e estruturas de poder econômico, familiar, religioso, educacional, financeiro e produtivo, através dos quais são colocadas em prática as normas e os valores previamente estabelecidos. Destarte, os diferentes sistemas são utilizados como forma de criação e perpetuação de regras acerca das relações de gênero, como a impossibilidade de mulher realizar missa ou celebrar sacramento no meio religioso, ou do seu trabalho ter menos reconhecimento, onde, muitas vezes, são consideradas meras ajudantes, e não trabalhadoras, bem como a regra de que o homem é o chefe da família, que manda e desmanda no lar.

Já a dimensão subjetiva trata da identidade pessoal de cada indivíduo. Desde que nascemos somos estimulados pelo exterior, e de acordo com esses estímulos é moldada a forma com que pensamos, reagimos, sentimos, odiamos, enfim, que reagimos às diversas situações que nos são colocadas, formando, assim, a nossa chamada subjetividade. Essa dimensão é perceptível na maneira em que a discriminação de gênero influencia a formação da identidade pessoal de homens e mulheres. Enquanto os homens quando nascem são considerados como seres completos, sempre bem recebidos pela família, as mulheres são concebidas como indivíduos imperfeitos e truncados, fardo que carregam pelo resto da vida, o que contribui, inclusive, no fato de que algumas mulheres realmente acreditam serem inferiores aos homens.

A análise das dimensões tem extrema importância não apenas para efeitos didáticos ou para o estudo do tema, mas também para a implementação de políticas públicas em prol da igualdade de gênero.

Estudar os símbolos nos permite identificar certos estereótipos sobre o que é masculino e o que é feminino, constituindo verdadeira base para tentar desconstruí-los. A partir da análise das normas, dos costumes e tradições é possível a adequação dos textos legais à realidade, de forma a garantir de maneira plena a cidadania feminina. O alijamento da mulher nos papéis principais das instituições sociais demonstra a necessidade de se empreender esforços para o empoderamento das mulheres, para a sua inclusão nos espaços de decisões até então dominados pelos homens. Já a construção de uma subjetividade na qual a

mulher não é inferiorizada é fundamental para a equalização dos direitos de homens e mulheres, em razão de que, a partir da consciência individual de que todos devem ter os mesmos direitos, respeitadas as diferenças naturais, é possível combater a hierarquização e opressão despoticamente estabelecidas.

2.2 Violência contra as mulheres

A desigualdade nas relações de gênero, construída historicamente a partir da difusão da ideologia patriarcal, pensamento socialmente estabelecido de que o homem deve manter a posse irrestrita sobre a mulher, foi vetor legitimador da utilização da violência a fim de mantê-la subordinada ao homem.

Rousseau, teórico político do século XVII, corroborando essa forma de pensar, declarou certa vez que “A mulher é feita para agradar e para ser subjugada. A mulher é feita para ceder ao homem e para suportar mesmo sua injustiça: você não reduziria nunca os meninos ao mesmo ponto.”⁴

No Brasil, a utilização da violência como instrumento de manutenção da dominação e exploração estende-se para além das relações de gênero, fazendo parte de nossa formação social enquanto colônia, que por séculos foi explorada pela metrópole mediante o uso da força contra negros, índios, mestiços, pobres, entre outros grupos sociais marginalizados. No âmbito privado, essa cultura do uso da opressão conjuga-se com a ideologia patriarcal, contribuindo de sobremaneira para a legitimação dos abusos perpetrados em desfavor das mulheres.

A violência contra as mulheres, além de ser o resultado histórico da desigualdade de gênero e da prevalência da ideologia patriarcal, origina-se, também, a partir de uma conjuntura em que se somam outros fatores que ensejam desigualdades sociais, como a raça ou a classe a que pertencem os indivíduos. Saffioti (2003) denomina tais fatores como as três hastes do tripé, em que cada um possui ideologia própria na busca de persuadir os “dominados-explorados” da legitimidade da ordem social imposta.

⁴ Frase retirada de exercício “Estava Escrito”, do Manual de Idéias e Dinâmicas para Trabalhar com Gênero. SOS Corpo, Recife, 1998.

É bem verdade que a violência contra as mulheres é um fenômeno universal, existente em qualquer classe social e independe da raça da vítima ou do agressor, mas observa-se que quando ocorre em classes nas quais predomina a pobreza, por exemplo, a situação de vulnerabilidade da mulher agrava-se, pois esta carrega as chagas da discriminação não apenas pelo fato de ser mulher, mas também pela condição de hipossuficiência econômica em que se encontra, o que dificulta ainda mais o acesso aos meios de resgate da sua dignidade ultrajada.

Essa situação de violência baseada na dominação-exploração perdurou por vários anos em razão da aceitação coletiva de tal comportamento como natural, amparado no patriarcalismo. Tal quadro só começou a ser modificado em meados século XX, como resultado das lutas feministas iniciadas nos séculos antecedentes, e teve como principal marco a extensão dos direitos humanos às mulheres nas atividades legislativas de órgãos globalmente reconhecidos, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA).

Em 1948 foi publicada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu preâmbulo, prenuncia:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e **na igualdade de direitos dos homens e das mulheres**, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla (grifo do autor)

A importância desse documento reside no reconhecimento da situação subumana em que se encontravam as mulheres e na necessidade de os Estados garantirem a sua proteção contra abusos que atentem contra sua dignidade. As violências praticadas contra as mulheres deixaram aos poucos de serem encaradas como naturais e saíram da situação de invisibilidade a qual se encontravam, passando as legislações ocidentais posteriores, cada vez mais, a buscar a igualdade e a lutar contra a discriminação de gênero.

Contudo, apesar do avanço legal no tema, percebeu-se que, a cada dia, novas formas de abusos em desfavor das mulheres surgem e continuam a serem cometidos, como verdadeiro ranço do sistema patriarcal ainda impregnado na sociedade.

Tendo em vista a grande amplitude de situações que o termo “violência contra as mulheres” abarca, países começaram, por meio de decretos e convenções específicas, e baseados na doutrina acerca do tema, a discorrer sobre o fenômeno, buscando identificar as suas diversas formas de manifestação.

É bem verdade que o conceito de violência doméstica muitas vezes confunde-se com o de violência contra as mulheres. Entretanto, um difere do outro, na medida em que este é mais amplo que aquele, pois ocorre tanto no âmbito familiar, privado, quanto no público. Nesse sentido, o artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁵ afirma que violência contra as mulheres é “qualquer ato de violência baseado em sexo, que ocasione algum prejuízo ou sofrimento físico, sexual ou psicológico às mulheres, incluídas ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrarias da liberdade que ocorram na vida pública e privada.”.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir Erradicar a Violência contra a Mulher declara, em seu artigo 1º que “entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.” O artigo seguinte da mesma convenção complementa:

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

- a) 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:
- b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
- c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra

Já o Conselho da Europa⁶, através da Recomendação Rec (2002)5⁷, adotou uma definição mais analítica acerca da violência contra as mulheres, asseverando que há violação de seus direitos nos casos em que a violência ocorre no âmbito doméstico, no trabalho, na comunidade, em instituições estatais ou privadas e em conflitos armados, ao expor que:

1. Para os fins da presente recomendação, o termo de “violência contra as mulheres” designa qualquer acto de violência fundado na pertença sexual, que leva ou é susceptível de levar, no caso das mulheres que dela são alvo, a danos ou sofrimentos de natureza física, sexual ou psicológica, inclusive a ameaça de praticar tais actos, a coerção, a privação arbitrária de liberdade, quer seja na vida pública ou na vida privada. Esta definição aplica-se, mas não está limitada aos seguintes actos:

a. a violência perpetrada na família ou no lar, e nomeadamente as agressões de natureza física ou psíquica, os abusos de natureza emocional e psicológica, a violação e o abuso sexual, o incesto, a violação entre cônjuges, parceiros habituais,

⁵ Adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979, e ratificada pelo Brasil em 01.02.1984.

⁶ O Conselho da Europa, criado em 1949, é a mais antiga organização política do continente e atualmente conta com 47 membros

⁷ Disponível em [http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/PDF_Rec\(2002\)5_Portuguese.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/PDF_Rec(2002)5_Portuguese.pdf)

parceiros ocasionais ou cohabitantes, os crimes cometidos em nome da honra, a mutilação de órgãos genitais ou sexuais femininos, bem como outras práticas tradicionais prejudiciais às mulheres, tais como os casamentos forçados;

b. a violência perpetrada na comunidade em geral, nomeadamente a violação, o abuso sexual, o assédio sexual e a intimidação no local de trabalho, nas instituições ou noutros locais, o tráfico de mulheres com fim de exploração sexual e económica bem como o turismo sexual;

c. a violência perpetrada ou tolerada pelo Estado ou os agentes do poder público;

d. a violação dos direitos fundamentais das mulheres em situação de conflito armado, particularmente a tomada de reféns, a deslocação forçada, a violação sistemática, a escravatura sexual, a gravidez forçada e o tráfico com o fim de exploração sexual e económica.

Com base nas classificações trazidas no bojo de tratados e convenções internacionais, é possível classificar a violência contra a mulher em violência física, psicológica, sexual, moral, patrimonial, institucional, de gênero ou raça, doméstica e familiar (CAVALCANTI, 2008).

A violência física consiste em atos de acometimento físico sobre o corpo da mulher através de tapas, chutes, golpes, queimaduras, mordeduras, estrangulamentos, apunhaladas, mutilação genital, tortura, assassinato, entre outros.

A violência psicológica é a ação ou omissão com a finalidade de degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões de outra pessoa por meio da intimidação, manipulação, ameaça direta ou indireta, humilhação, isolamento ou qualquer outra conduta que implique prejuízo à saúde psicológica, à autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal.

A violência sexual consiste em qualquer atividade sexual não consentida, incluindo também o assédio sexual (em que o agressor é geralmente o patrão ou o chefe, que se vale da relação de trabalho, na qual detém poder hierárquico, para constranger a funcionária a manter com ele relações independentes de seu desejo). Sua ocorrência é bastante comum durante os conflitos armados e nos casos de tráfico internacional de mulheres e crianças para fins sexuais ou pornográficos, quando a mulher é submetida à gravidez forçada (limpeza étnica), prostituição forçada, escravidão sexual, entre outros.

A violência sexual exercida durante o período de guerra era tratada por protocolos e órgãos internacionais como simples ofensa ao pudor, não equiparado a crimes como a tortura ou a escravidão. Essa situação apenas se reverteu em 1998, quando o Estatuto de

Roma criou o Tribunal Penal Internacional⁸, pelo qual tanto a violência sexual como a de gênero passaram a ser reconhecidas como crimes que lesam a humanidade⁹.

A violência moral identifica-se com o assédio moral, em que o patrão ou chefe agride física ou psicologicamente sua funcionária com palavras, gestos ou ações, bem como na prática de crimes de calúnia, injúria ou difamação contra as mulheres.

A violência patrimonial consiste em qualquer prática, tanto comissiva quanto omissiva, contra o patrimônio da mulher, muito comum nos casos de violência doméstica e familiar. É qualquer ato de violência que implique dano, perda, subtração, destruição ou retenção de objetos, documentos pessoais, bens e valores, instrumentos de trabalho, assim como o não pagamento de alimentos necessários à subsistência da mulher.

A violência institucional é aquela praticada nas instituições prestadoras de serviços públicos, como hospitais, postos de saúde, escolas, delegacias, no sistema prisional, na justiça. É um tipo de violência exercida por agentes que deveriam, ao contrário de castigar a integridade da mulher, garanti-la, protegendo-a de agressões outras e prestar-lhe atenção humanizada.

A violência de gênero ou raça é aquela praticada em razão do preconceito, discriminação e exclusão social.

Por último, a violência doméstica e familiar caracteriza-se a partir da ação ou omissão dentro da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; ou em âmbito familiar, que consiste na comunidade formada pelos indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Para a configuração dessa espécie de violência, exige-se a existência de uma relação de afeto entre a vítima e o agressor, que conviva ou tenha convivido com aquela, independente de coabitação.

Destarte, é possível concluir que a violência doméstica trata-se apenas de uma espécie do gênero violência contra as mulheres, sendo, todavia, a forma mais freqüente e conhecida.

⁸ Disponível em: http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm

⁹ Artigo 7.º - Crimes contra a Humanidade

g) Violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;

2.3 Violência doméstica contra as mulheres

A violência doméstica¹⁰ é aquela praticada no seio da família, entre os membros que a compõem, formada a partir de laços naturais (pais, filhos, avós, etc.), por afinidade (padrasto, genro, tio da esposa, etc.), ou por vontade expressa (amigos ou amigas que habitem no mesmo recinto).

Consiste, basicamente, em qualquer ação ou omissão cometida por familiares, pessoas que habitam com a vítima, ou que do seu círculo afetivo mais próximo façam parte. O agressor utiliza-se da condição privilegiada proporcionada pelo fato de ser cônjuge, companheiro, namorado, noivo, amigo ou parente da mulher, bem como da relação assimétrica de poder entre gênero, cuja hierarquização ainda se encontra forte nas sociedades contemporâneas, para perpetrar os atos de violência contra a vítima.

As formas de manifestação da violência intrafamiliar são diversas, devido a sua ampla abrangência conceitual, visto que se caracteriza como qualquer ação ou omissão baseada em gênero que cause à mulher lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, dano moral ou patrimonial¹¹. Assim, as formas mais frequentes de violência são classificadas pela legislação pátria¹² em: (a) física, (b) sexual (c) psicológica, (c) patrimonial e (d) moral.

A violência física consiste em qualquer conduta que ofenda integridade ou saúde corporal da vítima. É a utilização da coação física com o intuito de agredir fisicamente a mulher, deixando marcas visíveis ou não, como empurrões, puxões de cabelo, beliscões, mordidas, socos, chutes, pancadas, tapas, murros, queimaduras, cortes ou perfurações valendo-se de armas, sejam elas brancas (facas, canivetes, estiletes, etc.) ou de fogo.

A violência psicológica é qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da auto-estima da mulher ou que lhe prejudique e perturbe o pleno

¹⁰ Por vezes, utiliza-se o termo “violência intrafamiliar” no mesmo sentido de violência doméstica, visto que esse tipo de violência pode ocorrer também fora do ambiente doméstico, desde que ocorra entre membros da família ou entre pessoas com laços de afetividade. Critica-se, no entanto, o emprego da terminologia, que estaria a esconder a violência praticada contra a mulher. Assim, o movimento feminista, buscando denunciar a maneira como o lar pode ser perigoso para as mulheres, defende a utilização da nomenclatura “violência doméstica”. Este trabalho monográfico, em que pese a importância da discussão, para fins didáticos, adota tais expressões como sinônimas.

¹¹ Art. 5º da Lei nº. 11.340/2006

¹² Art. 7º da Lei nº. 11.340/2006

desenvolvimento ou que vise a degradar ou a 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. É a agressão emocional a mais sutil forma de violência doméstica. Contudo, talvez seja a mais grave de todas, já que ao atingir a auto-estima da vítima, o agressor paralisa a sua capacidade de reação. Seus efeitos são perenes, as feridas da alma são as mais difíceis de cicatrizar, atingindo por via oblíqua toda a família, principalmente as crianças, que também carregarão traumas pelo resto da vida.

A violência sexual é entendida como qualquer conduta que 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. Sempre houve certa resistência no reconhecimento da violência sexual dentro do âmbito familiar, pois o sexo era considerado um dos deveres do casamento, o que legitimaria a conduta do homem que forçava a sua esposa a, com ele, manter relações sexuais¹³, entendimento esse hoje completamente superado em vista do princípio da dignidade da pessoa humana.

A violência patrimonial é qualquer conduta, comissiva ou omissiva, que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. É muitas vezes utilizada como forma de restringir a liberdade da mulher, o seu direito de ir e vir, visto que são retirados da vítima os meios necessários para sua subsistência.

A violência moral consiste em qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria, com a qual o companheiro busca colocar a idoneidade moral da vítima em dúvida, ao ferir a sua honra ou reputação. Geralmente, a ofensa tem relação com o exercício da sexualidade da mulher, reprovando a conduta sexual por ela praticada como algo sujo, nefasto

¹³ TAGB: “Exercício regular de direito. Marido que fere levemente a esposa, ao constrangê-la à prática de conjunção sexual normal. Recusa injusta da mesma, alegando cansaço. Absolvição mantida. (...)” (RT 461/44 apud MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 1246).

e reprovável. Há um julgamento do comportamento sexual com a clara finalidade de limitar a sexualidade feminina.

O combate à sua ocorrência é deveras dificultoso, tendo em vista que geralmente ocorre em ambiente privado, aumentando a lesividade do delito, pois a privacidade do lar impede que outros tomem conhecimento das agressões. É um crime que de modo geral não possui testemunhas, o que dificulta a denúncia e a averiguação da sua materialidade. Aliás, essa característica difundiu a idéia de que a violência doméstica trata-se de assunto eminentemente particular, que deve ser resolvido entre agressor e vítima na intimidade do lar, popularizada pelo jargão “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, o que atrasou de certa forma a tomada de medidas por parte dos Estados para coibir tal prática.

Em razão de acontecer no ambiente familiar, a violência doméstica distingue-se de outras formas de agressão, porquanto o sujeito ativo pertence ao círculo afetivo da vítima, é próximo a ela, e não um mero desconhecido, que ocasionalmente vem a praticar um ato de violência. A manutenção do contato e vínculo com o ofensor, o trato diário entre este e a vítima, tende a tornar a conduta hostil em prática reiterada, sendo um padrão de conduta continuado que tende a ter sua intensidade e frequência aumentadas com o decorrer do tempo.

Os casos de violência doméstica contra as mulheres geralmente iniciam-se com ameaças e intimidações verbais, passando, logo em seguida, a ofensas morais e psicológicas e, no último caso, a ofensas físicas, que igualmente se agravam com a repetição do comportamento, iniciando com leves empurrões e pequenos tapas, culminando com graves espancamentos e homicídio. A situação de conflito entre vítima e agressor geralmente dura um longo período, em a mulher sofre calada por anos a fio, só tomando coragem de denunciar a situação quando as agressões ocorrem em nível considerado insuportável para ela ou para sua família.

Conforme explica Peres (1996, apud CAVALCANTI, 2008, p. 64)

A psicóloga Ruth Gheler afirmou em sua pesquisa sobre o perfil das vítimas da violência doméstica que as mulheres sentem-se incapazes de agir. São chantageadas pelos maridos e freqüentemente cedem às pressões. Sentem culpa, medo e vergonha. Protegem o agressor e a relação justificando o comportamento violento dele. Sentem raiva por terem sido agredidas, mas temem ficar sozinhas. O medo prevalece, paralisando-as. É mais forte do que sua razão. Sua identidade é ambivalente. No emprego, são extremamente profissionais e respondem pelo que fazem. Nas relações íntimas são muito dependentes emocionalmente, analisa Ruth. Sua auto-estima é ruim. Ela não se valoriza e espera que o homem reconheça o seu valor.

A ocorrência desse tipo de agressão tem longa data, mas por muito tempo não foi dada a atenção que merece, tendo em vista os diversos mitos que o cercam, como o da

“família perfeita”, segundo o qual se acredita que o lar é um ambiente tão somente de afeto, apenas saindo dessa condição as famílias desestruturadas ou marginalizadas, bem como outros, de que sua ocorrência é rara ou de que só o praticam indivíduos com distúrbios mentais ou psicológicos. Hoje, contudo, sabe-se que a violência intrafamiliar é um problema global, independente de classe social, raça ou etnia, nacionalidade, religião, nível educacional ou idade. Tais fatores podem aumentar a situação de vulnerabilidade da vítima, mas não são determinantes para a sua existência.

A preocupação recente com a violência doméstica vem da constatação de sua enorme periculosidade não só para a saúde da mulher, mas para todo o ambiente familiar, bem como da alta frequência em que sucede não apenas no Brasil, mas como em todo o mundo. Esse tipo de conflito vitima crianças, adolescentes, idosos, deficientes físicos, mas as mulheres são seu principal alvo. Mesmo nessa hipótese, os filhos e familiares também são considerados vítimas indiretas, porque igualmente sofrem com as agressões perpetradas contra as mulheres, o que desintegra o ambiente harmonioso do lar.

O Conselho da Europa, através da Recomendação nº. 1582/2002¹⁴, afirma que a violência contra as mulheres no espaço doméstico é a maior causa de morte e invalidez entre mulheres dos 16 aos 44 anos de idade, superando o câncer, acidentes de trânsito e até mesmo as guerras.

Segundo o relatório anual da Anistia Internacional, lançado durante a campanha “Está em suas mãos. Pare com a Violência contra a Mulher”¹⁵, nos Estados Unidos, as mulheres representaram 85% das vítimas de violência doméstica em 1999, enquanto o Governo Russo estima que 14.000 mulheres foram mortas por seus companheiros ou familiares em no mesmo ano¹⁶. Tal relatório aponta, ainda, que ao menos uma em cada três mulheres sofre de algum tipo de violência durante a sua vida, sendo o agressor, geralmente, um membro de sua família ou algum conhecido da vítima. Por último, divulgou que 70% das mulheres assassinadas em todo o mundo são mortas por seus parceiros.

Na América Latina, os dados não deixam de ser menos expressivos. Estudos sob o título "Informes sobre a situação da violência de gênero contra as mulheres", organizados pelas Nações Unidas e realizados em 1999, em relação à Bolívia, revelam que, das vítimas de

¹⁴ Disponível em: <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta02/EREC1582.htm>>. Acesso em: 18 out. 08

¹⁵ Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT77/001/2004/en/dom-ACT770012004en.pdf>>. Acesso em: 20 out. 08

¹⁶ O relatório acrescenta que, ainda que os índices de violência doméstica contra a mulher sejam alarmantes, o país carece de instrumentos legais para coibir seu crescimento.

violência intrafamiliar, 98,4% são mulheres. Por sua vez, estatísticas policiais realizadas com base em atendimentos realizados no Chile, referentes ao ano de 1997, identificaram o homem como a principal figura agressora, representando 85% dos que praticam a violência doméstica.¹⁷

No Brasil, a pesquisa da Fundação Perseu Abramo, realizada no ano 2001, constatou que 2,1 milhões de mulheres são espancadas por ano no país, 175 mil por mês, 5,8 mil por dia, 243 por hora, 4 por minuto, uma a cada 15 segundos¹⁸.

A pesquisa do IBOPE (setembro/2004), na qual foram entrevistadas 2002 pessoas em todo o país, revelou que para 30% dos entrevistados, a violência contra as mulheres, praticada tanto fora quanto dentro de casa, é o problema que mais preocupa as brasileiras, ficando à frente de outros problemas, como o câncer (17%) e a AIDS (10%). Nesse quesito, não houve diferença significativa nas opiniões de homens e de mulheres, mostrando que se trata de um problema amplamente difundido no seio da sociedade. No mesmo estudo, 91% dos brasileiros consideram muito grave o fato de mulheres serem agredidas por companheiros e maridos, bem como 90% acreditam que o agressor deveria sofrer um processo e ser encaminhado para uma reeducação. O mais curioso da pesquisa é a diversidade entre os dados colhidos e a realidade vivida pelas mulheres brasileiras, já que, apesar de ser considerado um grave e injustificável problema, com alto grau de rejeição, os números oficiais de denúncias e processos contra os agressores são pouco significativos.

A conclusão do estudo é que a violência doméstica contra as mulheres ainda é um crime silencioso. Estima-se que haja um número enorme de mulheres que sofrem agressões de seus companheiros, parceiros ou cônjuges e não têm coragem de denunciá-los por diversas razões.

Em recente estudo do IBOPE em conjunto com o Instituto Patrícia Galvão, realizado em 2006, perguntou-se aos entrevistados a principal razão para não denunciar o delito, tendo 28% respondido que a denuncia só faz aumentar a violência, enquanto 25% afirmam que a denúncia desagrega o casamento. Uma certa parcela (19%) alega que a mulher não denuncia em decorrência da impunidade do agressor, bem como em razão da dependência econômica (15%). A esses fatores, outros como a crença de que a violência ocorreu só aquela

¹⁷ GARCIA, Ana Isabel e outros. Sistemas Públicos contra la Violência Doméstica en América Latina – Un Estudio Regional Comparado. Fundación Género Y Sociedad. San Jose. Costa Rica. 2000.

¹⁸ A pesquisa “A Mulher Brasileira nos Espaços Público e Privado” entrevistou 2.502 mulheres, maiores de 15 anos, residentes em 187 cidades de todo o país, em outubro de 2001. Realizado pela Fundação Perseu Abramo, o trabalho traçou o perfil das entrevistadas sobre tópicos como violência, educação, trabalho, saúde, entre outros.

vez e não voltará a se repetir, de que as verdadeiras culpadas pela agressão são elas, que em algum ponto não cumpriram o seu papel, ou até mesmo o medo que o agressor venha a ser processado, julgado, condenado, preso e socialmente repellido. Essas razões explicitam que fatores econômicos e familiares, aliados à cultura de dominação masculina, contribuem de sobremaneira para a invisibilidade desse tipo de delito.

Muitos acreditam que esse tipo de violência apenas ocorre em lares marginalizados e com determinados tipos de agressores, que padecem de vícios como drogas e álcool, apontando-os como a principal causa do fenômeno. Na pesquisa do IBOPE (2006), 81% dos entrevistados apontaram o uso de bebidas alcoólicas como o principal vetor que encadeia a violência intrafamiliar, seguida pelos ciúmes (63%), e outras questões de cunho econômico, tais como desemprego (37%) e falta de dinheiro (31%). Apesar de estes fatores serem pela maioria citados, a questão de fundo reside na distribuição social dos papéis de gênero, mormente o masculino, que se reflete diretamente na educação de meninos e meninas. Enquanto as mulheres são criadas a valorizar aspectos como a beleza, o sentimentalismo, a ternura, a delicadeza, a subserviência, a dependência e a passividade, os homens são estimulados a valorizar a força física, a agressividade, a virilidade, a satisfazer os seus desejos. Em algumas sociedades, inclusive, o homem é estimulado a agir com violência diante de situações como ciúmes ou outras em que a mulher não corresponde ao que a sociedade dela espera. Nesses casos, é permitido ao homem utilizar-se de atos cruéis como forma de se impor, de manter a sua honra perante o resto da sociedade.

Cria-se então uma conjuntura na qual os homens não são ensinados a dialogar, devendo resolver seus problemas com a brutalidade que seria inerente ao ser masculino. Essa forma de agir e pensar, condicionado a fatores como baixa auto-estima decorrente de desemprego ou ciúmes, ou o efeito desinibidor das bebidas alcoólicas, contribuem para o desencadeamento das condutas violentas contra suas parceiras.

Os transtornos pessoais do indivíduo, seja ele psicológico, de alcoolismo ou de personalidade, representam apenas uma parcela dos motivos ensejadores da violência doméstica, pois o agressor não se insurge contra um amigo ou outro familiar, e sim, contra as mulheres. Inclusive, muitos agressores são pessoas bem sucedidas e bem articuladas socialmente, mostram-se afáveis e cordiais com amigos e colegas, não fazem uso de álcool nem de outras drogas. Essa constatação denota a gravidade do fenômeno ora estudado, pois a sua origem é bastante complexa, arraigada nas bases em que se funda o pensamento social

acerca do que é ser homem e ser mulher, o que dificulta ainda mais a busca de soluções enfrentá-lo.

A violência contra as mulheres caracteriza-se, também, pelas perversas conseqüências que dela advém, fulminando a estabilidade da família e trazendo danos de ordem não apenas física, mas principalmente psicológica a todos os seus membros.

Além das marcas da violência física, que podem deixar seqüelas irreversíveis, a vítima tem a sua auto-estima reduzida drasticamente, sente-se impotente por não poder proteger seus filhos, passa a ter dificuldade para se relacionar com outras pessoas, isola-se de familiares e amigos, tem sua vida sexual afetada, sua liberdade de ir e vir restringida e sua produtividade no trabalho é igualmente prejudicada.

Segundo a Unaid¹⁹, a propagação da AIDS entre as mulheres, que já representam metade dos 40 milhões de portadores do vírus, é acelerada pela violência sexual da qual são vítimas. Estas mulheres, devido à coação física e moral de que são vítimas não podem evitar as relações sexuais nem convencer seu parceiro a usar preservativo.

Sendo a mulher vítima direta, todos membros do ambiente familiar são considerados vítimas indiretas, em especial as crianças, que em conseqüência dos atos violentos que presenciam dentro de casa têm o desenvolvimento de sua personalidade abalado. Pesquisa da OMS²⁰ realizada em São Paulo e em Pernambuco mostrou que os filhos de 5 a 12 anos das mulheres agredidas apresentavam diversas seqüelas, como: pesadelos, chupar dedo, urinar na cama, timidez e agressividade. Em São Paulo, essas mães apontaram maior repetência escolar de seus filhos e na Zona da Mata Pernambucana, maiores índices de abandono escolar²¹. Ademais, crianças que crescem em um lar onde a violência é comum, ou que sofrem de maus-tratos, tendem a reproduzir esse comportamento agressivo na fase adulta, possivelmente tornando-se vítimas ou agressores, criando um verdadeiro ciclo vicioso em que a violência estará sempre presente.

Toda a gravidade do fenômeno, todavia, não recebia a devida atenção do Estado Brasileiro, que dispunha, de normas de eficácia duvidosa para tratar da questão. Tal quadro só começou a ser revertido, com a introdução de elementos normativos capazes que combater o crescimento da violência intrafamiliar, com a publicação da Lei nº. 11.340/06, a Lei Maria da Penha.

¹⁹ Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS.

²⁰ Organização Mundial da Saúde

²¹ Violência contra a Mulher e Saúde no Brasil (2001). OMS/FMUSP/CFSS/SOS Corpo/FSPUSP/UFPE

3 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1 O tratamento legal da violência doméstica contra as Mulheres antes da Lei nº. 11.340/06

A par de toda a gravidade que circunda o fenômeno da violência doméstica contra as mulheres, a legislação brasileira, até pouco tempo atrás, praticamente ignorava a sua ocorrência. Não existia no Código Penal Brasileiro nem em legislação extravagante, qualquer dispositivo que conferisse tratamento específico à violência intrafamiliar.

Essa “invisibilidade jurídica” em que se encontrava o fenômeno apenas contribuiu para o aumento de sua ocorrência a cada ano, situação que só veio a ser contornada a partir do advento das leis de nº. 10455/2002, 10.886/2004 e 11.340/2006.

Além da falta de legislação própria, o tratamento conferido a esse tipo de delito pelos Juizados Especiais piorava ainda mais a situação das vítimas, pois as medidas despenalizadoras típicas do rito sumaríssimo, bem como a crença, inclusive de operadores de direito, de que “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, contribuíram para a banalização e impunidade nos casos de violência praticada dentro do lar ou no âmago da família.

No ano de 1988, os constituintes preocupavam-se com o crescente abarrotamento da justiça criminal, motivado principalmente pelo aumento significativo de crimes de pequena monta ou de pouca lesividade, mas cujos processos entupiam os fóruns. Não havia resultado prático algum, pois na maioria desses casos, os réus eram beneficiados com a prescrição retroativa ou, então, eram absolvidos por falta de provas, visto que a grande demanda aliado ao deficiente aparato estatal por muitas vezes prejudicava a qualidade da instrução. Não bastasse a desnecessidade de tais crimes movimentarem toda a máquina judiciária criminal, o grande número de processos ainda emperrava o andamento daqueles concernentes a crimes de maior potencial ofensivo, os quais a reprimenda estatal era indispensável.

Todo esse quadro contribuiu para o aumento da descrença da população na Justiça, a qual via o número de pequenos delitos crescerem exponencialmente sem poder aplicar a sanção penal em todos os casos. Assim, o constituinte, também influenciado pela tendência do Direito Penal mínimo em voga na época, pelo crescimento da população carcerária do país e de processos criminais, bem como pela saudável experiência com os Juizados Especiais Cíveis, em funcionamento desde 1984, buscou trazer para o direito criminal brasileiro medidas despenalizadoras, que permitissem ao Estado dar uma resposta célere aos pequenos crimes, sem a necessidade de observar todas as formalidades previstas no Código de Processo Penal brasileiro.

Frente a essa realidade, passou a prever a Constituição Federal, em seu art. 98, I, que:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

A novidade constitucional, contudo, não foi aplicada de imediato, tendo em vista que trata-se de norma de eficácia limitada, urgindo a publicação de uma lei ordinária para que pudesse ter aplicabilidade plena, a qual só veio a ser aprovada em 1995²², quase 7 anos após a promulgação da Carta Magna, representando verdadeira revolução no sistema processual brasileiro.

A criação de medidas despenalizadoras, adoção de um rito sumaríssimo, a possibilidade de aplicação da pena mesmo sem o oferecimento da acusação e sem discussão da culpabilidade, agilizaram o julgamento dos crimes considerados de pequeno potencial ofensivo (DIAS, 2007, p. 21).

Apesar de bem vinda por ter contribuído para o seu propósito, a modificação não ficou imune de críticas, principalmente no que tange o critério que define os crimes de menor potencial lesivo e o conseqüente tratamento indistinto de crimes cuja natureza exigiam medidas particulares. Outro ponto muito criticado é a base teórica excessivamente minimalista que inspira a lei, a qual, no afã de propagar o discurso da não penalização, findou por relegar as vítimas dos delitos.

²² Lei nº. 9099/1995.

A lei em questão, em seu art. 61, determina que são considerados crimes de menor potencial ofensivo aqueles cuja pena máxima cominada não supere 1 ano²³, critério este, posteriormente, aumentado para 2 anos através da Lei 10.259/2001²⁴. Assim, não foi adotado como critério para qualificar a natureza da infração a maneira em que foi cometida, nem o bem jurídico lesado (tipicidade material). O legislador entendeu por bem adotar a intensidade da sanção abstrata cominada ao ilícito a fim de considerá-lo como de menor potencial lesivo.

Não foram levadas em conta as características peculiares de algumas espécies de delitos, mormente no caso da violência praticada dentro do âmbito familiar, cujas formas mais freqüentes de manifestação, tais como lesões corporais leves e ameaça, passaram automaticamente para a competência dos juizados especiais. Muitas vezes, a vítima de violência doméstica que recorre à justiça não tem a intenção de ver o agressor punido, mas seu intento maior é que as agressões cessem, o que de certa forma justifica a pena atribuída relativamente baixa se visualizarmos a lesividade do seu cometimento para toda a família.

Foi utilizado como paradigma o crime comum, no qual um indivíduo ocasionalmente fere bem jurídico de outrem, como nos casos, por exemplo, de crime contra a honra, crimes contra a fé pública e crimes ambientais. Ignorou-se, por completo, as particularidades da violência doméstica contra as mulheres, como sua habitualidade, a relação assimétrica entre homem e mulher, o grau de comprometimento emocional entre vítima e agressor, assim como o bem jurídico lesado, que no caso não apenas restringe-se à integridade física ou à honra da mulher, mas também atinge todos os familiares.

Essa inobservância ultimou por ensejar a ineficiência desse novo modelo de justiça criminal especificamente para os crimes cometidos no ambiente familiar.

Anteriormente à vigência da Lei dos Juizados Especiais, as Delegacias da Mulher, pela primeira vez implantada no ano de 1985 em São Paulo, serviram como estímulo para as mulheres denunciarem os abusos cometidos por seus companheiros. Ainda que a “queixa”²⁵ fosse retirada, o inquérito e a conseqüente ação penal tinham grande função pedagógica, contribuindo, ainda que pouco, para a conscientização dos agressores.

²³ Lei nº. 9099/1995., art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

²⁴ Lei nº. 9099/1995, art. 2º. Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

²⁵ O termo correto é “notícia crime”, pois a vítima apenas levava o conhecimento do fato ilícito à autoridade responsável, que, no caso, era obrigada a tomar as medidas legais. Este trabalho monográfico utiliza o vocábulo “queixa”, entre parênteses, pois assim é popularmente conhecido o referido instituto do direito processual penal brasileiro.

Contudo, com a implantação dos Juizados Especiais e seus ritos procedimentais distintos, na audiência de conciliação, criada principalmente para ressarcir a vítima dos danos materiais sofridos, o consenso entre as partes era, na maioria das vezes, induzido pelo magistrado ou conciliador, que constrangia a vítima a aceitar a proposta oferecida pelo agressor de não reincidir, culminando no arquivamento dos autos. Ainda que não aceitasse a proposta, a vítima era obrigada a declarar a insistência no direito de representar na presença do seu agressor e, ainda nesse caso, podia o Ministério Público, sem qualquer consentimento da ofendida, transacionar com o ofensor a aplicação de pena de multa ou restritiva de direitos.

Em muitas dessas transações, a pena restritiva de liberdade era substituída pela prestação de cestas básicas a instituições beneficentes. O dinheiro que o agressor utilizava para pagar as cestas era retirado do patrimônio do casal, ou seja, chegava-se à absurda situação em que a vítima era duplamente prejudicada: pela violência contra ela cometida e pela prestação alternativa impingida ao autor dos danos.

O sistema legal brasileiro não apenas era ineficiente na punição dos agressores, como também era ineficaz para coibir o avanço da violência doméstica, cujos casos só aumentavam ano após ano, banalizando a conduta.

Não havia qualquer tratamento específico para auxiliar as vítimas, que se viam atiradas à própria sorte quando agredidas pelo companheiro, preferindo na maioria das vezes calar-se por acreditar que a denúncia, ao invés de ajudar, apenas agravaria a situação.

Observando esse quadro desolador, bem como os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, o legislador buscou trazer inovações no sistema legal.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”²⁶ (1994) devidamente ratificada pelo Brasil²⁷, traz no bojo de seu artigo 7º os deveres que os Estados assumiram a fim de prevenir, punir e erradicar a dita violência no âmbito de seu território, empenhando-se, dentre outras medidas, em:

§4. Adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar, ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade.

§5. Tomar todas as medidas apropriadas, incluindo medidas de tipo legislativo, para modificar ou abolir lei e regulamentos vigentes, ou para modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistências ou a tolerância da violência contra a mulher.

²⁶ Disponível em <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/convencaoobel1994.pdf>. Acesso em: 29 out. 2008

²⁷ Adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

§6. Estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha submetida a violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos.

Nesse sentido, o legislador ordinário brasileiro, em 2002, publicou a Lei nº. 10.455, que criou uma medida de natureza cautelar nos crimes de violência doméstica. O diploma legal acrescentou ao parágrafo único do artigo 69 da lei 9099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) que “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.”.

A lei foi importante, pois foi o primeiro instrumento legal a prever medidas que buscassem resguardar a vítima, mas não foi suficiente para coibir os casos de violência, pois o afastamento do lar, em geral é temporário, por si não é capaz de combater um fenômeno por demais complexo.

Assim, em 2004, o legislador voltou a tratar do tema, ao publicar a lei nº. 10.886, que acrescentou os parágrafos 9º e 10 ao artigo 129 do Código Penal Brasileiro, criando, respectivamente, um subtipo à lesão corporal leve e uma causa de aumento de pena.

O parágrafo 9º²⁸ do dispositivo legal em comento previu expressamente punição para os casos em que a lesão corporal é praticada contra familiar, prevalecendo-se das relações domésticas. Já o parágrafo seguinte²⁹, declara que se a lesão corporal for de natureza grave ou gravíssima, ou se dela resultar morte, a pena aplicada aumenta-se em um 1/3 (um terço).

Em miúdos, a lesão corporal leve apenas teve a sua pena mínima elevada de 3 para 6 meses de detenção quando a violência ocorre no ambiente doméstico, o que, na prática, não veio a produzir efeito algum.

As inovações legislativas não surtiram o efeito desejado, pois, a violência doméstica ainda continuou a ser considerada como de menor potencial lesivo, atendida pelo Poder Judiciário através dos Juizados Especiais com os institutos que lhe são próprios.

Para se ter uma idéia, cerca de 70% dos casos que chegam aos Juizados Especiais Criminais envolvem situações de violência doméstica contra as mulheres³⁰. Desses, cerca de

²⁸ CPB, art. 129, § 9º: Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

²⁹ CPB, art. 129, § 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).

³⁰ Dados Disponíveis em:

http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=177&Itemid=2. Acesso 30 out. 2008

90% terminam em arquivamento, demonstrando a banalização da violência doméstica, já que não há justificativa razoável para o alto número de casos e os baixos índices de condenação.

A pressão dos movimentos feministas e de organismos internacionais³¹ por mudanças legislativas realmente significativas, que de forma efetiva buscassem coibir a violência doméstica, levou o legislador a publicar a lei nº. 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha³².

3.2 As inovações legais introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei Maria da Penha

Em 22 de agosto de 2006 entrou em vigor a Lei nº.11.340/2006, trazendo profundas modificações no ordenamento jurídico interno em relação à violência doméstica contra as mulheres.

Logo em sua ementa, cuidou o legislador de reafirmar a constitucionalidade da lei, no momento em que aponta o dispositivo constitucional em que o novo diploma legal fundamenta-se.

O parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal preleciona:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

³¹ Em abril de 2001, a OEA condenou o Brasil a definir uma legislação adequada à violência doméstica contra a mulher.

³² “Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica cearense, hoje com 61 anos, fez da sua tragédia pessoal uma bandeira de luta pelos direitos da mulher e batalhou durante 20 anos para que fosse feita justiça. O seu agressor, o professor universitário de economia Marco Antônio Herredia Viveros, era também o seu marido e pai de suas três filhas. Na época ela tinha 38 anos e suas filhas idades entre 6 e 2 anos. Na primeira tentativa de assassinato, em 1983, Viveros atirou em suas costas enquanto ainda dormia, alegando que tinha sido um assalto. Depois do disparo, foi encontrado na cozinha, gritando por socorro. Dizia que os ladrões haviam escapado pela janela. Maria da Penha foi hospitalizada e ficou internada durante quatro meses. Voltou ao lar paraplégica e mantida em regime de isolamento completo. Foi nessa época que aconteceu a segunda tentativa de homicídio: o marido a empurrou da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la embaixo do chuveiro. Herredia foi a júri duas vezes: a primeira”, em 1991, quando os advogados do réu anularam o julgamento. Já na segunda, em 1996, o réu foi condenado a dez anos e seis meses, mas recorreu. Com a ajuda de diversas ONGs, Maria da Penha enviou o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), pela demora injustificada em não se dar uma decisão ao caso.”. Disponível em: <<http://www.violenciamulher.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/leimariadapenha.pps>> . Acesso em 30 out. 2008”.

Assim, conclui-se que o legislador ordinário devidamente veio a cumprir a vontade do constituinte originário de garantir meios para a repressão da violência cometida no âmbito familiar.

Curiosa a menção, também na ementa, do compromisso internacional assumido pelo Estado Brasileiro na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, visto que não é muito comum na atividade legislativa pátria esse tipo de referência, apenas foi efetuada a partir da sanção imposta pela OEA em decorrência da omissão e negligência do Estado Brasileiro no trato da questão.

O novo diploma legal discorre, especificamente, da violência doméstica cometida contra as mulheres, implementando no ordenamento jurídico pátrio diversas novidades, como a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e estabelecendo medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Já que o sujeito passivo da Lei Maria da Penha apenas pode ser do sexo feminino, como deixa bem claro os seus termos, poder-se-ia ser levantada a questão acerca da violência doméstica cometida não em desfavor da mulher, e sim, do homem. Ficaria, nesse circunstância, a agressora ou agressor impune? A resposta à indagação só pode ser negativa.

A Lei Maria da Penha tem como fim coibir a violência doméstica contra as mulheres, pois essa conduta, conforme já analisado neste trabalho, é uma das maiores causas de mortalidade feminina em todo o mundo. Ao passo que para o homem o ambiente público é mais perigoso, já se provou que em relação às mulheres o âmbito das relações privadas é mais nocivo, urgindo medidas específicas para tratar da questão.

É certo que, ao contrário, a violência intrafamiliar pode ter o homem como vítima, mas esses são casos isolados, cuja frequência e gravidade não se pode comparar ao mesmo delito cometido contra uma mulher³³. Em todo caso, o homem vítima de abuso não está totalmente desamparado pela legislação interna, pois o crime contra ele praticado pode ser enquadrado nas figuras típicas constantes no Código Penal Brasileiro, como ameaça, lesão corporal, furto e etc.

³³ De acordo com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, entre 1998 e 2002, 84% das vítimas de violência entre cônjuges eram mulheres, enquanto os homens figuravam como agressores em 83% dos casos. Quando um dos cônjuges é assassinado pelo outro, as mulheres figuraram como vítima em 81% dos casos. Dados disponíveis em: < <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/fvs.pdf> >. Acesso em 1º Nov. 2008.

No caso da lesão corporal é possível incidir, ainda, a qualificadora deste tipo penal, quando o agressor/agressora se prevalece das relações domésticas, de coabitação ou familiares, constante no parágrafo 9º do artigo 129. Ademais, pode-se também fazer uso da medida cautelar de natureza penal inserida no artigo 61, parágrafo único da Lei nº. 9099/95, afastando o agressor/ agressora do lar, a depender do caso concreto. Assim, afirmar que quem comete violência doméstica em desfavor de um homem está imune a sanções, bem como a vítima de violência doméstica, nessa hipótese, carece de meios para proteger sua integridade não condiz com a realidade. A Lei Maria da Penha apenas buscou instituir medidas exclusivas para coibir a violência doméstica contra as mulheres, pois é a sua forma mais freqüente de manifestação e também a que produz os efeitos mais nefastos para a vítima e a família.

Já no pólo ativo, não há especificação no que diz respeito ao sexo do agressor, podendo a violência ser perpetrada tanto por um homem, como por uma mulher. A lei cuidou de expressamente albergar as relações homo-afetivas entre mulheres em seu artigo 5º, parágrafo único³⁴, tornando-se a primeira lei brasileira *stricto sensu* a tratar da questão.

O artigo 41 da Lei³⁵ expressamente cuidou de vedar a aplicação da Lei nº. 9.099/1995, afastando a incidência da Lei dos Juizados Especiais para os casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres, independentemente da sanção aplicada. Tal inserção foi uma resposta às requisições por anos efetuadas pelos movimentos feministas, que denunciavam a irregularidade da competência dos juizados especiais para tratar da violência doméstica contra as mulheres, pois seus institutos despenalizadores não apenas eram ineficazes, como também fomentavam a continuidade desse tipo de conduta.

Assim, com o advento da lei, em sede de violência doméstica o juiz não pode propor composição de danos ou aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Não há a possibilidade de o Ministério Público sugerir transação ou a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou de multa. Igualmente, não é possível a suspensão condicional do processo (DIAS, 2007, p. 72).

Enquanto retirou a competência dos juizados especiais da lei nº. 9.099/95, a lei nº. 11.340/06 previu a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher³⁶,

³⁴ Lei nº. 11.340/2006, Art. 5º, parágrafo único: “ As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

³⁵ Lei nº. 11.340/2006, Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.

³⁶ Lei nº. 11.340/2006, Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

os quais passarão a ser os órgãos da justiça competentes para tratar das conseqüências civis e penais desse tipo de conduta, compondo-se de uma equipe de atendimento multidisciplinar, que fornecerá subsídios aos operadores do direito (juiz, promotor e defensor público) e desenvolverá trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares.

Não apenas a competência, mas também o rito procedimental foi profundamente alterado para se adequar às necessidades que o fenômeno exige.

Na fase policial, a autoridade tem a prerrogativa de instalar e presidir o inquérito, realizando diligências para a colheita de provas³⁷, bem como o dever de resguardar a vítima, garantindo o seu encaminhamento a casas de abrigo ou fornecer ajuda policial para que a mesma retire seus pertences do local da ocorrência ou de seu domicílio.

Na fase judicial, a maior inovação da lei foi a inclusão das medidas protetivas de urgência, tomadas antes mesmo do início da ação penal, dividindo-se legalmente entre as destinadas a proteger a ofendida e as que têm por fim obrigar o agressor. Consistem em medidas concedidas pela autoridade judicial de ofício ou a partir de requerimento da ofendida ou do Ministério Público e que devem ser tomadas logo após a ocorrência do crime, como, por exemplo: o afastamento do agressor do lar e o impedimento de que este se aproxime da vítima ou de seus familiares, inclusive de manter qualquer forma de contato, a estipulação de alimentos provisionais, a separação de corpos, etc. Têm por fim, precipuamente, proteger a vítima e seus familiares de maiores lesões, bem como fazer cessar a situação de violência.

Em ambas as fases do procedimento a vítima deve, obrigatoriamente, ser acompanhada por um defensor, público ou constituído³⁸. No paradigma anterior, os juizados especiais dispensavam a presença de defensor na audiência de conciliação, na qual, geralmente, apenas o agressor comparecia acompanhado de um defensor, desequilibrando a relação jurídica. Não raras vezes, a vítima era mal instruída acerca de seus direitos e das implicações da renúncia ao direito de representação, prejudicando os seus legítimos interesses.

³⁷ Anteriormente, sua única função era registrar o termo circunstanciado de ocorrência (TCO) e enviá-lo para a autoridade judicial, a fim de que esta tomasse as medidas cabíveis (procedimento da Lei nº. 90.99/95)

³⁸ Lei nº. 11.340/2006, Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

Além disso, a lei veda a possibilidade de a ofendida entregar pessoalmente a notificação ou intimação ao seu agressor³⁹, pois anteriormente, quando a ofendida assim procedia geralmente era vítima de novas e mais graves agressões.

A lei também proíbe a aplicação de pena pecuniária ou a prestação de cestas básicas⁴⁰, que por muitos anos contribuíram para a banalização e a impunidade dos casos de violência doméstica e contra as mulheres.

O artigo 45 prevê a obrigatoriedade de o agressor frequentar programas de recuperação e reeducação⁴¹, reconhecendo a carência do efeito educativo na punição pura e simples em casos como o de violência doméstica, já que diferentemente dos crimes comuns, a tão só punição do agente não garante que o mesmo não continuará a violentar os seus familiares.

O dispositivo é salutar na medida em que, não se limitando a apenas punir o criminoso, busca garantir a mudança de seu comportamento, destruindo o ciclo de violência que se estabelece a partir das agressões cometidas no seio do âmbito familiar.

A Lei Maria da Penha, antes de infligir alguma pena ao agressor, tem por fim maior a prevenção e erradicação da violência doméstica, bem como a proteção da integridade da mulher e da família. Traz em seu bojo, além das medidas expostas, previsões sobre a criação de políticas públicas para a promoção da cidadania feminina e o combate ao preconceito e a discriminação de gênero, pois reconhece que a questão origina-se de uma relação desigual de poder socialmente estabelecida e que o seu combate da questão transcende a punição de casos específicos.

Enumera, ainda, os direitos fundamentais das mulheres, tais como a vida, a segurança, a saúde, a liberdade e a dignidade, entre outros. As mulheres já gozavam desses direitos e garantias, mas entendeu por bem o legislador explicitá-los⁴² a fim de reafirmar a sua

³⁹ Lei nº. 11.340/2006, Art. 21º, parágrafo único: A ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor.

⁴⁰ Lei nº. 11.340/2006, Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

⁴¹ Lei nº. 11.340/2006, Art. 45. O art. 152 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 152. Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.”

⁴² Lei nº. 11.340/2006, Art. 2 Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

extensão à categoria feminina e o ideário de igualdade de direitos entre os sexos, consoante explicitam Faria e Melo (2006. p. 861):

É inegável, historicamente, que a construção legal e conceitual dos direitos humanos se deu, inicialmente, coma exclusão da mulher. Embora os principais documentos internacionais de direitos humanos e praticamente todas as Constituições da era moderna proclamem a igualdade de todos, essa igualdade, infelizmente, continua sendo compreendida em seu aspecto formal e estamos ainda longe de alcançar a igualdade real, substancial entre homens e mulheres.

Essa igualdade de gênero, finalidade mediata da lei, talvez seja a maior causa de controvérsia entre aqueles que estudam o Direito. Toda a polêmica surge quando afirma-se que todas as mudanças estabelecidas no diploma legal vai de encontro ao estabelecido no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, o qual veda distinções baseadas no sexo além das constitucionalmente estabelecidas. Estariam os instrumentos de proteção à integridade feminina criando uma desequipação injusta, sem qualquer abrigo nos valores constitucionais, eivados, assim, do vício da inconstitucionalidade?

De outra ponta, os defensores da constitucionalidade da lei justificam o tratamento desigual com base na atual significação que o conceito de isonomia jurídica possui, que em verdade não se resume ao tratamento paritário, mas também na introdução de elementos jurídicos que busquem conferir igualdade de oportunidades a todos os indivíduos, realizando materialmente a eqüidade e a dignidade da pessoa humana.

Art. 3 Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1 O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A LEI MARIA DA PENHA

4.1 A Igualdade na História

A Igualdade é um direito antigo, remontando os seus primeiros estudos à Antiguidade Clássica, Roma e Grécia, nações que viriam a se tornar a base do pensamento jus-filosófico e político da contemporaneidade.

A Grécia Antiga foi marcada pelo desenvolvimento da democracia, onde, diferentemente dos sistemas de governo até então existentes, os homens participavam ativamente da vida política da *polis*, interferindo de forma direta acerca nas decisões políticas.

À época, acreditava-se que em Atenas todos os indivíduos viviam em plena igualdade uns perante os outros⁴³, pois não havia a submissão do povo a um único líder. Contudo, não obstante todo o ideal democrático que permeava a vida política de Atenas, é certo que não havia uma real igualdade entre os homens. O governo do povo era deveras limitado, principalmente porque o conceito de “povo” limitava-se aos homens gregos acima de 20 anos, os únicos que possuíam cidadania ativa, e excluía outros grupos sociais marginalizados, como mulheres, crianças, estrangeiros e escravos, que numericamente representavam a maioria da população ateniense.

Embora a experiência prática tenha sido restrita, foi durante a democracia grega que surgiram as primeiras reflexões acerca da igualdade jurídica, principalmente a máxima aristotélica até hoje repetida quando se busca conceituar referido princípio, o qual consistiria em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.⁴⁴

Roma também tem grande importância na história do direito ocidental, tendo em vista que uma enorme variedade de institutos ainda hoje utilizados surgiu no direito romano.

⁴³ Xerxes, rei da Pérsia, referiu-se aos gregos, certa vez, como pessoas “todas igualmente livres e que não obedecem a um único chefe”. (COMPARATO, 2001, p. 40)

⁴⁴ É muito recorrente o erro de atribuir a frase que define este direito individual a Ruy Barbosa, político e jurisconsulto brasileiro do final do século XIX e início do século XX. Em realidade, apenas a última parte do conceito, “na medida de sua desigualdade”, é de sua autoria, pois Aristóteles já definia com estas palavras, à sua época, o princípio da igualdade.

A isonomia foi recepcionada nos procedimentos judiciais existentes à época, que foram marcados por três fases distintas. A primeira, denominada *legis actiones*, foi marcada pela ausência do direito de defesa; já na segunda, chamada “formulário” a defesa passou a ser prevista, mas apenas como exceção, continuando como regra a sua ausência. Por fim, na terceira fase, *cognitio extra ordinem*, a defesa deixa de ser exceção e passa a ser regra, possuindo o réu e o autor igualdade de tratamento nos procedimentos litigiosos.

Apesar do visível progresso do direito, no que tange ao princípio da igualdade, afora a sua previsão nos procedimentos judiciais, não houve grandes mudanças quando comparado a Atenas.

A base da sociedade romana era a família, que tinha no patriarca o seu chefe supremo, cuja autoridade sobre os outros membros era irrestrita, os quais lhe deviam o máximo de respeito e submissão.

Os direitos existentes eram divididos de forma desigual também entre patrícios, a elite da época, e plebeus, imigrantes das primeiras conquistas do Império Romano. Tal situação só veio a se reverter ao longo do processo de expansão do império, quando os direitos políticos passaram a ser estendidos a outros os substratos sociais, inclusive aos estrangeiros e aos povos dominados.

Como resultado da luta dos plebeus por igualdade surgiu um dos maiores legados em termos de direito deixado pela civilização romana, a Lei das XII Tábuas, o fonte inspiradora do direito civil das nações ocidentais contemporâneas. Na Tábua Nona, inclusive, os legisladores romanos previram expressamente a igualdade, ao afirmar “Que não se estabeleçam privilégios em lei. (Ou que não se façam leis contra indivíduos)”⁴⁵.

Ao final do período romano a igualdade foi reafirmada com a propagação da ideologia cristã, a qual declara que todos os homens são iguais perante Deus, não havendo quaisquer diferenças entre as pessoas⁴⁶.

A Idade Média coincidiu com a queda do Império Romano e a ascensão do Feudalismo, marcado como um período de grande instabilidade, seja ela política, jurídica e social. A Europa ficou completamente dividida em pequenos feudos, constituindo-se cada um pequeno centro de poder, onde o senhor feudal impunha as suas vontades aos servos e

⁴⁵Conteúdo completo do diploma legal romano disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>. Acesso em 05 nov. 2008

⁴⁶ "Pois todos nós fomos batizados em um Espírito formando um corpo, quer judeus, quer gregos, quer servos, quer livres, e todos temos bebido de um Espírito." (BÍBLIA, 1995, p.141)

vassallos. A sociedade era extremamente estamental, dividida entre clérigos, nobreza e servos, e o conceito de igualdade predominante à época consistia na igualdade apenas entre indivíduos pertencentes ao mesmo estamento, legitimando a exploração dos servos e os privilégios conferidos aos nobres. Ainda que a doutrina cristã e a igualdade nela pregada, na prática, o que se via ainda era muita opressão entre os membros das diferentes classes sociais.

Contudo, apesar de ter sido muito conturbado e caracterizado pela extrema segregação social, foi durante o período medieval que surgiu a *Magna Charta Libertatum* de 1215, outorgada pelo Rei João por pressão exercida pelos barões da época. O texto legal é extremamente progressista, sendo o primeiro a prever o devido processo legal⁴⁷. A igualdade extraída de seu bojo, no entanto, mais buscava limitar o poder do rei e garantir os privilégios do clero e da nobreza do que assegurar direitos fundamentais a todos os indivíduos.

Rodrigues (2008) arremata

O fim da Idade Média foi marcado pelo ressurgimento do comércio, pela migração do homem para as cidades, pelo impulso das grandes navegações e pela emergência dos valores individuais. Todos estes novos fatores proporcionaram a derrocada do feudalismo e o enfraquecimento do poder da Igreja Católica com a conseqüente formação dos Estados Nacionais na Europa Ocidental e o surgimento de um novo conceito de igualdade que pôde romper com as tradições e com os valores feudais não mais condizentes aos anseios do homem moderno.

Durante a Idade Moderna houve a queda do sistema feudal e o surgimento do capitalismo de mercado. O período também ficou conhecido pelo Movimento Renascentista, que consagrou o constitucionalismo e propiciou uma nova forma de pensar o homem e o meio que o circunda, abandonando a perspectiva teocêntrica até então dominante e adotando uma visão antropocêntrica, onde o indivíduo torna-se o centro das preocupações.

Para a acepção da isonomia, essa nova mentalidade revelou-se muito importante, pois o coletivo deixou de ser a base dos valores sociais, passando o homem europeu a focar na individualidade de cada ser. Primeiro leva-se em conta o sujeito e suas particularidades para depois se pensar na sociedade, que nada mais é do que a soma dos interesses individuais. Pela primeira vez a igualdade não é mais encarada como fundamental apenas dentro de determinada classe social privilegiada, seja ela de patrícios, cidadãos gregos, nobres ou clérigos. A igualdade agora almejada deve estender-se a todos, que a ela têm direito pelo simples fato de serem humanos, sujeitos pensantes.

Em 1517 Lutero deu início à Reforma Protestante, que ao contestar o Poder da Igreja Católica e a estrutura da sociedade medieval, que concedia prerrogativas a certas

⁴⁷ Art. 48: Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado dos seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus Pares segundo as leis do país.

classes, acabou por reafirmar a equidade. Para Lutero “os homens são aritmeticamente iguais. Daí a sua revolta contra a diferença de tratamento, dispensada pelo direito pré-moderno, aos ‘eclesiásticos’ e aos ‘seculares’”. (GALUPPO, 2002, p. 66).

A Revolução Gloriosa de 1688 originou o importante documento histórico conhecido como *Bill of Rights*, que diminuiu consideravelmente o poder do rei inglês, enaltecendo a figura do parlamento e da idéia de soberania popular.

Apesar de todos os avanços na queda de antigos costumes segregacionistas, certas classes ainda gozavam de certos privilégios injustificáveis, baseados unicamente na estrutura da sociedade medieval, dando ensejo a revoltas populares encabeçadas pelos burgueses, classe social cujo crescimento era prejudicado pelas benesses nobiliárquicas.

Dessas revoltas, a mais conhecida, a Revolução Francesa de 1789, acabou de vez com os resquícios absolutistas e feudais ainda presentes na sociedade, e alterou de maneira significativa o conceito de igualdade.

Durante o movimento burguês, a Assembléia Nacional Constituinte francesa editou um dos documentos de maior importância do século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que formalizou a idéia jurídica de igualdade, principalmente em seus artigos 1^o⁴⁸, 6^o⁴⁹ e 13^o⁵⁰.

Na América, o período também foi permeado pela propagação da ideologia liberal e individualista que dominava a Europa. Do fim do movimento nacional de independência dos Estados Unidos da América resultou a proclamação da Constituição daquele país, em 1787, que pioneiramente trouxe em seu âmago uma série de direitos e garantias dos indivíduos, entre eles, a igualdade.

Ráo (1991, apud ATCHABAHIAN, 2006) comenta

A primeira proclamação institucional dos direitos fundamentais do homem, que poderosamente influenciou na organização política dos Estados democráticos, encontra-se nas disposições da Constituição dos Estados da América do Norte, de 1787, e, em particular, nas emendas.

⁴⁸ Art. 1^o. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

⁴⁹ Art. 6^o. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

⁵⁰ Art. 13^o. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

As conquistas burguesas do século XVIII e o fortalecimento dessa classe social resultaram na Revolução Industrial, momento em que o modo de produção arcaico e artesanal foi paulatinamente substituído pelo emprego de máquinas, cuja produção se dava em larga escala, promovendo uma prosperidade econômica que contribuiu na propagação da igualdade formal proclamada pelo ideal liberal burguês, cujo fundamento residia na livre iniciativa.

O conceito de equidade durante esse período tem caráter eminentemente formal, que consiste basicamente no tratamento discriminatório negativo por parte do Estado, a fim de proibir que abusos do Poder Público, com base em critérios arbitrários, viesse a privar os indivíduos das liberdades públicas fundamentais, privilegiando certos cidadãos em detrimento de outros sem qualquer fundamentação lógica e razoável, ou criando exceções pessoais de classe, incompatíveis com a razão humana.

Para os liberais, o Estado não deveria interferir na vida social e econômica, restringindo a sua atividade unicamente na garantia da segurança dos cidadãos, um verdadeiro Estado-Polícia.

De acordo com a igualdade formal apregoada pelos liberais, é vedado ao Estado promover diferenciações perante a lei e na lei, ou seja, no momento em que a lei é feita, bem como em sua aplicação⁵¹, exceto nos casos em que o critério utilizado para desigualar os semelhantes seja constitucionalmente albergado ou, ao menos, não proibido.

Nesse sentido, salienta Silva (2000)

Com a formação do Estado Liberal burguês a igualdade se viu reduzida a uma concepção puramente formal e tecnicista, restrita, basicamente, aos limites da ordem jurídica. Isto é, a igualdade era vista como um ideal a ser alcançado por todos os homens, mas se instrumentalizava apenas através da proibição de elaboração de leis que desigualasse os cidadãos ou que fossem aplicadas de forma desigual., sem que as preocupações com a desigualação, de fato, entre as pessoas fosse objeto de debate. A igualdade resumia-se no próprio exercício livre da autonomia da vontade (ainda que muitos não possuem condições materiais para esse exercício pleno).

A igualdade formal foi, sem dúvida, uma conquista civilizatória da revolução burguesa⁵², visto que pôs definitivamente fim à idéia de que os cidadãos deveriam ser tratados de acordo com a classe ou estamento a que pertenciam desde o nascimento. Na sua essência, está o postulado de que todos deverão possuir os mesmos direitos e deveres pelo simples fato

⁵¹ "Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos". (CANOTILHO, 1991, P. 425-426)

⁵² "Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano." (BOBBIO, 1995, p. 85)

da condição humana que lhes é inerente, sendo irrelevante para a aferição de direitos a classe, raça, gênero, entre outros critérios em que se encaixem.

O legislador, o administrador público e o juiz seriam os mensageiros da neutralidade estatal em relação ao destinatário da norma jurídica.

Com o passar do tempo, entretanto, percebeu-se que esse modelo de organização social não garantia, efetivamente, a igualdade dos cidadãos, pois muitos desses não possuíam condições materiais para o pleno exercício da isonomia.

A igualdade na lei e perante a lei passou a ser intensamente questionada. A simples inclusão de princípios e regras relativas à isonomia nos textos constitucionais e legais dos países ocidentais não foi suficiente para assegurar a igualdade no acesso ao que se considera essencial ao bem estar individual e coletivo. A experiência puramente formal mostrou-se falha em atingir o equilíbrio social almejado.

Ao se abster de prestar assistência social e garantir de forma irrestrita a livre iniciativa, o Estado permitiu a exploração diuturna pelos donos dos meios de produção de milhares de trabalhadores, dentre eles, inclusive, crianças e mulheres, relegados à miséria e à própria sorte, gerando grande revolta social que culminou com os movimentos operários na Grã-Bretanha do século XIX e na Rússia, no início do século XX, a Revolução Socialista de Marx e Engels, que propagavam o ideal de uma sociedade mais justa e igual através de um novo sistema de produção, baseado na doutrina do Socialismo Científico. Assim, coube à Rússia, em 1917, o implemento dos ideais socialistas, rompendo com o capitalismo e colocando fim à igualdade formal e afirmando os direitos sociais e a igualdade entre todos. (RODRIGUES, 2005).

Após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), o capitalismo, então, tomou uma feição mais social em todo o mundo. Os Estados abandonaram o liberalismo irrestrito de outrora e passaram a intervir na sociedade de maneira a garantir direitos básicos aos cidadãos.

No Estado Social, sucessor do Liberal, a igualdade material ganhou enorme relevância. Não basta apenas que o Estado seja cego em relação para distinções arbitrárias, é insuficiente que o Poder Público não trate de forma diferente os indivíduos pertencentes a determinados grupos sociais a partir de critérios naturais ou culturais, mostrando-se fundamental a sua intervenção na economia, principalmente para regular as situações de trabalho, assim como a universalização dos serviços de saúde, educação, habitação e assistência social.

Foi durante esse período que surgiram as Constituições Garantistas, a exemplo da Constituição de Weimar de 1919 na Alemanha e a Constituição do México de 1917, que passaram a trazer em seu conteúdo direitos sociais e prestações positivas do Estado a fim de garantir a igualdade não apenas meramente formal, mas também material, dos cidadãos.

Esse avanço no pensamento acerca da igualdade social, contudo, não foi capaz de impedir o surgimento de governos totalitários, do Fascismo e do Nazismo, que praticamente aboliram a idéia de igualdade fundamentando-se em argumentos segregacionistas, tais como o do nacionalismo ou da superioridade racial, para legitimar suas condutas atentatórias à dignidade humana e distinguir os indivíduos em seres superiores e inferiores, desconstruindo totalmente a ideologia de igualdade social que tomava força naquele momento histórico.

Após a II Guerra Mundial e a derrubada dos governos nazi-fascistas o mundo chocou-se com as atrocidades cometidas durante o holocausto nos campos de concentração. Em resposta, os Estados uniram-se e fundaram a Organização das Nações Unidas, instituição responsável pela paz e manutenção dos direitos fundamentais, responsável pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, que logo em seu artigo 1º consagra o direito à igualdade⁵³.

O Estado do Bem Estar (Welfare State) foi implantado na Europa e nos Estados Unidos e consistiu na busca do Estado de garantir direitos e garantias a todos os cidadãos, ao contrário do modelo estatal absenteísta característico do Liberalismo, colocando em prática a igualdade material através das políticas públicas conhecidas como “ações afirmativas”.

O fim visado foi um tratamento mais igualitário, partindo da premissa aristotélica de tratar os iguais igualmente e os desiguais de maneira desigual e transcendendo o plano do dever ser, empreendendo esforços para realizar a isonomia no mundo do ser, isto é, fazer valer a igualdade não apenas na lei ou perante a lei, mas trazê-la para o mundo fático ao implementá-la efetivamente, mediante a adoção de medidas que proporcionem a anulação, redução ou compensação das desigualdades sociais até então existentes.

Na América Latina e em países mais pobres, entretanto, a transgressão a direitos fundamentais continuou prática comum, com a instauração de governos totalitários que ia de encontro aos mandamentos contidos na Carta da ONU.

Ao final da década de 80, houve a queda do muro de Berlim e o fim do regime socialista da União Soviética, bem como a redemocratização das nações da América Latina,

⁵³ Artigo I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

adquirindo o princípio da isonomia uma nova feição dentro do Estado Democrático de Direito, onde foram ampliados os espaços de discussão e participação democrática e os cidadãos considerados passaram a ser co-autores de todo o processo político do Estado.

No constitucionalismo social pressupõe-se a crença de que a arbitrariedade ou o abuso dos direitos fundamentais pode ser evitado mediante o aumento do poder político do Estado para melhor controle das relações baseadas nestes direitos. No Estado democrático de direito há o pressuposto de que as causas destes abusos situam-se nas desigualdades sociais geradas pelas condições econômicas, políticas e sociais. Uma política eficaz para evitar estas arbitrariedades exige transformações econômicas, políticas e sociais, através da participação dos cidadãos nos centros de poder e fortalecimento das instituições democráticas. (SOARES, 2004, p. 219).

As medidas estatais, qualquer que sejam, dentro do Estado Democrático de Direito devem ser legítimas, só adquirindo tal característica quando participa de sua formação a vontade de todos, seja direta ou indiretamente. O Estado não apenas deve se abster de distinguir os cidadãos de maneira arbitrária, mas também deve promover meios de incluir os grupos sociais marginalizados no contexto democrático, pois a sua legitimação como Estado advém do debate político ativo de todo o povo.

4.2 O Significado da Igualdade Jurídica

É cediço que o alcance do princípio da isonomia não se resume a equiparar os indivíduos diante de determinada norma legal, mas também a própria lei não pode trazer em seu conteúdo distinções carentes de razoabilidade, ou seja, a doutrina consagra que a igualdade de tratamento deve existir não apenas perante a lei, mas também na lei, dirigindo a sua observância não unicamente ao legislador no momento da elaboração dos textos legais, mas também ao aplicador do direito, seja ele juiz ou administrador, quando faz incidir a lei no caso concreto.

Assim, os destinatários da lei, a fim de que esta não padeça de vícios atinentes à isonomia formal, devem receber tratamento equânime, sendo proibidas quaisquer distinções no trato de situações equivalentes. Pontes de Miranda, discorrendo sobre a Constituição Federal de 1946, traduz o mesmo entendimento, ao assinalar que

[...] o princípio ‘todos são iguais perante a lei’, dito princípio de isonomia (legislação igual), é princípio de igualdade formal: apenas diz que o concedido pela lei a A, se A satisfaz os pressupostos a, deve ser concedido a B, se B também os satisfaz, para que se não trate desigualmente a B. Tão saturada desse princípio está a nossa civilização que causaria escândalo a lei que dissesse, e. g., ‘só os brasileiros nascidos no Estado-membro A podem obter licença para venda de bebidas no Estado-membro A. Só existem exceções ao princípio da igualdade perante a lei, que é direito fundamental, (...) quando a Constituição mesma as estabelece.

Ainda que a igualdade formal tenha a sua importância dentro do contexto histórico em que surgiu, a mera existência da garantia da não-discriminação demonstrou-se insuficiente para implementar uma real isonomia entre os cidadãos. A partir de então, surgiu a necessidade de conceber um conceito material de igualdade que levasse em conta aspectos sociais relevantes, como a evidente desigualdade que paira sobre todos os componentes da sociedade, pois apenas a partir desse reconhecimento pode-se implementar medidas para saná-las.

Destarte, saiu o Estado da neutralidade que o marcou durante a predominância da ideologia liberal com o fito de promover a igualdade para além da lei. Para tanto, parte-se da premissa aristotélica de não apenas tratar os iguais de forma igual, mas também tratar os desiguais de maneira desigual, a fim de conferir uma real igualdade de oportunidades e condições reais de vida a todos os cidadãos, distintos pela natureza ou pela condição social que possuem.

Acerca da igualdade material, GOMES (2001, p. 131) afirma que

Da transição da ultrapassada noção de igualdade "estática" ou "formal" ao novo conceito de igualdade "substancial" surge a idéia de "igualdade de oportunidades" noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelos menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social.

Dessa forma, a desigualação é permitida, desde que seja legítima.

Aliás, sabe-se que a lei, naturalmente, discrimina pessoas situações e pessoas para enquadrá-las em sua abrangência, sendo esta inclusive uma característica sua⁵⁴, devendo-se, então, analisar as oportunidades em que pode ser dispensado tratamento diferenciado e quando não o pode, as circunstâncias em que ele é considerado legítimo ou não diante da situação concreta, ou seja, quais discriminações contidas nos textos legais são toleráveis pelo ordenamento jurídico.

⁵⁴ Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, declara que “A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres” (1962: p. 190)

Todas as pessoas são diferentes, cada uma possuindo suas características e particularidades que as diferem umas das outras, sendo perfeitamente normal que recebam tratamento jurídico de acordo com a sua condição. Por exemplo, aqueles que trabalharem por determinado período ou contribuírem pelo tempo estipulado na Constituição Federal têm direito a receber aposentadoria. A lei, aqui, estabelece uma clara diferenciação entre indivíduos, concedendo apenas a alguns, que observam determinadas condições, o direito à aposentadoria. Então, por qual razão algumas desigualdades são consideradas legítimas para o direito enquanto outras resultariam em afronta à equidade?

A explicitação dos motivos que levam o Poder Público a tratar de maneira diversa os cidadãos é condição essencial para a análise de sua constitucionalidade e o afastamento de possíveis arbitrariedades, pois as condições que distinguem uns dos outros não podem ser consideradas, em todos os casos, como critério que juridicamente propicie a desigualação.

A máxima de Aristóteles, o qual pregou que os iguais devem receber tratamento igual e os desiguais tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade nada mais é do que o ponto de partida para a aferição da aplicação prática da isonomia. Devem ser avaliadas questões como as referentes ao critério adotado, à correlação lógica entre esse e a diferenciação procedida, bem como a conformidade da discriminação com os valores constitucionais.

A título de exemplo: é sabido que as pessoas diferem-se a partir de sua estatura, sendo umas mais altas que outras. Diante dessa premissa, é lançado o seguinte questionamento: poderia um instrumento normativo determinar, em decorrência desta desigualdade, que as pessoas abaixo de um metro e oitenta centímetros possuíssem o direito realizar contratos de compra e venda, ao passo que outras seriam impedidas de utilizar-se de referido instituto jurídico por possuir estatura abaixo do patamar escolhido? A resposta, nesse caso, só poderia ser negativa, pois mesmo que a diferença seja facilmente visualizada, uns altos e outros mais baixos, não há razão lógica para desigualar os indivíduos assimétricos baseando-se no critério que utilizado para o descrimen.

De pronto, deve-se afastar a idéia de que tão só o critério de distinção utilizado, a compleição física, é capaz de indicar a inidoneidade do tratamento desigual. É só imaginar a situação na qual é estabelecido em lei que o cargo de guarda de honra nas cerimônias oficiais só podem ser ocupadas por soldados de estatura igual ou superior a um metro e oitenta centímetros. Nessa hipótese, haveria malferimento à isonomia? Certamente que não, pois o

critério de desigualação foi aplicado em razão da função a ser exercida, guardando plena adequação lógica com a discriminação procedida.

Assim, conclui-se que não é possível aferir, a priori, que há transgressão ao princípio isonômico observando-se unicamente o traço de diferenciação utilizado, pois “*qualquer elemento residente nas coisas, pessoas e situações*, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório” (MELLO, 1995, p. 17).

Na realidade,

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (MELLO, 1995, p. 17).

Destarte, a lei pode trazer diferenciações, sendo esta, inclusive, uma de suas características, conforme analisado. Entretanto, para assim proceder, deve haver correlação lógica entre o fator escolhido para discriminar coisas, pessoas ou situações e a diferenciação realizada. Não se pode falar, aqui, em violação à isonomia, pois a essência desse princípio busca vedar unicamente as desequiparações arbitrárias ou gratuitas, carentes de razoabilidade.

A correlação lógica a que se faz referência não é um valor absoluto, variando de acordo com o momento histórico em que se aplica. A título de exemplo, o antigo Código Civil Brasileiro estabelecia a prevalência da vontade masculina quando havia discordância entre cônjuges. Tal norma, à época de sua promulgação, era considerada plenamente isonômica, posto que a condição social de submissão e inferioridade feminina vigorante legitimava a diferenciação estabelecida, ao passo que, se ainda existente na atualidade, o dispositivo legal representaria verdadeira afronta ao princípio igualitário, em razão de que o sexo não mais é socialmente concebido como elemento restritivo da capacidade civil dos indivíduos. Assim, uma lei que surge plenamente válida é capaz de, ao longo do tempo, constituir-se em quebra da isonomia, bem como uma norma anti-isonômica pode adquirir contornos igualitários, a depender das concepções da época.

O princípio da igualdade acaba sendo, pois, um princípio extremamente relativo, cuja margem de relatividade varia conforme opções legislativas em distinguir entre as inúmeras e heterogêneas situações da vida, para atribuir-lhes tratamento normativo ora semelhante, ora dessemelhante. (OLIVEIRA, 2008 apud PONTES, 2004).

Deve, contudo, o fundamento da desigualação estar albergado nos valores trazidos pela Constituição, sejam eles positivados ou, ao menos, compatíveis com os interesses acolhidos pelo sistema constitucional vigente.

Sob essa orientação, alguns países, na década de 60 do século passado, decidiram romper com o conceito liberal clássico de igualdade e passaram a concebê-lo em sua substancialidade, através da implantação de políticas públicas compensatórias, que visassem amenizar os efeitos da discriminação histórica sofrida por grupos sociais marginalizados. Nesse momento, são reconhecidas as desigualdades sociais e, com a adoção de medidas de caráter positivo, evita-se o tratamento igualitário a quem reconhecidamente está em condições desiguais, materializando, através da igualdade de oportunidades, o princípio isonômico.⁵⁵

4.3 As Ações Afirmativas e a Violência Contra as Mulheres no Ordenamento Jurídico Brasileiro

As ações afirmativas surgiram na década de 60 nos Estados Unidos, tendo como elemento propulsor de sua criação a política segregacionista adotada pela sociedade americana até o ano de 1954, quando a Suprema Corte daquele país mudou o posicionamento anterior, abolindo a prática. Entendendo não ser suficiente a mera abstenção estatal para a inclusão social de populações étnicas representantes da minoria, o Estado reconheceu a urgência de adotar medidas inclusivas, destinadas especificamente para as pessoas pertencentes aos grupos étnicos que sofreram discriminação histórica.

Assevera Rocha (1996, p. 285):

A expressão “*ação afirmativa*” (...) passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguiladas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais.

⁵⁵ "A regra da igualdade não consiste em quinhoar desigualmente aos desiguais na medida em que se desiguilam. Nesta desigualdade social, proporcionada a desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem." (BARBOSA, 1956, p. 32)

Naquela ordem se determinava que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma "ação afirmativa" para aumentar a contratação dos grupos ditos minorias, desiguais social e, por extensão, juridicamente.

Importante salientar que a utilização de políticas de cunho afirmativo não se restringiu à América do Norte. Já por volta de 1940, a Índia, cuja sociedade é rigorosamente dividida pelo sistema de castas, já promovia medidas compensatórias às minorias étnicas (conhecidas como *dalits*, ou melhor, “intocáveis”). A alternativa que se encontrou para tentar diminuir os efeitos da discriminação histórica sofrida pelas pessoas pertencentes a essas minorias foi o estabelecimento de cotas para acesso a empregos públicos e ao ensino superior (CAVALCANTI, 2008, p. 133). Outro país que seguiu na mesma esteira foi a África do Sul, após o fim do apartheid, que estabeleceu políticas públicas para a inclusão da população negra, posta à margem da sociedade por décadas através do processo de exclusão vigente.

Atualmente, as ações afirmativas, também denominadas de “discriminação positiva” ou “ação positiva”, consistem em medidas ou políticas sociais de apoio e promoção da inclusão e cidadania daqueles sujeitos pertencentes a determinados grupos sociais historicamente marginalizados, tendo em mira ampliar a igualdade de oportunidades, que por muitas vezes foram negadas a esses indivíduos, efetivando a igualdade material. Têm por fim a justiça social e a redução dos danos ocasionados pela discriminação e segregação ocorridas com base em fatores como raça gênero, sexualidade, classe social, religião, nacionalidade, idade, condição física ou psíquica, entre outros⁵⁶.

As discriminações positivas são medidas temporárias e especiais, ou seja, têm seu período de validade enquanto perdurar a situação de marginalização a ser contornada. O intento de incluir alguns não permite a exclusão de outros. Assim, as políticas afirmativas não podem ser utilizadas de forma a produzir novas discriminações, agora em detrimento da maioria, que, por não terem sido historicamente marginalizadas perdem seus espaços para os membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador. Deve-se ater, na sua concretização, a critérios de razoabilidade, visando realizar os valores constitucionais, sob pena de violação à própria ordem constitucional. O manejo das ações afirmativas devem buscar tão somente a

⁵⁶ Vale ressaltar que ação afirmativa não é sinônimo de política de quotas. A rigor, “a desinformação fez com que o debate sobre as ações afirmativas tenha se iniciado no Brasil de maneira equivocada. Confunde-se ação afirmativa com sistema de cotas. Em realidade, as cotas constituem apenas um dos modos de implementação de políticas de ação afirmativa. [...] a jurisprudência americana tem sérias restrições às chamadas ‘cotas cegas’, isto é, aquelas instituídas aleatoriamente, sem o propósito de corrigir uma injustiça precisa, que é a própria razão de existência das políticas de ação afirmativa. No Brasil, infelizmente, os poucos projetos de lei de ação afirmativa já apresentados ao Congresso Nacional incorrem nesse erro.” (Gomes, 2001)

inserção dos excluídos da estrutura político-social, exaurindo-se quando sua finalidade é atingida.

No ordenamento jurídico brasileiro, há diversos exemplos de normas que prevêm ações de caráter afirmativo. A Constituição Federal, por exemplo, em seu artigo 37, inciso VIII prevê a reserva de cargos e empregos públicos aos portadores de deficiência, enquanto o artigo 7º, inciso XX dispõe acerca da adoção de incentivos específicos que protejam o mercado de trabalho da mulher. Na legislação infraconstitucional, há a Lei nº. 9.504/97, a qual possibilita a reserva de uma quota mínima de 30% para as mulheres nas candidaturas partidárias, a Lei nº. 8.112/90, estatuto dos servidores públicos civis da União, que reserva 20% das vagas nos serviços públicos da União aos portadores de deficiência, a Lei nº. 10.741/03, o estatuto do idoso, que prevê uma série de garantias às pessoas de maior idade.

Igualmente, a Lei nº. 11.340/06 é um claro exemplo de ação de cunho afirmativo, cuja finalidade precípua é atenuar os danos causados pela violência doméstica e a discriminação contra as mulheres. O legislador, atento aos altos índices de ocorrência deste tipo de delito e reconhecendo a desigualdade ainda existente entre homens e mulheres, implementou medidas de caráter específico para coibir sua prática, em plena consonância com o princípio isonômico.

Para se chegar a tal constatação, devem ser analisadas as três questões essenciais para a o reconhecimento das diferenciações que não violam o postulado isonômico, já retratadas alhures, mas que convém transcrever o que assinala Bandeira de Mello a respeito (1995:21)

- a-) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b-) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c-) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Primeiramente, o elemento tomador como critério para desigualar os destinatários da Lei Maria da Penha é o sexo, a condição do ser homem ou mulher. O motivo que enseja o reconhecimento da diferença apontada reside na histórica distribuição social de papéis, o gênero, que sob forte influência do regime patriarcal prejudicou a mulher, ao inferiorizá-la e submetê-la ao poderio masculino.

Afirmar que, atualmente, homens e mulheres são plenamente iguais em direitos e deveres não condiz com a realidade social. Apesar dos avanços acerca do papel feminino na

sociedade, que deixou de restringir-se ao âmbito doméstico e passou, cada vez mais, a ganhar importância nos espaços públicos, ainda há fortes resquícios do pensamento outrora predominante de que o homem tem a posse irrestrita sobre a mulher, sentimento de poder esse que explica em grande parte os elevados índices de violência contra as mulheres praticada no âmbito das relações familiares.

A correlação lógica abstrata entre a discriminação procedida e o fator de desigualação persiste em razão do absurdo número de casos em que a vítima da violência doméstica é do sexo feminino se comparada com a quantidade de casos em que o homem é a vítima, sendo este último bem menos freqüente, pois representa um percentual mínimo do total de violência praticada no seio familiar⁵⁷.

Ademais, as particularidades desse tipo de violência quando a vítima é mulher, acrescida da hierarquização de poder nas relações de gêneros ensejam a necessidade de tratamento específico, diferenciado, para coibir a sua prática. Diante das estatísticas⁵⁸, as mulheres têm maiores chances de ser agredidas pelo companheiro do que, de forma ocasional, por um desconhecido, demonstrando a situação de hipossuficiência em que se encontra. Há, assim, perfeita correlação lógica entre o fator utilizado para discriminar e as medidas desigualadoras efetivadas pelo texto legal.

A terceira questão, atinente à consonância desta correlação lógica com os valores constitucionais, positivados ou não, talvez é a que merece maior atenção.

Preconiza o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 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 (...)”.

⁵⁷ O Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em pesquisa realizada no ano de 2000, constatou que 33% das mulheres vítimas de homicídio foram mortas por seu parceiro, enquanto que apenas 4% das vítimas do sexo masculino foram mortas por suas companheiras. Já em relação a ofensas físicas não-letais contra homens, apenas em 3% dos casos a companheira figura como autora da agressão (RENNISON, 2001). Disponível em: < <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/ipv01.pdf> >. Acesso em 10 nov. 2008.

⁵⁸ Maria Berenice Dias traz dados da violência doméstica contra a mulher no Brasil: 4 em cada 5 faltas ao trabalho das mulheres é por causa da violência doméstica; 25% das mulheres são vítimas da violência doméstica; 33% da população feminina admite já ter sofrido algum tipo de violência; em 70% das ocorrências de violência contra a mulher o agressor é o marido ou o companheiro; a violência doméstica é a principal causa de lesões em mulheres entre 15 e 44 anos; os maridos são responsáveis por mais de 50% dos assassinatos de mulheres e, em 80% dos casos, o assassino alega defesa da honra. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=154&isPopUp=true. Acesso em 11 nov. 2008.

Apesar de inaugurar o rol dos direitos fundamentais, e ser reafirmada ao longo de diversos dispositivos constitucionais⁵⁹, a interpretação literal do artigo 5º poderia levar a crer que a Constituição Federal albergou unicamente o conceito de igualdade na sua vertente formalista. Por tal entendimento, estaria vedada no ordenamento jurídico brasileiro a adoção de políticas de cunho afirmativo, pois essas basicamente criam distinções entre os indivíduos.

Entretanto, é cediço em sede de hermenêutica constitucional que os métodos de interpretação devem ser utilizados de forma simultânea, e não isolados. Assim, deve-se conjugar os diversos métodos interpretativos, tais como o literal, o sistemático, o histórico, dentre outros, a fim de que haja a correta aferição dos valores que o constituinte originário buscou imprimir no texto constitucional.

Menezes (2001, p. 153) assevera:

No caso particular do ordenamento jurídico pátrio, o texto constitucional, como visto, é pródigo em previsões que favorecem a adoção de tratamentos jurídicos diferenciados para grupos sociais, inclusive para corrigir os efeitos decorrentes de ações racistas e discriminatórias, tornando viável a implementação de políticas de ação afirmativa. Da mesma forma, os princípios jurídicos que foram incorporados à Carta de 1988 permitem uma interpretação mais ampla do princípio da igualdade jurídica, afastando-o significativamente da mera *igualdade formal* perante a lei, apesar de o *caput* do art. 5º, se analisado isoladamente, sugerir uma orientação restritiva.

Nesse sentido, pode-se afirmar que as ações positivas foram albergadas pela Carta Magna de 1988, com base sobretudo no princípio da dignidade da pessoa humana, constante em seu artigo 1º, inciso III, e nos objetivos fundamentais da República, trazidos pelo artigo 3º.

A igualdade em sua faceta material impele a adoção de meios para equiparar e reduzir as desigualdades sociais, buscando satisfazer o bem-estar dignificador do homem. A tutela fundamental não mais é a propriedade privada, e sim, a dignidade humana como centro invariável da esfera da autonomia individual que se procura garantir por meio da limitação jurídica do Estado. É exigido agora do ente estatal uma intervenção de caráter positivo, para criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais. (CAVALVANTI, 2008, p. 139).

⁵⁹ “Assim é que, já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Depois, no art. 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proibem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.” (SILVA, 1999, p. 207)

Em palestra, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, discorreu sobre os objetivos da nação insculpidos no texto constitucional e a interpretação a ser tomada em consonância com o princípio isonômico:

Passou-se, assim, de uma igualização estática negativa – no que se proibia a discriminação -, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos "construir", "garantir", "erradicar" e "promover" denotam ação. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar as mesmas oportunidades. Há de ter-se como ultrapassado o sistema simplesmente principiológico. A postura, mormente dos legisladores, deve ser, sobretudo afirmativa (...) Falta-nos, então, para afastarmos do cenário as discriminações, uma mudança cultural, uma conscientização maior dos brasileiros; urge a compreensão de que não se pode falar em Constituição sem levar em conta a igualdade, sem assumir o dever cívico de buscar o tratamento igualitário, de modo a saldar dívidas históricas para com as impropriamente chamadas "minorias, ônus que é de toda a sociedade (MELLO, 2001).

Os objetivos fundamentais da República trazidos pela Constituição Federal compõem-se em deveres de feição positiva a serem observados pelo pelo Estado.

Ao afirmar que o Estado deve construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos, de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o constituinte determinou uma tarefa ao Poder Público, negando-lhe o caráter absenteísta na tutela dos direitos fundamentais, mormente na promoção da igualdade.

Com efeito, não há quaisquer vedações no sentido de que apenas as desequiparações expressamente previstas pelo constituinte são permitidas pelo ordenamento jurídico. O princípio da igualdade material, como direito fundamental deve ser interpretado de maneira ampliativa, o que dispensa a manifestação constitucional explícita de suas hipóteses para que tenham plena validade.

Ademais, não se pode olvidar que a diferenciação positiva de mulheres em relação aos homens prevista Lei Maria da Penha origina-se de diversos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, mormente na Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”, ratificada pelo Brasil em 1994 e em plena vigência no ordenamento jurídico pátrio, que do artigo 7º ao 9º elenca os deveres dos Estados, consistentes em medidas afirmativas e específicas no combate à violência contra as mulheres⁶⁰.

⁶⁰ Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher, Artigo 9º: Para a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados-partes terão especialmente em conta a situação de vulnerabilidade à violência que a mulher possa sofrer em consequência, entre outras, de sua raça ou de sua condição étnica, de migrante, refugiada ou desterrada.. No mesmo sentido se considerará a mulher submetida à violência quando estiver grávida, for excepcional, menor de idade, anciã, ou estiver em situação sócio-

Dessa forma, as inovações legais trazidas pela Lei Maria da Penha ao sistema normativo pátrio foram devidamente absorvidos pelos valores constitucionais, guardando perfeita harmonia com os princípios constitucionalmente erigidos à categoria de direitos fundamentais, principalmente o da isonomia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expressão “igualdade” denota paridade, uniformidade, identidade, analogia ou semelhança, sendo, nesses sentidos, previsto nas Cartas Constitucionais dos países ocidentais, inclusive do Brasil, visto que representa verdadeiro pilar das democracias modernas.

A Carta Magna de 1988 não inovou significativamente no tratamento da questão, visto que as Constituições Brasileiras do Império assim como as subseqüentes já previam em seu bojo referido princípio. Houve, todavia, modificações na acepção da igualdade jurídica, cuja atual feição deve ser profundamente analisada antes de se apontar determinado dispositivo legal como prejudicial à equidade.

Com efeito, a Lei nº. 11.340/06, desde a sua publicação, tem sido alvo de diversas críticas, sobretudo no que concerne à desequiparação que ela efetua entre homens e mulheres.

Muitos dos questionamentos baseiam-se na redação conferida ao artigo 5º, inciso I do texto constitucional, que afirma serem iguais em direitos e obrigações homens e mulheres, nos termos da Constituição. Partindo desse ponto, infere-se que o Estado, mormente o legislador, não poderia criar distinções entre gêneros além das previstas na própria Constituição.

Entretanto, a inteira proibição de ser conferido tratamento desigual entre indivíduos já não condiz com o que se entende por igualdade jurídica, esta veda, na realidade, a criação de diferenciações baseadas em critérios arbitrários ou despóticos, carentes de razoabilidade.

A igualdade material hoje consiste em verdadeiro dever do Estado no sentido de conferir tratamento desigual aos indivíduos que estão em situação distinta. As desigualdades são reconhecidas e são criados meios que busquem, com o tempo, atenuá-las, a fim de realizar plenamente a igualdade.

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha veio para sanar as enormes falhas que o sistema jurídico pátrio apresentava no tratamento da violência doméstica contra as mulheres, fenômeno este universal, cujas características peculiares urgem a criação de medidas específicas para o seu combate.

O critério usado para distinguir as pessoas foi o sexo, com base na histórica discriminação sofrida pela mulher e nos índices de violência intrafamiliar, os quais indicam

que a esmagadora maioria das vítimas pertence ao gênero feminino. As diferenças residem, basicamente, em medidas que têm por escopo eliminar a alta incidência desse tipo de violência contra mulheres nos lares brasileiros, guardando inteira pertinência lógica com o critério utilizado.

E todas as alterações realizadas fundamentam-se, como o próprio preâmbulo da lei prenuncia, nos diversos tratados acerca do tema que foram ratificados pelo país, os quais, em síntese, determinam a adoção de políticas para dirimir o problema, assim como no artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal, que obriga o Estado a implementar medidas que visem coibir tal prática.

Destarte, a diferenciação trazida no bojo da lei encontra-se em plena harmonia com a atual compreensão de igualdade material e atende aos interesses não apenas das vítimas, mas também de todos os cidadãos, pois ao aplicar medidas que combatam a violência doméstica, está o Estado a realizar um de seus objetivos fundamentais, explícito em seu artigo 3º, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Eulália Lima. **Gênero: trocando em miúdos**. Caderno Gênero e Trabalho. Fortaleza: 2007.

AMNESTY INTERNATIONAL. **It's in your hands: stop violence against women**. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT77/001/2004/en/dom-ACT770012004en.pdf>>. Acesso em: 20 out. 08

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembléia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 29 out. 2008.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher "Convenção de Belém do Pará"**, 06 jul. 1994. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/convencaobelem1994.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2008

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**, 2. ed. São Paulo: Editora RCS, 2006.

BARBOSA, Andresa Wanderley de Gusmão; CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **A constitucionalidade da Lei Maria da Penha**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1497, 7 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10249>>. Acesso em: 03 set. 2008.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11a Edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 85

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 14 de out. 2008.

_____. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 26 de out. 2008.

_____. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 14 de out. 2008.

_____. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em 25 de out. 2008.

_____. Lei 10.455, de 13 de maio de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10455.htm>. Acesso em 26 de out. 2008.

_____. Lei 10.886, de 17 de junho de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm>. Acesso em 26 de out. 2008.

_____. **Enfrentando a violência contra a mulher**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005.

_____. **Violência doméstica contra a mulher**. Brasília: Subsecretaria de Pesquisa e Opinião Pública. DataSenado, Senado Federal, 2005.

BUARQUE, Cristina. **Introdução ao Feminismo**. Caderno Gênero e Trabalho. Fortaleza: 2007.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. **Violência doméstica e julgados especiais criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo**. Revista Estudos Feministas, vol. 14, n. 2, 2006.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**. 2. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 40.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CONSELHO DA EUROPA. **Recomendação Rec (2002)5 do Comité de Ministros aos Estados membros sobre a protecção das mulheres contra a violência**, 30 abr. 2002.

Disponível em:

[http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/PDF_Rec\(2002\)5_Portuguese.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/PDF_Rec(2002)5_Portuguese.pdf)> Acesso em: 14 out. 2008

CONSELHO DA EUROPA **Recommendation 1582 (2002)**, 27 set. 2002. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta02/EREC1582.htm>>. Acesso em: 18 out. 08

CORTÊS, Iáris Ramalho; MATOS, Myllena Calasans de (Orgs.). **Lei Maria da Penha: do papel para a vida**. Brasília, CFEMEA, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A violência doméstica na Justiça**. Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 27 out. 2008

DEBERT, Guita Grin; OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. **Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a “violência doméstica”**. In Cadernos Pagu, n. 29, Campinas, jul./dez, 2007.

FARIA, Helena Omena Lopes; MELO, Mônica de. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006, p. 861.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Violência contra a mulher**. São Paulo, out. 2001. Disponível em: <http://www.especiais.com.br/pesquisa_abramo.pdf>. Acesso em: 03 set. 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 232p.

GARCIA, Ana Isabel e outros. **Sistemas Públicos contra la Violência Doméstica en América Latina – Un Estudio Regional Comparado**. Fundación Género Y Sociedad. San Jose. Costa Rica. 2000.

GROSSI, M. P. **Velhas e Novas Violências Contra A Mulher: 15 Anos de Lutas e Estudos Feministas**. Revista Estudos Feministas, BRASIL, v. ESP., p. 473-484, 1994

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

IBOPE; PATRÍCIA GALVÃO. **Percepções e Reações da Sociedade sobre a Violência Contra a Mulher.** São Paulo, 2006.

_____. **O que a sociedade pensa sobre a violência contra as mulheres.** São Paulo, 2004.

INSTITUTO PROMUNDO; INSTITUTO NOOS. **Homens, Violência de Gênero e Saúde Sexual e Reprodutiva: um estudo sobre Homens no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro. Relatório de Pesquisa. 2003.

LERNER, Gerda. **The creation of patriarchy.** New York/Oxford, Oxford University Press, 1986.

LOIOLA, M. Resposta efetiva à violência doméstica. Disponível em: http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=177&Itemid=2. Acesso 30 out. 2008.

MASSULA, Letícia. **10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.** Brasília: Agende, 2004, 36p.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Marco Aurélio de. **Óptica Constitucional – A igualdade e as Ações Afirmativas.** Disponível em: <http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Ministro_Marco_Aurelio/Oticaconstitucional.pdf>

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado.** São Paulo: Atlas, 1999. p. 1246

OLIVEIRA, É.R.de. **Fundamentos Histórico-Normativos da Lei Maria da Penha .2008.** Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.

OMS;FMUSP;CFSS;SOS Corpo; FSPUSP;UFPE. **Violência Contra a Mulher e Saúde no Brasil**. São Paulo, 2001.

PINAFI, T. **Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade**. *Histórica*, São Paulo, n. 21, abr./mai. 2007.

PORTELA, Ana Paula; GOUVEIA, Taciana. **Manual Idéias e Dinâmicas para trabalhar com Gênero**. Recife: S.O. S. Corpo Gênero e Cidadania, 1998.

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Da igualdade na Antiguidade clássica à igualdade e as ações afirmativas no Estado Democrático de Direito**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 870, 20 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7610>>. Acesso em: 07 nov. 2008.

RELATÓRIO Nacional Brasileiro. **CEDAW – Convenção sobre eliminação de todas as formas de Discriminação sobre a Mulher**. Resumo. Brasília, Ministério da Justiça, 22 de outubro de 2002. Disponível em: <www.mj.gov.br>.

RENNISON, C. M. **Bureau of Justice Statistics Crime Data Brief: Intimate Partner Violence**. Disponível em: < <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/fvs.pdf> >. Acesso em 1º Nov. 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado, a.33. n.131, p.283-295, jul/set, 1996.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

SILVA, F. D. L. L.; DUARTE, Fernanda . Algumas **Notas sobre Democracia, Igualdade e Ação Afirmativa**. *Direito Federal - Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 64, p. 161-178, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23º ed., rev. e atualizada nos termos da Reforma Constitucional até a Emenda Constitucional n. 42, de 19 dez. 2003, publicada em 31 dez. 2003. São Paulo: Malheiros, 2004.

SANTOS, Graciete; BUARQUE, Cristina. **O que é gênero?**. Caderno Gênero e Trabalho. Fortaleza: 2007.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasilense, 2003.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma**, 17 jul. 1998. Disponível em: < http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm>. Acesso em 17 out. 2008.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Da constitucionalidade e da conveniência da Lei Maria da Penha**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1711, 8 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11030>>. Acesso em: 27 out.. 2008.