

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER -
UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA**

BEATRIZ ROSA OLIVO

FLORIANÓPOLIS, novembro de 2009

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER -
UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA**

BEATRIZ ROSA OLIVO

Monografia submetida à Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Alline Pedra Jorge Birol

FLORIANÓPOLIS, novembro de 2009.

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO UM - O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE	8
1.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....	8
1.2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	11
1.3. IGUALDADE FORMAL VERSUS IGUALDADE MATERIAL.....	15
1.4. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A QUESTÃO DE GÊNERO	18
CAPÍTULO DOIS - AS AÇÕES AFIRMATIVAS	22
2.1. INTRODUÇÃO E BREVE HISTÓRICO	22
2.2.. O CONCEITO DE AÇÃO AFIRMATIVA	25
2.3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL	27
2.4. AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A QUESTÃO DE GÊNERO NO BRASIL	31
CAPÍTULO TRÊS - A LEI MARIA DA PENHA.....	37
3.1. MARIA DA PENHA E A LEI 11.340/2006	37
3.2 SISTEMÁTICA ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI MARIA DA PENHA.....	43
3.3. SISTEMÁTICA ADOTADA COM O ADVENTO DA LEI 11.340/2006	44
3.3.1. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E VIOLÊNCIA FAMILIAR.....	44
3.3.2. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A QUESTÃO DE GÊNERO	48
3.4. ASPECTOS RELEVANTES DA LEI MARIA DA PENHA	54
3.5. CONSTITUCIONALIDADE X INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA.....	56
3.6. DISCUSSÃO: A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA:	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar os aspectos da constitucionalidade da Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, em especial a questão da validade da concessão da tutela específica conferida ao gênero feminino na referida lei. Verificamos que a discriminação utilizada pelo legislador ordinário está legitimada na Constituição Federal, mormente, no princípio da igualdade, bem como em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, os quais pontuam a necessidade de implementação de políticas discriminatórias em favor do gênero feminino. Essas políticas, chamadas de ações afirmativas, buscam, através do *discrimen positivo*, a superação de desigualdades socialmente estruturadas. Concluímos pela constitucionalidade da Lei Maria da Penha, porquanto a tutela específica conferida ao gênero feminino nesta lei está amparada no reconhecimento das desigualdades socialmente construídas entre os gêneros, sobretudo aquelas que fazem das mulheres as maiores vítimas dos crimes de violência doméstica.

Palavras-chave: Violência doméstica. Mulher. Crime. Ação afirmativa. Constitucionalidade. Lei Maria da Penha. Igualdade. Gênero.

INTRODUÇÃO

Que pese a Lei n. 11.340/06 ter sido promulgada em agosto de 2006, subsistem divergências a respeito da aplicabilidade de seus institutos, sobretudo no que tange a sua constitucionalidade. O principal argumento é o de que a lei, ao conferir tutela penal específica ao gênero feminino, estaria atuando de forma discriminatória. Neste pensar, seus institutos não teriam validade jurídica alguma, ante a flagrante ofensa ao princípio constitucional da igualdade de direitos entre homens e mulheres, devendo, portanto, a lei ser considerada inconstitucional.

Desta feita, pretendemos demonstrar nesta Monografia, que o legislador ordinário ao utilizar o *discrímen* gênero para legislar de forma mais rigorosa em favor de um gênero, o fez legitimado na própria constituição, e, mormente, no princípio da isonomia. Isto porque, não basta proclamar a igualdade formal entre os gêneros; é preciso criar mecanismos infraconstitucionais que promovam esta igualdade através da discriminação positiva em favor do gênero feminino, na tentativa de assim superar, ou ao menos reduzir, as desigualdades socialmente construídas.

O presente trabalho objetiva pontuar a Lei Maria da Penha, que inclusive tem sua origem, dentre outros, em tratados internacionais, como um instrumento normativo que contribui para a efetiva igualdade material entre os gêneros, classificando-a como uma ação afirmativa. Acreditamos que à medida que a Lei Maria da Penha amplia a tutela da mulher vítima de violência doméstica, ela trava um enfrentamento com este problema que está permeado pela invisibilidade social.

O método de abordagem utilizado para a elaboração deste trabalho é o dedutivo, aliado à técnica de pesquisa bibliográfica, através de consultas

a dados doutrinários, jurisprudenciais e legais, oriundos de revistas jurídicas, livros, periódicos, artigos, jurisprudências e leis.

Quanto à estrutura deste trabalho, seu conteúdo será apresentado em três capítulos. No primeiro capítulo será abordado o princípio da igualdade, situando-o dentro do contexto histórico do constitucionalismo, para, a partir daí, trazer o atual conceito que se imprime a este princípio, conforme a lógica constitucional vigente. Destacar-se-à, ainda, as duas faces em que se desdobra o princípio da igualdade - formal e material - para, posteriormente, analisá-lo sob a ótica de gênero.

O segundo capítulo versará a respeito das ações afirmativas, iniciando com uma abordagem histórica contextual, e trazendo, na sequência, a conceituação teórica doutrinária do tema. Também serão analisadas algumas experiências de ações afirmativas no âmbito nacional, com enfoque específico naquelas relacionadas com a questão de gênero.

Finalmente, o último capítulo iniciará com uma breve introdução a respeito de quem foi Maria da Penha, a fim de se demonstrar o que motivou a criação de uma legislação específica para o tema da violência doméstica. A nova sistemática trazida pela lei, bem como o significado de seus termos serão também abordados. Por derradeiro, far-se-à o cotejamento dos diversos pontos levantados pela doutrina acerca da constitucionalidade e da inconstitucionalidade da lei, imprimindo-se, ao final e já adiantando, a conclusão pela constitucionalidade da lei enquanto ação afirmativa para combater a violência doméstica, e indo mais além, para reduzir a discriminação de gênero.

Por último, em sede de considerações finais, procura-se explicitar toda a lógica constitucional em que está inserida a Lei Maria da Penha, acreditando-se que esta pesquisa poderá, de alguma forma, contribuir para se fazer respeitar este instrumento jurídico que se destina a promover a igualdade entre os gêneros, através da proteção conferida aos direitos fundamentais das mulheres vítimas da violência doméstica e familiar.

CAPÍTULO UM - O Princípio Constitucional da Igualdade

1.1 Breve contextualização histórica

A Revolução Francesa de 1789 sob o ideário Iluminista proclamou os princípios universais de “liberdade, igualdade e fraternidade”, através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. No mesmo ano, fomentou-se a ruptura do estado absolutista monárquico, anunciando um novo Estado, que seria marcado pela proteção dos direitos individuais contra a interferência estatal. Esta forma de Estado foi chamada de liberal.

O discurso liberal defendia a limitação estatal, tanto com relação a seus poderes como em relação as suas funções, o que pode ser entendido como uma reação aos excessos do então vigente regime absolutista, em uma tentativa de impor limites à abusiva atuação do Estado.

A não atuação estatal significava liberdade. Daí o primado do valor da liberdade, com a supremacia dos direitos civis e políticos e a ausência de previsão de qualquer direito social, econômico e cultural que dependesse da intervenção do Estado.¹

Neste cenário surge a discussão acerca da proteção dos direitos humanos, que seriam o fim precípua do Estado liberal, e da própria concepção formal do direito à igualdade, que passou a ocupar lugar cativo nas constituições modernas, como um instrumento de reação contra os privilégios pessoais e contra a hierarquização das classes sociais, vigente por toda a Idade Média.

¹ PIOVESAN, Flavia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. *Implementação do direito à igualdade*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. ano 5. n. 21. Outubro-dezembro de 1997. p. 140.

Todavia, inicialmente, o conceito de igualdade estava atrelado à função de abolição de privilégios. Não havia a previsão de qualquer direito de natureza social e nem mesmo se pensava no valor da igualdade sob a perspectiva material e substantiva.

Para o liberalismo a igualdade consistia em isonomia perante à lei, genericamente, caracterizada pelo critério negativo, no sentido de se proibir privilégios e extinguir os existentes. A parte segunda do artigo 7º, §2º da Constituição brasileira de 1891 traduz bem este comando: “A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.”

O modelo de Estado burguês não admitia a interferência na vida da sociedade para se efetivar a igualdade substancialmente “no Estado liberal a isonomia então assegurada era apenas de contextura formal, o Estado não atuava no sentido de buscar formas de eliminar ou mitigar as desigualdades havidas entre os indivíduos”².

Desse modo, ainda que a proteção dos direitos individuais constituísse a marca do novo Estado liberal, em realidade, a ruptura com os privilégios da monarquia pouco trouxe de avanço no sentido de propiciar a efetividade desses direitos, conforme assenta José Afonso:

“É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa”³.

Neste sentido, a assumpção do ideário iluminista certamente implicaria no abandono de privilégios pela burguesia dominante, a fim de se efetivar

² NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito Constitucional*. 4ª. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 46

³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 211.

a igualdade de fato, o que efetivamente não aconteceu. “Um século foi o suficiente para provar a falsidade, senão o absurdo dessa dogmática que dominou e governou as democracias sob o generoso signo do romantismo político, do liberalismo ideal”⁴.

Para Bonavides⁵ o Direito Constitucional do Estado liberal, em nome da *juridicidade*, podia assim elevar-se a posições extremas de formalismo, as quais instauravam uma neutralidade aparentemente absoluta, mas em verdade impossível, perante o substrato ideológico das instituições.

Segundo Bianchini⁶ somente no começo do século XX é que a compreensão de igualdade passa a adquirir sentido objetivo material, assim que toda ênfase posta nas proclamações da igualdade estaria condenada a se tornar puro verbalismo se não se franqueasse a terceira etapa do problema, forçando o legislador a fazer leis iguais para todos.

A terceira etapa, àquela que se refere esta autora, diz respeito à crise do modelo de Estado liberal, onde Estado e Sociedade caminhavam em lados antagônicos. Neste novo modelo haveria a absorção da Sociedade pelo Estado, isto é, “a *politização* de toda a Sociedade, pondo termo àquele dualismo clássico, àquela antinomia, bastante típica da idade liberal e das instituições que o individualismo produziu no século passado”.⁷

Ultrapassado este modelo individualista típico do Estado liberal busca-se na atualidade, cada vez mais, a ingerência estatal para que através do reconhecimento das diferenças essenciais entre os indivíduos, assegure-se a aplicação da máxima Aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

⁴ CALMON, Pedro, apud BIANCHINI, Alice. *A Igualdade Formal e Material*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. ano 5. n. 17. p. 203.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 337.

⁶ BIANCHINI, Alice. *A Igualdade Formal e Material*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. ano 5. n. 17. p. 203-221.

⁷ BONAVIDES, idem, p. 205.

1.2. O Princípio da Igualdade

O ponto fundamental do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, é o princípio da igualdade que materializa a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.⁸

A igualdade deixou de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado. Assim, o direito de igualdade tem tomado lugar de destaque no Direito Constitucional, pois assume a função de guardião do Estado social.

Segundo José Afonso⁹, Aristóteles vinculava a igualdade à justiça, o dar a cada um o que é seu, e, para que o legislador satisfaça essa proposição de justiça, e, por conseguinte, de igualdade entre os cidadãos, deve tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais.

Alexandre de Moraes¹⁰, relaciona o princípio da igualdade de direitos, a uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Já Guilherme Moraes¹¹ conceitua o princípio da igualdade como a inadmissibilidade de diferenciações de tratamento arbitrárias, exteriorizadas sob a forma de discriminações (situações de desvantagem) ou privilégios (situações de

⁸ BONAVIDES, idem, p. 340-341.

⁹ SILVA, idem, p. 213.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 92.

¹¹ MORAES, Guilherme Peña. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado*. In: A efetividade dos direitos sociais. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. p. 106.

vantagem), à luz dos conceitos de igualdade na lei e perante a lei e igualdade formal e material.

Para Minhoto¹² é importante que se trace a diferenciação entre a igualdade humana diretamente vista da igualdade de tratamento perante a lei, que recebe o nome de isonomia. A regra é que *la legge non conosce che cittadini*, ou seja, a lei não conhece os cidadãos, sendo que só terá como fundamento diferenciações casuísticas por exceção.

O constitucionalista J.J Gomes Canotilho¹³ preceitua que a igualdade é, desde logo, a igualdade formal, “igualdade jurídica”, “igualdade liberal”, estritamente postulada pelo constitucionalismo liberal: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Por isso se considera que esta igualdade é um pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. A igualdade jurídica surge, assim, indissociável da própria liberdade individual.

A carta constitucional de 1988 em seu artigo 3º, IV, preconiza como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação. Mais adiante, no *caput* do artigo 5º, que relaciona as principais garantias constitucionais, dispõe que “todos são iguais perante a lei” sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade.

Não obstante, “entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a

¹² MINHOTO, Celso Baeta. *Princípio da Igualdade*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 11. n. 42. janeiro-março de 2003. p. 315.

¹³ CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª. Coimbra (Portugal): Almedina, 2002. p. 424.

isonomia”¹⁴, tendo em vista que a lei não deve ser fonte de privilégios, mas sim um instrumento para regulamentar a vida em sociedade.

Ademais, “a lei não poderá criar diferenciações onde a realidade fática não as criou”¹⁵, o que não significa apenas a aplicação igual da lei. “A lei, ela própria, deve tratar por iguais todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos.”¹⁶

A respeito, Francisco Campos¹⁷ bem assentou que:

“Assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações”.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁸, defende a conjunção de quatro elementos para que um *discrimen*, ou discriminação, legal seja convivente com a isonomia, quais sejam:

- a) que a desigualdade não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desiguais pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços *nelas residentes*, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Nesse sentido, tem-se que o princípio da igualdade implica tanto em um tratamento igualitário na lei quanto perante à lei. Todavia, não fosse a lei

¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 9.

¹⁵ AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 149

¹⁶ CANOTILHO, idem, p. 424.

¹⁷ CAMPOS, Francisco, apud MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 9.

¹⁸ MELLO, idem, p. 41.

vedar o tratamento diferenciado entre os cidadãos, há que se levar em consideração que a falta de igualdade entre os seres humanos é uma característica do universo. Sempre foi e assim será, conforme defendem os adeptos do pensamento Nominalista, segundo os quais os seres humanos nascem e perduram desiguais, configurando-se a igualdade num simples nome sem denominação no mundo real.

Nos dizeres de Minhoto:

“se um mesmo ser humano não possui sequer os dedos de uma mesma mão iguais, se não possui dois fios de cabelo idênticos, nem dois olhos com exatamente a mesma tonalidade ou matiz de cor, com mais razão poder-se-à tranquilamente afirmar que não existem dois seres humanos iguais”.¹⁹

Em lado antagônico, segundo Silva²⁰ estão os adeptos da corrente Idealista, na qual se filia Rousseau, que postulam um igualitarismo absoluto entre as pessoas, relacionada com o estado de natureza. Rousseau, embora corrolário desta tese, admitia a existência de duas espécies de desigualdades entre os homens: as de ordem física ou natural, consistentes nas diferenças de idades, saúde, gênero, etc, e as desigualdades morais ou políticas, que são estabelecidas pelo consentimento dos homens, nos diferentes privilégios que uns gozam em detrimento de outros.

A posição realista, apresenta, por sua vez, um ponto de equilíbrio entre estes dois posicionamentos, ao passo que entende serem os homens criaturas iguais, e desiguais, sob múltiplos aspectos, mas, não se aspira uma igualdade que fruste e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana de sociedade plural, nem se deseja a desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino.

O que se quer, em realidade, é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores que o homem possa desenvolver, isso porque, “as desigualdades naturais são

¹⁹ MINHOTO, idem, p. 311.

²⁰ SILVA, idem, p. 213.

saudáveis, à oposição daquelas de ordem social e econômica, que não deixam alternativas e caminhos singulares a cada ser humano único.”²¹

1.3. Igualdade Formal versus Igualdade Material

Essencial que se faça a distinção entre a igualdade formal e a igualdade material, conceitos que possuem, além das diferenciações intrínsecas que lhe são peculiares, diferenciações práticas profundas.

A igualdade material, numa abordagem doutrinária, foi consagrada pelos estudos de Carl Schmitt, que pugnava por uma visão da Constituição “como uma concreta maneira de ser de uma unidade política”, idéia esta que se opõe à visão de Constituição como um instrumento conceitual formal que, como diz Schmitt, posta-se de forma relativa e “confunde Constituição com leis constitucionais, denegrindo sua objetividade”.²²

Para Minhoto²³, na prática, a igualdade material acabou se prestando aos Estados de cunho socialista ou comunista, cujo ideário de negação da individualidade, como entendida e concebida pelo Estado liberal, mostrou encontrar amparo na idéia de um Estado que se obrigasse a garantir igualdade material a todos do povo, nivelando as possíveis diferenciações e oferecendo um mínimo de igualdade, e os demais direitos fundamentais, a cada um dos indivíduos.

Como parece ser evidente, o Estado liberal adotou a igualdade formal, ou seja, relativizou o princípio em questão, oferecendo-o à população, mas na celebre forma aristotélica da dosimetria diferenciada pela individualidade ou, na forma mais conhecida, tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades.

²¹ SILVA, idem. p. 213.

²² MINHOTO, idem, p. 318.

²³ MINHOTO, idem, p. 318.

O conceito de Justiça formal diz que os seres de uma mesma categoria devem ser tratados da mesma forma. A justiça concreta ou material seria a especificação da justiça formal, chegando-se as formas, ou seja, a cada um segundo suas necessidades ou méritos.

A igualdade formal se reduz à fórmula segundo a qual “todos são iguais perante à lei”, o que significou um decisivo avanço histórico decorrente das modernas declarações de direitos no final do século XVIII.²⁴

Alice Bianchini²⁵ traça a seguinte diferenciação: quando o regramento que introduz o princípio isonômico estabelecer diretrizes que se preocupem em criar condições equânimes entre os jurisdicionados, estar-se-ia diante da igualdade material. Nos demais casos ela será formal.

Nossas constituições sempre introduziram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, no seu sentido jurídico – formal, sem levar em conta as distinções entre grupos. Todavia, a vedação à discriminação não bastou para impedir que se desenvolvessem desigualdades de fato entre os cidadãos, razão pela qual este dispositivo deve ser interpretado à luz das demais normas constitucionais, coadunando com a justiça social e objetivos da ordem econômica e social.

A própria Constituição Federal de 1988, no capítulo dos direitos individuais diz que todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza. Assim a Constituição reforça a aproximação entre a igualdade formal e material, buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais, os quais constituem reais promessas de busca da igualdade material. Nos termos da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²⁴ PIOVESAN, *idem*, p. 139.

²⁵ BIANCHINI, *idem*, p. 202.

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...].

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

[...].

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; [...].

Para Afonso²⁶, o disposto no art. 7º, XXX e XXXI, se aproxima do conceito de igualdade formal. Entretanto, a Carta Magna tenta aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que menciona a igualdade entre homens e mulheres e acrescenta a vedação à distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.

Igualdade perante a lei corresponde a obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza uma isonomia puramente formal. Já a igualdade na lei exige que nas normas jurídicas não existam distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição, exigência atribuída tanto àqueles que criam, como àqueles que aplicam a norma aos casos concretos.

Na lição de Canotilho, não basta que os direitos ditos fundamentais, “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo estejam incorporados ao ordenamento jurídico, é necessário que sejam postos na Constituição, como fonte maior de direito, e deste reconhecimento resultem consequências jurídicas.

Assim, a positivação constitucional do direito à igualdade não significa, por si só, a efetividade desse direito, “é mister que se efetive o controle jurisdicional dos atos normativos reguladores desse direito, devendo, neste sentido,

²⁶ SILVA, idem, p. 215.

serem compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas.²⁷

A lei geral, abstrata e impessoal, que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por fomentar a desigualdade e a injustiça. Assim que o legislador teve que, progressivamente, promulgar leis setoriais que considerassem as diferenças nas formações dos grupos sociais.

Para Piovesan²⁸, torna-se necessário repensar o valor da igualdade, combinando-se a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade, a fim de que as diferenças sejam observadas e respeitadas. Somente mediante esta nova perspectiva é possível transitar da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva.

Um dos propósitos do constitucionalismo social é a promoção da igualdade fática entre os indivíduos. Todavia, para tanto, o Estado deve prover os meios necessários para concretização dos comandos normativos de isonomia, o que implica na obrigação de se estabelecerem prestações positivas, que permitam a transmutação da igualdade abstrata para a igualdade fática, pois o que se veda são as diferenciações arbitrárias. De fato, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça.

1.4. O Princípio da Igualdade e a questão de gênero

A Carta Magna de 1988 enuncia no inciso I do artigo 5º que homens e mulheres são iguais em obrigações e direitos, nos termos da Constituição. Todavia, apesar de decantar a igualdade formal, o próprio texto da Lei Maior prevê normas que concedem tratamento diferenciado a homens e mulheres, à exemplo do

²⁷ CANOTILHO, *idem*, p. 375 – 376.

²⁸ PIOVESAN, *idem*, p. 143.

inciso XX, art. 7º: “É outorgada proteção ao mercado de trabalho feminino, mediante incentivos específicos bem como lhe é assegurada a aposentadoria com 60 anos.”

Esta aparente incompatibilidade no texto constitucional propicia a adoção de normas protetivas que visem assegurar justamente o direito à igualdade previsto no inciso I do artigo 5º, tendo em vista que a desigualdade histórica existente entre homens e mulheres se materializa das mais variadas formas, como mostram as estatísticas, e está intimamente relacionada com as diferenças existentes entre os gêneros.

O termo gênero, segundo o entendimento de Carmen de Campos²⁹, é um conceito sociológico que reconhece que as diferenças entre homens e mulheres são construídas socialmente e se assentam nas relações de poder. Essas diferenças implicam na atribuição de papéis sociais diferenciados ao feminino e ao masculino com sobrevalorização do sexo masculino.

Para Berbel³⁰ esses distintos papéis sociais alocados para homens e mulheres se fundamentam em razão de fatores ideológicos, históricos, religiosos, éticos, econômicos e culturais e acabam por fomentar uma desigualdade material entre os sexos. Todavia, “essa subjugação das mulheres em nossa sociedade está tão enraizada nas tradições culturais e religiosas, que é difícil identificá-las como transgressões dos direitos humanos.”³¹

O Relatório do Desenvolvimento Humano de 1997, editado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) revelou que “Nenhuma sociedade trata suas mulheres tão bem quanto seus homens”³², sendo que em nenhum lugar do mundo as mulheres têm condições de vida iguais às dos homens e, quanto mais pobre o país, maior é o grau de exclusão feminina.

²⁹ CAMPOS, Carmen Hein. *Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social*. In: RBCCRIM. 73 – 2008. p. 249.

³⁰ BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Ensaio sobre igualdade de gênero e seguridade social*. In: Revista de Direito Social. ano VII. out./ dez. 2007. n. 28. p. 48.

³¹ ROVINSKI, Sonia; REICHERT, Liane. *Dano Psíquico em mulheres vítimas de violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 5

³² MELLO, Mônica de. *O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas: O enfoque da discriminação positiva*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – 25.

A Organização das Nações Unidas, através do Programa para o Desenvolvimento (PNUD), criou dois índices para medir as diferenças por gênero: o Índice de Desenvolvimento Relativo ao Gênero (IDG) e o Índice de Equidade de Gênero (IEG).

O Índice de Desenvolvimento Relativo ao Gênero mede a realização média nas três dimensões básicas captadas no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) – uma vida longa e saudável, conhecimento e um nível de vida digno, ajustado para refletir as desigualdades entre homens e mulheres.

Já o Índice de Equidade de Gênero contempla a desigualdade de gênero em três áreas fundamentais: capacidade de participação e de tomada de decisão política, capacidade de participação e de tomada de decisão econômica e controle sobre os recursos econômicos, medido pelo rendimento auferido estimado de mulheres e homens.³³

No último relatório de Desenvolvimento Humano, realizado pela ONU no ano de 2007/2008, o Brasil ocupou a 70ª posição tanto no IDG, quanto no IEG, qual seja, a última posição na zona classificada pela ONU como dos países com índice de desenvolvimento humano elevado.

Que pese o fato de o Brasil estar classificado tanto no índice IDG quanto no IEG, na zona dos países com índice de desenvolvimento elevado, segundo dados divulgados pela Fundação Perseu Abramo³⁴, de uma a cada cinco brasileiras (20%) declararam espontaneamente ter sofrido algum tipo de violência por parte de algum homem. Já quando estimuladas a falar a respeito, o índice de violência sexista chega a marca de 43%.

Verifica-se, pois, que mesmo com a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres a questão da desigualdade entre os gêneros, que tem sua face mais cruel manifestada através da violência sexista, não restou

³³ Site das Nações Unidas

³⁴ Fundação Perseu Abramo (2001). A mulher brasileira nos espaços público e privado. Disponível em: [<http://www2.fpa.org.br>]. Acessado em 25.10.2009.

superada. Portanto, em consideração a esses e outros dados estatísticos que evidenciam a discriminação histórica praticada contra a mulher no panorama brasileiro, sobretudo àquela que faz com que a violência doméstica atinja padrões assustadores, é que “o legislador nacional utilizou o *discrimen* sexo para legislar especificamente e de forma mais rigorosa em favor de um gênero, o feminino, visando justamente alcançar um equilíbrio, uma igualdade de condições”.³⁵

Na concepção de Berbel³⁶ para se alcançar a equidade de gênero é forçosa a utilização de procedimentos diferenciados, condizentes com a igualdade em termos de direito, benefícios, obrigações e oportunidades, para corrigir-se as desigualdades existentes. Tais medidas são conhecidas como ações positivas ou afirmativas, as quais facilitam aos grupos de pessoas discriminadas socialmente o acesso a essas oportunidades.

Trata-se de diferenciação legal específica, que tem por escopo superar desigualdades socialmente construídas, mediante discriminação positiva em favor do gênero feminino, assegurando-se, desta forma, às mulheres, independente das diferenças sociais impostas culturalmente entre os gêneros, o exercício pleno de seus direitos fundamentais.

³⁵ MINHOTO, *idem*, p. 325.

³⁶ BERBEL, *idem*, p. 49.

CAPÍTULO DOIS - As Ações Afirmativas

2.1. Introdução e breve histórico

A grande maioria dos sistemas constitucionais positivados em vigor no mundo dá lugar de destaque ao princípio da igualdade. Não obstante são poucos os Estados em que o princípio da igualdade é realmente respeitado, levando-se em conta não só a desigualdade como comportamento antijurídico.

“Em nenhum Estado Democrático até a década de 60 e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injustas”.³⁷

Apesar do princípio da igualdade estar positivado nos mais importantes documentos de proteção aos direitos humanos, há um grande número de pessoas que ainda se encontra à margem da sociedade industrial capitalista, seja em razão de sua cor, de sua condição social, de seu gênero, opção religiosa, por condições físicas desfavoráveis, ou até mesmo em razão da idade.

Deste modo a positivação do direito à igualdade não bastou em si para a garantia da efetiva aplicabilidade deste princípio, uma vez que a sociedade continuou marginalizando aqueles que de alguma forma são desiguais, anulando a inclusão dessas pessoas na sociedade, dada a falta de acesso à oportunidades mínimas de trabalho, participação política, ou cidadania, sendo excluídos, sobretudo, do processo democrático.

Neste sentido, a atual Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha, lança a seguinte dúvida:

³⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista da Informação Legislativa. v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

“Até que ponto se tem assegurada a liberdade igual a todos, a oportunidade igual a todos numa sociedade em que os preconceitos são tão plurais e as discriminações tão freqüentes como nessa em que vivemos? Pode-se asseverar verdadeiramente, sem qualquer traço de ingenuidade cômoda ou mesmo de hipocrisia mal dissimulada, que a igualdade é respeitada de modo eficiente e democrático apenas pela negação jurídica da desigualdade formal como comportamento válido?”³⁸

É irrefutável que não. O Direito Constitucional despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica não bastou para promover a efetividade deste direito, pois o modelo liberal, ainda que nas entrelinhas, privilegiava a vedação da desigualdade ou do comportamento motivado por preconceito manifesto. “Urgia, pois, que se promovesse constitucionalmente, por uma remodelação da concepção adotada pelo sistema normativo democrático, a igualdade jurídica efetiva, a dizer, promotora da igualação”.³⁹

Para Cármen Lúcia⁴⁰ o movimento que ficou conhecido como *affirmative action*, que surgiu no ano de 1965, nos Estados Unidos, a partir da indagação do então presidente Lyndon B. Johnson, na Howard University, de que se todos ali eram livres para competir com os demais membros da sociedade em igualdade de condições, trouxe uma possibilidade nova à remodelação do princípio da igualdade jurídica.

A este movimento, posteriormente, aderiu a Suprema Corte norte-americana, comprometendo a sociedade como um todo com uma nova prática do princípio constitucional da igualdade no direito, passando a significar, na concepção de Cármen Lúcia, o necessário favorecimento de algumas minorias socialmente inferiores e juridicamente desiguais, 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.

³⁸ ROCHA, idem, p. 283.

³⁹ ROCHA, idem, p. 284.

⁴⁰ ROCHA, Idem, p. 285.

No mesmo ano, a expressão ação afirmativa foi utilizada em uma ordem executiva federal norte-americana, determinando-se “que as empresas empreiteiras contratadas por entidades públicas ficavam obrigadas a uma “ação afirmativa” para aumentar a contratação dos grupos ditos das minorias, desiguais social e, por extensão, juridicamente”⁴¹.

Todavia, para Stela Cavalcanti⁴² a primeira política de ação afirmativa remonta ao ano de 1941, durante o governo do Presidente Franklin D. Roosevelt em que foi determinado, através de lei, que as empresas de material bélico abrissem vagas para trabalhadores negros, isso em razão da grave crise de mão-de-obra branca no pós-guerra. Para fiscalizar o respeito à igualdade das condições de trabalho com relação à origem racial foi criado o *Fair Employment Practices Comitee*.

A autora, acrescenta ainda que a expressão ação afirmativa surgiu no ano de 1961, sendo atribuída ao Presidente Kennedy, que determinou a adoção de medidas compensatórias aos trabalhadores de diversas raças, em todo o setor produtivo. Mas, que, somente em 1972, durante o governo do Presidente Nixon, foram modificadas as leis existentes a fim de se permitir a discriminação positiva através dos critérios de raça ou sexo.

Embora não haja um consenso na doutrina quanto ao surgimento das ações afirmativas, o denominador comum é de que elas se desenvolveram nos Estados Unidos, a partir do movimento negro, para que o Estado, “além de garantir leis anti-segregacionistas, viesse também assumir uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra”⁴³.

⁴¹ ROCHA, idem, p. 285.

⁴² CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Princípio da igualdade e a política de ação afirmativa no Brasil*. In: Revista do Ministério Público de Alagoas. n. 10. jan/jun. 2003. p. 151.

⁴³ MOEHLECKE, Sabrina. *Ação Afirmativa: História e Debates no Brasil*. In: Cadernos de Pesquisa. n. 117. novembro/ 2002. p. 197.

2.2.. O Conceito de Ação Afirmativa

A expressão ação afirmativa na acepção de Joaquim Barbosa⁴⁴ remete a um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, com vistas ao combate da discriminação racial, de gênero e de origem nacional e à correção dos efeitos da discriminação já consolidada no passado, a fim de concretizar o ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Menezes⁴⁵, por sua vez, defende que as medidas adotadas em favor de determinados grupos sociais por meio de um tratamento jurídico diferenciado, a fim de corrigir as desigualdades existentes entre estes grupos e uma dada parcela da sociedade na qual eles estão inseridos, devem possuir caráter temporário, ou seja, assim que atinjirem seus objetivos devem deixar de ser aplicadas.

Neste aspecto, Manoel Jorge⁴⁶ contesta que se as ações afirmativas se prendem à efetivação da igualdade substancial após anos de preconceito dirigido a determinadas minorias, a igualização só terá efetividade a partir da consolidação de política afirmativa em sede de norma jurídica com caráter de perenidade, à exemplo do que ocorre com a reserva de postos de trabalho a empregados com deficiência (Lei nº 8.213/91).

Todavia, em que pese o posicionamento em sentido contrário, a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada em 1984 pelo Brasil, que legitima o exercício de medidas afirmativas em favor do gênero feminino, dispõe, em seu artigo 4º, que “as medidas destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher terão “caráter temporário”,

⁴⁴ GOMES, Joaquim Barbosa, apud AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 p. 153.

⁴⁵ MENEZES, Paulo de Lucena. *Ação Afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira*. In: Revista dos Tribunais. v.92. n. 816. p. 40.

⁴⁶ NETO, idem, p. 643.

devendo cessar quando os objetivos de igualdade de oportunidades e tratamento houverem sido alcançados.”

Noutro aspecto do conceito, para Welber de Moura Agra⁴⁷ a finalidade da ação afirmativa é concretizar a isonomia e fortalecer a democracia, impedindo que a maioria possa prejudicar os direitos da minoria. Nesse ponto, importante frisar que o conceito de minorias⁴⁸ não está atrelado a um menor número de pessoas, mas a um determinado grupo social, que, mesmo contabilizando um número maior de pessoas, subjugam-se a outro, aqui concebido como maioria.

Por sua vez, Joaquim Falcão⁴⁹ salienta que a aplicação de tratamento diferenciado, mediante ação afirmativa, deve estar devidamente justificado em um conteúdo baseado na razoabilidade, ou seja, em um fundamento razoável para a diferenciação; na racionalidade, no sentido de que a motivação deve ser objetiva, racional e suficiente; e na proporcionalidade, isto é, que a diferenciação seja um reajuste de situações desiguais, a fim de se evitar a arbitrariedade.

Aliado a isso, Falcão⁵⁰ prevê três critérios que a legislação infraconstitucional deve respeitar para que se atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obedecer a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexo causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida.

⁴⁷ AGRA, *idem*, p. 132-133.

⁴⁸ O conceito do termo minoria aqui utilizado não deve ser interpretado como um número menor de pessoas, e sim conforme o conceito de maioria, determinado pela base de cidadãos que possui de alguma forma o domínio político, econômico ou social sob outro grupo, que dada a sua qualificação jurídica, acaba por possuir um menor número de direitos efetivamente assegurados que o outro que detém o poder. No caso do Brasil, mulheres e negros representam a maioria populacional, não obstante se inserem no conceito de minorias que aqui se quer aplicar.

⁴⁹ FALCÃO, Joaquim., *apud* GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro*.

Disponível em: [http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_151/r151-08.pdf]

Acesso em: 03/11/2009.

⁵⁰ FALCÃO, Joaquim, *idem*.

Com relação à implementação das ações afirmativas Menezes⁵¹, prevê três possibilidades:

- a) Por intermédio de Leis ou regulamentos: que estabelecerão as políticas a serem adotadas, e o alcance de referidas políticas;
- b) Políticas voluntárias: em alguns países, à exemplo dos Estados Unidos e do Canadá, são incentivadas a adoção de políticas de ação afirmativa por empresas e organizações privadas;
- c) Decisões Judiciais: especialmente nos países de *Common Law*, onde os órgãos do judiciário possuem competência não só para decidir acerca da legalidade das políticas de ação afirmativa, como também para definir e aplicar em suas decisões medidas nesse sentido.

2.3. As ações afirmativas no Brasil

O princípio da igualdade sempre foi contemplado na norma constitucional brasileira, mesmo ainda no período imperial em que vigia a escravidão. Todavia, é somente na Constituição de 1988 que este princípio ganhou uma concepção dinâmica, deixando de se constituir letra morta no ordenamento jurídico e passando a ser força propulsora de justiça.

Já em seu preâmbulo fica elucidado o novo rumo tomado pelo constituinte na proteção dos direitos individuais, vejamos:

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

⁵¹ MENEZES, idem, p. 41.

Essa transformação do princípio da igualdade fica ainda mais evidente no artigo 3º da Constituição Federal, em que são arrolados os objetivos fundamentais da República federativa do Brasil a ver:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo o entendimento de Cármen Lúcia⁵² todos os verbos utilizados neste artigo implicam em um comportamento ativo, ou seja, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político, e todos os objetivos acabam por representar ações que devem ser adotadas no fomento da igualdade material.

Para Marco Aurélio⁵³ a ordem constitucional de 1988 significou a conversão de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam, em si, mudança de ótica, ao denotar “ação”.

Não somente o preâmbulo constitucional e o artigo 3º da Carta Magna legitimam as ações afirmativas. O constituinte seguiu a mesma lógica na redação de outros artigos, senão vejamos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

⁵² ROCHA. *idem*, p. 289.

⁵³ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas*. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 33. p. 7.

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No campo da legislação ordinária, pode-se citar a Lei 8.112/90, que regulamentou a reserva de vagas em concursos públicos para deficientes físicos, e a Lei 8.666/93 que dispensou de licitação a contratação de associações de portadores de deficiências físicas sem fins lucrativos.

Em respeito à questão de gênero, como legislação específica editada com fins de ação afirmativa, pode-se citar a Lei 9.504/97 que estabeleceu um mínimo de 30% e o máximo de 70% das vagas de cada partido para candidatos de cada sexo. Outro exemplo é o da Lei 9.799/99 que dispõe sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e apresenta diversas vedações à práticas discriminatórias, e permite, expressamente, a adoção de medidas com caráter de discriminação positiva.

Inclusive, objetivando atender as diretivas lançadas na Lei 9.799/99, foi acrescentado o parágrafo único ao artigo 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual passou a vigorar com a seguinte redação:

“O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.”

Mais recentemente, temos, ainda, a Lei nº 11.340/2006, ou Lei Maria da Penha, que visa coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dando tratamento diferenciado à mulher vítima de violência doméstica. O conceito de violência de gênero e doméstica será posteriormente discutido neste trabalho, mas, de antemão, definimos violência contra a mulher como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Em que pese os exemplos trazidos de algumas experiências legislativas brasileiras que se propõem a implementar programas de ações afirmativas, é importante repisar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente. Isso porque, ainda existe resistência à concessão de tratamento jurídico diferenciado a um determinado grupo de pessoas. Não obstante a Constituição de 1988 contemplar tal hipótese.

Os argumentos mais usuais dentre aqueles autores que repelem os mecanismos afirmativos, segundo Menezes⁵⁴ são, primeiramente, de que os textos normativos devem revestir-se de neutralidade, sendo vedada a adoção de critérios que privilegiem determinados grupos sociais. Segundo, que as deficiências identificadas em determinados grupos não atingem linearmente todos que pertencem ao grupo, de forma que esta política acabaria por beneficiar àqueles que não a necessitam. Terceiro, que a diferenciação de determinado indivíduo pode estar mais relacionada com fatores econômicos do que com outras peculiaridades. Quarto, que o benefício concedido pode aumentar a discriminação e estigmatização contra o grupo favorecido, ao invés de aproximá-lo da sociedade. E, por fim, que a aplicação de medidas afirmativas no mercado de trabalho poderia implicar na contratação de

⁵⁴ MENEZES, idem, p. 42.

funcionários desqualificados, o que seria um custo a ser suportado por toda a sociedade.

Com efeito, em contraposição aos argumentos contrários às ações afirmativas, lança-se mão do seguinte trecho, de autoria de Joaquim Barbosa:

“Quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem o seu combate, mais ampla se mostra a clivagem entre discriminador e discriminado. Daí resulta, inevitavelmente, que aos esforços de uns em prol da concretização da igualdade se contraponham os interesses de outros na manutenção do *status quo*. É curial, pois, que as ações afirmativas, mecanismo jurídico concebido com vistas a quebrar essa dinâmica perversa, sofram o influxo dessas forças contrapostas e atraiam considerável resistência, sobretudo da parte daqueles que historicamente se beneficiaram da exclusão dos grupos socialmente fragilizados.”⁵⁵

Nesse sentido, pode-se afirmar que as ações afirmativas não ferem a ordem constitucional, pelo contrário, a própria constituição brasileira vigente não só “possibilita a implementação das ações afirmativas, como, sobretudo, impõe ao Poder Público a sua adoção, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade por omissão”.⁵⁶

2.4. As ações afirmativas e a questão de gênero no Brasil

A discriminação de gênero ainda tão arraigada em nossa cultura é fruto da tradição patriarcal que não conhece limites geográficos tampouco culturais. “O *status* de inferioridade da mulher em relação ao homem foi por muito tempo considerado como normal, decorrente da própria “natureza das coisas”.⁵⁷

⁵⁵ GOMES, *idem*, p. 133.

⁵⁶ CAVALCANTI, *idem*, p.158.

⁵⁷ GOMES, *idem*. p. 142.

“As desigualdades de gênero fundam-se e fecundam-se a partir da matriz hegemônica de gênero. Isto é, de concepções dominantes de feminilidade e masculinidade, que vão se configurando a partir de disputas simbólicas e materiais, processadas, dentre outros espaços, nas instituições cuja funcionalidade no processo de reprodução social é incontestável – marcadamente, a família, a escola, a igreja, os meios de comunicação - e materializadas, ainda, nas relações de trabalho, no quadro político-partidário, nas relações sindicais, na divisão sexual do trabalho operada nas diversas esferas da vida social, inclusive nas distintas organizações da sociedade civil.”⁵⁸

É com o escopo de promover efetivamente a igualdade entre os gêneros que a Constituição Federal, à exemplo do artigo 5º, I, não apenas invalidou, ou não recepcionou essa discriminação evidenciada na legislação ordinária, como também, permitiu que se buscassem mecanismos aptos a promover a igualdade entre homens e mulheres.

Todavia, ainda com a promulgação da Constituição de 1988, que evidenciou, em diversos dispositivos, a intenção de se promover a igualdade de fato em direitos e obrigações de homens e mulheres, não houve a derrogação imediata da legislação ordinária que contrariava os preceitos constitucionais.

Neste aspecto, cite-se o artigo 380 do Código Civil de 1916 (vigente até o ano de 2002): “Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. [...]”, que permaneceu vigente por mais de dez anos em absoluta contrariedade ao artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988, que firmou que os direitos e deveres da sociedade conjugal serão exercidos de forma igualitária pelos homens e pelas mulheres.

Na concepção de Paulo Rangel⁵⁹ “houve no Brasil a falsa doutrina sobre o inferior valor psíquico da mulher frente ao homem, razão pela qual a mulher casada era considerada relativamente incapaz” (artigo 6º, II, do Código Civil de 1916), o que só foi modificado com o Estatuto da Mulher Casada em 1962 (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962).

⁵⁸ ALMEIDA, Suely Souza de. *Violência contra a mulher: bases conceituais*. Conferência proferida no Seminário Regional Mulher e Violência na perspectiva da Justiça e Saúde, promovido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, pelo BID, UNIFEM e Themis, em Porto Alegre, de 25 a 27/08/2003.

⁵⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processo Penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. p. 465.

Assim, tendo por fim minimizar essa flagrante desigualdade existente em detrimento das mulheres, que foram promulgadas as Leis nº 9.100/95 e 9.504/97 e, mais recentemente, a Lei nº 11.340/06, as quais corporificam o conceito de ação afirmativa, à medida que representam o reconhecimento pelo Estado da existência de discriminação contra as mulheres, e, lançando-se mão, em razão disto, do mecanismo das ações afirmativas, objetivando diminuir essa diferença.

De outro fronte, não se pode olvidar que a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada em 1984 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada em 1995, da mesma forma, amparam a prática da discriminação positiva em favor do gênero feminino.

Importante salientar que os tratados internacionais que o Brasil ratifica além de criarem obrigações para o país perante a Comunidade Internacional, criam direito ao recurso a uma última instância internacional, no caso de insucesso dos recursos impetrados no âmbito nacional.

Com relação à validade dos tratados internacionais no âmbito interno a Constituição, nos parágrafos § 1º, 2º e 3º do artigo 5º estabelece que:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Da interpretação destes dispositivos resultava o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil possuem o mesmo nível de legislação ordinária. Contudo, o atual entendimento da Corte Suprema, consubstanciado no julgamento do HC 87.585/TO e RE 466343/SP,

é de que os tratados internacionais em que o Brasil é parte possuem status superior ao da legislação ordinária, razão pela qual, o ordenamento interno sujeita-se não só aos ditames postos constitucionalmente, como também às disposições contidas nos tratados internacionais que o Brasil ratifica.

Este recente entendimento vem ao encontro de corrente doutrinária que se “posiciona no sentido de que os tratados, versando sobre direitos humanos (e somente eles), uma vez subscritos pelo Brasil, se incorporam automaticamente se possuem caráter constitucional, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da CF”⁶⁰.

Superada a questão da validade no ordenamento jurídico pátrio dos tratados internacionais, retoma-se à análise da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a qual, em seu artigo 1º, traz a definição de discriminação contra a mulher, vejamos:

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

Os artigos seguintes da Convenção tratam especificamente das políticas a serem adotadas pelos Estados signatários com o fim de se eliminar a discriminação contra a mulher, vinculando os Estados-partes à obrigatoriedade de adoção de medidas de cunho afirmativo com o fim de assegurar a efetividade do princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 2º, a).

Na sequência, o artigo 3º na mesma direção, determina que os Estados-partes deverão tomar em todas as esferas (política, social e econômica) as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, a fim de garantir-lhe o exercício e o gozo

⁶⁰ CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica. Lei Maria da Penha (Lei 11. 340/2006) Comentada artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28.

dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.

Na mesma senda, mas de forma mais específica, o artigo 5º dispõe o seguinte:

“os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres”.

Assim, fica patente que “a Convenção trouxe de forma inovadora a possibilidade da existência da discriminação positiva, ou seja, a possibilidade de adoção, nos países partes, de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher”.⁶¹

A Convenção de Belém do Pará, a seu turno, está voltada para a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher. “Os Estados têm que tomar medidas para prevenir a violência, investigar diligentemente qualquer violação perseguindo a responsabilização dos violadores e assegurar a existência de recursos adequados e efetivos para a devida compensação para as vítimas das violações”.⁶²

Em seu artigo 4º, a Convenção dispõe que “toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos”. Dentre estes direitos, estão dispostos o direito ao respeito à vida, à integridade física, mental e moral da mulher; e o direito à igual proteção perante a lei e da lei.

Mais adiante, no artigo 5º, a Convenção dispõe que toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e

⁶¹ FARIA, Helena Omena de; MELLO, Monica de. *Convenção Sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher e Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Disponível em: [<http://www.pge.sp.gov.br>]. Acessado em 23.10.2009.

⁶² FARIA & MELLO, idem.

culturais e que os Estados Partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.

Assim sendo, depreende-se que a Convenção de Belém do Pará voltada ao combate da violência de gênero, também se insere como uma política afirmativa, vez que em seu texto há o exposto reconhecimento de que a violência de gênero impede o livre exercício dos direitos humanos e civis pelas mulheres, motivo pelo qual, justificado está o uso da discriminação positiva em favor do gênero feminino.

Nesta trilha, extrai-se da jurisprudência pátria o seguinte trecho:

“Ora, quando uma mulher é agredida, quer física ou psicologicamente, a sua dignidade, entendida aqui como uma qualidade intrínseca da pessoa humana, é vilipendiada, espezinhada e aviltada, quedando, portanto, tal conduta na contramão de todos os conteúdos axiológicos propostos pela nossa Carta Magna que prega a efetivação daquela e não o seu menoscabo” (TJPR, AP. Crim. 435.100-2, Rel. Luiz Ozório Moraes Panza, j. 13.12.2007)

Por fim, conclui-se que, a violência doméstica, ou violência de gênero, conceitos estes que serão adiante analisados, constitui-se num entrave à promoção da efetiva igualdade de gênero, justificando-se, desta forma, a adoção no âmbito nacional interno, de legislação específica, de cunho afirmativo, que tenha como objetivo maior o combate a esta prática tenebrosa, que assombra os lares brasileiros, e, encontra-se, todavia, velada pela invisibilidade social.

CAPÍTULO TRÊS - A Lei Maria da Penha

3.1. Maria da Penha e a Lei 11.340/2006

Embora a Lei 11.340/2006, que versa sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, não faça qualquer alusão à denominação Maria da Penha, importante salientar o porquê desta Lei receber este apelido.

“Geni de Chico Buarque, tinha algo em comum com Maria da Penha. Ambas foram vítimas da violência de gênero. Geni era discriminada pela comunidade onde residia pois não atendia ao comportamento esperado: o da mulher recata, pacata, submissa. E Maria da Penha não correspondeu as expectativas de seu marido dominador e possessivo. Ambas foram vítimas de violência, ainda que a primeira tenha sido história e a segunda estória. Quantas Genis e Marias da Penha encontramos no nosso dia a dia? As delegacias das mulheres - não o Congresso Nacional ou os órgãos executivos ou da justiça - estão repletas delas. Geni inspirou letra de música e Maria da Penha inspirou lei.”⁶³

Maria da Penha Maia Fernandes é o nome da farmacêutica brasileira que ficou conhecida nacionalmente e internacionalmente em razão da violência sofrida de seu marido o economista Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano, naturalizado brasileiro, que em 29 de maio de 1983, em Fortaleza, no Estado do Ceará, pretendendo simular a ocorrência de um assalto à casa onde moravam, desferiu um tiro de espingarda em sua esposa, enquanto esta dormia, suportando Maria da Penha lesões que consecutiram em sua paraplegia.

Dias antes de desferir um tiro contra a sua esposa, o autor a convencera a celebrar um seguro de vida do qual ele seria o beneficiário, tendo ainda, a constrangido a assinar um recibo em branco no qual transferia a propriedade de um veículo seu ao marido.

⁶³ BIROL, Aline Pedra Jorge. *Será que Maria da Penha veio em socorro às mulheres vítimas de violência?* Coletânea de Direitos Humanos. Forum contra a Violência. Alagoas. No prelo para 2010.

Não fosse suficiente o tiro de espingarda desferido contra Maria da Penha, a vítima, ao retornar do hospital, enquanto banhava-se, sofreu novo ataque do marido, por meio de descargas elétricas, com isto entendeu-se o motivo pelo qual o marido a algum tempo utilizava o banheiro das filhas.

A prova testemunhal dos empregados do casal foi contundente em ressaltar o gênio violento do marido, e a intenção deste em convencer a esposa a celebrar um contrato de seguro e transferir para si a propriedade do veículo de Maria da Penha. Ademais, foi encontrada a espingarda utilizada na prática do crime.

O Réu foi pronunciado em 31 de outubro de 1986, e levado à júri em 4 de maio de 1991. Quando foi condenado, todavia, o réu apelou da decisão, suscitando nulidade na elaboração dos quesitos, sendo submetido a novo julgamento em 15 de março de 1996, na oportunidade foi então condenado à pena de dez anos e seis meses de prisão, da qual recorreu novamente. Foi apenas em setembro de 2002, cerca de 20 após a prática do crime, que o agressor foi finalmente preso. Infelizmente, este não cumpriu sequer 1/3 da pena em regime fechado, tendo sido logo posto em regime aberto.

Em vista da inoperância do judiciário brasileiro em dar um deslinde ao caso de violência doméstica suportado pela vítima, foi apresentada pela própria Maria da Penha juntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)⁶⁴ e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)⁶⁵, denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁶⁶, a qual foi recebida em 20 de agosto de 1998.

⁶⁴ Entidade não governamental que tem por objetivo a defesa e promoção dos direitos humanos junto aos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos.

⁶⁵ Grupo de mulheres empenhadas na defesa dos direitos das mulheres da América Latina e Caribe.

⁶⁶ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas. A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), cujo mandato surge com a Carta da OEA e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representando todos os países membros da OEA. Sua principal atividade consiste em analisar as denúncias de violações de direitos humanos, assim considerados aqueles relacionados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens. Disponível em: [<http://www.cidh.org/que.port.htm>]. Acesso em 23.10.2009.

Ante as informações constantes na denúncia, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou em 16 de abril de 2001 o Relatório 54/2001, “documento imprescindível para entender a violência contra a mulher no Brasil, e ante a repercussão que gerou, inclusive no meio internacional, serviu para restabelecer as discussões sobre o tema, culminando, posteriormente, com a edição da Lei Maria da Penha”⁶⁷.

Neste relatório a Comissão ressaltou que “a ineficácia judicial, a impunidade, e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso [pelo Brasil] de reagir adequadamente ante a violência doméstica”⁶⁸. Ao compromisso assumido pelo Brasil, faz-se referência aos dispositivos da Convenção Americana e à Convenção de Belém do Pará, ambas ratificadas pelo país.

No que tange ao caso concreto, da impunidade do agressor, a Comissão recomendou ao Estado que procedesse a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo de Maria da Penha, e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável, ademais recomendou a reparação efetiva da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra as mulheres.

Como por reiteradas vezes a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou ao Brasil informações a respeito do caso, sem obter qualquer resposta, em atendimento ao artigo 39 do Regulamento da Comissão, presumiram-se verdadeiros os fatos relatados na denúncia. O que não foi suficiente para o Brasil se pronunciar a respeito, razão pela qual, em face do disposto no art. 51.3, do Pacto de San Jose, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu tornar público o teor do relatório.

⁶⁷ CUNHA, *idem*, p. 25.

⁶⁸ CUNHA, *idem*, p. 25.

Bianchini⁶⁹, assevera quais foram as medidas recomendadas ao Brasil pela Comissão, para se efetivar um processo de reforma com o fito de se evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres, vejamos:

Capacitação de funcionários judiciais e policiais para que não haja tolerância à violência doméstica;

Simplificar os processos judiciais, para reduzir o tramite processual, sem que haja diminuição das garantias dos indivíduos

Estabelecimento de formas alternativas rápidas e efetivas a solução de conflitos intrafamiliares, bem como a de sensibilização com respeito a sua gravidade e as consequências penais que gera⁷⁰

Além disso, a Comissão recomendou ao Brasil o pagamento de 20 mil dólares à vítima, à título de reparação, em consequência da demora na conclusão do processo-crime que culminou com a condenação do Réu, da desproporção entre o fato e a pena aplicada e, da ineficácia do sistema legal brasileiro que não se mostrou apto ao enfrentamento da violência doméstica.

Diante dessas recomendações, o Brasil editou a Lei 11.340/2006, de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a qual “está alicerçada em estudos e pesquisas, nacionais e internacionais, que revelam que a violência de gênero é fruto da discriminação contra as mulheres e que as relações hierarquizadas e o machismo são determinantes para a aceitação social dessa violência”⁷¹.

A lei instrumentaliza a busca por uma real mudança nos valores sociais que banalizam a violência que permeia as relações domésticas e familiares, em que os padrões de supremacia masculina e subordinação feminina, durante séculos, foram aceitos por toda a sociedade.

⁶⁹BIANCHINI, Alice; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Lei de violência doméstica e familiar contra mulher (Lei Maria da Penha): constitucionalidade e convencionalidade*. In: Revista dos Tribunais. n. 98, agosto de 2009, 98º ano.

⁷⁰ Relatório 54/2001, relativo ao Caso 12.051, de 16.04.2001, item 4 das recomendações.

⁷¹SAFFIOTI, *apud* CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 16. n. 73. p. 151.

A violência dentro do lar, conforme indicam os dados de pesquisas nacionais e internacionais faz das mulheres as maiores vítimas. À título de ilustração citamos alguns exemplo de que “esta realidade, perto de nós, tem rostos, nomes e histórias de vida.”⁷²

“No Rio Grande do Norte, no dia 3 de julho de 2005, a dona-de-casa Shirlene Cavalcanti, casada há 15 anos e mãe de três filhos, foi brutalmente espancada e esfaqueada pelo seu marido José Adécio da Silva, agricultor, apenas porque cortou e fez luzes no cabelo, sem autorização do marido vindo a falecer 23 dias depois.

Em São Paulo, a jornalista Sandra Gomide, 32 anos, foi morta com dois tiros por seu ex-namorado, também jornalista e diretor do jornal Estado de São Paulo, Antonio Marcos Pimenta Neves, 63 anos, porque terminou o relacionamento com ele.

No dia 2 de dezembro de 2005, João Xavier Ribeiro Filho, 50 anos, deu um tiro fatal no professor Elídio José Gonçalves e disparou mais cinco contra a estudante e sua ex-mulher Roseni Pereira de Miranda Ribeiro, 38 anos, no estacionamento de uma universidade em Brasília. O professor morreu e Roseni ficou com seqüelas nas cordas vocais. O advogado de João Xavier defendeu, em Júri Popular, que seu cliente agiu em legítima defesa da honra. O julgamento foi acompanhado por militantes do movimento de mulheres de Brasília. João Xavier foi condenado a 19 anos e 4 meses de reclusão.”

Necessário superar-se esse histórico real de desigualdades entre homens e mulheres que tem na violência contra as mulheres a sua consequência mais grave, à medida que as impede de usufruírem seus mais simples direitos.

3.2. Sistemática anterior ao advento da Lei Maria da Penha

O caso de Maria da Penha teve grande repercussão, inclusive no âmbito internacional, e serviu para provar que a legislação brasileira não

⁷² CORTÊS, Iáris Ramalho; MATOS, Myllena Calasans de. *Lei Maria da Penha: do papel para a vida. Comentários à Lei 11.3440/2006 e sua inclusão no ciclo orçamentário*. Brasília: CFEMEA - Centro Feminista de Estudos e Assessoria, 2007. p. 15. Disponível em: www.cfemea.org.br

respondia de forma satisfatória à realidade, pois não oferecia proteção às mulheres e nem punia o agressor de maneira adequada.

Inicialmente, a legislação brasileira não previa o tipo específico violência doméstica. Nos casos de lesão à integridade física, ou psicológica (injúria, calúnia e difamação) praticada contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, ou nas relações de coabitação, o crime poderia sofrer o aumento de pena somente em virtude das agravantes genéricas previstas no artigo 61, inciso II, alíneas e) e f), do Código Penal.

A falta de proteção específica se agravou com o surgimento da Lei 9.099/1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Isso porque, embora esta lei tenha vindo com o objetivo de dar maior celeridade ao trâmite processual, acabou por banalizar o julgamento dos crimes de lesões corporais leves, e crimes contra a honra, que são condutas que normalmente configuram a violência doméstica. A lei adota mecanismos de solução de conflitos menos formais que não atendiam aos interesses das vítimas, pois, com vistas à celeridade, as mulheres acabavam sendo incentivadas a conciliar e renunciar seu direito de representação.

Devemos esclarecer o procedimento dos Juizados. O primeiro passo é sempre uma tentativa de conciliação, onde as mulheres, em nome da harmonia familiar, eram estimuladas a conciliar com o autor da agressão. O que ocorria muitas vezes, em realidade, era que muitas mulheres não suportavam ficar cara a cara com o agressor, e, temendo represálias, renunciavam ao seu direito de representação, em troca de qualquer espécie de acordo proposto. Caso a tentativa de conciliação não prosperasse, o autor, preenchendo as condições do art. 76, § 2º da Lei 9.099/95, era intimado para uma audiência de transação penal, onde o Ministério Público propunha, antes de deflagrar a ação penal, o cumprimento de uma pena restritiva de direitos, como a prestação de serviço à comunidade, ou o pagamento de prestação pecuniária à vítima, que era comumente revertido em cesta básica.

Em não sendo aceita a proposta de transação penal, o Ministério Público, aí sim, oferecia a denúncia. Todavia, mesmo sendo deflagrada a ação penal,

caso o autor preenchesse os requisitos do art. 77 do CP e 89 da Lei 9.099/95, ainda poderia ser beneficiado com a suspensão condicional do processo. Do contrário, a ação penal transcorria normalmente, para que, ao final do processo, nos poucos casos em que os autores eram condenados a pena privativa de liberdade, esta ainda pudesse ser substituída por uma das penas restritivas de direito prevista no art. 44 do CP.

Isto é, na maior parte dos casos, toda a complexidade da lesão causada à integridade física e psicológica e à dignidade das mulheres era desprezada em favor do simples pagamento de uma prestação pecuniária, raramente em favor da vítima, que era transformada em cesta básica, ou da aplicação de outra das penas alternativas previstas no Código Penal.

Shelma de Kato acrescenta que “subtrair esse tipo de infração dos juizados especiais já era clamor social, por isso que agressores contumazes faziam tábula rasa da dignidade humana ao trocarem por cestas básicas os tapas nos rostos e bofetões nas esposas ou companheiras”⁷³.

Para Maria Berenice⁷⁴, ao condicionar à representação a ação penal relativa às lesões corporais leves e lesões culposas, o Estado omitia-se de sua obrigação de punir, transmitindo à vítima a iniciativa de buscar a apenação de seu agressor, segundo o critério subjetivo de conveniência. Não obstante a permanência do monopólio estatal para punir os delitos contra o patrimônio.

Mesmo com a aprovação da Lei nº 10.886, que acrescentou o § 9º, ao art. 129 do Código Penal, criando a modalidade do crime de violência doméstica, a situação não se alterou, pois os casos de violência doméstica contra as mulheres continuaram a ser julgados sob o rito da Lei 9.099/95.

⁷³ KATO, Shelma de. *Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero*. In: Revista brasileira de ciências criminais. v.16. n. 71. p. 276.

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. *A impunidade dos delitos domésticos*. Disponível em: [http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=132&isPopUp=true]. Acesso em 23.10.2009.

Esta conjuntura de impunidade, aliada as determinações dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, e pelas disposições da Constituição Federal, indicavam a necessidade da criação de uma lei de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres, e, como resposta a essa demanda surge a Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

3.3. Sistemática adotada com o advento da Lei 11.340/2006

A Lei 11.340/2006 entrou em vigor em 22 de setembro de 2006, trazendo mecanismos específicos para coibir a violência contra a mulher, e um novo modelo de atuação, no qual a violência doméstica passa a ser combatida sob os enfoques preventivo, psicossocial e punitivo.

Segundo Hein⁷⁵ a tutela prevista na Lei Maria da Penha diferencia-se das demais em razão de se constituir um sistema jurídico-holístico, no qual se busca um atendimento integrado à mulher vítima de violência doméstica, e não por criar qualquer tipo penal novo. Apenas dá tratamento diferenciado às infrações já existentes.

Todavia, a Lei Maria da Penha trouxe para o sistema de legislação brasileira os conceitos de violência de gênero, violência doméstica e violência familiar, os quais serão analisados a seguir.

3.3.1. Violência contra a mulher, violência doméstica e violência familiar

Em que pese a frequência com que os termos violência doméstica, violência contra a mulher e violência de gênero são usados como sinônimos, cada qual destes possui uma conceituação própria e limitada.

⁷⁵ CAMPOS, C. H, *idem*, p. 274.

Da análise da Lei Maria da Penha, depreende-se que a tutela jurídica buscada pela lei abrange tanto a violência doméstica como a familiar contra a mulher, desde que ambas estejam baseadas em questões de gênero, conforme se depreende da leitura do art. 5º e incisos da lei em comento, a ver:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

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

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

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

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Esta definição trazida pela *lex patria* segue o disposto na Conferência de Beijing que definiu a violência contra a mulher da seguinte maneira:

“qualquer ato de violência que tem por base o gênero e que resulta ou pode resultar em dano ou sofrimento de natureza física, sexual ou psicológica, inclusive ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer se produzam na vida pública ou privada.”

Neste sentido, impende delimitar quais conceitos devem ser imprimidos a cada um destes termos.

A Lei 11.340/2006 traz a definição das condutas que estariam caracterizadas como violência doméstica ou familiar contra a mulher, portanto, neste aspecto, inicialmente, impende delimitar o conceito de violência contra a mulher.

Rovinski⁷⁶ assevera que a violência contra a mulher passou a significar um problema que tem seu ponto de origem na dominação-exploração sofrida pelas mulheres nos diferentes âmbitos da vida social.

Para Almeida⁷⁷ o termo violência contra a mulher enfatiza o alvo contra o qual a violência é dirigida. Neste tipo de violência não há a presença de um

⁷⁶ LIANE, Sonia; ROVINSKI, Reichert. *Dano Psíquico em Mulheres Vítimas de Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p 3.

sujeito, somente objeto, acentuando o lugar da vítima, além de sugerir a unilateralidade do ato.

Schraiber e D'Oliveira⁷⁸ vão mais além ao afirmarem que a expressão violência contra a mulher abrange não só a violência contra as mulheres por serem mulheres como também as diferenças no estatuto social da condição feminina (gênero), que acaba por fazer parecer natural a violência suportada por agressores do convívio íntimo da vítima.

Celmer⁷⁹, todavia, indica que o termo “violência contra a mulher” engloba a violência doméstica, a violência familiar, e a violência conjugal. Considerando que a Lei 11.340/2006 não aborda o último termo, restringiremos a análise aos dois primeiros.

Miriam Grossi⁸⁰ traça uma salutar diferenciação entre violência e agressão, sendo que esta implica e permite revide, sendo um ato onde não há distinção nítida entre sujeito e vítima, violência, no entanto, é “uma agressão que aniquila o indivíduo que a sofre, paralisando-o e impedindo-o de reagir.”

Já o conceito de violência doméstica está atrelado a uma “conduta que cause dano físico, psíquico ou sexual, não só à mulher, como a outras pessoas que coabitem a casa.”⁸¹

Almeida⁸², credita à violência doméstica o que é próprio da esfera privada - dimensão da vida social que vem sendo historicamente contraposta

⁷⁷ ALMEIDA, Suely Souza de. *Violência contra a mulher: bases conceituais*. Conferência proferida no Seminário Regional Mulher e Violência na perspectiva da Justiça e Saúde, promovido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, pelo BID, UNIFEM e Themis, em Porto Alegre, de 25 a 27/08/2003.

⁷⁸ SCHRAIBER & D'OLIVEIRA, *apud* LIANE, Sonia; ROVINSKI, Reichert. *Dano Psíquico em Mulheres Vítimas de Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 3.

⁷⁹ CELMER, Elisa Girotti. *Violência conjugal contra a mulher: refletindo sobre gênero, consenso e conflito nos juizados especiais criminais*. In: A crise do processo penal: e as novas formas de administração da justiça criminal. Porto Alegre: Nota Dez, 2006 p. 249.

⁸⁰ GROSSI, Miriam Pillar. *Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo-conjugal*. In: Masculino Feminino Plural. p. 296-297.

⁸¹ CELMER, *idem*, p. 250.

⁸² ALMEIDA, *idem*, p. 1.

ao público, ao político. Enfatiza, portanto, uma esfera da vida, independentemente do sujeito, do objeto ou do vetor da ação.

O conceito de Edwards⁸³, por sua vez, se afasta dos anteriores ao passo que relaciona a violência doméstica com a construção histórico-social desigual das relações entre os gêneros, constituindo-se uma forma de controlar as mulheres mediante a intimidação e o castigo.

Ainda no âmbito da violência doméstica, Campos⁸⁴ assevera que a expressão é uma subcategoria da violência de gênero, onde não se distingue autores e vítimas, podendo vitimizar não só mulheres como crianças e idosos. Não obstante, o termo tem sido empregado como sinônimo de violência contra a mulher praticada por parceiros íntimos. A autora salienta, ainda, que a lei não foi redundante no uso da expressão “violência doméstica e familiar contra a mulher”, haja vista que o conceito de violência doméstica está atrelado às relações íntimas, já o de violência familiar se refere ao lugar em que essa violência é praticada.

A intenção do legislador ao tratar do tema violência doméstica não foi outra senão de retirar a invisibilidade que permeia as relações íntimas e mostrar que a violência doméstica é uma forma de discriminação contra as mulheres. Portanto seu enfrentamento não pode ser restrito com a escusa de tratar-se de um assunto privado, “pois os direitos fundamentais das mulheres constituem verdadeiros direitos públicos subjetivos, sendo possível a utilização de instrumentos processuais adequados para que as políticas públicas, abstratamente previstas, sejam transformadas em serviço público concreto e eficiente no atendimento do gênero”⁸⁵.

O exercício de direitos fundamentais implica também no respeito à democracia e à cidadania, valores supremos na ordem constitucional.

⁸³EDWARDS, Anne, apud SABADELL, Ana Lucia. *Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal*. In: Revista dos Tribunais. n. 840, outubro de 2005, 94º ano. p. 435.

⁸⁴CAMPOS, C. H., idem, p. 251.

⁸⁵ALVES, Pedro Gonzaga. *A efetividade da Lei 11.340/2006 em razão das políticas públicas: tutela dos direitos fundamentais das mulheres pelo judiciário*. In: Revista Bonijuris. Ano XXI. n. 543. Fevereiro/2009. p. 20.

A violência familiar, por sua vez, ora denominada violência intrafamiliar, para Almeida⁸⁶ aproxima-se bastante da categoria anterior, ressaltando, entretanto, mais do que o espaço, a produção e a reprodução endógenas da violência, sendo uma modalidade de violência que se processa no seio familiar.

Por derradeiro, trazemos à baila a definição do Ministério da Saúde⁸⁷ para o termo violência intrafamiliar, como sendo toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de outro membro da família, incluindo pessoas que passam a assumir função parental, ainda que sem laços de consangüinidade, podendo ser cometida dentro ou fora do ambiente doméstico.

Assim, tem-se que tanto o conceito de “violência doméstica” como o de “violência familiar”, possuem um campo de atuação restrito, à medida que o primeiro se restringe a salientar o espaço da ocorrência da agressão, enquanto o segundo se limita ao tipo de relação do agressor com a vítima. Portanto, há que se utilizar o critério gênero para aproximação do problema, razão pela qual passamos à análise desta categoria.

3.3.2. A violência contra a mulher e a questão de gênero

Conforme já exposto, a Lei Maria da Penha trata como violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero. Neste sentido impende pontuar, da mesma forma, qual o conceito que se aplica ao termo gênero.

O termo violência de gênero refere-se ao fenômeno da violência entendida de forma mais ampla. Gênero diz respeito à construção sócio-histórico-

⁸⁶ ALMEIDA, idem, p. 1.

⁸⁷ Cf. Ministério da Saúde. *Violência Intrafamiliar: orientações para a prática em serviço*, apud Almeida.

cultural do ser homem e do ser mulher. Assim, toda forma de violência que acontece no contexto dessas relações constitui uma manifestação da violência de gênero.⁸⁸

Para Arango⁸⁹, a categoria gênero foi incorporada pelo feminismo anglo-saxão para se referir à construção social do feminino e do masculino, privilegiando o social e o simbólico sobre o biológico na explicação das diferenças entre homens e mulheres. Neste sentido, o conceito de gênero abre novas perspectivas para a análise da situação das mulheres ao focar nas dimensões relacionadas com o caráter cultural da diferenciação entre o feminino e o masculino, questionando as definições essencialistas ou vitimizantes.

Scott⁹⁰ analisa o critério gênero sob a ótica das relações de poder, sugerindo que as relações entre os sexos sejam entendidas além da necessidade de dominação do homem sobre a mulher, mas sim que o gênero seja entendido como o campo inicial de articulação do poder, constituindo-se um meio persistente e recorrente de tornar eficaz a sua significação no Ocidente.

A definição de poder aqui utilizada é aquela proposta por Foucault, de que “o poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede.”⁹¹

No mesmo sentido, Carmen de Campos⁹² explica que o gênero é um conceito sociológico que reconhece que as diferenças entre homens e mulheres são construídas socialmente e se fundam em relações de poder. As

⁸⁸ SAFFIOTI, H. I. B. Lo ejes del poder: una jerarquía de la violencia en Brasil: rompiendo el silencio. Nova York: Unifem, 1997, p. 81-93.

⁸⁹ ARANGO, Luz Gabriela; LEÓN, Magdalena; VIVEROS, Mara. Género e Identidade: Ensayos sobre lo femenino y lo masculino. 1ª ed. Santafé de Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes, 1995. p. 22.

⁹⁰ SCOTT, J. *apud* IZUMINO, Wânia Panisato. *Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça na solução dos conflitos de gênero*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 5. n. 18. p. 148-149.

⁹¹ FOUCAULT *apud*, IZUMINO, Wânia Panisato. *Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça na solução dos conflitos de gênero*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 5. n. 18. p. 149

⁹² CAMPOS, C. H., *idem*, p. 250.

relações de gênero, a seu turno, implicam na atribuição de papéis sociais diferenciados ao feminino e ao masculino com sobrevalorização do sexo masculino, o que hierarquiza as relações entre os sexos e cria diferenciações culturais que são justificadas socialmente, através de vários mecanismos de integração social, como o Direito.

Para Suely Almeida⁹³, as relações de gênero apresentam-se como um dos fundamentos da organização da vida social, sendo o termo gênero uma categoria que potencializa a apreensão da complexidade das relações sociais, em nível mais abstrato. A estrutura das relações sociais desenvolvida ao longo da história, por sua vez, acaba por representar, muitas vezes, a causa de desigualdades sociais, à medida que sugere lugares sociais sexuados, a partir da dicotomias público x privado, produção x reprodução, político x pessoal.

Neste aspecto, Vera Regina Pereira de Andrade⁹⁴ explica que o eixo da dominação patriarcal está justamente nesta dicotomia público- privada, em que o espaço público da produção material é reservado ao Homem enquanto sujeito ativo, o qual para desempenhar esse papel, deve enquadrar-se no esteriótipo de homem racional, ativo, forte. Já a esfera privada, das relações familiares (casamento, sexualidade reprodutora, filiação e trabalho doméstico), está reservada às mulheres, as quais devem preencher o esteriótipo de passividade, fragilidade, impotência, recatamento.

Na concepção da autora, este simbolismo de gênero tem uma poderosa carga estigmatizante que homens e mulheres reproduzem, como se fossem diferenças naturais ou biológicas, destarte, algumas qualidades, bem como o acesso a certos papéis e esferas são percebidos como naturalmente ligados a um sexo biológico e não ao outro.

⁹³ ALMEIDA, idem.

⁹⁴ ANDRADE, Vera Regina. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. In: Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo. RT. v.48, maio 2004, p. 260-290.

Através da categoria gênero, foi possível perceber que as mulheres são discriminadas na sociedade e que sofrem violência apenas por terem nascido mulheres. “Elas seriam tidas como “frágeis e dóceis”, enquanto os homens seriam “viris, fortes e provedores”.

A categoria gênero, muitas vezes é empregada erroneamente para se referir à diferença sexual anatomofisiológica entre homens e mulheres. Por conseguinte, há que se traçar a diferenciação entre o conceito de sexo e o de gênero, sendo este uma categoria criada para analisar as relações entre mulheres e homens e como elas são construídas cultural e socialmente, e aquele está atrelado “às diferenças fisiológicas das genitálias da fêmea (mulheres têm vagina) e do macho (homens têm pênis)”⁹⁵.

A famosa frase da escritora francesa Simone de Beauvoir, publicada no livro *O Segundo Sexo*, “Não se nasce mulher, torna-se mulher”⁹⁶ exprime com grandeza essa diferenciação, entre gênero e sexo, ao passo que indica que ser mulher não é um destino anatômico-biológico, senão que “as mulheres se reconhecem como mulheres porque vão aprendendo a serem mulheres à medida que vão sendo educadas para isso. Se não fossem educadas para serem mulheres, não o seriam, ou seja, não é uma questão de existência.”⁹⁷

Para Heilborn⁹⁸ ao buscar-se a origem da categorização de gênero surgiram diversas perspectivas teóricas, com ênfase nas relações de poder, e a constância nessas categorizações entre o masculino e o feminino, mesmo que nem sempre os homens detenham uma posição de domínio em relação às mulheres. Há uma forte tendência na constituição das culturas em estabelecer um pólo valorado masculino, e um pólo subordinado feminino, o que certamente se torna um óbice à construção da igualdade substantiva entre os sexos.

⁹⁵ CÔRTEZ, idem, p. 15.

⁹⁶ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo. 2. A Experiência Viva*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 9.

⁹⁷ AMARAL, Célia Chaves do. *Debates de Gênero a transversalidade do conceito*. Fortaleza: Editora UFC, 2005. p. 82.

⁹⁸ HEILBORN apud ROVINSKI, Sonia; REICHERT, Liane. *Dano Psíquico em Mulheres Vítimas de Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 4.

Há ainda que se reunir os conceitos de violência e gênero, a fim de se depurar um terceiro conceito denominado violência de gênero, o que não traz maiores dificuldades considerando que o termo gênero já pressupõe a existência de relações de poder, culturalmente impostas aos homens e mulheres. Essa forma de se subjugar as mulheres, em relação aos homens, em nossa sociedade, “se tornam tão comuns e profundamente enraizadas nas tradições culturais e religiosas, que é difícil identificá-las como transgressões dos direitos humanos.”⁹⁹

Neste aspecto, há uma famosa frase na literatura brasileira, de autoria de Nelson Rodrigues que ilustra bem essa naturalização da subjugação feminina ao masculino: “Nem todas mulheres gostam de apanhar, só as normais”. Quer dizer, para o autor, bem como para uma grande parcela da sociedade, as mulheres ditas normais, as quais aceitam seu papel de submissão nessa relação de poder entre homens e mulheres, gostam de apanhar, tendo em vista que aceitam passivamente serem parte dessa relação de poder e obediência ao masculino.

Assim, a violência de gênero “designa a produção da violência em um contexto de relações produzidas socialmente. Portanto, o seu espaço de produção é societal e o seu caráter é relacional.”¹⁰⁰

A violência relacionada ao gênero “é uma das expressões dessa divisão de poderes que limita, não só a vida das mulheres, mas também a dos homens quando, por exemplo, restringe sua possibilidade de manifestar seus sentimentos, através do choro, da suavidade ou da beleza, de cuidar dos filhos e da casa.”¹⁰¹

Na concepção de Barsted¹⁰², a violência relacionada ao gênero é uma forma de discriminação que afeta plenamente a qualidade de vida das

⁹⁹ STREY *apud* ROVINSKI, Sonia; REICHERT, Liane. Dano Psíquico em Mulheres Vítimas de Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 4-5.

¹⁰⁰ ALMEIDA, *idem*. p. 2.

¹⁰¹ CORTÊS, *idem*, p. 15.

¹⁰² BARSTED, Leila Linhares. *A violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois*. Disponível em: [http://www.mulheresnobre.org.br/pdf/PMB_Cap8.pdf]. Acesso em 23.10.2009.

mulheres, gerando insegurança e medo, além de sofrimentos físicos, mentais, sexuais, coerções e outras formas de privação do direito à liberdade.

Wânia Izumino¹⁰³ acrescenta que o uso do conceito de gênero para definir as relações entre os sexos possibilita que as diferenças percebidas entre os sexos percam o caráter naturalizado, passando a serem reconhecidas como construções sociais passíveis de superação.

Por conseguinte, nos estudos sobre violência contra a mulher, a categoria de gênero permitiu que esta passasse a ser vista enquanto um conflito que tem origem na oposição entre os sexos, ou na imposição entre os papéis sexuais socialmente construídos, o que resulta em relações de poder que se desenvolvem cotidianamente em múltiplas direções, estabelecendo diferentes possibilidades de dominação e submissão.

Assim, os esteriótipos de gênero variam com a cultura de cada país e região, mas, preponderantemente, fazem prevalecer a posição masculina sobre a feminina, constituindo-se uma forma de discriminação. Nos dizeres de Piardi¹⁰⁴, a sociedade é dividida sexualmente, proporcionando oportunidades e esperando comportamentos considerados próprios para cada gênero a fim de manter-se a relação de dominação masculina e justificar-se as mais variadas formas de violência contra a mulher.

Essa ideologia sexista que estigmatiza os papéis a serem assumidos pelo gênero feminino mascara uma tradição discriminatória que “se refletem nas mais variadas formas de violação dos direitos humanos da mulher: estupros, espancamentos domésticos, prostituição forçada, violência física e

¹⁰³ IZUMINO, Wânia Panisato. *Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça na solução dos conflitos de gênero*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 5. n. 18. p. 148.

¹⁰⁴ PIARDI, Sonia Maria Demeda; Lima, Renata de Souza. *A questão e gênero e a violência contra a mulher*. In: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Mai/ago/2004. p. 65-66.

psicológica, etc, constituindo assim, numa forma de retrocesso às conquistas no âmbito dos direitos humanos”.¹⁰⁵

Nessa ordem de raciocínio impende reconhecer a importância do enfrentamento legal, por meio de tutela penal específica, da violência contra a mulher relacionada com a estigmatização de gênero, seja no âmbito doméstico ou familiar, uma vez identificada como forma de discriminação e violação dos princípios da igualdade de direitos e, preponderantemente, da dignidade humana. Daí a importância da Lei Maria da Penha, cujos aspectos relevantes serão analisados a seguir.

3.4. Aspectos relevantes da Lei Maria da Penha

A Lei traz uma ampla gama de medidas extrapenais destinadas a prevenir a violência doméstica e de gênero, tais como medidas de longo prazo para o planejamento de políticas públicas destinadas à violência contra a mulher, fomentando a mudança do olhar da sociedade sobre o fenômeno.

Neste aspecto, destaca-se o artigo 8º, que, em seus vários incisos, enumera o conteúdo destas políticas públicas destinadas ao combate da violência doméstica. À exemplo, podemos citar o inciso II, que determina a promoção de estudos, com a perspectiva de gênero, com o objetivo de se delimitar as causas e as consequências da violência doméstica e familiar contra a mulher, para que se efetue uma avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas.

Também no artigo 8º, citem-se os incisos III e IV que prevêm o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a

¹⁰⁵ MARCO, Carla Fernanda de. *A desigualdade de gênero e a violência contra a mulher à luz da convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 11. n. 14. p. 71-72.

violência doméstica e familiar, bem como a realização de campanhas educativas com o objetivo de se difundir a Lei Maria da Penha e os direitos humanos das mulheres.

Os demais artigos que seguem complementam este rol, com medidas destinadas à proteção e o suporte à vítima da violência doméstica, todavia, estas medidas “não têm sido suficientes para aplacar as críticas à Lei, concentradas no novo modelo de intervenção punitiva”¹⁰⁶, porquanto muitos operadores do direito consideram inconstitucional à tutela afirmativa conferida pela lei especificamente ao gênero feminino.

Das mudanças procedimentais trazidas pela lei, a principal delas é a desnecessidade de representação para deflagração da ação penal no crime de lesões corporais de natureza leve. Destarte, o Ministério Público tem a titulariedade para propô-la, ainda que não haja a representação da vítima, ou seja, a ação penal passa a ser pública incondicionada.

Isto porque, embora a lei não faça qualquer menção à natureza da ação penal nas infrações de que trata, de uma interpretação sistemática do disposto no artigo 41 deste novel instituto, que afastou, expressamente, a incidência da Lei 9.099/95, nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, depreende-se que o delito de lesão corporal leve volta a ser de ação penal pública incondicionada, como o era, antes do advento da Lei 9.099/95, regra geral do CP.

Segundo Shelma de Kato¹⁰⁷ somente nos crimes de ameaça, contra a honra (sem lesões físicas) e contra a liberdade sexual, em que a ação penal é pública mediante representação (§ 1º, do art., 225 do CP), que a vítima pode renunciar à representação formulada. Isso, desde que o faça antes do recebimento da denúncia, em audiência específica, com a oitiva do Ministério Público (art. 16).

¹⁰⁶ CAMPOS, C. H, *idem*, p. 254.

¹⁰⁷ KATO, *idem*, p. 279.

Portanto, a lei difere da previsão genérica do artigo 25 do Código de Processo Penal, que prevê o prazo para retratação somente até o oferecimento da denúncia.

Interessante alteração trazida pela lei diz respeito à criação das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que será competente “para apreciar e julgar não só o crime supostamente praticado, mas os casos que envolverem questões de família, pensão, separação e guarda de filhos, etc.”¹⁰⁸ Essa mudança visa tornar mais célere o trâmite processual, através da utilização da prova emprestada, com uma prestação jurisdicional mais eficaz e com menor ônus para a vítima.

Por fim, a lei veda expressamente a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a aplicação de penas de cesta básica ou outra prestação pecuniária, bem como a substituição da pena que implique no pagamento isolado de multa. Para Cunha¹⁰⁹ a intenção é ver o agressor cumprir pena de caráter pessoal, isto é, pena privativa de liberdade ou pena restritiva de direitos que mais se adegue ao tipo do crime em análise, e não se restrinja ao pagamento de valor pecuniário.

Todavia, que pese toda a argumentação desenvolvida no decorrer deste trabalho, no sentido de se justificar uma legislação específica para o controle da violência de gênero, a aplicabilidade da Lei Maria da Penha esbarra na crítica que a doutrina faz com relação a sua constitucionalidade.

3.5. Constitucionalidade x Inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha

Segundo Carmen Hein¹¹⁰ essa relutância na aceitação da constitucionalidade e aplicação da Lei 11.340/2006 pode ser explicada pelo viés

¹⁰⁸ KATO, idem, p. 280-281.

¹⁰⁹ CUNHA, idem, p. 116.

¹¹⁰ CAMPOS, C.H, idem, p. 246.

tradicionalista que acompanha o pensamento penal crítico brasileiro, somada ao fato de a doutrina em geral não reconhecer que a violência de gênero é um evento sociológico e epidemiológico.

Um fato que confirma este caráter sociológico-epidemiológico que reveste a violência de gênero no país, é o de que, em tempos não muito remotos, os homicídios contra mulheres, ficando ou não comprovado o adultério, eram despenalizados, sob a justificativa de legítima defesa da honra masculina.

Neste aspecto, não podemos deixar de mencionar o caso de Doca Street x Angela Diniz, um dos crimes passionais com maior repercussão na mídia brasileira. Depois de uma discussão motivada por ciúmes, Doca Street matou com quatro tiros Ângela Diniz "em legítima defesa da honra", depois de ter sofrido "violenta agressão moral", quando ela mandou que ele deixasse a casa em que veraneavam em Cabo Frio, em 30 dezembro de 1976. Ou melhor, Doca Street foi expulso por Ângela, embarcou em seu Maverick e tomou a estrada, até que lhe ocorreu uma nova idéia, então voltou para casa, deu quatro tiros em Ângela e, aí sim, foi embora de vez.

O crime deixou de ser um caso policial: virou símbolo da luta pelo fim da violência contra as mulheres. Uma palavra de ordem correu o país: quem ama não mata! Condenado a 15 anos, Doca Street cumpriu um terço da pena em penitenciárias no Rio de Janeiro. Depois, ganhou liberdade condicional. Doca havia sido julgado dois anos antes e condenado a dois anos com suspensão condicional da pena e, graças a movimentos feministas que com tal slogan pediram novo julgamento, e ao promotor de Justiça que recorreu da decisão, o assassino foi parar atrás das grades.¹¹¹

Dos pontos levantados por àqueles que defendem a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, a suposta violação do princípio da igualdade entre homens e mulheres é o principal deles.

¹¹¹ Revista Veja. 24.10.1979.

Disponível em: [http://veja.abril.com.br/arquivo_veja/capa_24101979.shtml]. Acessado em: 27.10.2009

Maria Amélia¹¹² assevera que isso ocorre principalmente em razão da adoção de uma postura de gênero frente ao princípio da igualdade proclamado pela Constituição Federal, já que a lei adota uma postura desigual entre os sexos, dispensando às mulheres mecanismos de proteção mais eficientes em relação aos mecanismos oferecidos para o homem em igual situação de violência doméstica.

Para Roberta Campos¹¹³, todavia, ao promover a discriminação sexual, a Lei Maria da Penha rompe com o princípio da igualdade, pois não há justificativa constitucional para a aplicação diferenciada de penas a dois crimes idênticos, porém, com sujeitos passivos diferenciados.

A autora salienta ainda que, conquanto o objetivo da Lei Maria da Penha seja o de viabilizar à mulher vítima de violência doméstica o exercício dos direitos fundamentais à vida, à igualdade, e à dignidade humana, os critérios utilizados pela lei para determinar a sua aplicação, tais como sujeito passivo do sexo feminino, e violência no âmbito familiar ou doméstico, são inconstitucionais porque excepcionam o exercício dos direitos fundamentais em razão do sexo, o que gera uma desigualdade fundamental.

À propósito, a autora conclui que a administração pública é omissa na proteção e implementação dos direitos fundamentais, e por isso opta por fazer uso de uma de suas atribuições mais viáveis economicamente, o processo legislativo e o sistema penal, criando à população a ilusão de dever cumprido. Todavia, neste caso, a legislação acaba por excepcionar a aplicação desses direitos.

Em contraponto, Carmen Hein¹¹⁴ defende que o princípio da igualdade deve ser respeitado não só no âmbito formal, senão que em seu aspecto substancial. Para tanto, as diferenças sociais devem ser reconhecidas. A

¹¹² CASTANHO, Maria Amélia Belomo. *Questões de gênero no processo de exclusão social: a violência doméstica contra a mulher e o acesso à justiça*. In: Revista de Direito das Famílias e Sucessões, n. 3, abril 2008, p. 25.

¹¹³ CAMPOS, Roberta Toledo. *Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha*. In: De Jure, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n. 8. p. 282.

¹¹⁴ CAMPOS, C. H., idem, p.256.

concretização da igualdade substancial autoriza a discriminação positiva, cujo objetivo é romper com a barreira da igualdade formal.

Assim, considerando que a mulher, “quando em situação de violência doméstica ou familiar, não se encontra em igualdade de condições com o homem agressor”¹¹⁵, e sim, em estado de vulnerabilidade, este critério, por si só, legitimaria a aplicação de uma norma discriminatória (ou afirmativa), para, a partir de um tratamento desigual se obtenha maior igualdade substancial.

Em defesa da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, Hein¹¹⁶, propõe a aplicação do teste da igualdade proposto por Mello¹¹⁷, e, conclui que a Lei 11.340/2006 não viola o princípio da igualdade porque elege um grupo de pessoas – mulheres – e não uma pessoa individualmente, sendo que este *discrímen* se funda em fatos concretos, pois a violência doméstica é dirigida, majoritariamente, contra as mulheres e atua como obstáculo ao exercício pleno da cidadania.

Na concepção da autora a tutela penal exclusiva ao gênero feminino visa garantir a dignidade e o exercício dos “direitos fundamentais das mulheres, valores supremos do ordenamento jurídico nacional, expresso dever do Estado de proteger as mulheres contra toda forma de violência.”¹¹⁸ Isso porque, embora a Constituição de 1988 tenha consagrado o princípio da igualdade, equiparando homens e mulheres, não houve a efetiva ruptura com uma cultura ainda fortemente marcada pelas relações patriarcais de poder, que colocam as mulheres no papel de vítimas da violência moral, física, sexual e psicológica.

Outro ponto levantado pela crítica diz respeito à opção do legislador em afastar, nos crimes disciplinados pela Lei Maria da Penha, independente da pena prevista, a incidência da Lei 9.099/95, o que supostamente violaria o princípio da isonomia entre autores de delitos de menor potencial ofensivo

115 BIANCHINI & MAZZUOLI, *idem*, p. 376.

116 CAMPOS, C. H., *idem*, p. 256.

117 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *apud*, CAMPOS, C. H. p. 257.

118 CAMPOS, C. H., *idem*, p. 257-258.

praticados em relações de violência doméstica e aqueles que praticam os mesmos delitos fora do âmbito doméstico.

Maria Amélia Castanho¹¹⁹, justifica o afastamento do procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95 em razão de a experiência haver mostrado a sua insuficiência na tutela dos delitos praticados no âmbito doméstico.

Neste aspecto, Roberta de Campos¹²⁰ assevera que se o Estado já reconheceu a ineficiência dos juizados especiais, não há motivo para que os demais crimes, que não de violência doméstica, permaneçam sendo julgados sob o rito da Lei 9.099/95.

Sob outro enfoque, Rangel¹²¹ defende que é a Constituição Federal que determina que as infrações de menor potencial ofensivo serão julgadas nos Juizados Especiais Criminais, razão pela qual, a lei ordinária não pode afastar a competência constitucional em razão da matéria. Para o autor “por mais que o legislador queira evitar impunidade dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher não pode fazê-lo rasgando a Constituição da República. Há limites e balizas constitucionais que devem ser respeitadas”.

Para Carmen Hein de Campos¹²² este ponto não se fundamenta, uma vez que o critério de violência de gênero justifica o tratamento desigual em relação aos beneficiários da tutela penal e o conseqüente afastamento dos institutos despenalizadores da Lei 9.099, tendo em vista, preponderantemente, o fato de que o pagamento de uma cesta básica, ou outras penas alternativas, acabava por banalizar a violência doméstica e negar valor constitucional à dignidade feminina.

Castanho¹²³ complementa que, diante da evidente constatação de que a mulher sofre reiteradamente com a opressão no ambiente doméstico, e que este tipo de situação também gera outras formas de desigualdades, o legislador

¹¹⁹ CASTANHO, idem, p. 25.

¹²⁰ CAMPOS, R. T., idem, p. 280.

¹²¹ RANGEL, idem, p. 186.

¹²² CAMPOS, C.H., idem, p.260.

¹²³ CASTANHO, idem, p. 34.

entendeu necessária uma revisão legal capaz de trazer ao ordenamento jurídico brasileiro uma tutela mais efetiva na solução desses casos.

3.6. Discussão: a Constitucionalidade da Lei Maria da Penha:

A proclamação da Constituição de 1988, que trouxe o princípio da igualdade entre homens e mulheres, não foi suficiente para que se lograsse a efetiva igualdade substancial entre os sexos, uma vez que, o lado mais cruel dessa desigualação continua a se manifestar através da violência doméstica contra as mulheres.

A violência contra as mulheres, está enraizada nas relações de gênero, que, através do exercício do patriarcado, do domínio do feminino pelo masculino, coloca as mulheres em posição de inferioridade na sociedade e, como as principais vítimas da violência física, psicológica, sexual e moral, praticadas no âmbito doméstico. A permanência da violência no âmbito doméstico constitui o maior entrave à efetiva igualdade entre os gêneros, à medida que impede as mulheres de exercerem os seus mais elementares direitos.

Considerando esta evidente constatação, de que é a mulher quem mais sofre com a opressão no ambiente doméstico, aliado ao disposto no artigo art. 226, § 8º da Constituição Federal, que assegura a criação pelo Estado de mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar, não vemos qualquer entrave ou inconstitucionalidade a concessão de tutela penal exclusiva ao gênero feminino. Porquanto este descrímen se funda em fatos concretos, e tem por escopo superar desigualdades socialmente construídas, mediante discriminação positiva em favor do gênero feminino, assegurando-se às mulheres, independente das diferenças sociais impostas entre os gêneros, o exercício pleno de seus direitos fundamentais.

Além disso, o combate à violência doméstica, é uma obrigação que se insere tanto no plano convencional como no internacional, visto que a

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher trouxe, explicitamente, a possibilidade da existência da discriminação positiva, através de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres. Ademais, a Convenção de Belém do Pará, a seu turno, vincula os Estados partes à obrigação de tomar medidas para prevenir a violência, e perseguir a responsabilização dos violadores e a devida compensação para as vítimas das violações.

Assim, está de pleno justificada a adoção no âmbito nacional interno de legislação específica de cunho afirmativo, que tenha como objetivo maior o combate desta prática tenebrosa, que assombra os lares brasileiros, e se encontra velada pela invisibilidade social. Somente uma lei que combata a violência doméstica através do tratamento diferenciado dispensado ao gênero feminino, e que se insira como política afirmativa em favor deste, será capaz de promover, ainda que paulatinamente, a eliminação desta forma de violência, fomentando, por conseguinte, uma maior igualdade nas relações de gênero, através da garantia dos direitos fundamentais das mulheres, inclusive os direitos fundamentais mais importantes, quais sejam, a vida, a integridade física e a liberdade.

Por todo o exposto, verifica-se que considerar inconstitucional a Lei Maria da Penha é ignorar que a violência doméstica é a manifestação mais perversa da desigualdade que permeia as relações de gênero, mormente, em razão da constância de valores inerentes ao patriarcado, fortemente assentados em nossa cultura. É ignorar que somente o tratamento desigual e positivo poderá devolver à mulher a sua dignidade enquanto ser humano, apesar de “objeto” ou “bem jurídico” atingido pela violência doméstica e de gênero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nossas constituições sempre trouxeram proteção jurídica ao princípio da igualdade. Todavia, o conceito que se imprimia ao princípio, antes da Constituição Federal de 1988, era o de uma igualdade perante a lei, no seu sentido jurídico, desconsiderando as distinções entre grupos. Não se previa qualquer direito de natureza social e tampouco se pensava no valor da igualdade sob a perspectiva material e substantiva.

Por esta forma, o princípio da igualdade, como estava posto constitucionalmente, não impedia que se desenvolvessem desigualdades de fato entre os cidadãos, seja em razão de sua cor, de sua condição social, de seu gênero, opção religiosa, por condições físicas desfavoráveis, ou até mesmo em razão da idade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inaugura-se, no Brasil, um novo modelo interventivo, ao passo que além de proclamar-se o princípio da igualdade, à exemplo das cartas constitucionais anteriores, a constituição agora trouxe uma ampla gama de direitos de natureza social. O que denota a preocupação do constituinte em promover uma aproximação entre a igualdade formal e material.

Esse novo modelo interventivo, busca, através do reconhecimento das diferenças materiais entre os indivíduos de um determinado grupo, uma ingerência estatal para eliminar ou mitigar as desigualdades havidas, de forma a se promover o trânsito da igualdade do mundo jurídico para o mundo fático.

A disposição dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na Constituição de 1988, da mesma forma, revela essa preocupação com a adoção de uma política pública interventiva para a redução das

desigualdades sociais e para a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo ou cor. Os verbos utilizados pelo constituinte como “reduzir” e “promover” exprimem ação e significam a conversão de uma igualização estática, meramente negativa, para uma igualização eficaz e dinâmica.

Com este objetivo inserem-se, especificamente, as ações afirmativas, que são políticas públicas com vistas ao combate da discriminação racial, de gênero e de origem nacional e à correção dos efeitos da discriminação, através do instituto da discriminação positiva.

No caso da violência de gênero, considerada como uma forma de discriminação que afeta a qualidade de vida das mulheres, gerando insegurança e medo, além de sofrimentos físicos, mentais, sexuais, e outras formas de privação da fruição de direitos fundamentais, tem-se que a simples proclamação na ordem constitucional da igualdade entre homens e mulheres, não foi suficiente para superar essa questão.

Não fosse esta evidente constatação, o Brasil ainda é signatário de duas convenções que não só amparam a prática da discriminação positiva em favor do gênero feminino, como obrigam os Estados partes a tomarem medidas para prevenir a violência contra a mulher: a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Por isso é que o legislador nacional utilizou o *discrímén* “sexo” para legislar especificamente e de forma mais rigorosa em favor do gênero feminino através da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha traz uma tutela específica ao gênero feminino, ante a constatação de que são as mulheres que mais sofrem com a violência doméstica, e também por recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por conta da inoperância do judiciário brasileiro no caso de violência do-

méstica da qual foi vítima Maria da Penha, caso que ficou conhecido internacionalmente.

Todavia, há autores que defendem a inconstitucionalidade da Lei 11.340/2006, sob o argumento central de que, ao promover a discriminação sexual através da tutela penal exclusiva às mulheres, a lei estaria rompendo com o princípio da igualdade, porquanto não haveria justificativa legal para a aplicação de penas diferenciadas a dois crimes idênticos, porém, com sujeitos passivos distintos.

Em defesa da constitucionalidade da lei, o argumento de maior relevo é o de que a discriminação positiva em favor do gênero feminino se justifica em fatos concretos, pois a violência praticada no âmbito doméstico prejudica a concretização do próprio princípio da igualdade, à medida que as mulheres, principais vítimas, acabam por ver seus direitos fundamentais cerceados dentro de seus próprios lares.

Que pesem os entendimentos em contrário, a constitucionalidade da Lei Maria da Penha deve prevalecer, porquanto a possibilidade de discriminação positiva em favor do gênero feminino está assegurada pela Constituição Federal e tratados internacionais em que o Brasil é parte, e tem por escopo superar desigualdades socialmente construídas nas relações de gênero, fomentando uma maior igualdade fática entre homens e mulheres.

Nessa ordem de raciocínio impende reconhecer a importância do enfrentamento legal, por meio de tutela penal específica, da violência contra a mulher relacionada com a estigmatização de gênero, seja no âmbito doméstico ou familiar, uma vez identificada como forma de discriminação e violação dos princípios da igualdade de direitos e, preponderantemente, da dignidade humana, devendo, assim, ser considerada constitucional a Lei 11.340/2006.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALMEIDA, Suely Souza de. *Violência contra a mulher: bases conceituais*. Conferência proferida no Seminário Regional Mulher e Violência na perspectiva da Justiça e Saúde, promovido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, pelo BID, UNIFEM e Themis, em Porto Alegre, de 25 a 27/08/2003.

ALVES, Pedro Gonzaga. *A efetividade da Lei 11.340/2006 em razão das políticas públicas: tutela dos direitos fundamentais das mulheres pelo judiciário*. In: Revista Bonijuris. Ano XXI. n. 543. Fevereiro/2009.

AMARAL, Célia Chaves do. *Debates de Gênero a transversalidade do conceito*. Fortaleza: Editora UFC, 2005.

ARANGO, Luz Gabriela; LEÓN, Magdalena; VIVEROS, Mara. *Gênero e Identidade: Ensayos sobre lo femenino y lo masculino*. 1ª ed. Santafé de Bogotá (Colombia): Ediciones Uniandes, 1995.

BARSTED, Leila Linhares. *A violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois*.

Disponível em: [http://www.mulheresnobre.org.br/pdf/PMB_Cap8.pdf].

Acesso em: 23.10.2009.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo. 2. A Experiência Vivida*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Ensaio sobre igualdade de gênero e seguridade social*. In: Revista de Direito Social. ano VII. out./ dez. 2007. n. 28.

BIANCHINI, Alice. *A Igualdade Formal e Material*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. ano 5. n. 17.

BIANCHINI, Alice; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Lei de violência doméstica e familiar contra mulher (Lei Maria da Penha): constitucionalidade e convencionalidade*. In: Revista dos Tribunais. n. 98, agosto de 2009, 98º ano.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 16. n. 73.

CAMPOS, Roberta Toledo. *Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha*. In: De Jure, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n. 8.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª. Coimbra (Portugal): Almedina, 2002.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. *Questões de gênero no processo de exclusão social: a violência doméstica contra a mulher e o acesso à justiça*. In: Revista de Direito das Famílias e Sucessões, n. 3, abril 2008.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Princípio da igualdade e a política de ação afirmativa no Brasil*. In: Revista do Ministério Público de Alagoas. n. 10. jan/jun. 2003.

CELMER, Elisa Girotti. *Violência conjugal contra a mulher: refletindo sobre gênero, consenso e conflito nos juizados especiais criminais*. In: A crise do processo penal: e as novas formas de administração da justiça criminal. Porto Alegre: Nota Dez, 2006.

CORTÊS, Iáris Ramalho; MATOS, Myllena Calasans de. *Lei Maria da Penha: do papel para a vida. Comentários à Lei 11.3440/2006 e sua inclusão no ciclo orçamentário*. Brasília: CFEMEA - Centro Feminista de Estudos e Assessoria, 2007. Disponível em: [www.cfemea.org.br]. Acesso em: 20.10.2009.

CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica. Lei Maria da Penha (Lei 11. 340/2006) Comentada artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *A impunidade dos delitos domésticos*. Disponível em: [http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=132&isPopUp=true]. Acesso em: 23.10.2009.

FARIA, Helena Omena de; MELLO, Monica de. *Convenção Sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher e Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado09.htm]. Acesso em: 23.10.2009.

Fundação Perseu Abramo (2001). *A mulher brasileira nos espaços público e privado*. Disponível em: [http://www2.fpa.org.br]. Acesso em: 25.10.2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro*.

Disponível em: [http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_151/r151-08.pdf]

Acesso em: 03/11/2009.

GROSSI, Miriam Pillar. *Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo-conjugal*. In: Masculino Feminino Plural: gênero na interdisciplinariedade. Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998.

IZUMINO, Wânia Panisato. *Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça na solução dos conflitos de gênero*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 5. n. 18.

JORGE-BIROL, Aline Pedra. *Será que Maria da Penha veio em socorro às mulheres vítimas de violência?* Coletânea de Direitos Humanos. Forum contra a Violência. Alagoas. No prelo para 2010.

KATO, Shelma de. *Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero*. In: Revista brasileira de ciências criminais. v.16. n. 71.

LIANE, Sonia. ROVINSKI, Reichert. *Dano Psíquico em Mulheres Vítimas de Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARCO, Carla Fernanda de. *A desigualdade de gênero e a violência contra a mulher à luz da convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 11. n. 14.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas*. In: Revista Trimestral de Direito Público. n. 33.

MELLO, Mônica de. *O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas: O enfoque da discriminação positiva*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, RT, v. 25, out. 1998.

MENEZES, Paulo de Lucena. *Ação Afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, v. 816, out. 2003.

MINHOTO, Celso Baeta. *Princípio da Igualdade*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, RT, v. 42, jan. 2003.

MOEHLECKE, Sabrina. *Ação Afirmativa: História e Debates no Brasil*. In: Cadernos de Pesquisa. n. 117. novembro/ 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Guilherme Peña. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado*. In: A efetividade dos direitos sociais. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito Constitucional*. 4ª. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIARDI, Sonia Maria Demeda; Lima, Renata de Souza. *A questão e gênero e a violência contra a mulher*. In: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, Florianópolis, PGJ/ACMP, v. 3, maio 2004.

PIOVESAN, Flavia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. *Implementação do direito à igualdade*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, RT, v. 28, jul. 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito Processo Penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista da Informação Legislativa. v. 33, n. 131. jul./set. 1996.

SABADELL, Ana Lucia. *Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal*. In: Revista dos Tribunais. n. 840, outubro de 2005, 94º ano.

SAFFIOTI, H. I. B. *Los ejes del poder: una jerarquía de la violencia en Brasil*. In: Brasileiro, Ana Maria (Ed.). *Las mujeres contra la violencia: rompiendo el silencio*. Nova York: Unifem, 1997.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª. São Paulo: Malheiros, 2007.

