

CAPÍTULO IX

ATÉ QUE PONTO IGUAIS, ATÉ QUE PONTO DIFERENTES: DISCUSSÃO SOBRE A IGUALDADE E A LEI MARIA DA PENHA

*Francisco José Portela Neto**

Não se aspira uma igualdade que frustrate e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana na sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz no seu destino. O que se quer é uma igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único – Cármen Lúcia Antunes Rocha.

Sumário • 1. Introdução – 2. Entendendo a Lei n. 11.340: 2.1 Formação histórica; 2.2 Quem é Maria da Penha; 2.3 Inovações trazidas pela Lei – 3. Divergências quanto a sua constitucionalidade: ADC-19 – 4. Igualdade e constitucionalidade: uma análise a luz da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello: 4.1 A problemática da Igualdade; 4.2 Análise doutrinária; 4.3 Fator individualizador; 4.4 Lógica do *discrimen*; 4.5 Conformidade constitucional – 5. Conclusão – 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O trabalho ora exposto procura desenvolver ou auxiliar a sociedade como um todo a entender a questão da igualdade envolvida na Lei Maria da Penha através de esclarecimentos sobre esta, conceitos pertinentes, e fatos relevantes como a importância da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) que tramita no Superior Tribunal de Justiça (STF), para propiciar total interação do leitor com o tema. Em seguida procura elucidar a problemática da isonomia geradora de distintas interpretações pelo judiciário e polêmica, para isto apóia-se prioritariamente na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello em seu livro, Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade onde há uma representação do princípio da isonomia através de uma abordagem fácil, responsável, atual e constitucional. Assim a proposta aqui

*. Acadêmico do terceiro semestre da Faculdade de Direito da UFBA.

desenvolvida é acrescentar ao debate que ganha força na sociedade, pois, trata de um debate novel e muitas vezes negligenciado que é a discussão de gênero e as implicações deste fenômeno.

PALAVRAS-CHAVE: GÊNERO; ISONOMIA; CONSTITUCIONALIDADE.

1. INTRODUÇÃO

O homem é o grande engenheiro da sociedade, somos os construtores do nosso derredor, da nossa cultura, apesar de nem sempre ter consciência disto transformamos o mundo que vivemos. A sociedade é um eterno construir, sempre estaremos buscando melhores condições de vida, nossos valores se renovam e modificam-se.

Exemplo claro do que foi citado acima é o papel da mulher na sociedade ocidental, que vêm sendo modificado e digo até desmistificado¹. Elas conseguiram respeito e espaço, mas isso não significa que não sofram ainda discriminações²², pois as questões de gênero³³ são mais complexas e sutis na maioria das vezes.

-
1. A entrada da mulher no mercado de trabalho em igualdade de condições em relação aos homens é um elemento fundamental para o avanço da equidade de gênero. Nos anos 90 persiste a tendência presente desde nas três décadas anteriores, de aumento significativo das taxas de participação feminina. No ano 2000 as mulheres representavam 40% da população economicamente ativa urbana da América Latina. [...] também aumentou o nível de escolaridade das mulheres, assim como o número de famílias chefiadas por mulheres. (COSTA, 2002, p. 97).
 2. [...] as mulheres necessitam em média quatro anos a mais de escolaridade para obter os mesmos rendimentos que os homens e, em média, dois anos a mais para ter a mesma oportunidade de conseguir um emprego formal. São grandes as diferenças de remuneração entre homens e mulheres: no Brasil elas ganham em média 64% dos rendimentos dos homens, e esta diferença aumenta conforme se eleva o nível de escolaridade. [...] a despeito da Legislação sobre a igualdade de salário, as diferenças ainda existem e persistem. As mulheres estão ainda sub-representadas nos empregos com responsabilidade de comando e que demandam qualificações técnicas. (COSTA, 2002, pp. 13-14).
 3. O que é gênero? Esta palavra foi usada nos anos 7, por Ann Pakley e outros/as autores/as, para descrever aquelas características de mulheres e homens que são **socialmente** determinadas, em contraste com aquelas que são **biologicamente** determinadas. *Essencialmente, a distinção entre sexo e gênero é feita para enfatizar que tudo homens e mulheres fazem, tudo que é deles/ as esperado – com exceção das funções sexualmente distintas (gestação, parto, amamentação, fecundação) – pode mudar, e muda, através de tempo e de acordo com a transformação e variação de fatores sócio-culturais [...] as nascem macho ou fêmea, mas aprendem a ser meninos e meninas que se desenvolvem como homens e mulheres. A eles e elas são ensinados os comportamentos e atitudes apropriados, os papéis e atividades adequados e como eles/as devem se relacionar com outras pessoas. (grifos nossos) Este comportamento aprendido é o que organiza a identidade de gênero e determina os papéis de gênero.* (WILLIAMS, 1999, p. 9).

Tão sutis que alguns preconceitos são encarados não só pelo setor masculino da sociedade como também, por parte das mulheres como verdades de tão enraizada a diferença dos papéis do homem e da mulher.

Estas idéias pré-concebidas em relação às questões de gênero produzem desigualdades e injustiças históricas. Reverter este quadro e propor uma sociedade de oportunidades iguais e sem sexismos⁴⁴, é uma tarefa difícil e longa. Daí surge à necessidade de um engajamento total não só da sociedade civil, como do estado elaborando leis e desenvolvendo políticas afirmativas.

Um exemplo da articulação da sociedade civil e o estado é a lei Maria da Penha, que pretende coibir a violência baseada no gênero, dispondo não só de penas mais duras para os infratores, como articulando maneiras de proteger a agredida.

No entanto tal lei é acusada por setores do judiciário e da sociedade de ferir o princípio constitucional da isonomia, tratando de forma diferente homens e mulheres.

Porém a nosso ver a lei supracitada não cria privilégios para as mulheres em detrimento dos homens, ele busca sim é reparar uma situação corrente em nosso país que são os casos de violência baseada no gênero, que é por si um ato infame e covarde.

2. ENTENDENDO A LEI Nº. 11.340

2.1 Formação Histórica

Na caminhada que culminou com a promulgação dessa lei, ganha destaque a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Cedaw (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) em 1º de fevereiro de 1984 (mas só em 1994 o texto foi aprovado em sua plenitude), que propugna o combate as desigualdades provocadas pelos preconceitos de gênero, encarando estes como óbices ao desenvolvimento de todo estado.

Seguindo esta linha o Brasil ratificou em 27 de novembro de 1995, a Convenção Interamericana para Prevenir Punir e Erradicar a Violência

4. Atitude discriminatória em relação ao sexo oposto. (BUARQUE DE HOLANDA, 2004).

contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), que acresce ao Cedaw afirmando:

[...] que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades. (Convenção de Belém do Pará, 1994, p. 2).

Estes tratados viabilizaram a denuncia do caso Maria da Penha Maia Fernandes a órgãos internacionais, que culminou com o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Que dentre as suas recomendações, apontou para o dever do estado brasileiro de adotar medidas que evitem discriminações pelo estado no trato das questões relativas à violência doméstica e familiar.

Assim a Lei 11.340 sancionada em 07 de setembro de 2006, respalda pelos tratados internacionais de direitos humanos supracitados e pelo § 8º do art. 226 da constituição federal de 1988, foi conseqüência de uma intensa mobilização dos movimentos sociais nacionais e de órgãos internacionais⁵, que utilizando como marco o caso concreto de uma vítima da violência a mulher, Maria da Penha, pressionaram o Brasil a encarar o problema.

2.2 Quem é Maria da Penha

Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica cearense, sofreu duas tentativas de homicídio em 1983, praticadas por seu então marido e pai de suas três filhas, o professor universitário de economia Marco Antonio Herredia Viveros, não morreu, mas ficou com seqüelas graves.

A sua luta para ver seu algoz pagar pelos seus crimes durou quase vinte anos e apesar de seu ex-esposo ter cumprido apenas dois anos de prisão em 2002, ela tornou-se um verdadeiro ponto de referência na luta pelos direitos humanos das mulheres.

Recentemente procurando compartilhar e acrescentar ao debate sobre violência doméstica e familiar Maria da Penha lançou o livro “Sobrevivi... posso contar”.

5. Destacamos a participação de ONGs como ADVOCACY, AGENDE, CEPIA, CFE-MEA, CLADEM/IPÊ e THEMIS e o apoio de entidades internacionais como a OEA e a ONU. Além das iniciativas governamentais de âmbito interno, como a criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – SPM.

2.3 Alterações trazidas pela Lei

Para combater a violência doméstica e familiar⁶ pelas peculiaridades desta forma de violência é necessário não só mecanismo de punição, mas para coibir e eliminar um ato tão nocivo a sociedade é preciso cercar o problema em todas as suas dimensões.

A lei não se nega a realizar esta tarefa, pois, tipifica a violência doméstica e familiar como uma das formas de agressão aos direitos humanos. Além de alterar o Código Penal e o Código de Processo Penal para possibilitar que agressores sejam presos em flagrante, ou tenham sua prisão preventiva decretada, quando ameaçarem a integridade física e psicológica da mulher, e demonstrando sua total interação com o problema que visa combater, prevê inéditas medidas de proteção para a mulher que corre risco de vida, como o afastamento do agressor do domicílio e a proibição de sua aproximação física junto à mulher agredida e aos filhos.

Modifica a lei de execuções penais, permitindo que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de reeducação e recuperação, demonstrando que para acabar com esta forma de violência além de punir o infrator é necessário reabilitá-lo, fazê-lo compreender a nocividade dos seus atos. Nesta mesma sintonia determina a criação de juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência cível e criminal para resolver as questões de família decorrentes desta forma de violência, retirando assim a competência dos juizados especiais criminais (Lei 9.099/95).

3. DIVERGÊNCIAS QUANTO A SUA CONSTITUCIONALIDADE: ADC-19

Por ser tão abrangente como demonstramos a cima, está lei suscita calorosas discussões sobre os seus dispositivos. O debate reforça-se com as diferentes posições doutrinárias e decisões sobre a constitucionalidade da lei proferida no controle difuso que ora acata a lei 11.340/2006, ora questiona e declara inconstitucional alguns dos seus dispositivos.

Ilustramos abaixo posições totalmente diferentes sobre a lei envolvendo a questão da igualdade a primeira é do defensor público do estado de Tocantins, que vê violação do princípio constitucional:

6. A lei 11.340/06 tipifica este tipo de violência, como aquela baseada no gênero e em que o agressor possui algum convívio ou vínculo de relação com a vítima. Podendo assumir várias formas ex: psicológica, física, moral, patrimonial, sexual.

[...] O que não podemos permitir é que novas normas, como a lei “Maria da Penha”, ultrapassem o limite do razoável e venham a inverter o sentido da igualdade. Ora, se foi criada um norma pelo Poder Constituinte Originário ordenando que todos serão iguais em direitos e obrigações (cláusula pétrea), não podemos aceitar a aplicação de uma lei que absurdamente demonstra [contrária] o princípio da Isonomia (Igualdade). (MARQUE, 2008).

Discordamos da opinião supracitada, sobre a questão, Maria Berenice Dias preleciona que:

Exatamente para garantir a igualdade é que a própria Constituição concede tratamento diferenciado a homens e mulheres. Outorga proteção ao mercado de trabalho feminino, mediante incentivos específicos (CF, art. 7º, XX) e aposentadoria aos 60 anos, enquanto para os homens a idade limite é de 65 (CF, art. 202).

A aparente incompatibilidade dessas normas solve-se ao se constatar que a igualdade formal – igualdade de todos perante a lei – não conflita com o princípio da igualdade material, que é o direito à equiparação mediante a redução das diferenças sociais. Trata-se da consagração da máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam (DIAS, 2007).

Logo esta divergência chega aos tribunais como é o caso da sentença expedida pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, no Recurso 2007.023422-4/0000-00, que considerou a lei inconstitucional por violar o princípio da isonomia. Distintamente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais declara lei constitucional por considerar o princípio da igualdade material entre homens e mulheres.

Para pacificar o entendimento dos tribunais sobre a lei, assim como dada a relevância social do assunto é que o Presidente da República,

através do Advogado-Geral da União, ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, visando à declaração de constitucionalidade dos artigos 1º, 33, 41, da Lei 11.340/06 (Maria da Penha).

Que respectivamente produziram polêmica e dissenso no judiciário por:

[...] supostamente em virtude de afronta (i) ao princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF); (ii) a competência atribuída aos Estados para fixar a competência judiciária local (art. 125, § 1º c/c Art. 96, II “d”6); e (iii) a competência dos juizados especiais (art. 98, I, CF7). (ADC-19, 2007).

O pedido cautelar foi indeferido pelo relator, Ministro Marco Aurélio, sob o argumento que mesmo existindo uma possibilidade de concessão de liminar em ADC, prevista pela lei 9.868/997, segundo o ministro a vinculação das decisões dos juízes, precisaria de maior fundamentação, para que não violasse princípios constitucionais:

[...] Requer-se que, de forma precária e efêmera, sejam suspensos atos que, direta ou indiretamente, neguem vigência à citada Lei. O passo é demasiadamente largo, não se coadunando com os ares democráticos que nortearam o Constituinte de 1988 e que presidem a vida gregária. A paralisação dos processos e o afastamento de pronunciamentos judiciais, sem ao menos aludir-se à exclusão daqueles cobertos pela preclusão maior, mostram-se extravagantes considerada a ordem jurídico-constitucional. As portas do Judiciário não de estar abertas, sempre e sempre, aos cidadãos, pouco importando o gênero. O Judiciário, presente o princípio do juiz natural, deve atuar com absoluta espontaneidade, somente se dando a vinculação ao Direito posto, ao Direito subordinante. Fora isso, inaugurar-se-á era de treva, concentrado-se o que a Carta Federal quer difuso, com menosprezo à organicidade do próprio Direito. (Ementa ADC-19, 2007).

No intuito de participar do debate escolhemos uma das problemáticas do ADC-19⁸, que a nosso ver é a que tem mais destaque na sociedade civil,

-
7. Permite a possibilidade de liminar por parte da maioria absoluta dos ministros do STF ou do relator, em caso de urgência, com posterior remessa ao plenário.
 8. Apesar de não discutir aqui os outros questionamentos sobre a constitucionalidade da lei, corroboramos com o ADC, pois não encontramos violação a constituição nos art.s 33 da Lei 11.340, sob a respectiva alegação de violar a competência estadual para fixar a organização judiciária (art. 128, § I, c/c, II, “d”, CF 88) visto que o tema em pauta tem relevância de âmbito nacional e no referido artigo a União visa dar tratamento uniforme a questão de tal relevância. Nem a vislumbramos no art. 41 da lei supracitada, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, para os crimes de menor potencial ofensivo (art. 98, I, CF 88), ora a definição de menor potencial ofensivo cabe ao legislador infraconstitu-

que é questionamento se a lei Maria da Penha viola o princípio da isonomia e cria privilégios baseadas no sexo, para desenvolver no próximo capítulo do nosso trabalho.

4. IGUALDADE E CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DE CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

4.1 Problemática da Igualdade

O sinal de igual, matematicamente representado por um símbolo ($=$) que qualifica os dois lados da equação como estando em equiparação, ou seja, possuem uma completa identidade de valores, consegui resolver em centímetros de uma linha de caderno uma questão que, posta no âmbito da sociedade depende labor intelectual desde o início da civilização ocidental como a conhecemos hoje.

Pois apesar deste afincado, para pelo menos simplificar a questão da igualdade entre as pessoas e os grupos sociais, esta discussão não se encontra acabada e hodiernamente ganha relevo, dada as vicissitudes da sociedade moderna que produz situações em que o estado tem o dever constitucional de discriminar relações ou grupos, aparentemente homogêneos e equiparados, que muitos imaginam existir um sinal de igual entre eles, gerando disto debates calorosos.

O princípio da igualdade é intrínseco ao estado democrático de direito, de modo que o estado que se qualifica como tal, e desconhece este princípio não é de fato um estado democrático⁹. O que complica a questão é como o estado deve se comportar e utilizar o princípio da isonomia nos casos concretos para reconhecer-se como estado democrático. Haja vista que a idéia de igualdade atrelada ao Estado Liberal defendendo uma postura absenteísta do estado¹⁰ ou uma isonomia formal¹¹, que gerou graves danos

cional, e só um julgamento precipitado e sem a dialética com a realidade da violência doméstica e familiar, a caracterizaria como menor potencial ofensivo.

9. [...] a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. (SILVA, 2003, p. 210).
10. Dentre os caracteres desse Estado, habitualmente chamado de “liberal” ou “absenteísta”, pode ser destacada a passividade no trato as desigualdades sociais que grassavam, ao ponto de a isonomia então assegurada ser apenas a de textura formal, ou seja, não se investigava a respeito da existência de desequiparações havidas entre os indivíduos que impusessem atuação do Estado no sentido de eliminá-las ou, na pior das hipóteses, mitigá-las. (SILVA NETO, 2006, p. 39).
11. A afirmação do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem *iguais em direito*. Mas aí

sociais as camadas mais pobres e carentes da população culminando com várias revoltas sociais que mudaram o paradigma do Estado Liberal para o Social¹², onde a busca é uma igualdade material¹³, através de ações positivas. Neste ponto surge outra discussão, como identificar quais critérios podem ser usados para justificar o *discrímen*¹⁴ e quais não.

4.2 Análise doutrinária

Frente esta situação e no intuito de discutir a problemática da igualdade em pauta perante a Lei: 11.340/06 (Maria da Penha) e a relevância desta discussão para a sociedade brasileira, utilizaremos da elucidativa doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello que aponta critérios, os quais acreditamos serem atuais, lógicos e concordes com os princípios de nossa constituição.

Segundo Mello (MELLO, 1993), para reconhecer uma norma que viole o preceito da isonomia, dever-se-á analisar o fator discriminatório, assim como o fundamento lógico entre o objeto de discriminação e as

firmara a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Este tipo de gerou as desigualdades econômicas, porque fundada “numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea”.

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da *igualdade*, como *igualdade perante a lei*, enunciada que, na sua literalidade, se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O interprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, [...], especialmente com exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social (SILVA, 2003, pp. 213-214).

12. As premissas forjadas nos domínios da doutrina econômica liberal não se justificaram no plano da vida em sociedade, tanto que a consagração da isonomia de compostura formal, aliada ao absentismo que cingiu a frente do Estado, trouxe como consequência, irreprimível, a eclosão de inúmeros movimentos sociais, destacando-se as Revoluções Mexicana de 1910 e a Russa de 1917, que contribuíram decisivamente para o aparecimento do fenômeno denominado de constitucionalismo social, com a nota peculiar da modificação da postura do Estado em face dos indivíduos, já, agora, amparada no princípio da não neutralidade, e destinado a intervir no domínio econômico em ordem à consecução de sociedade menos desigual. (SILVA NETO, 2006).
13. A igualdade material seria a análise das diferenças e necessidades presentes em cada grupo social para uma possibilidade de equiparação, em que se busca realmente gerar as mesmas possibilidades efetivando direitos que não atingiriam determinados grupos por causa das peculiaridades da vida. Assim cabe ao estado percebe estas, com o intuito de que os direitos fundamentais atinjam todos os grupos, toda a sociedade.
14. Discriminar: É o ato de tratar de modo diferente aqueles que têm direitos fundamentais comuns. Há que se distinguir as discriminações justas das discriminações injustas. (ÁVILA, 1991, p.161).

conseqüências jurídicas adotadas, e finalmente se tal *discrimen* encontra fundamento no sistema normativo constitucional.

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem a quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina a consonância desta correlação lógica com os interesses absolvidos no sistema constitucional e destarte juridicizado. (MELLO, 1993).

4.3 Fator Individualizador

Desenvolvendo o primeiro requisito, o fator adotado como critério discriminatório, é necessário que este não individualize de forma definitiva e absoluta o destinatário da norma¹⁵, para isto o fator do *discrimen* deverá possuir um razão em si mesma, que valide e justifique a desequiparação conseqüente.

Defrontando estas idéias com a norma em deslinde, parece-nos não haver o que questionar sobre sua generalidade e abstração, pois é notório que não vincula apenas uma única pessoa ou privilegia uma situação que ocorrerá uma única vez – criando privilégios e discriminações arbitrárias. Mas o critério escolhido para definir o *discrimen*, na lei ora debatida, é inegavelmente muito discutido, a dúvida gira em torno da seguinte pergunta: será que as questões de gênero são questões “em si mesmas”, ou seja, possuem adequação suficiente para legitimar o *discrimen*?

Observamos que sim, pois como foi clareado na introdução do presente artigo, as questões de gênero não dizem respeito necessariamente a condição biológica de homem e mulher, mas sim, aos papéis históricos¹⁶, atribuídos

15. Trata-se, então, de saber se a regra questionada deixa portas abertas a eventual incidência futura sobre outros destinatários inexistente a época de sua edição, ou se, de revés, cifra-se quer ostensiva quer sub-repticiamente apenas a um destinatário atual. Neste último caso é que haveria quebra do preceito igualitário. (MELLO, 1993).

16. [...] depreende-se que a cultura, construção histórica é contínua, determina os papéis sociais a serem impostos aos homens e às mulheres, os quais desempenham funções diversas dentro do mesmo grupo social, de acordo com o pensamento sócio-cultural que rege a sociedade. (COSTA, 2008, p. 47).

a cada um, que justificam uma série de violências e discriminações a um ser humano, simplesmente por possuir a condição feminina¹⁷.

É inegável que historicamente construiu-se um discurso que empurra a mulher a uma posição subalterna e vassala a do homem, em que esta era excluída de qualquer participação na vida pública¹⁸ renegada ao ambiente privado onde o poder patriarcal assume sua faceta mais perversa e vil¹⁹. Para consolidar nossa opinião basta memorar a incongruência das absolvições sob a alegação da defesa da honra, alegação ainda usada por vários advogados.

Os preconceitos baseados no gênero de tão intrínsecos na nossa sociedade (tanto aos homens, quanto as mulheres) que muitos não se questionam como o bem jurídico mais valioso: a vida tem sua proteção negligenciada pelos tribunais em virtude da honra masculina.

Portanto sem divagações abstratas é possível notar que as questões de gênero, concentram respaldo suficiente para validar uma diferenciação já que em si mesmas apresentam uma situação de desigualdade de fato causadora de diversos danos sociais.

[...] Ora, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratados igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar as pessoas e situações quando *nelas* não se encontra os fatores desiguais. (MELLO, 1993, p. 35).

4.4 Lógica do *discrimen*

-
17. Assim, os valores fundamentais disseminados pelos direitos humanos da mulher deveriam ser considerados acima de qualquer herança cultural, não importando os preconceitos e revoltas por parte daqueles que defendem estas atitudes corrompidas, afinal, “sem as mulheres os direitos não são humanos”.
 18. Segundo Vera Fiori em matéria publicada no jornal O Estado de São Paulo (2008), as mulheres constituem cerca de 51,7% dos 130 milhões de eleitores aptos a votar nas últimas eleições municipais, mas na média nacional elas compõem 21,2% dos candidatos a prefeito, vice-prefeito e vereador.
 19. Dados da pesquisa IBOPE / Instituto AVON, 2009, demonstra que 55% dos entrevistados conhecem ao menos uma mulher que sofre ou sofreu violência doméstica e familiar.

De acordo com estimativa da Anistia Internacional e da Organização Mundial de Saúde (OMS), 1 em cada 3 mulheres já sofreu violência, que é a maior causa de morte nas que têm entre 16 e 44 anos. Calcula-se que 70% dessa violência vêm ocorrendo dentro do ambiente familiar. O mais grave é que cerca de 60% dessas mulheres sentem medo e constrangimento. Por isso, sofrem caladas, sem tomar qualquer tipo de atitude para sair do círculo da violência. (AVON, 2009).

Mas, contudo, para modificar esta situação de desequilíbrio social, é preciso que a lei tenha um nexo lógico como o mesmo.

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que erigido como critério discriminatório e, de outro lado, se justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmativa.

Exemplificando para aclarar: suponha hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir o congresso religioso e vedasse aos magros. [...]. Não faz sentido facultar aos obesos faltarem ao serviço para o congresso religioso por que entre uma coisa e outra não há qualquer nexo plausível. (MELLO, 1993, p. 38).

Assim o autor citado pretende que o tratamento diferencial adotado pela norma tenha conexão lógica com o motivo do *discrimen* para que seja eficaz em coibi-lo, correndo o risco de se isto não ocorrer violar o princípio da isonomia.

Neste aspecto a Lei 11.340/06 possui um mérito relevante. Pois não institui o poder “matriarcal” como forma de igualar as pontas da relação, mas até precisamente as questões de gênero buscando incidir em todas as suas conseqüências. Ela não só puni com mais rigor o infrator como também procura minorar as seqüelas deste tipo de violência. Evidência disto é que se mostrando a par das situações de algumas mulheres que não possuem condições de se manter e aos seus filhos, prevê medidas protetivas que podem ser atendidas pela autoridade policial

Antes dessas inovações em vários casos as vítimas não tinham lugar para ir e acabavam voltando logo em seguida a residir debaixo do mesmo teto do agressor, uma situação insustentável de violência a dignidade da pessoa humana que agora tem mecanismo para ser combatida.

Sem a intenção de nos tornarmos cansativos nos exemplos, merece ser lembrado também que a lei tipifica a violência psicológica geradas pelas agressões simbólicas, apesar de mais sutil este tipo de violência é notável com atenção, pois se configura comumente no dia-a-dia, basta que uma mulher tome uma atitude destoante com o seu papel numa sociedade marcada pelo preconceito de gênero que é logo taxada pejorativamente de puta, vagabunda, sapatão, e tantos outros xingamentos que denigrem a imagem feminina²⁰.

20. Nesse sentido, não se questiona as relações privadas dos homens, ou seja, aquelas fora do casamento, posto que, elas são segmentos do lugar das relações do poder público. Então é justificável. Ao contrário da mulher, a opção por relações desta natureza é

Através dos exemplos supracitados adito não existir dúvidas em relação ao nexó lógico de medidas adotadas pela lei a vista do fator gerador de discriminação e sua consequência. Deste modo caminharemos para o próximo tópico.

4.5 Conformidade Constitucional:

Como último ponto elencado por Mello, encontra-se a compatibilidade dos preceitos anteriores com os princípios e normas da constituição:

[...] fica sublinhado que não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga relações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente poder-se arguir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparação, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima, Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário. (MELLO, 1993, p. 43).

Evidente é a nossa posição em frente a este pré-requisito, o *discrimen* adotado pela norma, ora discutida, é plenamente reconhecido pela Constituição Federal de 1988. Considerando a preleção de Canotilho e o constitucionalismo dirigente não restam dúvidas que a Constituição do Brasil de 1988 enquadra-se nos aspectos desta forma de constitucionalismo, pois enumera princípios e diretrizes que o estado deverá seguir, indicando assim uma ação positiva deste para minorar as desigualdades sociais.

Ação esta encontrada na lei Maria da Penha, que seguiu a linha outras leis do sistema jurídico-constitucional brasileiro, exemplo do Estatuto da Criança e o Adolescente (ECA), Estatuto do Idoso, Código de Defesa do Consumidor, Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que discriminam e diferenciam para buscar proteger grupos que em determinadas situações encontram-se em posição desfavorável:

[...] A constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (art. 5º, caput). Reforça o princípio com muitas outras normas sobre igualdade ou buscando a igualação dos desiguais pela outorga de direitos sociais substâncias. (SILVA, 2003).

romper com o lugar da privacidade, é expor ao público a intimidade do casal, é romper com o lugar que lhe é reservado historicamente. É uma ameaça à “honra” do marido. (COSTA, 2008, p. 19).

5. CONCLUSÃO

O que se pretende com a Lei 11.340 é mudar uma situação injusta que acontece com as mulheres; o *discrimen* proposto não se fundamenta na divisão natural homem mulher e sim nos preconceitos surgidos em relação a cada sexo que acarreta tratamentos distintos, dispares na sociedade, a depender da condição masculina ou feminina do ser humano, de tal maneira que a lei discutida neste trabalho se torna um mecanismo para igualar aqueles que recebem tratamentos diferenciados, ocasionados por preconceitos históricos que colocam a mulher numa posição inferior, basta se questionar o porquê uma mesma situação quando executada por um homem é vista por uma ótica e quando executada por uma mulher recebe tratamento distinto.

A lei diferencia homens e mulheres por que de fato nos aspectos em que ela atua existe uma disparidade desvantajosa para as mulheres, o legislador fugiria da realidade seria anacrônico por não percebesse estes fatos e posicionaria a igualdade formal como a realização constitucional do princípio da isonomia, desta maneira sim, violaria o artigo 5º da CF/88.

O fato da lei não estender aos homens as proteções concedidas às mulheres, é devida as peculiaridades das relações numa sociedade eminentemente patriarcal, como foi exemplificado no decorrer do texto as mulheres são as que compõem o lado frágil destas relações, esta extensão seria negar a realidade e cair no engano que todos os grupos são iguais, não combatendo em nada os crimes de gênero.

Haja vista que também existam casos de agressão de mulheres a homens, estas não podem ser enquadradas como motivadas por relações de gênero em que a mulher tenta impor ao homem limitações estabelecidas por sua vontade e legitimadas por preconceitos históricos, estas quando ocorrem tem motivos outros que só cada caso concreto poderá identificar não se enquadrando em uma grande classe como são os crimes de violência doméstica e familiar por isso merecedor de tratamento distinto.

Então não há por que o controle difuso ou o julgamento do ADC-19 no STF, pelo controle concentrado declarar a lei inconstitucional sob esta alegação. Pois como verificamos no artigo exposto a lei é consonante com os princípios de nossa constituição, assim ela traz o mérito de estabelecer um estado democrático de direito efetivo para todos eliminando diferenças.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Fernando Bastos de. **Pequena enciclopédia da doutrina social da igreja**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup2535160.htm>. Acesso em: 20 abril 2009.
- AVON, Instituto. **Não a violência doméstica**. Disponível em: <institutoavon.org.br>. Acesso em: 01 maio 2009.
- BLAY, Eva Aterman. **Assassinatos de mulheres e direitos humanos**. São Paulo: Editora 34, 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL, **Lei nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.
- BRASIL, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM). **Manual de Capacitação Multidisciplinar**: lei 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/legislacao>. Acesso em: 28 abril 2009.
- _____. Lei Maria da Penha; Livro: **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/legislacao>. Acesso em: 28 abril 2009.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADC-19**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 27 abril 2009.
- _____. **Decisão do ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=19&processo=19>>. Acesso em: 27 abril 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Editora: Coimbra, 2001.
- COSTA, Ana Alice *et al.* **Um debate crítico a partir do feminismo**: reestruturação produtiva, reprodução e gênero. São Paulo: CUT, 2002.
- COSTA, Francisco Pereira *et al.* **Lei Maria da Penha**: aplicação e eficácia no combate a violência de gênero. Rio Branco: UFAC, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha, afirmação da igualdade**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29068>>. Acesso em: 22 abril 2009.
- FIORI, Vera. **Mulheres a margem do poder**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup253516,0.htm>. Acesso em: abril 2009.
- MARQUE, Arthur Luiz Pádua. **A inconstitucionalidade da “Lei Maria da penha”**. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_1016_A_inconstitucionalidade_da_Lei_Maria_da_Penha>. Acesso em: 21 abril 2009.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- ONU, **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Cedaw (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Emmen)**, 1979. Disponível em: <<http://www.agende.org.br/docs/File/convencoes/cedaw/docs/Convencao.pdf>>. Acesso em: 29 abril 2009.
- OEA, **Convenção Interamericana para Prevenir Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)**, 1994. Disponível em: <<http://www.agende.org.br/docs/File/convencoes/belem/docs/convencao.pdf>>. Acesso em 29 abril 2009.
- OEA, Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos: **Relatório N° 54/01, Caso 12.051: Maria da Penha Maia Fernandes**. Disponível em: <http://www.cladem.org/portugues/regionais/litigio_internacional/CAS2-relatorio54.ASP>. Acesso em: 29 abril 2009.
- PIMENTEL, Silvia. **A mulher e a constituinte**: uma contribuição ao debate. São Paulo: Cortez. 1985.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- WILLIAMS, Suzanne *et al.* **Manual de formação em gênero de oxfam**. Edição Oxfam GB, 1994. co-edição SOS Corpo Gênero e Cidadania.