

A LEI MARIA DA PENHA SOB A LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Catherine Carvalho de Oliveira¹

Ana Paula Cacho²

RESUMO

Produto de movimentos feministas e de Convenções Internacionais de Direitos Humanos, foi moldada a Lei 11.340/2006, mais conhecido como a Lei Maria da Penha. Com a finalidade de “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, desde a promulgação foi alvo de críticas, questionando o tratamento diferenciado direcionado somente a mulheres e, portanto, sua “ofensa” ao princípio da isonomia, levando a contrariar sua constitucionalidade. A partir de um artigo científico, será discutido o vínculo da norma com o tal princípio. Diante tal controvérsia acerca da Lei e do seu “afrontamento” ao princípio da isonomia, é visado a análise e o esclarecimento por meio de aspectos jurídicos e sociais. Adotado o método dedutivo, é construído um raciocínio crescente, de forma qualitativa, por doutrinas e normas, uma conexão. Já o método de procedimento aplicado é a pesquisa bibliográfica, justificando a importância da Lei e o seu conforme constitucional segundo o princípio da isonomia. Considerando a isonomia composta nos seus aspectos formal e aspectos material, além do “fator *discrímen*” e da Lei 11.340/06, não há incompatibilidade. Portanto, reconhecida a disparidade e a discriminação de gênero, o Estado com o dever constitucional de agir positivamente, busca erradicar desigualdades sociais por intermédio de ações afirmativas, na qual, arquiteta, através da Lei, medidas exclusivas a mulheres em razão de suas particularidades históricas, jurídicas e sociais.

Palavras-Chave: Lei Maria da Penha. Princípio da Isonomia. Direito Penal. Direito Constitucional. Direitos Humanos.

THE MARIA DA PENHA’S LAW IN LIGHT OF PRINCIPLE OF ISONOMY

ABSTRACT

Product of feminist movements and of International Conventions on Human Rights, was shaped the 11,340/2006’s Law, better known as Maria da Penha’s Law. With the aim of "restrain and prevent domestic and family violence against women", since promulgation was the target of criticism, questioning the differential treatment targeted only for women and, therefore, their "offense" to the principle of isonomy, leading to contradict its constitutionality. From a

¹ Discente do Curso de Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: catherineoliveira@msn.com.

² Orientadora e Docente do Curso de Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

scientific article, will be discussed the bond of the rule with this principle. On such a controversy about the Law and its disregard for the principle of isonomy, is aimed at the analysis and clarification through legal and social aspects. Applied the deductive method, is built a growing reasoning, qualitatively, by doctrines and rules, a connection. The method of procedure is the bibliographical research, justifying the importance of the Law and its constitutional form according with principle of isonomy. Considering the isonomy composed in formal aspects and material aspects, furthermore, the "discrímen factor" and 11,340/06's Law, there is no incompatibility. Therefore, acknowledged the disparity and gender discrimination, the State with the constitutional duty to act positively, seeks to eradicate social inequalities through affirmative actions, in which, by law, creates, exclusive measures to women due to their historical, legal and social particularities.

Keywords: Maria da Penha's Law. Principle of Isonomy. Criminal Law. Constitutional Law. Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi um texto normativo muito esperado pela sociedade brasileira, principalmente pelo gênero feminino. Sendo aprovado por unanimidade pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República em 07 agosto de 2006, a elaboração da Lei 11.340/2006 teve início em 2004. A participação popular para tanto foi imprescindível, juntamente com organizações feministas, operadores do direito, servidores da segurança pública e da Secretaria de Políticas para as Mulheres.

Em termos de Brasil, pode-se dizer que este movimento feminista iniciou a partir de 1970. Os crimes contra a mulher começaram a ser denunciados na primeira Delegacia de Defesa da Mulher, criada em São Paulo em 1985. Surgiu o SOS Mulher, dando atendimento jurídico e psicológico as vítimas de violência física. Em relação as políticas públicas, tentou-se uma união entre a segurança pública, assistência social e psicológica pelo Conselho Estadual da Condição Feminina.

Em 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), recebeu uma denúncia sobre os casos de violência física sofrida pela biofarmacêutica Maria da Penha Fernandes Maia pelo seu ex-marido, o professor universitário, Heredia Viveiros. Depois de

duas tentativas de homicídio, no qual, uma delas deixou a vítima paraplégica, foi condenado, porém permaneceu em liberdade, usando das técnicas processuais e das brechas das leis brasileiras. Finalmente, em 2001, a Comissão condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão à violência doméstica, tolerando o tratamento discriminatório às mulheres brasileiras.

Dessa condenação, surgiu a obrigação dos serviços de saúde públicos ou privados de fazer uma notificação compulsória se no caso ocorrer um atendimento de casos de violência doméstica e familiar, presente no artigo 3º da Lei 10.778/03. E em março de 2004, foi montado, pelo Decreto 5.030, Grupo de Trabalho Interministerial, objetivando a elaboração de uma proposta de um ato legislativo para encaminhar ao Congresso Nacional.

Aprovado em 2006, o Projeto de Lei se transformou na Lei Maria da Penha, criando lei específica para a violência doméstica e familiar contra a mulher, criando procedimentos e medidas próprias. Retirando sua característica de “infração penal de menor potencial lesivo”, foi dada possibilidade da efetiva responsabilização do agressor.

Desde sua promulgação, a Lei 11.340/06 enfrentou inúmeras críticas, principalmente sobre seu “tratamento diversificado às mulheres”. Há até aqueles que duvidam sua constitucionalidade devido uma possível afronta ao princípio da isonomia. Nessa polêmica, este artigo científico tem como estímulo, e como motivação, a demonstração que determinada lei observa o conteúdo do princípio e se justifica nele.

Diante da Lei Maria da Penha e do seu afrontamento ao princípio da isonomia, será analisado e esclarecido tal relação sob aspectos jurídicos e sociais, de forma qualitativa, partindo de doutrinas e leis que se complementam, explora uma visão da Lei 11.340/06 sob o princípio da isonomia. Já a partir do método dedutivo empregado, poderá ser observado um raciocínio crescente, com o escopo de evidenciar sua importância e sua validade segundo o princípio da isonomia.

Em seu primeiro capítulo, será demonstrado a conformidade da Lei Maria da Penha com os princípios penais. No segundo capítulo, de grande importância para correlação da Lei com o princípio da isonomia, é abordado tal princípio, no seu espírito e na sua finalidade. Seguidamente, o terceiro capítulo ocupará considerações específicas da Lei 11.360/06: o contexto histórico, seu objetivo, seu objeto e sua tão discutida constitucionalidade. Depois deste gradativo discurso, vem o quarto e último capítulo, construindo uma ponte entre a Lei e o princípio da isonomia, na sua concepção formal e material, comprovando o seu acatamento.

2. PRINCÍPIOS PENAIS EM CONSONÂNCIA COM A LEI MARIA DA PENHA

2.1.PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Também conhecido como a “ultima ratio”, o Direito Penal adota uma posição subsidiária no ordenamento jurídico. Os objetos de suas normas devem ser ditadas pelas condutas mais graves contra os bens mais importantes. Assim como, possui o aspecto de ponderar os fatos sociais e apenas regulamentar aqueles que são antijurídicos. Por isso, a tipificação fica em segundo plano, somente quando as tentativas de controle social dos outros ramos do Direito foram ineficazes.

Neste entendimento, Cezar Roberto Bitencourt (2012, p.97),

antes, portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social.

Até setembro de 2006, data que a Lei Maria da Penha entrou em vigor, não havia norma específica para a violência doméstica. Era tratada como crime de menor potencial ofensivo, abordado pela Lei 9.099/95, variando a pena de seis meses a um ano. Também não haviam medidas cautelares, ou seja, a mulher, muitas vezes, depois da agressão continuava a conviver com o seu agressor.

Não diferente dos outros direitos humanos, as conquistas em relação ao direito da mulher são produtos de lutas sociais. Historicamente, os movimentos de mulheres e de feministas, começados na década de setenta, tiveram grande importância para o entendimento de que tal violência não é assunto privado, precisando de uma assistência específica e direta do Estado.

Até que a Lei Maria da Penha entrasse no ordenamento penal como lei específica, os casos de violência doméstica e familiar não foi tratada com a suficiente gravidade e seriedade. Ao ser basicamente “resolvida” pela Lei 9.099/95, nada assegurava e impedia de que as agressões continuassem futuramente.

Observando, a ineficácia dessas medidas, vieram inúmeras discussões, Convenções de Direitos Humanos e projetos de Leis criados por deputadas, enfatizando a necessidade de mudança do cenário das normas penais. Sendo produto desse processo, a Lei Maria da Penha, englobou os conteúdos dos projetos de Lei, vindo em “ultima ratio”, inclusive, os vários tipos de prisões e de medidas cautelares presentes na Lei 11.340/2006.

2.2 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Neste princípio, o que a sociedade considera adequado, tem relação importante com a tipicidade. Um ato, sendo aceito pela sociedade, desde que não ofenda a Constituição Federal, deve estar fora da abrangência dos tipos penais. Da mesma forma, ao legislador, orienta o campo de abordagem das leis penais, sempre atentando as mudanças histórico-sociais, reformulando o ordenamento jurídico de acordo com a evolução da sociedade. Criando tipificações e revogando aqueles que não merecem a reprimenda do Direito Penal.

Reforçando o raciocínio, Fernando Capez (2012, p.32),

para essa teoria, o Direito Penal somente tipifica condutas que tenham certa relevância social. O tipo penal pressupõe uma atividade seletiva de comportamento, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público, para serem erigidos à categoria de infrações penais; por conseguinte, as condutas aceitas socialmente e consideradas normais não podem sofrer este tipo de valoração negativa, sob pena de a lei incriminadora padecer do vício de inconstitucionalidade.

O legislador brasileiro ouviu a ânsia da sociedade, nos movimentos a favor da mulher, ainda mais depois de ser responsabilizado por omissão pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos nas violências contínuas e na tentativa de homicídio presentes no Caso Maria da Penha Maia Fernandes ligadamente com a durativa impunidade do seu marido, o agressor.

Como um despertar tardio, o Estado, com a Lei Maria da Penha, pôs em evidência a violência doméstica de uma forma nunca vista. Estampando inúmeras campanhas de prevenção,

recendo a atenção necessária, para casos que sempre existiram; anunciando sua gravidade por acontecer no recôndito do lar de forma silenciosa.

Depois de séculos de impunidade em uma sociedade patriarcal, de medidas insignificantes diante de tamanha gravidade, na qual, a família, era violentada, o ordenamento jurídico esteve pronto para “o basta”. Esta lei, põe a vista um conflito tão tradicional quanto os valores dos agressores. Dando início as diligências exigidas pela sociedade,

portanto, a lei é um manifesto social que busca atender às demandas de valores sociais provenientes das inúmeras necessidades expostas pela dinâmica social; uma dinâmica própria de cada sociedade. Todas as sociedades apresentam formas de controle social, mas, ao mesmo tempo, tal controle incorpora a coerção.²

2.3 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Como no princípio da intervenção mínima, sua função consiste em limitar as espécies de tipos penais. Contudo, dessa vez, não esquecendo a “ultima ratio”, segundo Rogério Greco, procura proibir

“[...] a incriminação de uma atitude interna; a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; a incriminação de simples estados ou condições existenciais; a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.”⁴

O Direito Penal deve-se canalizar nas condutas mais graves aos bens mais importantes na sociedade, como foi dito anteriormente. No entanto, só devem ser objeto da aplicação da medida penalizadora aqueles que ferem os direitos e bens de terceiros. Ou seja, aquele que tenta

² IAMUNDO, Eduardo. Sociologia e antropologia do direito. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.62p.

⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 15. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. 51p.

o suicídio, não consegue alcançar o seu objetivo, não pode ser responsabilizado, já que atentou contra a sua própria vida e não a de um terceiro.

Nos aspectos histórico-sociais por trás da lei em análise, pode-se observar um processo evolutivo da forma de encarar a violência doméstica. Desde da não-penalização dos diversos tipos de violência contra a mulher, fundamentados no patriarcalismo e no famoso ditado “briga de marido e mulher, não se mete a colher!”, tais fatos eram marcados pelo caráter privado das relações jurídicas, no qual, o Estado não impõe sua coercitividade.

Passando, desta vez, para uma penalização não-eficiente, na qual, era usada o que era deliberado na Lei 9.099/95, no quesito de crime de menor potencial ofensivo, não era prevenido a reincidência das agressões. Mesmo, havendo lentos progressos, com a conscientização e dos movimentos de mulheres e de feministas, a violência doméstica e familiar foi cada vez mais desaprovada. Porém, tais eventos não foram suficientes, já que perpetuava a impunidade dos agressores.

Vindo a Lei Maria da Penha, pôs finalmente em foco a existência deste abuso. Ainda com uma sociedade patriarcal, o controle machista e intimidador é vedado. A mulher, sendo esposa, namorada, irmã ou filha, não é propriedade do patriarca. Logo, ao violenta-las, está sendo desrespeitado o princípio da lesividade, no qual, há ofensa ao terceiro. Sendo os bens jurídicos da honra, da integridade física e psicológica ofendidos, pertencentes do “indivíduo mulher”, tal agressor deve ser penalizado, já que nenhum bem ou propriedade próprio foi agredido por si mesmo.

2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Possuindo predominante previsão constitucional, este princípio dispõe grande amplitude no ordenamento jurídico. Basicamente, exige um exame de ponderação desde do processo de criação da lei, no Poder Legislativo, até a sua aplicação, no Poder Judiciário. No Direito Penal, há tal interferência na delimitação das penas em relação da maior ou menor gravidade do crime, da sua individualização e daquelas que no Estado Democrático de Direito não podem ser empregadas.

Vindo para limitar a ação sancionadora do Estado, consiste em um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Contudo, desde Cesare Beccaria, no seu livro “Dos delitos e das penas”, publicado em 1764, a ideia da proporcionalidade entre a lesão do bem e da pena empregada. Também possui relação com a concepção da razoabilidade, construído um vínculo

entre necessidade e adequação, no sentido que os meios sancionatórios devem somente serão adequados se forem necessários.

No tocante da Lei Maria da Penha, paira certa polémica devido aos métodos inovadores criados. Antes, a maioria dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher seguiam o rito da Lei de Juizados Especiais, possibilitando a resolução por transação penal. Ineficaz e ineficiente, não atendia sua finalidade das penas em educar e prevenir a reincidência, maximizando o silêncio das agressões.

Nela, não foi criado algum novo tipo penal, porém, a fim de impedir a impunidade fabricou-se um rito diverso. Cria-se delegacias e juízos especializados neste tipo de violência, prevendo as modalidades de prisão em flagrante e prisão preventiva não existentes anteriormente. Assim como, medidas cautelares protetivas do convívio com o agressor, proíbe a desistência da denúncia e permite que terceiros possam fazê-las. Sobre as penas, houve aumento de 6 meses a um ano para 3 meses a 3 anos, além, de ser considerada agravante de pena no Código Penal, prevendo para o agressor, programas de recuperação e reeducação.

Estas mudanças, ocorreram diante da necessidade de implementação de penas eficazes devido a persistência das diversas formas de violência a mulher nas relações privadas. Considerando proporcional, a utilização de procedimentos eficazes, necessários, sem excessos, o rito presente na Lei 9.099/95 para as violências de gênero não foi suficiente na coibição e prevenção das mesmas. Fugindo, portanto, o Estado das suas funções sancionatórias e de império

Proferidos estes vínculos entre a Lei Maria da Penha e os princípios do Direito Penal, será versado, em seguida, considerações sobre o princípio constitucional da isonomia, grande pilar do Estado Democrático de Direito.

3. O PRÍNCÍPIO DA ISONOMIA

Em relação aos princípios, pode-se ter como o marco o pós Segunda Guerra Mundial e a onda neoconstitucionalista. A posteriori, é possível observar mudanças como o aumento da eficácia dos princípios e principalmente, dos direitos fundamentais, da jurisdição constitucional; o germinar da hermenêutica constitucional. Considerados fontes do Direito, os princípios gerais do Direito, possuem o objetivo de dar final a aplicação da lei dura e seca, tornando-a em um ato benévolo.

Focando em princípios constitucionais, é notado sua vinculação e seu conteúdo de direitos fundamentais, em que todo ordenamento deve visá-los precipuamente, em sua característica basilar.

É que os princípios constitucionais possuem força vinculante e são na verdade o início, o ponto de partida de qualquer atividade judicante, seja de interpretação, integração ou de aplicação da lei. São de observância necessária e obrigatória em qualquer situação, sob pena de invalidade por vício de inconstitucionalidade. E, antes de mais nada, devem informar a própria atividade legislativa, bem como a atuação de todos os entes estatais.³

Sendo a isonomia, um princípio constitucional, deve ser contemplado, possuindo grande valoração no Estado Democrático de Direito e é considerado sinônimo de justiça. Ela é o objeto de estudo desde tempos anteriores a Cristo, seu nome de natureza grega, traduz que foi escopo de muitas discussões, principalmente relacionada com a justiça na Grécia Antiga. Foi um dos pilares da Democracia criada por Clístenes, englobando os princípios da isocracia e da isegoria, que significa “igualdade perante a lei”.

Aceito com equivalência, pela doutrina majoritária, como o princípio da igualdade, tem como vertente mais famosa a de Aristóteles "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigalam". Para Rousseau, a isonomia é imprescindível, devendo ser o grande encargo do governo, o meio para atingir a justiça social.

Das ideias sobre o contrato social de Rousseau, John Locke, entre outros filósofos da Idade Moderna, diante do despotismo e do absolutismo dos governantes, além da grande desigualdade social, conciliou os pensamentos perante a ostentação do clero e da nobreza. Acreditando que tal consequência vinha do acúmulo de poderes do monarca, defendiam a mínima interferência do Estado, surgindo, assim, o liberalismo. A partir da percepção liberalista do contrato social, o juízo de que o homem nasce livre e igual, foi positivado ao redor do mundo.

Esta concepção equivale na “igualdade perante a lei”, na qual, significa que na aplicabilidade da norma, o Poder Judiciário e Poder Executivo, atuando como aplicadores do Direito, devem atentarem na execução isonômica da lei em relação as partes. O favorecimento injustificado de qualquer parte torna o ato ilícito e inconstitucional. Este aspecto possui grande influência dos contratos liberais do século XVII, em que profetizava o banimento do tratamento

³ PAIVA, E. A. Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais. CURSO DE CONSTITUCIONAL: normatividade jurídica, Rio de Janeiro: EMERJ, v. 11, p. 51-59, 2013.

diferenciado e privilegiado das classes sociais sobrepostas. Em substância, possui um padrão genérico, objetivando um maior englobamento de fatos.

Possuindo um conteúdo formal, toda e qualquer discriminação não legitimada deve ser banida. Tal tipo de igualdade, sendo formal, pode ser classificada em um direito individual de 1ª dimensão. Mesmo assim, pertence apenas acepção teórica, causando, muitas vezes, mesmo com a sua positivação, uma falsa percepção de igualdade e do que ela realmente se trata.

Isso porque, a presença de isonomia não é ligada a somente no impedimento da discriminação injustificada, mas, também, na sua distribuição, através de uma criação de discriminação (lícita). O Estado tem a função de buscar a igualdade, minimizando as desigualdades sociais por meio de ações afirmativas. Esse posicionamento, constitui na concessão de direitos fundamentais, pariforme aos direitos sociais de 2ª dimensão.

Contudo, a discriminação positiva somente será considerada constitucional e lícita se for justificada, respeitando igualmente o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Segundo Weichert (2000, p. 247), os critérios de desigualação fixados na norma devem ser “manejados razoável e proporcionalmente em face das situações que se pretende desigualar e do fim da desigualação. Ou seja, o tratamento atribuído às situações não pode, a pretexto de igualar, acabar por criar uma nova situação antiisonômica”.⁴

Através desses dois pensamentos, observa-se que tal princípio não se resume em somente em “igualdade perante a lei”, mas é dividido em dois vieses: a isonomia formal e material. A isonomia formal é claramente presente nos atos normativos, na Constituição Federal não faltam exemplos, podendo citar o seu artigo 5º e em seu Preâmbulo. Ela simplesmente define que todos são iguais perante a lei, sendo qualquer discriminação ser vedada.

Já a isonomia material, não só apenas se preocupa com somente proibir a discriminação, mas criar mecanismos para construir uma equiparação entre os cidadãos, atentando a realidade social. Recebendo “oportunidades normativas” de acordo com sua adversidade, com o objetivo

⁴ WEICHERT, Marlon Alberto. Isenções tributárias em face do princípio da isonomia. Revista de informação legislativa, jan/mar 2000. In: ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-92, ago. 2009.

de alcançar uma justiça social, o que deveria ser o propósito de qualquer Estado. Sendo previstos na Carta de Outubro

[...] no art.7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem com um de seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), veemente repulsa a qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), a universalidade da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola [...]⁵

Marcelo Novelino (2014), em sua doutrina, refere-se no princípio amplo da isonomia, considerando em uma sincronia nas suas formas: igualdade jurídica formal, igualdade jurídica material e igualdade fática. Entendendo as duas primeiras, como previsões legais, fazendo relação com imparcialidade e justiça.

Primeiramente, imparcialidade, pois é promovido igualdade perante a lei, ou seja, ao exigir, constitucionalmente, um tratamento pariforme a todos, pode-se observar a presença da imparcialidade. Contudo, tal forma de tratamento não é absoluta, podendo haver episódios discriminatórios, desde que previstos em lei. Assim, cada ato discriminatório, para ser encarado como constitucional, deve basear-se em um critério material.

Seria um critério material, a hipossuficiência de algumas classes, fundamentadas em fatores sociais, econômicos, culturais etc. Determinados fatos consolidam a igualdade fática, convalidando as ações afirmativas. Ao compreender esta disparidade, impossível não conectar com as ideias do filósofo francês Antoine Fabre D'Olivet (1905, p.48) ao estudar o estado social do homem, concluindo na desigualdade de diversos fatores é inerente ao homem desde da sua origem.

Já esta concepção, constitui na “igualdade na lei”, em que vincula o legislador, encarar o princípio da isonomia como formalidade ao criar e elaborar a lei. Neste aspecto, observa-se

⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2005. p. 211-212.

uma natureza mais específica, comparando aquelas que são genéricas de conteúdo básico, complementando e inovando tais atos normativos originários.

Se toda norma jurídica é portadora de alguma generalidade, é certo, contudo, que um maior nível de especificação pode representar um aperfeiçoamento normativo rumo ao alcance de uma igualdade real. Essa especificação pode manifestar-se sob forma de discriminação positiva, ao oferecer um tratamento jurídico diferenciado (mais vantajoso) a quem se encontre em situação peculiar (de desvantagem).⁶

Na igualdade fática, o Estado depara-se com a exigência da sanção das desigualdades sociais. Desta vez, é esperado não mais um posicionamento imparcial, mas proativo, carregado pela igualdade distributiva. Afinal, o princípio da isonomia, também detém a função de restringir a desigualdade social e a sobreposição de classes. Sendo novamente um dever imposto pela Carta Maior,

además, o constituinte originário impôs aos poderes públicos, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a adoção de medidas voltadas à *redução das desigualdades* sociais e regionais (CF, art. 3.º, III), o que não deixa qualquer tipo de dúvida sobre a possibilidade de se extrair do texto constitucional um *princípio da igualdade fática*.⁷

Ao assegurar a concessão do princípio da isonomia, é impossível desvincular a outros princípios. Aspecto significativo da democracia, também é um meio de cessão de direitos fundamentais, precipuamente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Em conjunto, esses princípios estabelecem transmissão dos direitos inerentes ao ser humano, sem discriminações negativas.

A sem olhar a quem, o direito à igualdade é caracterizado pela universidade. Na distribuição de recursos na sociedade, imerge na justiça por intermédio da equidade e igualdade,

⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-92, ago. 2009.

⁷ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9. ed. Método: São Paulo, 2014.

não importando a origem, raça, gênero, religião ou orientação sexual. Mais uma vez, com o objetivo de suprimir a segregação e a marginalização, reúne todos os cidadãos, considerando “unos” dado a sua isonomia.

Depois de determinadas considerações sobre o princípio da isonomia, do que se trata e sua relevância no âmbito jurídico e social, será abordado, seguidamente, a temática acerca da Lei Maria da Penha.

4. A LEI MARIA DA PENHA

4.1 HISTÓRICO

Em 1979, foi realizado o primeiro tratado em escala mundial sobre os direitos da mulher. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi fruto de exigências dos movimentos feministas, ligadamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adicionados as convicções da igualdade de gênero e ao mesmo tempo, reivindicando um tratamento distinto em razão das singularidades da mulher na realidade histórico-social.

Nessa Convenção, primeiramente foi definido a “discriminação contra a mulher” sendo

[...] toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.⁸

No seu decorrer, foi exigido dos Estados-partes atuarem, adotando medidas que tenham como escopo o avanço social da mulher, juntamente com eliminação da discriminação em todos os campos. No mesmo ano de 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas a adotou, ajudando a impor o dever do seu cumprimento aos Estados-partes. Devendo ser encarado como parâmetro mínimo do direito da mulher, o Brasil, somente em 2002 ratificou tal Convenção.

Em consonância com esses ideais, aconteceu no ano de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher em Belém do Pará. Ratificada através do Decreto nº 1.973, pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, este

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CEDAW. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>. Acesso em: 08 de out.

documento foi disposto medidas punitivas e preventivas à violência doméstica e familiar. Preliminarmente, é conceituado, em seu artigo 1º, a violência contra mulher, sendo “ [...] qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.”.⁹

Em sua extensão, discorre sobre os direitos da mulher e os deveres dos Estados. Na esfera dos deveres dos Estados incluem a responsabilidade de adotar medidas punitivas e preventivas efetivas, zelando desde da investigação e até impedindo a morosidade da Justiça. Até mesmo, medidas educativas, são previstas, sendo importantes para pôr em evidência um tipo de violência que muitas vezes foi despercebido.

Ainda sim, em agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) recebeu uma denúncia da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, através do Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

Nesta denúncia é questionado o Estado brasileiro nos seus deveres de respeitar os direitos humanos, as garantias judiciais, a igualdade segundo a lei e a promoção da proteção jurisdicional. Afinal, depois de inúmeras agressões e duas tentativas de homicídio efetuadas pelo economista Marco Antônio Heredia Viveiros, resultando traumas físicos e psicológicos, além de uma paraplegia irreversível.

Diante das circunstâncias de quando foi levado os fatos a Comissão Interamericana fazerem 17 anos da data do crime e o processo criminal não possuía uma sentença definitiva, além do ex-marido de Maria da Penha continuar em liberdade mesmo com provas cabíveis da gravidade dos seus atos e da sua periculosidade, a República Federativa do Brasil foi acusada de tolerar os atos de violência e de propagar impunidade, graças a sua omissão.

Sabendo que o caso Maria da Penha Maia Fernandes era apenas um espelho da realidade da violência doméstica e familiar no Brasil, a Comissão na sua fundamentação, lembrou que

os delitos incluídos no conceito de violência contra a mulher constituem uma violação dos direitos humanos, de acordo com a Convenção Americana e os termos mais específicos da Convenção de Belém do Pará. Quando os delitos são perpetrados por agentes do Estado, o uso da violência contra a integridade física e/ou mental de uma mulher ou de um homem são responsabilidade direta do Estado. Ademais, o Estado tem a obrigação, de acordo com o artigo 1(1) da Convenção Americana e o artigo 7,b da Convenção de Belém do Pará, de atuar com a devida diligência a fim de prevenir as violações dos direitos humanos. Isso significa que, embora a conduta não seja originalmente

⁹ BRASIL. Decreto n.1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

imputável ao Estado (por exemplo, porque o agressor é anônimo ou não é um agente do Estado), um ato de violação pode acarretar responsabilidade estatal “não pelo ato em si, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou a ela responder conforme requer a Convenção.”¹⁰

Ao final, em 2001, a Comissão, reiterou algumas recomendações presentes na Convenção de Belém do Pará para coibir a violência contra mulher e exigiu a elaboração de um relatório sobre os cumprimentos das mesmas em 60 dias. Apesar do descumprimento das recomendações e do desrespeito aos prazos dados, em 2002, o Senhor Heredia Viveiros foi preso, permanecendo apenas dois anos no regime fechado.

A partir disso, o governo atentou-se as diligências de proteção e prevenção, criando, por exemplo, a obrigação de notificação por hospitais públicos e privados de casos existentes de violência doméstica. E finalmente, através do Decreto 5.030/04, instaurou um Grupo de Trabalho Interministerial, com objetivo de debater medidas de repressão a este tipo violência e por fim criar um projeto de lei. Participou a sociedade civil, a Secretaria de Políticas para Mulheres e outras entidades governamentais.

Encaminhado o Projeto de Lei nº 4.559 em dezembro de 2004 para o Congresso Nacional, sendo apreciada prioritariamente. Sendo somente sancionada pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva em agosto de 2006, entrando em vigor logo em setembro, a Lei 11.340/06 veio para inovar nos aspectos de prevenção e repressão à violência doméstica, principalmente em extensão de América Latina.

4.2 OBJETIVO E OBJETO DA LEI

Mesmo com a tardia implementação da Lei no ordenamento jurídico, é possível fazer conexão com a proteção constitucional à família. Afinal, ainda que apenas um membro da família seja vítima da violência doméstica e familiar, dentro da sua diversidade de formas, todos os seus integrantes são atingidos indiretamente, principalmente, crianças, cujas estão em desenvolvimento e amadurecimento psicológico e mental. Tal previsão está presente no art. 226, §8º da Constituição Federal de 1988

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso 12.051 Méritos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftnref6. Acesso em: 09 de out. 2015

que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.¹¹

Sobre seu objetivo, é possível observar no preâmbulo, que refere-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, o que faz recordar suas disposições e recomendações ratificadas. Contudo, ainda em seu artigo 1º, é exposto claramente o seu objetivo de “[...] coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]”.

A respeito do objeto, é possível identificar no artigo 5º, em que há enquadramento da violência doméstica e familiar contra mulher naquela onde se verifica no âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação íntima de afeto. Toda via, esta deve ser baseada e justificada na violência de gênero, nas modalidades ação ou omissão. Neste mesmo artigo, no seu parágrafo único é alertado um importante detalhe: pode-se existir violência independentemente da orientação sexual. Ou seja, além de ampliar juridicamente as possibilidades de família, é percebido, que a mulher, pode configurar-se, também, no sujeito ativo da agressão.

4.3 CONSTITUCIONALIDADE

Uma vez promulgada, a Lei Maria da Penha, não somente veio a modificar o ordenamento jurídico, mas, também a mentalidade e comportamento dos membros da sociedade. Sendo, a sociedade brasileira, essencialmente patriarcal e machista, houveram inúmeros episódios de resistência na sua aplicabilidade.

Foi questionada a constitucionalidade da lei não somente pelos agressores, encontrando-se no polo passivo de ações judiciais, mas, sim, similarmente, os próprios magistrados. A maior crítica, resultando a recusa da aplicação literal da Lei, foi o tratamento diversificado proporcionado pela mesma.

A fim de esclarecer o seu conteúdo e suas propostas, foi ajuizado pela Presidência da República a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4424, pela Procuradoria Geral da República, julgadas em conjunto pelo Supremo Tribunal Federal em 2012.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de out. 1988.

Indagando os artigos 1º, 33 e 41 da Lei, foi votado, por unanimidade a constitucionalidade deles, acordado pelos ministros que não existe desrespeito aos princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade. Justificando nas particularidades da realidade histórico-social da mulher, o procedimento especial criado pela Lei, afastando o uso da Lei 9.099/95, que favorecia a impunidade.

A principal consequência desta interpretação é que, além de os processos não serem mais julgados pelo Jecrim, também não é possível a aplicação ao acusado da suspensão condicional do processo, da transação penal e à composição civil dos danos, quando houver violência doméstica e familiar contra a mulher.¹²

Mais adiante, foi julgado a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 4424, cuja permitiu que o Ministério Público fizesse a denúncia, mesmo que a vítima não registrasse queixa contra o agressor. Convertendo em ação penal pública incondicionada, reafirmou políticas públicas, como o “Ligue 180”, no qual, qualquer pessoa é competente para denunciar eventual violência doméstica e familiar contra a mulher.

Proferidas estas reflexões sobre a Lei Maria da Penha e sua constitucionalidade, será em consequência, discutido, em específico, o importante e polêmico ponto de seu questionamento: o seu vínculo com o princípio da isonomia.

5. A LEI MARIA DA PENHA SOB A LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Como explanado anteriormente, não é novidade a situação inferior de algumas classes na sociedade. Vivendo em um mundo à parte, foram e são marginalizadas durante a história. Com o passar dos anos, o Direito tomou posicionamento proativo a respeito destas, sendo imprescindível sua atuação sobre essas “minorias”, juridicamente chamadas de hipossuficientes. Estão nessa classificação os negros, os operários, os consumidores, as crianças, os idosos e as mulheres.

Oprimidas, o Direito e a sociedade sempre estarão em déficit, afinal, expressando em números, a minoria é a que sempre esteve no controle, não representando os interesses da maioria. Marcado pelo bem público a serviço do privado, é possível observar a proeminência da classe branca, patriarcal, rica, conservadora e machista.

¹² COMPROMISSO E ATITUDE: Lei Maria da Penha, Decisões STF ADC 19 e ADI 4424 (constitucionalidade da Lei Maria da Penha e dispensa da representação da vítima). Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/decisao-stf-adc-19e-adi-4424-09022012/>. Acesso 10 de out. 2015

Pertencente ao grupo de subalternos, a mulher, foi tratada de forma dispensável e sem valor. Tal fato é justificado pelo domínio de gênero, a primeira forma de imposição e divisão de poder. Desde das primeiras escrituras religiosas, a submissão era a única opção apresentada a mulher, resumindo-a em papel antagonista.

Ao ser relativizada a simbolismos ditocômicos, foi direcionado, as mulheres, atributos que as caracterizavam pelas inferioridades em geral, como: à fraqueza, ao mal, ao pecado etc. A partir dessa descrição, fabricou-se justificativas para legitimar o domínio sobre as mulheres.

[...]nosso pensamento estruturou-se em torno de uma série de dualismos ou de pares opostos: racional/irracional, ativo/passivo, pensamento/sentimento, razão/emoção. Esses pares dualistas dividem as coisas em esferas contrastantes, são sexualizados e hierarquizados; metade se considera masculina e metade feminina, e o ‘masculino’ é considerado superior ao feminino. O Direito se identifica com o polo masculino.¹³

Através desse simbolismo foi ditado as relações sociais, divididas a estrutura de trabalho e o papel da mulher na sociedade. Sendo o Direito, espelho da sociedade, não tratou de forma diferente, legitimou e legalizou inúmeros incidentes discriminatórios.

No Código Civil de 1916, apenas o homem detinha o “pater familias”, já que a mulher era considerada relativamente capaz. Se não exercesse uma impecável função de esposa era desquitada e se houvesse sua culpa do término do matrimônio, não tinha direito de receber alimentos (SANTOS, 2015).

Somente em 1932, através de uma mudança no Código Eleitoral, as mulheres conquistaram o direito ao voto. Com o Estatuto da Mulher Casada em 1962 foi reconhecida a capacidade civil das mulheres, permitindo a participação conjunta com o homem, desta vez, no Pátrio Poder. Em 1977, a Lei do Divórcio, contribuiu com mais um passo a igualdade de gênero: possibilitando a separação judicial fosse dada por ambas as partes, tirando a palavra “desquite” de plano. Mesmo com essas mudanças, o homem ainda continuava com o poderio do lar e a mulher ainda devendo obediência (SANTOS, 2015).

Cada passo em direção a igualdade, deve-se a luta diária e constante das mulheres e do movimento feminista. Dividido em três gerações, este movimento encarou a desigualdade de gênero como um problema social. Suas primeiras e principais reivindicações se resumiam no

¹³ OLSEN, F. Feminism and critical legal theory, 1995. In: CAMPOS, C. H. Razão e Sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. H. (Org). Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 2.

desejo do acesso a direitos políticos e a direitos civis, com uma verdadeira inserção no mundo público, tornando-as cidadãs legítimas. Neste mesmo sentido,

conquistas resultantes da resistência das mulheres – seja organizada em movimentos sociais, seja atuando por meio das vias legislativas, institucionais e jurídicas -, evidenciam mudanças necessárias e em curso. As mulheres não se constituíam como sujeitos, isto é, seres dotados de história e de autonomia: ‘trata-se da luta para ser considerada um sujeito, isto é, alguém dotado de direitos.’¹⁴

Vinda a Constituição Federal de 1988, é trazido a igualdade a mulher na concepção formal. Grande conquista, pois em um ordenamento jurídico que legitimava discriminação, obter tratamento igualitário perante a lei, no âmbito público e privado, é um notável avanço. A partir deste marco, a mulher conquistava igualdade jurídica formal, mas, obteve igualdade fática? Apenas o comportamento social responderá.

Não se pode falar em isonomia, apenas com a igualdade formal garantida. A Constituição garante isonomia salarial entre homens e mulheres, todavia, embora possuindo maior escolaridade, as mulheres possuem salário 30% menor do que os homens. Pode-se dizer que há isonomia salarial de fato, então, mesmo existindo um conteúdo formal?

Diante deste exemplo, é constatado que a previsão constitucional do princípio da isonomia não foi suficiente para suprimir a ordem de gênero na sociedade. O homem continuou no domínio do espaço público e do espaço privado, restando ainda a mulher a inferioridade e subordinação do lar.

É perante este espaço aonde a opressão contra a mulher resistiu de forma sólida e intensa. Na calmaria simulada do espaço privado, chamado por autores de “gaiola dourada”, a violência doméstica e familiar perdurou-se, silenciosamente, mostrando os “resquícios” do tratamento dominador do varão.

Segundo a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180/SPM, no Brasil, a casa é o lugar mais inseguro para a mulher,

em mais de 80% dos casos, a violência foi cometida por homens com quem as vítimas têm ou tiveram algum vínculo afetivo: atuais ou ex-companheiros,

¹⁴ BANDEIRA, Lourdes; THURLER, Ana Liése. A vulnerabilidade da mulher à violência doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coord.). Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.166.

cônjuges, namorados ou amantes das vítimas. As informações relatadas sobre a frequência com que a violência ocorre mostraram que, em 42,93% dos casos, a violência é diária e, em 34,05%, semanal. Ou seja, em 77% dos casos a violência ocorre com uma frequência muito alta. O risco de que a violência relatada pudesse acarretar a morte das vítimas foi percebido em 32% dos casos; o risco de espancamento ou outro dano físico, em 28%; e o risco de danos psicológicos, em 23,59%.¹⁵

A existência e perpetuação da violência doméstica e familiar contra a mulher anuncia a necessidade de consideração de tais casos como problemas sociais, sendo tratados com a mesma seriedade de outros existentes. O desmerecimento da sociedade e do Poder Público diante esses dados não podiam se prolongar sem a tentativa de uma ação afirmativa pública.

Ao mesmo tempo, a indiferença e a insensibilidade dos operadores do Direito não deveriam ser prolongadas. Vinda a Lei 11.340/2006, a famosa Lei Maria da Penha, não foi trazido nenhuma tipificação que não esteve presente no ordenamento jurídico. Nesta Lei, a novidade foi o diferente trato ao antigo que gerava ineficácia e impunidade, criando seu próprio rito.

Casos como esses julgados no rito da Lei 9.099/95, como acontecia antes da lei em estudo, abriam margem para impunidade. A possibilidade da feitura de transações penais entre vítima e agressor que convivem diariamente viabiliza reiterações dos episódios de violência e de episódios de impunidade, criando um círculo vicioso.

Este círculo, gerou na mulher falta de credibilidade no ordenamento jurídico, já que não punia de forma eficaz, não prevenindo novas ocorrências, levando a descrença de um fim na situação vivida opressora em que saísse sã e salva. Induzindo, então, ao sentimento real de inferioridade, de auto depreciação e auto descrédito pela mulher. Deste modo, desacreditadas nas suas vidas e no seu valor, resultou, em um maior silenciamento das agressões.

A Lei Maria da Penha estando vigente foi responsável pelo regresso da autoestima e da esperança. Dando autonomia e crédito a suas palavras e as suas vidas, foram permitidos, o direito à igualdade de viver despretenciosamente, suprimindo o domínio de gênero das relações interpessoais, e consequentemente, concedendo o usufruto do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para as “mulheres em situação de violência”, foi criado pelo Poder Legislativo, meios de erradicar tal violência, criando, assim métodos especiais e específicos para tanto. E sim, é

¹⁵

admitido a existência da produção de discriminação. Esta, que para muitos leva a inconstitucionalidade pelo desrespeito ao princípio da isonomia, é justificada nas particularidades histórico-sociais explanadas anteriormente.

Todavia, não se deve confundir a discriminação positiva presente na Lei 11.240/06 com a discriminação ilícita. Através das ações afirmativas, o Estado atuou a partir de políticas públicas, objetivando a minimização da desigualdade social. O tratamento diverso somente seria inconstitucional, se não fosse encontrado respaldo lógico e constitucional para tanto

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.¹⁶

Segundo os termos presentes na lição do nobre jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (2015), é admissível considerar a Lei 11.340/2006 como uma lei de natureza geral e abstrata, uma vez que é direcionada a um grupo de indivíduos que desde a sua promulgação se encontra ou se encontrarão em uma determinada situação. Encarada como objeto de uma norma, a cada vez que “situação-tipo” ocorre é responsável em pôr esse grupo de indivíduos nas posições de sujeitos acobertados pela lei.

Prosseguindo o raciocínio do jurista, normas gerais e abstratas não tem o condão de desrespeitar o princípio da isonomia, já que a discriminação ilícita existe em normas de cunho específico, particularizando o sujeito de forma absoluta ou definitiva, recebendo predileção. Além disso, para haver o descumprimento do princípio é preciso que o “fator *discrimen*” se encontre sem conexão lógica, constitucional e legal.

Na Lei Maria da Penha foi instituída um tratamento diversificado a mulher, tratando-a como vítima do crime de violência doméstica e familiar. Por ela, foram determinadas formas de prevenção, repressão, assistência e proteção. Tudo isso, para suprir uma história de desigualdade entre a mulher e o homem no âmbito familiar brasileiro. O “fator *discrimen*” provém deste histórico e da proteção constitucional da proteção à família ao reprimir as diversas formas de violência.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.17.

O alvo não é somente a violência física, mas moral e psicológica, também frutos de uma cultura patriarcal, no qual, pela isonomia material, essa situação tenta ser compensada. Ao criar este ato normativo, é criado novos mecanismos para coibição desses fatos, uma tentativa de diminuir a impunidade e as agressões. É delimitado o atendimento policial e seu procedimento, e o mais importante: as medidas cautelares, afastando a mulher em situação de violência da repressão do agressor.

De mais a mais, a discriminação positiva surgiu de um histórico de lutas e debates para conscientizar sobre a inércia do Estado brasileiro sob a discriminação a mulher. O que é uma conjuntura interessante, uma vez que, se discrimina para acabar com a discriminação. Sendo exatamente o objeto igualdade material e das ações afirmativas. Contudo, quando a Lei entrou em vigor, criou-se uma imagem de uma aparente discriminação ilícita, questionado, assim, sua constitucionalidade.

Sobre a constitucionalidade em relação do tratamento diferenciado à mulher e desrespeito ao princípio da isonomia, houveram muitos debates no Poder Judiciário, sendo a temática mais abordada contra a Lei 11.340/06. Aqueles defendem a constitucionalidade, usam sempre a necessidade da aplicação da igualdade material, observando o contexto social, pois a igualdade formal isolada é ineficaz à sociedade. Acerca sobre deste pensamento em relação a proteção especial a mulher, assemelhando a outros casos de hipossuficiência na sociedade, foi juridicamente exposto

Em muitas decisões, também se argumenta que a Lei Maria da Penha é constitucional, pois teria o Estado competência para “estabelecer leis protetivas a grupos de indivíduos vulneráveis em razão do gênero” (BRASIL, *Apelação Criminal 70030827380*, 2009b). A proteção ao idoso conferida pela Lei 7.716/89 e à criança e ao adolescente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei 8.069/90), o enfrentamento da discriminação por raça, cor, etnia ou religião constante da Lei 7.716/89 são citados como exemplos constitucionais do “poder legiferante do Estado para criar leis que estabeleçam tratamento diferenciado para grupos minoritários de cidadãos” (BRASIL, *Habeas Corpus 70031748676*, 2009c). Segundo a desembargadora Lais Rogéria Alves Barbosa, o Estado, ao proteger a mulher, atenderia a sua “condição de gênero”, assistindo à família ao criar mecanismos para coibir a violência na esfera de suas relações conforme previsto no Artigo 226, §8º da CF.¹⁷

¹⁷ _____. 2009b. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal 70030827380*, desembargadora relatora Elba Aparecida Nicolli Bastos. In: MACHADO, M. R. A. et al. *Disputando a Aplicação das Leis: A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha nos Tribunais Brasileiros*. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v.1, n.1, p.71, 2004.

Ao mesmo tempo, temos magistrados que ao exercer controle constitucional na forma difusa consideram a Lei Maria da Penha, exalam toda sua memória paternalista e machista. Por exemplo, na argumentação de um desembargador no controle de constitucionalidade realizado do Tribunal do Pleno do TJMS em 2009, aludindo “que tal lei é inócua, disseminadora de injustiça, antissocial, retrógrada e travestida de vingança social (BRASIL, *Arguição de Inconstitucionalidade em Recurso em Sentido Estrito* 2007.023422-4/0002, 2009g).”¹⁸ Por meio da última citação é possível que a conduta machista e conservadora atinge não apenas as camadas mais baixas da sociedade. A negação dos direitos da mulher existe independentemente de classe social ou intelectualidade do sujeito. Verifica-se isso em virtude da afronta ao tão primitivo domínio de gênero. A Lei 11.340/06 foi uma norma preparada por mulheres e direcionado a elas, o que causa incômodo, posto que no mundo jurídico feito por homens tão assunto não “merecia” reparo.

Portanto, aos que observam o princípio e norma de forma superficial e fria, apenas considerando a isonomia formal, realmente terão respaldos para considerar a Lei Maria da Penha inconstitucional. Contudo, a hermenêutica da norma deve ser feita de maneira consistente e concentrada, analisando a isonomia formal e também a isonomia material. É necessário que esta seja vigiada a fim de ser eficaz e de atingir o seu determinado escopo de “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”.

A recusa ou descumprimento da Lei, apresentando-se, respectivamente, na dúvida de sua legalidade e constitucionalidade ou no ato de violência contra a mulher, mostra quão duro pode ser o golpe contra a ordem de gênero na sociedade e no Direito. Suprimindo-a, a Lei Maria da Penha foi o primeiro meio para tanto, um começo, por isso, tão criticada. Para atingir eficácia e efetividade é indispensável o trabalho conjunto da sociedade e do Estado.

Isto posto, políticas públicas, educação e visibilidade são as melhores e maiores armas a favor da mulher na conquista da igualdade, da dignidade e dos seus direitos fundamentais.

_____. 2009c. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus 70031748676, desembargadora relatora Elba Aparecida Nicolli Bastos. In: MACHADO, M. R. A. et al. Disputando a Aplicação das Leis: A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha nos Tribunais Brasileiros. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v.1, n.1, p.71, 2004.

¹⁸ _____. 2009g. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Arguição de Inconstitucionalidade em Recurso em Sentido Estrito 2007.023422-4/0002, Órgão Especial do Tribunal de Justiça. In: MACHADO, M. R. A. et al. Disputando a Aplicação das Leis: A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha nos Tribunais Brasileiros. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v.1, n.1, p.72, 2004.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não diferente de outras conquistas dos Direitos Humanos, a Lei Maria da Penha proveio de anos de lutas de movimentos sociais. Representando um grande marco para o movimento feminista, é uma notável vitória nacional e internacional. Por meio desta, foi dada visibilidade a um problema social tão antigo e latente: a violência doméstica e familiar contra a mulher.

De mesmo modo, deve-se destacar o merecimento da senhora Maria da Penha Fernandes Maia que ao vivenciar inúmeros episódios de violência, incluindo duas tentativas de homicídio, além de mais de dezessete anos de inércia e de impunidade causados pela Justiça brasileira. Não obstante, não se calou e não desistiu da responsabilização penal do seu ex-marido e agressor.

Dessa determinação, sua história foi levada para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Acolhida como arquétipo da realidade da mulher brasileira, a Corte condenou o Estado brasileiro por seus atos omissivos, sugerindo medidas eficazes para suprimir a violência contra a mulher, e singularmente, exigiu celeridade processual e responsabilização efetiva.

Vinda a Lei 11.340/2006, foi afastado a possibilidade das agressões serem consideradas como crimes “de menor potencial ofensivo”, banindo a dissolução por meio da conciliação. Impossibilitando tal forma de resolução, a violência de gênero foi, finalmente, tratado com a necessária credibilidade. Em relação a mulher, de desacreditada em si mesma e na sua condição de “mulher em situação de violência”, é dado autonomia e ouvidos para sua voz. Empoderada, a mulher brasileira, ao receber autonomia, foi proporcionado o poder de não se submeter a tratamentos dominadores e a relações submissivas.

Malgrado tais melhorias, desde a promulgação da Lei, houveram inúmeras críticas e resistências ao seu cumprimento. Alegaram sua inconstitucionalidade, devido ao desrespeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia. Este último, de grande importância, apesar dos questionamentos, justifica qualquer método distintivo proporcionado pela norma.

Levado ao Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade da Lei foi confirmada e reafirmada dentro de suas especificidades. Aos críticos, dentro de suas alegações ao desrespeito ao princípio da isonomia, não é levado em consideração a dívida sócio jurídica com a mulher, no trato seco da isonomia formal presente na Constituição Federal de 1988, na qual diz “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Contudo, considerando a grandiosidade deste princípio no Estado Democrático de Direito, não deve ser analisado de forma tão simplória e pobre, insistindo e impondo um abismo entre a lei e o fato social, esquecendo da duplicidade da isonomia, constituída em isonomia formal e material ou até mesmo, segundo outros doutrinadores a igualdade fática e as tão importantes ações afirmativas.

Ao esquivar da análise histórico-social, é rejeitada a presença das relações sociais e seu vínculo com as leis, seu desempenho como reflexo da sociedade. Também desconsidera, a existência das desigualdades sociais, das classes mais favorecidas e dos grupos dos hipossuficientes. Ao mesmo tempo, cruzam os braços diante tal realidade, olvidam da importância da função social do Estado e suas políticas assistencialistas.

Ao desenvolver um próprio rito por meio de uma norma, o Estado, depois de anos de omissão, trouxe métodos inovadores para a supressão da violência doméstica e familiar contra a mulher. Pode-se admitir o tratamento diferenciado e a institucionalização da discriminação criadas pela lei, todavia, tais ferramentas são fundadas na promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, outro pilar do Estado Democrático de Direito.

Este proceder consiste em uma ação afirmativa, em que o Estado reconhece a discrepância entre os grupos sociais e justificando na isonomia material, agem positivamente, concedendo direitos sociais. Nesta criação de discriminações, tornam-as lícitas, já que é comprovado sua natureza normativa não específica, promovendo tratamento especial a todas as mulheres em situação de violência nas relações privadas. Juntamente, é demonstrado o nexo lógico existente entre o “fator *discrímen*” e a lei, no caso, a dívida social, jurídica e histórica com a mulher, fato gerador de um encargo estatal, cujo, foi exposto por meio de medidas protecionistas de acordo com suas singularidades.

Assim sendo, o tratamento diverso dado unicamente as mulheres não consiste em inconstitucionalidade devido a discriminação histórica e contemporânea de gênero. Ao promover um tratamento distinto, o Estado pretende ter como finalidade a erradicação das desigualdades, então age positivamente. Considerar a Lei Maria da Penha uma afronta ao princípio da isonomia é um ato incompreensível, tanto no viés social, quanto no viés jurídico. É desprezar a Constituição, dos seus princípios basilares até o seu conteúdo formal de seus artigos.

7. REFERÊNCIAS

_____. 2009b. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal 70030827380**, desembargadora relatora Elba Aparecida Nicolli Bastos. In: MACHADO, M. R. A. et al. Disputando a Aplicação das Leis: A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha nos Tribunais Brasileiros. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v.1, n.1, p.71, 2004.

_____. 2009c. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus 70031748676**, desembargadora relatora Elba Aparecida Nicolli Bastos. In: MACHADO, M. R. A. et al. Disputando a Aplicação das Leis: A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha nos Tribunais Brasileiros. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v.1, n.1, p.71, 2004.

_____. 2009g. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **Arguição de Inconstitucionalidade em Recurso em Sentido Estrito 2007.023422-4/0002, Órgão Especial do Tribunal de Justiça**. In: MACHADO, M. R. A. et al. Disputando a Aplicação das Leis: A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha nos Tribunais Brasileiros. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v.1, n.1, p.72, 2004.

_____. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/balanco180_2014-versaoweb.pdf>. Acesso em: 01 de nov. 2015

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA, Lourdes; THURLER, Ana Liése. **A vulnerabilidade da mulher à violência doméstica: aspectos históricos e sociológicos**. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coord.). Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.166.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de out. 1988.

BRASIL. Decreto n.1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1º de ago. 1996.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 7 de ago. 2006.

CAMPOS, C.H. **Razão e Sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha.** In: CAMPOS, C.H. (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico feminista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120).** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPROMISSO E ATITUDE: Lei Maria da Penha, **Decisões STF ADC 19 e ADI 4424 (constitucionalidade da Lei Maria da Penha e dispensa da representação da vítima).** Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/decisao-stf-adc-19-e-adi-442409022012/>>. Acesso em 10 de out. 2015.

COUTINHO, Rúbian Corrêa (Org.). **O enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher: uma construção coletiva.** [S.I]: CNPG, 2011. Disponível em:<<http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/cartilhaViolenciaContraMulherWeb.pdf>> Acesso em 30 de out. 2015.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreira. **Breve análise do princípio da isonomia.** Disponível em:<http://institutoprocessus.com.br/2012/wpcontent/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf>. Acesso em 20 out. 2015.

D'OLIVET, Antoine Fabre. **História filosófica do gênero humano.** Rio de Janeiro: Ícone, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 15. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

IAMUNDO, Eduardo. **Sociologia e antropologia do direito.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e a Lei Maria da Penha.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9311>. Acesso em 11 out. 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

OBSERVE: OBSERVATÓRIO LEI MARIA DA PENHA, **Lei Maria da Penha.** Disponível em:< http://www.observe.ufba.br/lei_aspectos>. Acesso em 5 out. 2015.

OBSERVE: OBSERVATÓRIO LEI MARIA DA PENHA, **Lei Maria da Penha.** Disponível em:<http://www.observe.ufba.br/legislacao_internacional>. Acesso em 30 set. 2015.

OLSEN, F. **Feminism and critical legal theory**, 1995. In: CAMPOS, C. H. Razão e Sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. H. (Org). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 2.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CEDAW. **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.** Disponível em:<<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>>. Acesso em: 08 de out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Capítulo 8 – Country Report on Brasil.** Disponível em:

<[http://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%208.htm#E. VIOLÊNCIA](http://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%208.htm#E.VIOLÊNCIA)>. Acesso em: 09 de out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso 12.051 Méritos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftnref6>. Acesso em: 09 de out. 2015.

PAIVA, E. A. **Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais**. CURSO DE CONSTITUCIONAL: normatividade jurídica, Rio de Janeiro: EMERJ, v. 11, p. 51-59, 2013.

PIOVESAN, F.; PIMENTEL, S. **A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil**. In: CAMPOS, C.H. (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia**. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-92, ago. 2009.

SANTOS, Isabella Jamel Lauar dos. **A trilha evolutiva da mulher: da dominação de gênero aos caminhos emancipatórios**. Natal: UNI-RN, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2005. p. 211-212.

VERAS, G.G.V; CUNHA, M.L.N. **A Lei Maria da Penha sob uma perspectiva do direito feminista**. Padê: Est. Em Filos., Raça, Gên. E Dir. Hum., Brasília, v.1, n. 1, p. 1-16, jan./jun. 2010.

VICENTIM, Aline. **A trajetória jurídica internacional até formação da lei brasileira no caso Maria da Penha**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8267>. Acesso em 09 de out. 2015.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Isenções tributárias em face do princípio da isonomia**. Revista de informação legislativa, jan/mar 2000. In: ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-92, ago. 2009.