



# O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A LEI MARIA DA PENHA

---

*José Armando Ponte Dias Junior<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

Identificando nas mulheres vítimas da violência doméstica, afetiva e familiar de gênero um grupo socialmente vulnerável, o Estado brasileiro, sob pressão internacional, fez nascer a Lei Maria da Penha. Referido diploma normativo aparece no contexto das ações afirmativas, e, estabelecendo discriminações positivas e compensatórias em prol das mulheres inseridas em cenário de violência motivada por questões de gênero, tem por desiderato assegurar uma efetiva igualdade material entre homens e mulheres, buscando coibir a violência doméstica contra as mulheres. É nesse sentido que o presente artigo abordará os aspectos sociais e constitucionais da Lei Maria da Penha.

## **Palavras-chave**

Igualdade. Lei Maria da Penha. Violência doméstica.

## **RÉSUMÉ**

En identifiant dans les femmes victimes de la violence domestique, affective et familiale de genre un groupe socialement vulnérable, l'État brésilien, sous pression internationale, a fait né la Loi Maria da Penha. Ce diplôme normatif apparaît dans le contexte des actions affirmatives, et, en établissant des discriminations positives et compensatoires dans l'intérêt des femmes insérées dans scénario de violence motivée par des questions de genre, il a par objectif assurer une vraie égalité matérielle entre les hommes et les femmes, en cherchant contrôler la violence domestique contre les femmes. C'est dans ce sens que cet article abordera les aspects sociaux et constitutionnels de la Loi Maria da Penha.

## **Mots-clé**

Égalité. Violence domestique.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte e Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. E-mail: junior.arm@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O cenário constitucional brasileiro, já irreversivelmente marcado por referências à juridicidade dos princípios, à centralidade, à superioridade e à força normativa da Constituição, decerto que já não mais se coaduna com a faceta meramente formal do princípio da igualdade.

Ao revés, busca-se hodiernamente a efetivação de uma igualdade material, substantiva, entre os mais diversos grupos de pessoas, igualdade essa que possa assegurar a todos, não necessariamente um tratamento jurídico igual, mas um tratamento jurídico que, respeitando e considerando diferenças e peculiaridades sociais e culturais, assegure que todos possam ser tratados com igual dignidade, respeito e consideração.

Inseridas nesse contexto acham-se as ações afirmativas, que, por intermédio do estabelecimento pelo Estado de discriminações compensatórias, positivas ou promocionais, buscam resgatar a dignidade de grupos socialmente ou economicamente vulneráveis, contribuindo assim para a redução das desigualdades sociais, para a promoção do bem de todos e para a construção de uma sociedade mais justa, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil à luz do art. 3º da Carta de 1988.

Dentre esses grupos vulneráveis, a merecer tratamento promocional do Estado, encontram-se as mulheres vítimas da violência doméstica, afetiva e familiar de gênero.

A identificação de tal grupo vulnerável, somada aos crescentes casos de violência de gênero contra as mulheres, levou o Estado brasileiro, já experimentando pressão internacional, a fazer nascer a Lei n. 11.340/2006, criando mecanismos que visam à coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher, norma essa que adquiriu popularidade sob a alcunha de Lei Maria da Penha.

Acusada com alguma frequência de ser inconstitucional, por afrontar o princípio da igualdade e ser discriminatória para com o homem, a Lei Maria da Penha, ao revés, elegendo fundamentos sérios e legítimos para justificar o tratamento diferenciado entre os gêneros nos casos de violência doméstica, constitui-se em uma razoável aposta do Estado na busca da erradicação da violência de gênero, doméstica e familiar, contra a mulher.

## 2. IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE MATERIAL

O valor da igualdade ocupa uma posição nuclear no cenário dos direitos fundamentais de segunda geração, entendidos como aqueles cujo reconhecimento se foi operando em um segundo instante, a partir de um momento histórico em que “a liberdade já se tinha por adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, ao passo que a justiça, como anseio e valor

social superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção”<sup>2</sup>, o que permite uma inferência no sentido da proximidade existente entre igualdade e justiça.

De fato, não se concebe a igualdade senão como instrumento de realização de justiça, de maneira que pensar em igualdade equivale a pensar em justiça<sup>3</sup>.

Nesse sentido, Francisco Meton Marques de Lima aponta a paz e a justiça como os valores mais perseguidos pelo direito, ao tempo em que afirma que “a igualdade e a liberdade interpõem-se como valores necessários para chegar-se àqueles”<sup>4</sup>.

Em um primeiro instante, contudo, pensar em igualdade e em justiça significou combater discriminações e abolir privilégios, a partir da consideração de que todos são iguais perante a lei, merecendo todos um igual tratamento.

A igualdade assim concebida, tida por formal, teve sua importância histórica, tendo mesmo sido “crucial para a abolição de privilégios”, como bem observa Flávia Piovesan<sup>5</sup>.

Tal concepção de igualdade, formal, a qual, como mostra Marco Aurélio Mendes de Farias Mello<sup>6</sup>, sempre foi versada, com maior ou menor amplitude, por todas as constituições brasileiras, encontrou na Constituição de 1988 mecanismos de correção de suas já evidentes limitações.

Com efeito, a concepção da igualdade sob um aspecto meramente formal, cujos contornos conceituais enquadravam-se no que Jorge Miranda<sup>7</sup> denomina de sentido primário ou negativo do princípio da igualdade, equivalendo à vedação de privilégios e de discriminações, já não se mostrava apta a promover os valores de justiça social constitucionalmente entronizados.

Ora, com a Constituição Cidadã, a redução das desigualdades sociais, a construção de uma sociedade justa e solidária e a promoção do bem de todos, objetivos fundamentais do Estado brasileiro nos termos do disposto no art. 3º da Constituição, não poderiam mais ficar a depender apenas da conformação a uma igualdade formal, estática e meramente negativa.

Urgia um redimensionamento da igualdade, aproximando tal princípio constitucional do sentido positivo a que se refere Jorge Miranda<sup>8</sup>, por meio do qual a

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.

<sup>3</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo IV – direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 222.

<sup>4</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 29.

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flávia. *As ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cadernos de Pesquisa. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005, p. 47.

<sup>6</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas*. Revista de Direito UPI. Brasília, v. 3, 2005, p. 9.

<sup>7</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo IV – direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 237-239.

<sup>8</sup> Idem, p. 237-239.

igualdade diferencia-se da identidade, consistindo, ao revés, em dar tratamento jurídico igual a situações iguais e tratamento jurídico desigual a situações substancialmente e objetivamente desiguais, entendendo-se como tais as situações impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas, e não situações criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador, o que desde logo é imperioso deixar claro.

Tal sentido positivo do princípio da igualdade reconhece que a igualdade pressupõe diferenciações, resultando naquilo que Flávia Piovesan<sup>9</sup> denomina de direito fundamental à diferença.

Dessarte, malgrado um paradoxo meramente aparente que tal idéia possa suscitar, é inequívoco que o direito à igualdade e o direito à diferença são duas facetas de um mesmo fenômeno<sup>10</sup>.

Nesse sentido, também para Canotilho<sup>11</sup> a todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos, devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual.

A construção de uma sociedade justa, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, portanto, mais que de uma igualdade formal, necessitam e exigem uma igualdade material, dinâmica, haja vista que, nas palavras de Marco Aurélio Mendes de Farias Mello<sup>12</sup>, “não basta não discriminar”, sendo imperioso que a postura frente à igualdade seja, acima de tudo, afirmativa.

Para Marco Aurélio Mendes de Farias Mello<sup>13</sup>, aliás, essa idéia dinâmica da igualdade pode ser percebida a partir mesmo dos verbos de que se utiliza o texto constitucional em seu art. 3º, como construir, reduzir e promover<sup>14</sup>, os quais, denotando *ação*, evidenciam a “mudança de óptica” em rumo a uma igualização eficaz e dinâmica.

Se pensar em igualdade, pois, equivale a pensar em justiça, pensar em igualdade no contexto dinâmico e afirmativo da igualdade material equivale a reconhecer identidades, sendo a igualdade, nesse contexto, “orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade raça, etnia e demais critérios”.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. As ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005, p. 47.

<sup>10</sup> Entendemos, em razão disso, que, salvo com objetivos de reforço e de ênfase da idéia, não há que se falar em direito fundamental à diferença, porquanto, em realidade, é propriamente da igualdade material que se está tratando.

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 427-428.

<sup>12</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista de Direito UPIIS*. Brasília, v. 3, 2005, p. 12.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Estabelece o art. 3. da Constituição Federal de 1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>15</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 47.

Não se contenta mais a igualdade, pois, com uma postura estática diante de uma realidade existente, mas, ao revés, em um sentido positivo, como diz Jorge Miranda<sup>16</sup>, há a igualdade de tratar as situações não somente como existem, mas também como devem existir, fazendo-se da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei.

### 3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Embora seja tarefa atribuída a todos os que pretendem concretizar o texto constitucional, há que se realçar o papel do legislador na promoção da igualdade constitucional, pois é ao órgão legislativo que compete a importante tarefa de realização da igualdade por intermédio da norma legal.

Com efeito, a efetivação do princípio da igualdade impõe uma legislação infraconstitucional igualitária, na medida em que, segundo Jorge Miranda<sup>17</sup>, os primeiros destinatários do princípio constitucional da igualdade são precisamente os órgãos de criação do Direito.

Não é outro o entendimento de Pedro Rui da Fontoura Porto, apostando no “poder contrafático” da legislação:

O Direito, longe de ser um consectário dos costumes de uma sociedade, pode ser um instrumento de transformação da realidade prenhe de desigualdades e injustiças. O Direito pode e deve transformar realidades iníquas, mas para tanto é preciso reconhecer que a norma legal não tem existência autônoma em face da realidade [...]. Para além de uma função conservadora, própria das sociedades antigas e imutáveis, o caráter plenamente dinâmico da civilização contemporânea impõe admitir-se plenamente este poder metamórfico do Direito.<sup>18</sup>

É nesse contexto, portanto, que cabe falar das ações afirmativas, expressão que, com razoável consenso doutrinário, presta-se a denominar, em termos amplos, as “medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis”<sup>19</sup>.

Para Flávia Piovesan<sup>20</sup>, aliás, é por meio das ações afirmativas que se

<sup>16</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 240.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 241.

<sup>18</sup> PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Anotações preliminares à Lei n. 11.340/06 e suas repercussões em face dos Juizados Especiais Criminais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006, p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8917>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>20</sup> *Idem*.

transita da igualdade formal para a igualdade material e substantiva, “com a crença de que a igualdade deve moldar-se no respeito à diferença e à diversidade”, assegurando-se, portanto, a diversidade e a pluralidade social, e, em última análise, o próprio “projeto democrático”.

No contexto, portanto, da necessidade de ações afirmativas para a consecução de uma igualdade substantiva, acha-se o legislador autorizado a estabelecer discriminações positivas<sup>21</sup>, ou discriminações compensatórias, no dizer de Ronald Dworkin<sup>22</sup>, vale dizer, situações de vantagem fundadas, ou, em outros termos, desigualdades de direito em consequência de desigualdades de fato, tendentes exatamente à superação dessas desigualdades de fato, e por isso, em geral, de cunho temporário.<sup>23</sup>

Para Marco Aurélio Mendes de Farias Mello<sup>24</sup>, o fundamento normativo para a implementação de ações afirmativas reside no próprio dinamismo dos verbos de ação que integram o art. 3º da Constituição Federal, que traça os objetivos da República Federativa do Brasil, de maneira que, ainda segundo Mello<sup>25</sup>, “o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado”.

No mais, não é difícil perceber que em vários momentos é a própria Constituição Federal que se faz de instrumento de ação afirmativa, ao tratar da proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos (art. 7º, XX) e do percentual de cargos a serem reservados nos concursos públicos, por lei, a pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII).

Com fundamento em tudo o que até aqui jaz exposto, é lícito concluir que, ao menos em tese, a previsão de discriminações positivas por meio de ações afirmativas de todos os matizes, não encontra obstáculo constitucional, ao revés, auxilia enormemente na realização da Constituição na medida em que concretiza eficazmente o princípio da igualdade em sua substância, ou seja, na medida em que faz valer o direito de ser tratado como igual, com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa, o que, cabe reforçar, nem sempre implica no direito ao igual tratamento, como explica Dworkin com pertinente exemplo:

Se tenho dois filhos, e um deles está morrendo de uma doença que está causando desconforto ao outro, não demonstrarei igual atenção se jogar cara ou coroa para decidir qual deles deve receber a última dose de um medicamento. Este exemplo mostra que o

<sup>21</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 238.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. Trad. Nelson Boeira. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 343.

<sup>23</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 238.

<sup>24</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista de Direito UPIS*. Brasília, v. 3, 2005, p. 12.

<sup>25</sup> Idem.

direito ao tratamento como igual é fundamental, e que o direito ao igual tratamento é derivado. Em algumas circunstâncias, o direito ao tratamento como igual implicará um direito a igual tratamento, mas certamente não em todas as circunstâncias.<sup>26</sup>

É importante, pois, que o Poder Público lance mão de ações afirmativas sempre que tais medidas se mostrarem necessárias à realização da igualdade positivada no art. 5º, *caput*, da Constituição, igualdade essa que, para que se possam realizar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, há necessariamente de transcender a mera igualdade formal.

Essa temática, aliás, é de fundamental importância no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, uma vez que “não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade”<sup>27</sup>, o que inevitavelmente faz remeter à advertência lançada por Konrad Hesse, de que “nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado”.<sup>28</sup>

É perigoso, pois, para toda a sociedade, e para a própria legitimidade e estabilidade do texto constitucional enquanto Constituição normativa, dar à igualdade um tratamento meramente formal, pretendendo reconhecer iguais em direitos e obrigações grupos sabidamente desiguais, sendo ainda inviável e igualmente perigoso buscar promover o bem de todos ou construir uma sociedade justa sem atentar para macroscópicas e históricas dívidas sociais.

É escopo constitucional, pois, o resgate de dívidas sociais históricas, o que, para Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, “é um ônus da sociedade como um grande todo”.<sup>29</sup>

#### 4. CONSTITUCIONALIDADE DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA EM FACE DO GÊNERO NO BRASIL

Havendo a igualdade material de ser efetivamente concretizada mediante o reconhecimento das diferenças, passa a ser exigido do Estado a adoção de uma postura dinâmica visando ao alcance da igualdade material por parte de “grupos vulneráveis”, no dizer de Flávia Piovesan<sup>30</sup>, vale dizer, por parte de grupos que apenas artificialmente são vistos como iguais aos demais grupos, sob uma igualização formal que não leva em conta “um passado de discriminação”<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. Trad. Nelson Boeira. *Op. cit.*, p. 350.

<sup>27</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>28</sup> HESSE, Konrad. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 27.

<sup>29</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>30</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>31</sup> *Idem*.

Para com os grupos vulneráveis toda a sociedade possui um débito cujo resgate é uma exigência do Estado democrático, que tem por desiderato a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, justiça essa que não se consegue senão pela promoção da igualdade substantiva, mesmo porque, e aqui novamente nas palavras de Jorge Miranda<sup>32</sup>, pensar em igualdade equivale a pensar em justiça.

A tarefa de promoção da igualdade, portanto, principia pela identificação desses grupos vulneráveis cujo direito à igualdade se pretende viabilizar, processo esse que há de partir do reconhecimento das diferenças no campo fático que fazem por exigir tratamento jurídico também diferenciado.

Flávia Piovesan<sup>33</sup>, de modo expresso, inclui as mulheres dentre esses grupos vulneráveis que fazem por merecer políticas compensatórias por parte do Poder Público a fim de que sejam incluídas no espaço social do qual historicamente têm sido afastadas.

No mesmo sentido é a posição de Pedro Rui da Fontoura Porto, para quem, sob ângulo sociológico, “não há, substancialmente, uma igualdade entre homens e mulheres”, sendo mesmo essa desigualdade cotidiana um componente da secular realidade cultural brasileira, a exigir do Direito uma tarefa metamórfica<sup>34</sup>.

Há que se perceber, do que até aqui jaz exposto, que a noção de grupo vulnerável guarda sempre relação com aspectos como cultura e tradição histórica, o que auxilia na identificação dos grupos vulneráveis como aqueles que, por cultura e tradição histórica, sempre foram afastados dos espaços sociais deliberativos, ou, em termos mais precisos, aqueles a quem historicamente se tem negado plena cidadania.

Em um “país ainda machista”, na expressão de João José Leal<sup>35</sup>, não são poucos, portanto, os que enxergam nas mulheres, com acerto, um grupo vulnerável a merecer tratamento jurídico promocional.

Faz-se necessário, todavia, observar que as mulheres formam um grupo vulnerável não exatamente em face do sexo feminino que ostentam desde o nascimento, e que se acha documentado nos catálogos de registro civil, mas sim, em face do gênero ao qual pertencem, o que impõe pertinente diferenciação entre sexo e gênero.

Segundo Maria Luiza Heilborn<sup>36</sup>, gênero é um conceito que se extrai das ciências sociais e que guarda referência com a construção social do sexo, de maneira

---

<sup>32</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 222.

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>34</sup> PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>35</sup> LEAL, João José. Violência doméstica contra a mulher: breves comentários à Lei n. 11.340/2006. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1214, 28 out. 2006, p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9096>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

<sup>36</sup> Apud SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei n. 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006, p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9144>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

que “o comportamento esperado de uma pessoa de um determinado sexo é produto das convenções sociais acerca do gênero em um contexto social específico”.

Relaciona-se o gênero, portanto, com a atribuição histórica e cultural de papéis sociais diferentes para os indivíduos de sexo masculino e de sexo feminino, papéis esses que, segundo Edison Miguel da Silva Junior, apontam “para o exercício e presença da dominação masculina”<sup>37</sup>.

Para Maria Berenice Dias, a dominação masculina decorre “da desigualdade no exercício do poder, que leva a uma relação de dominante e dominado”<sup>38</sup> e que se explica precisamente pelo gênero, vale dizer, pela construção social tradicional e cultural dos papéis de cada um dos sexos, papéis esses que a autora expõe com assaz nitidez:

A ideologia patriarcal ainda subsiste. A desigualdade sociocultural é uma das razões da discriminação feminina, e, principalmente, de sua dominação pelos homens, que se vêem como superiores e mais fortes. O homem se tem como proprietário do corpo e da vontade da mulher e dos filhos. A sociedade protege a agressividade masculina, constrói a imagem da superioridade do sexo que é respeitado por sua virilidade. Afetividade e sensibilidade não são expressões da masculinidade. Desde o nascimento é encorajado a ser forte, não chorar, não levar desaforo para casa, não ser ‘mulherzinha’.<sup>39</sup>

Maria Berenice Dias, todavia, vai além da constatação do caráter patriarcal de nossa sociedade, e consegue identificar com muita precisão a gênese da violência doméstica e familiar contra a mulher na tentativa do homem de compensar eventuais falhas femininas no cumprimento dos papéis culturalmente reservados ao seu gênero<sup>40</sup>.

Em outras palavras, a emancipação feminina decorrente de causas as mais variadas<sup>41</sup>, ocupando a mulher, paulatinamente, o espaço público tradicionalmente reservado ao homem, vem representando uma desconstituição de parâmetros sociais arraigados na cultura brasileira, machista e patriarcal, propiciando, nas palavras de Maria Berenice Dias, “terreno fértil para conflitos”<sup>42</sup>, em que o homem, necessitando manter seu controle sobre a mulher, busca destruir sua auto-estima, isolando-a, de início, do meio exterior, para, depois, seguindo um ciclo de violência perverso, instituir

<sup>37</sup> SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei n. 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006, p. 2. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9144>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 15.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 16.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>41</sup> Maria Berenice Dias (2007, p. 17) elenca, dentre as causas da emancipação feminina, a descoberta de métodos contraceptivos, as lutas emancipatórias dos movimentos feministas e a a integração da mulher ao mercado de trabalho.

<sup>42</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 17.

castigos e punições, surgindo o abuso psicológico e ameaças, que logo abrem espaço para a violência física<sup>43</sup>.

Mostra-se razoável, portanto, a constatação de que há uma dívida histórica a ser resgatada por toda a sociedade para com o gênero feminino, resgate esse que é essencial para que a igualdade material entre homens e mulheres acompanhe os passos da igualdade formal já consagrada em nossa Constituição, o que serve de justificação para ações afirmativas na busca dessa igualdade de gênero, medidas essas que, em última análise, trariam benefícios para toda a comunidade<sup>44</sup>.

É constitucional, portanto, ao menos em tese, a discriminação positiva procedida pela legislação que tenha por desiderato a promoção da igualdade material de gênero, pois isso corresponde à concretização do princípio da igualdade, e, como lembra Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, “toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucional”<sup>45</sup>.

## 5. A LEI MARIA DA PENHA

Andou muito bem Maria Berenice Dias quando vislumbrou que a gênese da violência doméstica e familiar contra a mulher encontra relação próxima com a tentativa do homem de compensar eventuais falhas femininas no cumprimento dos papéis culturalmente reservados ao seu gênero.

De fato, não tivesse a generalizada violência doméstica e familiar contra a mulher, em regra, motivação relacionada ao gênero, o qual, como já se viu, correspondendo à construção social e cultural dos sexos, estabelece no espaço privado e nas relações familiares uma relação de verdadeira dominação masculina, seria difícil encontrar justificativa para o fato de que um quarto das mulheres agredidas no Brasil não tenham contado a ninguém acerca da violência sofrida e quase dois terços das mulheres agredidas no ambiente doméstico não tenham deixado o lar nem por uma noite<sup>46</sup>, devendo-se ainda levar em consideração que, do conjunto de mulheres que já sofreram violência

<sup>43</sup> Idem, p. 18-20.

<sup>44</sup> Para Ronald Dworkin (2002, p. 357-358), há dois sentidos distintos em que se pode afirmar que uma comunidade está melhor como um todo, quais sejam, um sentido utilitarista, em que se constata que o nível médio ou coletivo do bem estar comunitário aumentou, sentido esse que importa em tormentosa aferição, e um sentido ideal, significando que a comunidade está melhor como um todo porque está mais justa ou, de algum modo, mais próxima de uma sociedade ideal, quer o bem estar médio seja ou não aumentado. É bastante razoável, portanto, que se entenda que uma sociedade em que homens e mulheres compartilhem por igual dos centros de poder e dos espaços deliberativos, públicos e privados, aproxima-se mais de uma sociedade ideal do que uma sociedade estruturada de forma patriarcal, o que nos leva a concluir que uma igualdade substancial de gênero angariaria benefícios para toda a comunidade, fato esse que também se presta a justificar discriminações compensatórias em prol do gênero feminino.

<sup>45</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>46</sup> As informações são trazidas por Edison Miguel da Silva Junior (2006, p. 2), tomando por base dados da Organização Mundial de Saúde, veiculados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 2006.

doméstica, em quase dois terços das vezes o agressor foi o marido ou o companheiro, sendo que metade delas foram agredidas por quatro ou mais vezes<sup>47</sup>.

Em outras palavras, isso significa que, diferentemente das demais modalidades de violência, na que se relaciona ao gênero, ligada que está a relações de poder dentro do ambiente de laços familiares ou afetivos, a mulher, posta amiúde em uma situação de submissão ao homem, e tendo em seu marido, companheiro, namorado, ou mesmo no pai ou em irmão seus algozes, silencia na maioria das vezes, acomodando-se, resignando-se, o que torna o espaço privado do lar um ambiente continuamente medonho, situação que impõe intervenção afirmativa estatal.

A violência doméstica e familiar contra a mulher, no Brasil, pois, é já questão endêmica, e a banalização que tradicionalmente se emprestou ao fato “levou à invisibilidade do crime de maior incidência no país e o único que tem perverso efeito multiplicador”, na medida em que suas seqüelas “comprometem todos os membros da entidade familiar, principalmente crianças”<sup>48</sup>.

É, pois, sob tal cenário, que surge a Lei Federal n. 11.340/2006, apelidada de maneira geral de Lei Maria da Penha, norma essa que carrega o propósito afirmativo, compensatório e promocional de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

É importante observar que referida norma legal, em seu preâmbulo, faz expressa e não usual referência à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher<sup>49</sup> e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher<sup>50</sup>.

Tais convenções representam tratados internacionais já devidamente ratificados pelo Brasil, sendo que, pela primeira, se prevê a possibilidade de ações afirmativas como forma de eliminar discriminações contra a mulher, e, pela segunda, restou claramente conceituado como violência contra a mulher, a ser prevenida, punida e erradicada, “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no ambiente público como no privado” (art. 1º).

O preâmbulo da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, aliás, deixa nítido seu propósito promocional de efetivar uma igualdade material, fática, entre homens e mulheres, com a referência expressa de que “a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”.

<sup>47</sup> Também aqui as informações são trazidas por Edison Miguel da Silva Junior (2006, p. 3), desta feita tomando por base dados referentes ao ano de 2003 constantes de Relatório de Pesquisa do Senado Federal.

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>49</sup> Convenção inicialmente ratificada com reservas pelo Brasil, mas que acabou sendo aprovada na íntegra pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 26/1994 e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto n. 4.377/2002.

<sup>50</sup> Convenção aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 107/95 e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto n. 1973/96.

Para Maria Berenice Dias<sup>51</sup>, a referência pouco usual que a Lei n. 11.340/2006 faz a tratados internacionais é resultado de uma recomendação da Organização dos Estados Americanos decorrente da condenação imposta ao Brasil precisamente em virtude do caso da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, cujo nome apelidou o diploma legal<sup>52</sup>.

Em síntese, a Lei Maria da Penha é uma legislação que, a par de um caráter repressivo, ostenta cunho essencialmente preventivo e assistencial, criando mecanismos aptos a coibir com maior eficiência a violência contra a mulher, amparando-a quando se encontra em um contexto de violência doméstica e familiar.

Dentre tais mecanismos destacam-se as políticas públicas de prevenção à violência doméstica (art. 8º), os procedimentos policiais diferenciados, com a representação da autoridade policial em prol da aplicação judicial de medidas protetivas de urgência (art. 12 e art. 22), como, por exemplo, o afastamento do agressor do lar e a proibição de aproximação do agressor em relação à ofendida, ademais da instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (art. 14), com atendimento multidisciplinar (art. 29), da proibição de aplicação de penas restritivas de direito de natureza pecuniária (art. 17), da possibilidade de prisão preventiva do agressor (art. 20), além da não aplicação da Lei dos Juizados Especiais (art. 41), dentre outras medidas.

É importante frisar que a Lei Maria da Penha não criou qualquer tipo penal novo, salvo uma modalidade específica de lesão corporal baseada no gênero com pena variando de 3 (três) meses a 3 (três) anos de detenção (art. 44).

Em todos os demais casos, a lei remete aos tipos penais comuns, acrescentando-lhes, porém, elementos especiais como a conduta baseada no gênero e a relação de afetividade, o que os tornam “crimes remetidos”<sup>53</sup>, a serem

<sup>51</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>52</sup> A farmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, após sofrer inúmeras agressões, acabou sendo vítima de duas tentativas de homicídio praticadas por seu marido, tendo, em face disso, ficado paraplégica. Embora as investigações tenham começado em 1983, tendo a denúncia sido oferecida em 1984, o réu respondeu a todo o processo em liberdade, e somente 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses após os fatos, em 2002, é que o mesmo foi preso, e embora tendo sido condenado a 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ficou efetivamente preso por apenas 2 (dois) anos (DIAS, 2007, p. 13). O caso, todavia, ganhou repercussão internacional e chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos por meio de denúncia apresentada pela própria Maria da Penha, bem como pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a defesa dos Direitos da Mulher. Em relatório sobre o caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA apontou que a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostram a falta de cumprimento do compromisso aceito pelo Brasil em tratados internacionais de reagir adequadamente ante a violência doméstica. A Comissão, por fim, recomendou ao Brasil uma reparação pronta e efetiva da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância estatal em face da violência doméstica contra as mulheres (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)* comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 12-14).

<sup>53</sup> SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei n. 11.340/06: violência doméstica

apurados mediante procedimento diferenciado a ter curso nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Faz-se pertinente, contudo, observar quem nem todo ato violento contra a mulher há de se subsumir aos ditames da Lei *Maria da Penha*, mas tão somente aqueles que sejam baseados no gênero, como expressamente estabelece o art. 5º, da Lei n. 11.340/2006<sup>54</sup>, *in verbis*:

"Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual."

Com efeito, o enunciado do art. 5º da Lei Maria da Penha define quando crimes comuns passam a ser considerados crimes de gênero, a exigir tratamento jurídico diferenciado, o que somente ocorre quando o ato de violência revele uma manifestação do patriarcado, no dizer de Edison Miguel da Silva Junior<sup>55</sup>, ademais de ter ocorrido no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Tal caracterização dos crimes de gênero é bastante importante, e muitas vezes é objeto de imprecisões doutrinárias.

Maria Berenice Dias, por exemplo, quanto à violência física contra a mulher praticada no âmbito da unidade doméstica, da família ou em relação íntima de afeto, diz que “não só a lesão dolosa [mas] também a lesão culposa constitui violência física, pois nenhuma distinção é feita pela lei sobre a intenção do agressor”<sup>56</sup>.

De fato, a lei, em seu art. 7º, I, estabelece que a violência física contra a mulher “é entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”, dispositivo esse que, contudo, há de ser necessariamente interpretado em cotejo com o enunciado do art. 5º, *caput*, da Lei Maria da Penha, o qual, como já se viu, dispõe que

---

e familiar contra a mulher. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006, p. 3. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9144>. Acesso em: 01 abr. 2008.

<sup>54</sup> O enunciado normativo do art. 5º, *caput*, da Lei *Maria da Penha* reproduz, quase com as mesmas palavras, o texto do art. 1º da *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*.

<sup>55</sup> SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>56</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 47.

somente configura violência doméstica ou familiar contra a mulher a conduta baseada no gênero, noção esta inteiramente incompatível com o conceito de crime culposos, em que o agente nem quer o resultado nem assume o risco de sua ocorrência.

Incorre em equívoco, portanto, Maria Berenice Dias, quanto a tal aspecto, de maneira que nenhuma justificativa razoável há para que uma lesão corporal culposa praticada contra mulher seja albergada pela Lei Maria da Penha, cuja constitucionalidade está intrinsecamente relacionada à questão do gênero, noção que, por ser incompatível com a noção de crime culposos, impõe que se dê ao art. 7º, I, da Lei Maria da Penha, interpretação conforme a Constituição, reconhecendo-se que somente a violência física praticada contra a mulher mediante conduta dolosa pode dar ensejo à prática de violência doméstica e familiar contra a mulher; desde, é claro, que a conduta tenha por base o gênero e ocorra no âmbito da unidade doméstica, familiar ou das relações íntimas de afeto.

Muitas das pretensas inconstitucionalidades com alguma frequência apontadas em relação à Lei Maria da Penha, aliás, fundamentam-se em casuísmos construídos de maneira desatenta para com a necessária relação de gênero que se acha por trás de toda situação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

## 6. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Em tópico anterior já se falou da constitucionalidade das discriminações positivas de gênero no Brasil, as quais encontram suporte na desigualdade material que ainda colore as relações de gênero em nosso país, desigualdade essa que é responsável pela inserção das mulheres dentre os grupos vulneráveis e que autoriza a intervenção estatal por meio de ações afirmativas que visem a promover um tratamento à mulher que a ponha em situação de dignidade social igual a do homem, mormente no que diz respeito às relações de poder no âmbito das relações afetivas, domésticas e familiares.

Para conferir à mulher essa igual dignidade, não há que se lhe dispensar tratamento jurídico igual ao dispensado ao homem, fazendo-se mister, ao revés, que se lhe propicie tratamento jurídico compensatório, promocional, o que, para Ronald Dworkin, é perfeitamente possível, na medida em que o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*), vale dizer, o direito a ser tratado com igual dignidade, respeito e consideração, nem sempre importará em um direito a igual tratamento (*equal treatment*)<sup>57</sup>.

Faz-se imperioso, pois, tratamento jurídico diferenciado sempre que diferenciadas forem as situações fáticas dos grupos que se pretendem igualar sob o aspecto substantivo, material.

---

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 350.

Mas a desigualdade fática a justificar distintos tratamentos jurídicos não há de repousar sobre um aspecto qualquer de menor relevância, devendo, ao revés, estar ancorada sobre fundamentos sérios e legítimos.

Na trilha de tal raciocínio é que Jorge Miranda, analisando dados da jurisprudência constitucional portuguesa, elenca algumas premissas que devem ser consideradas quando da aferição da constitucionalidade de discriminações positivas.

Dentre elas merecem destaque a premissa de que há que se distinguir quais os elementos de semelhança que ostentam importância suficiente para fazer com que duas situações semelhantes mereçam o mesmo tratamento jurídico, a premissa de que as diferenciações de tratamento de situações aparentemente iguais não de se justificar, no mínimo, por qualquer fundamento material ou razão de ser que não se apresente arbitrária (que seja razoável), de maneira que as discriminações infundadas ou arbitrárias são ilícitas, a premissa de que o princípio da igualdade não só autoriza como pode exigir desigualdades de tratamento, sempre que, por motivo de situações diversas, um tratamento igual conduzi-se a resultados desiguais, e, por derradeiro, a premissa de que os fatores materiais determinantes de um tratamento normativo desigual devem comportar, designadamente, uma justificação que busque suporte na consonância entre os critérios adaptados pelo legislador e os objetivos da lei, por um lado, e entre estes e os fins cuja prossecução o texto constitucional comete ao Estado, por outro<sup>58</sup>.

Não é outro o entendimento de Canotilho, para quem as discriminações positivas, propiciadoras de uma igualdade justa, se devem sustentar em um sentido legítimo e um fundamento sério, devendo estabelecer diferenciações jurídicas razoáveis, sendo imprescindível uma análise do peso, da natureza, dos fundamentos e dos motivos justificadores de soluções diferenciadas<sup>59</sup>.

Ora, por tudo o que já se falou acerca da construção social e cultural dos papéis de cada um dos sexos em nosso país, ou, em outras palavras, por tudo o que já se falou acerca do gênero, e restando certo que a violência doméstica e familiar contra a mulher, no Brasil, tem gênese em supostas falhas da mulher no cumprimento dos papéis sociais atribuídos culturalmente ao sexo feminino<sup>60</sup>, impõe-se a conclusão de que o fator de desigualdade material que a Lei Maria da Penha elegera como justificativa para seu caráter promocional da dignidade do gênero feminino mostra-se sério e legítimo.

Para tanto, há que se ter sempre em consideração que não é qualquer ato de violência contra a mulher praticado no âmbito doméstico e familiar que dá ensejo ao tratamento jurídico compensatório, mas apenas aquelas condutas que tiverem por motivação as tensões referentes às questões de gênero, quer seus autores sejam homens

<sup>58</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 249-254.

<sup>59</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 428.

<sup>60</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 17.

ou mulheres, de maneira que somente assim fica resguardada a constitucionalidade da Lei *Maria da Penha* no tocante ao respeito ao princípio constitucional da igualdade.

Vários exemplos, pois, podem ser mencionados no tocante a atos de violência contra a mulher que não se traduzem, contudo, em crimes de gênero, tais como um atropelamento acidental que causa lesões em mulher, lesões corporais causadas por uma irmã em outra em razão de uma disputa por um vestido, o homicídio praticado pelo marido contra a mulher, como queima de arquivo, em virtude de ela haver descoberto documentos que o poderiam incriminar, ou ainda excessos disciplinares praticados pelo pai contra uma filha em razão, por exemplo, de sua desídia para com os estudos.

Em todos esses casos os delitos, *a priori*, não guardam o traço característico do patriarcado, havendo tido outra motivação não relacionada às questões culturais e sociais de gênero, de modo que tais condutas continuam a ser condutas delituosas, mas haverão de se subsumir aos ditames da legislação comum.

No mesmo sentido, emerge evidente que se um filho, por exemplo, agride fisicamente o pai e a mãe, simultaneamente, até conseguir deles dinheiro para comprar droga, nenhuma de tais agressões será apurada pelos ditames da Lei *Maria da Penha*, haja vista que a motivação de tais delitos não se deu em face do gênero.

Casos bem diversos, porém, seriam as hipóteses em que um pai, ou mesmo uma mãe, lesionasse gravemente uma filha adolescente por descobrir que a mesma estava namorando, ou a hipótese do marido que agredisse a mulher em face dos trajes que a mesma estivesse usando, ou o caso de um namorado que mata a namorada porque a teria visto conversando na rua com um ex-namorado ou com um amigo, ou ainda o caso do marido que agride a mulher que se vem mostrando arredia à prática de relações sexuais.

Em casos de tal naipe, revela-se assaz nítida a motivação relacionada aos papéis socialmente atribuídos aos sexos, daí porque constituem crimes de gênero, a atrair a aplicação da Lei *Maria da Penha*.

Costuma-se ainda reputar a Lei *Maria da Penha* de norma inconstitucional ao argumento de que há homens que, assim como muitas mulheres, também são vítimas da violência doméstica, devendo, portanto, receber tratamento jurídico igual.

De fato, é certo e não se ignora que homens há que sofrem violência doméstica por parte de mulheres. Todavia, como deixa claro Maria Berenice Dias, existe em tais hipóteses um importante diferencial, na medida em que, em casos tais, “ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural”<sup>61</sup>.

Por fim, há ainda argumentos no sentido de que a Lei *Maria da Penha* põe o homem em uma situação de desvantagem perante a mulher, transformando o homem, nas palavras de Valter Foleto Santin, “num cidadão de segunda categoria em relação

---

<sup>61</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 56.

ao sistema de proteção contra a violência doméstica”<sup>62</sup>.

Sucedo que em instante algum se questiona que a situação do homem perante a mulher no contexto da violência doméstica passa a ser de desvantagem, ocasionando-lhe, de todo modo, alguma perda.

Contudo, dois pontos aqui merecem ser enfatizados, em derradeiro arremate.

Por primeiro, não é a Lei Maria da Penha que transforma o homem em cidadão de segunda categoria, mas sim o próprio homem, na medida em que se distingue dolosamente dos cidadãos de bem ao tomar o rumo do crime.

Com efeito, para o homem que pauta sua vida na mansuetude, na honestidade e na retidão de caráter em nada lhe é prejudicial a Lei Maria da Penha.

Em segundo lugar, como enfatiza Ronald Dworkin, é certo que o direito de um indivíduo de ser tratado como igual pode ocasionar perda, a qual há de ser considerada, “mas essa perda pode, não obstante isso, ser compensada pelo ganho da comunidade como um todo”<sup>63</sup>.

Pelo fundamento sério e legítimo do critério justificador do tratamento promocional que elegeu, é razoável a inferência de que a comunidade brasileira, tomada como um todo, estará idealmente melhor com a efetiva aplicação da Lei *Maria da Penha*, na medida em que se aproximará um pouco mais do modelo de uma sociedade ideal e justa.

Não se trata, pois, de um argumento utilitarista, mas sim de um argumento de ideal, o qual, para Ronald Dworkin, baseia-se “no argumento independente de que uma sociedade mais igualitária será uma sociedade melhor, mesmo se seus cidadãos preferirem a desigualdade”<sup>64</sup>.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se dissociam os aspectos sociais dos aspectos constitucionais da Lei Maria da Penha.

Com efeito, a constitucionalidade do referido diploma normativo no tocante ao respeito ao princípio da igualdade está umbilicalmente relacionada à questão da construção social e cultural dos papéis de cada um dos sexos, que, no Brasil, aponta para uma relação desigual de poder entre homens e mulheres no âmbito das relações domésticas, familiares e afetivas, desigualdade essa que em nosso país tem contribuído sobremaneira para os alarmantes índices de violência contra a mulher.

<sup>62</sup> Apud CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

<sup>63</sup> DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 351.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 368.

Nesse contexto, é obrigação do Estado lançar mão de ações afirmativas, compensatórias e promocionais em rumo a uma igualdade de fato entre homens e mulheres.

Referida igualdade, no sentido aqui mostrado, não implica na transformação de mulheres em homens ou de homens em mulheres, nem no não reconhecimento de que ambos os sexos ostentam suas próprias peculiaridades físicas e psíquicas pelas quais salutarmente se diferenciam. Absolutamente.

A igualdade almejada pelo Estado em prol da qual a Lei Maria da Penha se apresenta como um importante instrumento é, sim, uma igualdade em dignidade, em respeito e em consideração, que não se pode coadunar com a prática cada vez mais disseminada de atos de violência praticados contra a mulher no âmbito afetivo, doméstico e familiar pelo simples motivo de ser mulher, em uma sociedade que construiu e herdou uma cultura em que ser mulher significa sujeitar-se sempre ao poderio físico, social e econômico do homem.

A igualdade material, substantiva, real, entre os gêneros, no tocante às relações domésticas, afetivas e familiares, é, pois, imperativo de justiça e paz social, imprescindível, portanto, à promoção do bem de todos e à construção de uma sociedade solidária.

E, como aponta Francisco Meton Marques de Lima, a justiça, ao lado da paz, são os valores mais perseguidos pelo direito, interpondo-se a igualdade, ao lado da liberdade, “como valores necessários para se chegar àqueles”<sup>65</sup>.

Se a Lei Maria da Penha vai ou não conseguir reduzir efetivamente os números da violência doméstica e familiar de gênero contra a mulher é coisa que somente o tempo dirá, não se podendo ainda saber ao certo, de modo que qualquer previsão atual mais objetiva nesse tocante não passará de aposta e especulação.

Mas, sendo justa a causa, e servindo a uma política adequada, é válida a aposta.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

---

<sup>65</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 29

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. Trad. Nelson Boeira. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HESSE, Konrad. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LEAL, João José. Violência doméstica contra a mulher: breves comentários à Lei n. 11.340/2006. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1214, 28 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9096>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor"*. Fortaleza: ABC, 2001.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista de Direito UPIS*. Brasília, v. 3, 2005. p. 9-19.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo IV – direitos fundamentais*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PIOVESAN, Flávia. As ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, n. 124, jan./abr. 2005. p. 43-55.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Anotações preliminares à Lei n. 11.340/06 e suas repercussões em face dos Juizados Especiais Criminais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8917>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei n. 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9144>>. Acesso em: 01 abr. 2008.