

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O INSTIGANTE TEMA DA CONSTITUCIONALIDADE DA “LEI MARIA DA PENHA”

Sumário: I- Introdução; II- O Princípio da Igualdade: dimensões e funções; III- Fundamentos da Inconstitucionalidade do Trato Jurídico Diferenciado, por lei, entre Homens e Mulheres; IV- Fundamentos da Constitucionalidade da Lei; V-É legítima a lei que confere à mulher tratamento processual penal distinto em relação ao homem?; VI. Qual o âmbito de proteção constitucional? A Lei pode ser aplicada em favor do homem?; VII- O Sentido Legitimante da Igualdade; VIII- Nossa posição: A Necessidade de Interpretação Conforme sem pronuncia de inconstitucionalidade.

Mauro Viveiros*

I- Introdução

A discriminação jurídica em favor de categorias, grupos ou minorias, raciais ou não, propõe um difícil problema de natureza ética, basicamente porque, admitindo-se que seja necessária e justificável, sempre implica algum custo para os afetados¹. Além disso, o bem-estar geral prometido tanto poderá expressar um sentimento de justiça solidária, como poderá ter conotação meramente utilitária, produto de forças políticas momentâneas.

O tema da igualdade entre homem e mulher é particularmente complexo pelo caráter “institucional” da desigualdade². A sociedade patriarcal ao longo da história parece ter “programado” a mente coletiva para atribuir papel e *status* de relevância em favor do homem e uma correlata diminuição do valor da mulher³, num processo cultural de discriminação silenciosa que só recentemente vem merecendo atenção e resposta em nações mais avançadas e democráticas.

O sexo masculino, conforme essa visão patriarcal, expressa um valor de superioridade e o feminino de subalternidade. São essas representações que estão na base das relações de poder subjacentes à violência que se exerce sobre as mulheres, basicamente como forma de controle mediante força⁴.

Tão antiga e tão forte essa construção social, tatuando no imaginário coletivo a desigualdade como um dado natural, que boa parte das mulheres assume a imagem de subalternidade como se derivada do fato

*Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato-Grosso, Mestre em Direito pela UNESP e Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Complutense de Madri.

¹ “Ponderar afirmativamente aos negros, p. ex., significa necessariamente que se negará a outros as oportunidades em questão por não serem negros de nascimento. Confesso, por conseguinte, que tenho problemas para compreender o lugar da indignação moral em qualquer dos dois lados deste sofrido dilema moral.” (Hely, John Hart, *Democracia y desconfianza, una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1997, PP. 204/205).

² “Para Aristóteles, a mulher constitui uma monstruosidade da natureza, inevitável, porém, para a conservação da espécie. A mulher difere do homem por participar em menor grau dos poderes da razão: portanto seu lugar é de subordinação ao homem, a este cabendo mandar e a ela obedecer”. Schopenhauer defendeu a poligamia, que estaria destinada a combater as pretensões da mulher à equiparação e a eliminar o fenômeno da prostituição (Cfr. Abbagnano, Nicola, in *Dicionário de filosofia*, Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 889).

³ O conceito “gênero” inclui a construção social elaborada sobre a base da existência de dois sexos biológicos, sobre os quais se constroem pautas de identidade e de conduta que se predicam de cada um deles. É dizer, socialmente se constroem dois gêneros aos quais se atribuem papéis, identidade, poder, recursos, tempos e espaços diferenciados.

⁴ Cfr. Corsi, J., *Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar*, *Violencia familiar: Una mirada interdisciplinar sobre un grave problema social*, Paidós, 1997, pp. 23 y SS., apud Martínez García, Elena, *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2008, p. 30.

mesmo de ser mulher⁵. Em certas culturas nascer mulher, ainda hoje, é quase um desastre, fruto do azar⁶!

Não é necessário provar que esse sentimento de inferioridade ampliado à conta da dependência econômica e intelectual – especialmente nos países ditos de terceiro mundo-, é poderosa barreira que agrava a situação de insegurança e dificulta a reação individual da mulher. É como se ela estivesse numa espécie de depressão profunda, da qual não se sai sem ajuda médica, no caso ajuda do Direito.

O tema da violência contra a mulher em geral, por sua complexidade e amplitude, exigiria estudos mais rigorosos e profundos em diversos âmbitos do conhecimento humano, tarefa que extravasaria os limites desse trabalho.

Neste artigo desejo, simplesmente, compartilhar a reflexão sobre o tema da igualdade entre homens e mulheres à luz do Direito Constitucional brasileiro a fim de perquirir a constitucionalidade da lei nº 11.340/2006, que cria mecanismos jurídicos especiais para a proteção da mulher vítima de violência no âmbito familiar.

O tratamento do tema exige, preliminarmente, breve revisão ao princípio constitucional da igualdade a fim de subsidiar nossa análise dentro de uma perspectiva que busque a máxima efetividade aos direitos fundamentais da mulher com o mínimo de custo para o direito de igual proteção jurídica ao homem.

II- O Princípio da Igualdade: dimensões e funções

A noção de igualdade, como sucede aos grandes valores fundamentais, apresenta íntimas conexões com outros princípios, como liberdade, justiça, bem comum etc, dirigidos ao desenvolvimento ético-social da comunidade humana. Além disso, “a igualdade pode funcionar como *regra*, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como *princípio*, instituindo um estado igualitário com o fim a ser promovido; e como *postulado*, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência dos critérios em razão do fim)”⁷.

A igualdade do art. 5º *caput* da Constituição Federal de que “todos são iguais perante a lei”, é, antes de tudo, uma igualdade reguladora do ordenamento jurídico por meio da qual se pretende criar âmbitos de certeza, permitir previsibilidade ao sistema. Desdobra-se como direito fundamental à segurança jurídica e como outros direitos reconhecidos como garantias processuais.

A primeira exigência, ou dimensão, do princípio da igualdade é a *generalização*, expressando o significado de que *todas as pessoas* estão submetidas às mesmas normas e tribunais. Disso resulta a proibição de privilégios e arbitrariedades: a lei tem que ser idêntica para todos, sem que exista tipo ou

⁵ Daí, talvez, a explicação psicológica porque muitas vezes a mulher não consegue se livrar da dependência masculina, parecendo assumir a inferioridade como algo natural frente ao papel provedor do varão, que vai ao mercado, produz riqueza e, por isso, “se creditaria” de um poder hegemônico sobre ela. Esse modo inconsciente de pensar é conforme a idéia mais primitiva e selvagem de que quem produz riqueza tem poder e quem tem poder manda. No limite é a coisificação da pessoa humana!

⁶ “O imã da mesquita de Fuengirola, na Catalunha, Mohamed Kamal Mostafá, estava preso, condenado em primeira instância por ser autor do livro “A mulher no Islã”, no qual detalha as “limitações” que o marido deve ter em mente quando castiga fisicamente a mulher. No livro, aconselha que “os golpes devem ser desferidos em partes concretas do corpo, como pés e mãos, devendo, para isso, utilizar uma vara fina e leve, que não deixa cicatriz ou hematoma”. Além disso, prossegue, “não se deve bater nas partes sensíveis do corpo, cabeça, peito, ventre etc”. O clérigo também afirma que “testemunho de um homem vale o de duas mulheres”, e que “em uma família, a autoridade é do homem” (*Agência de Notícia InterPress*: fonte: WWW.mwgloba.org/ipsbrasil, 29.04.2008).

⁷ Ávila, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 93.

classe de pessoas dispensadas de seu cumprimento ou sujeitas ao poder legislativo ou jurisdicional diverso dos demais cidadãos⁸.

Corolário da generalização é a igualdade perante a lei como exigência de *equiparação*. Antonio Enrique Pérez-Luño ensina: “se o princípio da generalidade estabelece a exigência de um trato igual de situações em que se consideram iguais, o de *equiparação* supõe um trato igual de *circunstâncias* ou de *situações* não coincidentes que, sem embargo, se estima que devem ser consideradas irrelevantes⁹ para o desfrute ou exercício de determinados direitos ou para aplicação de uma mesma regulamentação normativa”¹⁰.

É possível ainda mais uma especificação: a exigência de *diferenciação*. Não se pode aplicar o princípio da igualdade de todos perante a lei desconhecendo as condições estruturais da realidade. Daí a necessidade, por vezes, de um tratamento diferenciado de *circunstâncias* e *situações semelhantes*, mas de acordo com pressupostos normativos que excluem a arbitrariedade ou a discriminação¹¹.

É por meio dessa diferenciação que se introduz um caráter dinâmico ao princípio da igualdade formal. Em qualquer setor da experiência jurídica que deva ser objeto de regulação legal existe uma série de igualdade e desigualdades que não podem ser esquecidas; a igualdade entendida mecanicamente e aplicada de maneira uniforme, desconhecendo essas condições estruturais da sociedade, poderia degenerar numa sucessão de desigualdades reais¹².

Essas exigências de *generalização*, de *equiparação* e de *diferenciação* do princípio de igualdade afetam condições ou qualidades que devem concorrer na formulação da lei. Mas junto a tais exigências a igualdade perante a lei introduz também a garantia *funcional* de regularidade nos procedimentos de aplicação do Direito.

Chamando-a *igualdade de procedimento ou igualdade processual*, Gregório Peces-Barba Martínez a descreve como a igualdade que supõe a existência de um mesmo procedimento para todos, de regras gerais prévias e imparciais para resolver os conflitos, para chegar à formação de vontade dos operadores jurídicos competentes para resolver, com independência das pessoas ou dos interesses que estejam em jogo em cada caso. Formula-se muitas vezes como direito à jurisdição, a um procedimento e a um juiz preestabelecido pela lei¹³.

⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Dickinson, Madrid, 2005, p. 22. A proclamação do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, de que “os homens nascem iguais em direitos e obrigações”, conforme ensina José Afonso da Silva, é uma igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo que gerou as desigualdades econômicas, porque fundada numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea (*Comentário contextual à Constituição*, 4ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2007, p. 72).

⁹ Mesmo que se reconheçam certas diferenças em função de circunstâncias ou situações entre pessoas, a igualdade jurídica exige o tratamento igualitário, desprezando-se por irrelevantes as diferenças notadas. Enquanto a justiça formal consiste em um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma, a justiça concreta ou material seria para Perelman a especificação da justiça formal, indicando a categoria constitutiva da categoria essencial, chegando-se às formas: a cada um segundo sua necessidade; a cada um segundo seus méritos; a cada um a mesma coisa (Cfr. Silva, José Afonso da, ob. cit. p. 71).

¹⁰ Ob. cit. p. 24. Ambos supõem uma garantia contra qualquer trato discriminatório ou privilégio, mas do ponto de vista lógico são diferentes: enquanto a generalidade entranha o trato igual do que é igual, a equiparação supõe o trato igual do que não o é no plano fático, mas se deseja que juridicamente deva ser (ob. cit. p. 25). Ao proscrever os preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, CF), a Constituição reconhece e trabalha com a idéia de desigualdades que obstaculizam o bem geral; por isso, ao desvalorar esses fatores condenáveis, trata de equiparar a todos.

¹¹ Ob. cit. p. 28.

¹² Pérez Luño cita a Ortega y Gasset: “El amigo de la justicia no puede detenerse en la nivelación de privilegios, en asegurar igualdad de derechos para lo que en todos los hombres hay de igualdad. Siente la misma urgencia por legislar, por legitimar lo que hay de desigualdad entre los hombres”. (Ob. cit. p.28).

¹³ *Lecciones de derechos fundamentales, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho*, Dickinson, Madrid, 2004, p. 182.

O procedimento enquanto tal é neutro acerca dos conteúdos da experiência humana, já que obedece apenas a suas próprias regras funcionais. Diz Pérez-Luño: “se tem indicado a respeito, que o procedimento não legitima as decisões que são tomadas mediante ele, senão que legitima a *igualdade* a cujo serviço se dirige. É o instrumento adequado para a instauração de uma dignidade formal entre os homens. Para a igualdade ante o procedimento carece de relevância se os homens são iguais ou desiguais por natureza ou outras causas. São tratados como se fossem iguais, do mesmo modo que poderiam ser tratados desigualmente se se lhes aplicasse um princípio de desigualdade funcional¹⁴”.

Essa manifestação funcional do princípio da igualdade, inerente ao princípio do devido processo legal, acentua a importância do processo como instrumento ético de resolução de conflitos subjetivos¹⁵.

É perceptível, portanto, a inter-relação entre a igualdade como generalidade e igualdade como equiparação/diferenciação: a primeira abrangendo o círculo total de pessoas humanas em dado ordenamento jurídico, dentro do qual gravitam inúmeras espécies de desigualdades que o Direito ora despreza, ora considera relevantes. Ao dirigir sobre certos setores sociais o seu poder coativo, o Direito isola círculos menores no interior da circunferência total, fazendo incidir sobre eles uma força compensatória que deve equilibrar algum tipo de desigualdade excludente e injustificável.

São grandes as dificuldades de composição e de equilíbrio entre essas noções funcionais do princípio da igualdade. Pois, se a igualdade como *generalidade*, por seu caráter neutral não oferece dúvidas, todos os problemas surgem quando se questiona as exigências de *equiparação* e de *diferenciação*, porque é aí que o princípio cobra real significado, desafiando o engenho do jurista na arte de esgrimir argumentação racional e convincente sobre *o que deve* ou *pode* ser equiparado ou diferenciado, quais os critérios e medidas a serem utilizados segundo os fins válidos na ordem constitucional.

Numa frase: a chave estará em determinar os critérios de relevância para a equiparação/diferenciação, os meios adequados, necessários, e proporcionais para atingir o objetivo constitucional. Esse processo de construção argumentativo no Estado de Direito tanto se expressa no momento legislativo quanto no da aplicação da lei. E, como toda argumentação (valoração) traz em si um caráter aporético¹⁶, dada a inevitável participação do ser humano¹⁷ como interprete e parte do objeto interpretado.

Outros aspectos relevantes envolvendo o tema da igualdade constituem uma espécie de infra-estrutura intelectual necessária quando se investiga os seus pressupostos conceituais ideológicos, características como o seu caráter relacional, as noções de identidade-semelhança-igualdade, equidade e justiça etc., o

¹⁴ Ob. cit. p. 33.

¹⁵ É dizer, a igualdade processual, como parte do devido processo legal (art. 5º, LIV, c.c. art. 5º, XXXV e art. 5º, LV, CF) – igualdade de armas – é uma das garantias do próprio processo, objetivamente considerado como fator legitimante do exercício da jurisdição. Parece, portanto, que o juiz constitucional, vinculado que está ao princípio da igualdade do art. 5º, I, CF, deverá indagar se a norma impugnada (a lei, no caso) assegura ao homem e a mulher igual direito de acesso a uma tutela jurisdicional imparcial: direito ao processo com as garantias do devido processo legal. (Cfr. Ada Pellegrini Grinover et al, *in Teoria geral do processo*, 9ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993, PP. 72-77).

¹⁶ O caráter aporético reside na própria ausência de métodos, diretrizes e critérios unívocos de interpretação organizados, capazes de reduzir a alta dose de subjetividade do intérprete e propiciar a controlabilidade efetiva de resultados. No campo da interpretação constitucional, onde se lida freqüentemente com princípios, o problema se agudiza, visto que os princípios podem estar em oposição ou mesmo contradição, não têm uma pretensão de exclusividade, só desprendem seu conteúdo significativo próprio em um conjunto de complemento e limitação recíprocos e necessitam para sua realização de concreção através de princípios subordinados e valorações particulares com conteúdo material independente. (Cfr. C. W. Canaris, *apud* Alexi, Robert, *in Teoría de La constitución*, 2ª Ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 26).

¹⁷ O ato de interpretar é um ato humano e, como tal, é fruto de vontade. Conforme assinala Pablo Lucas Verdú, “é certo que também o juiz está influído pelos prejuízos de sua origem social e por seus pontos de vista ideológicos e políticos. Não é possível desapossar de um homem um último resto de subjetividade”. Mas obtempera que “um juiz experimentado é capaz de refrear os riscos emocionais e irracionais, subjacentes em sua atividade profissional, pois entende que é preciso desterrá-los. Sua profissionalidade e a força das permanentes contraposições de outras opiniões certamente não garantem uma absoluta objetividade, mas sim a asseguram em grande medida”. (*La constitución abierta y sus enemigos*, Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 87).

que nos põe em contato com o mundo da filosofia, com a lógica e com a ética, um conhecimento subjacente ao mundo das normas jurídicas.

Tudo isso marca a complexidade na análise da constitucionalidade de uma lei que interfere profundamente em área tão sensível do Direito, incidindo sobre valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade penal, da solidariedade, da livre determinação, do direito à intimidade e à incolumidade física, da segurança jurídica etc.

III- Fundamentos da Inconstitucionalidade do Trato Jurídico Diferenciado, por lei, entre Homens e Mulheres

De início é preciso situar os principais fundamentos porque se pode entender inconstitucional lei que imponha um tratamento jurídico diferenciado a favor da mulher, no caso em exame a lei nº 11.340/2006.

De maneira geral, pode-se afirmar que a lei, ao criar mecanismos administrativos e processuais exclusivos para proteção da mulher vítima de violência doméstica, infringe o texto do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal que assegura “a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e ao inciso I, do mesmo dispositivo, que proclama: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

A Constituição Federal - conforme essa ótica - erigiu o direito à igualdade entre homens e mulheres como direito ou garantia individual, impassível de modificação até mesmo por meio de reformas constitucionais (art. 60, p. 4º, CF). Ademais, dada a forma como tratou a matéria no art. 5º, inciso I, parte final, ao inserir a expressão “nos termos desta Constituição”, impediu que o legislador ordinário pudesse introduzir no ordenamento jurídico qualquer tipo ou espécie de discriminação positiva a favor de um ou de outro.

Noutras palavras, no tema de direitos e obrigações entre homens e mulheres a Constituição Federal subtraiu ao legislador ordinário a capacidade de instituir programas ou ações positivas em favor da mulher. Ao contrário, estabeleceu, ela própria, as hipóteses de distinção jurídica expressa e taxativamente, v.g. a aposentadoria com menos tempo de idade e de contribuição em relação ao homem, servidores públicos (art. 40, par. 1º, III, a e b), e a atribuição de direitos ou proteções sociais específicas, como a licença à gestante com duração de cento e vinte dias, proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei e a isenção na prestação do serviço militar obrigatório e aposentadoria sob o regime geral de previdência também com menor tempo de idade e de contribuição (art. 7º, XVIII e XX, art. 143, par. 2º, 201, par. 7º, I e II, CF).

Nossa Constituição, ao estabelecer a igualdade formal entre homens e mulheres como princípio, não ignorou, antes reconheceu, as diferenças imanentes ao sexo feminino que resultam em seu prejuízo no plano econômico e social. Por isso criou de modo exaustivo, no seu próprio texto, taxativas hipóteses de discriminação positiva em favor da mulher, pelo que o legislador ordinário não tem autorização constitucional para inovar em matéria de direitos e obrigações que levem em conta o critério sexo como fator discriminante.

Ter-se-ia, no ponto, uma subtração de matéria da agenda política por opção do constituinte. Assim, o advento da lei produziu de um só golpe dupla inconstitucionalidade: a primeira, porque o legislador não dispõe de autorização constitucional para legislar sobre essa matéria, e a segunda, porque a lei criou tratamento processual distinto em favor da mulher vítima de crimes praticados por homens, sem que em favor do homem conferisse trato igual, tomando o sexo precisamente como o fator de *discrímen*, o que é vedado pela Constituição.

A *igualdade de procedimento* ou igualdade processual, que supõe a existência de regras gerais prévias e imparciais para instrumentalizar a tarefa dos operadores jurídicos competentes na prevenção e solução dos conflitos entre pessoas, não admite que o legislador crie situações de vantagens para uma pessoa ou

classe de pessoas em detrimento da outra numa mesma relação jurídico processual em que a própria Constituição prescreve como linearmente igual.

Poder-se-ia dizer, em resumo, que a igualdade entre homens e mulheres é tratada pela Constituição Federal do Brasil como um tema fechado a inovações afirmativas, notadamente no campo penal e processual.

Por isso, o uso de políticas afirmativas ou de discriminação positiva nesse setor, balizado por princípios básicos como o da *igualdade* e da *culpabilidade*, o princípio do *desvalor da ação*, o princípio da *lesividade* a bens jurídicos, não é conforme os postulados do Estado de Direito, que repudia a ideia do chamado *direito penal de autor*, em que se traduziria a criação de tipos penais agravados ou de procedimentos penais distintos em favor da mulher vítima, unicamente porque o autor seja o homem.

Esses argumentos, entre outros, são os que se registram apenas como ponto inicial, suficientes para ensejar a abertura do debate, um dos propósitos desse artigo. Vejamos agora a corrente oposta.

IV- Fundamentos da Constitucionalidade da Lei

No pólo oposto, pela constitucionalidade de instituir-se trato jurídico diferenciado, por meio de lei, em favor da mulher vítima de violência, alinham-se, entre outros, os seguintes fundamentos.

O princípio constitucional da *igualdade entre homens e mulheres* tem caráter prospectivo, dinâmico e aberto, isto é, tomado em linha de conta o histórico de desigualdade real, projeta-se como procura da igualdade substancial em todos os âmbitos. O explícito reconhecimento que a Constituição faz em prol da mulher, conferindo-lhe tutela jurídica específica desde seu texto original, não impede que o legislador ordinário institua, por lei, medidas e ações tendentes a reduzir as desigualdades reais e a ampliar o espectro de igualdade de ambos conforme os objetivos constitucionais em distintos setores da vida política, econômica e social.

O princípio da divisão de poderes e da democracia no Estado de Direito recusam a idéia de subtrair a capacidade normativa do legislador. Só a Constituição pode excluir, explícita ou implicitamente, uma decisão majoritária em processo público e aberto¹⁸ e, quanto ao poder punitivo do Estado, sua delimitação é restrita às hipóteses por ela taxadas¹⁹, só estando vinculado pelos princípios e direitos fundamentais²⁰.

O § 2º do art. 5º, da Constituição Federal, como tem sido reconhecido pela doutrina, é importante mecanismo de integração do extenso catálogo de direitos fundamentais, como cláusula aberta de recepção de “outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Por sua vez, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e, em particular, o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, CF).

¹⁸ A faculdade de conformação que possui o legislador democrático unicamente fica subtraída naquilo que a Constituição exclui de uma decisão majoritária. (Cfr. Simon, Helmut, *La jurisdicción constitucional, in Manual de derecho constitucional, segunda edición*, Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 854).

¹⁹ V. g. a proibição da tortura, tratamento desumano ou degradante, privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, a proibição de juízo ou tribunal de exceção, proibição de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis etc. (CF. art. 5º da CF).

²⁰ Respondendo a questão de se o legislador está obrigado a punir lesões a bem jurídicos, responde Roxin negativamente. Para ele, como em regra geral não existe um mandado constitucional de punição, “a ponderação entre bem comum e liberdade individual, assim como a delimitação de liberdades individuais em colisão, é assunto do legislador, cujas margens de decisão são muito maiores do que os terrenos em que está vinculado (Roxin, Claus, p. 64).

A Constituição, portanto, é um patamar mínimo de direitos fundamentais na medida em que se abre para o reconhecimento dinâmico de novos direitos, sejam implícitos no próprio sistema constitucional, como decorrência do regime e dos seus princípios, ou os que tenham fonte em tratados de que o Brasil seja parte. Há, portanto, uma dupla abertura do sistema de direitos: no plano interno, concretizável por meio da atividade legislativa e judicial e, no plano externo pela recepção em nosso direito positivo de novos conteúdos, novos direitos oriundos da comunidade dos Direitos Humanos Internacionais.

O Brasil ratificou, em 27.11.1995 a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher-Convenção de Belém do Pará, introduzindo-a em seu ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 1973, em 1º de agosto de 1996, obrigando-se perante a comunidade internacional a promover e melhor proteger os Direitos Fundamentais da Mulher no âmbito interno²¹.

A lei tem, portanto, duplo fundamento constitucional: o art. 226, § 8º e o próprio tratado de direito internacional de direitos humanos introduzido no ordenamento jurídico em conformidade plena com o princípio fundamental da proibição da discriminação a todas as formas de discriminação por fato sexo (art. 3º, IV, CF).

Assim, se o combate ao preconceito oriundo do sexo, como fator de desigualdade histórica, arranca da própria Constituição Federal do Brasil, esse preceito constitucional não se limita à esfera de direitos e garantias individuais; é tema que se insere no campo dos Princípios Fundamentais, tem caráter transversal e, conseqüentemente, se espalha para os diversos setores do ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, a igualdade e a justiça são *valores supremos* de uma sociedade fraterna, pluralista e *sem preconceitos* que o Estado Democrático instituído pela Carta Magna pretende assegurar. E como os valores supremos imantam, impregnam e perpassam todo o ordenamento jurídico fornecendo diretrizes vinculantes para o poder público na atividade legislativa, executiva e judiciária, a igualdade de direitos entre homens e mulheres, expressando referidos valores, extravasa o âmbito dos direitos individuais para se converter numa questão do Estado e da Sociedade, como um compromisso de todos²².

A promoção do bem de *todos* - objetivo primordial de todo Estado Democrático – no texto constitucional tem expressivo destaque na proscrição ao *preconceito* e à *discriminação* conectando-se

²¹ Prevê o artigo 7 da referida Convenção:

Artigo 7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
- g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
- h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

²² Os Princípios Fundamentais, concebidos por Canotilho e Vital Moreira como "síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas", na Constituição do Brasil incidem sobre diversos âmbitos normativos; entre eles o princípio da não discriminação contido no art. 3º, IV, *verbis*: Art. 3º. *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...); IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.*

diretamente com os fins do inciso I do mesmo artigo 3º, que são os de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Ao pressupor esses fenômenos sociais como fatores de negação aos valores supremos da igualdade e da justiça, obstáculos para o alcance da tão sonhada sociedade livre, justa e solidária do Estado Democrático de Direito, prometido na ordem estabelecida a partir de 1988, a Constituição grava um compromisso pela eliminação desses desvalores como se fora uma hipoteca social, impondo-o às gerações presentes e futuras.

Em arremate, o princípio da igualdade entre *homens e mulheres*, manifestação do valor supremo e princípio fundamental da igualdade de *todos* no Estado brasileiro, se expressa na garantia instrumental da proibição da discriminação fundada no fator *sexo*. A Constituição trata a homens e mulheres procedimentalmente de maneira neutra, como juridicamente iguais nas suas relações; mas para que se alcance uma igualdade real, introduz regras compensatórias no seu próprio texto a favor da mulher.

Porque essa diretriz de combate à discriminação a fim de instaurar regime de igualdade plena é tarefa permanente que implica *remover os obstáculos políticos, econômicos e sociais*, a Constituição não só proíbe que se discrimine, mas impõe ao poder público um *mandado de promoção* incessante do *bem de todos e da redução das desigualdades sociais*, com o que investe o legislador ordinário na obrigação de identificar situações que conspurquem o princípio de igualdade e de estabelecer, por lei, mecanismos de *combate aos fatores discriminatórios ilegítimos*, de um lado, e de *promover ações positivas* conseqüentes, de outro.

É possível observar, portanto, a coexistência de dupla prescrição constitucional: a da igualdade entre homens e mulheres como direito individual inalienável (art. 5º, I, CF) e o princípio fundamental da vedação à discriminação por fator sexo, além do mandado ao legislador (art. 3º, IV, CF). O primeiro, fonte dos direitos materialmente iguais, embora tutele os direitos fundamentais de ambos os sexos, *do ponto de vista sociológico foi erigido para elevar a segurança jurídica da mulher*, o segundo como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, *foi erguido para a proteção de grupos ou classes de pessoas em situação de desvantagem social, econômica ou política*, entre os quais a mulher é inserida por expressa referência ao *sexo* como fator social discriminante.

Ambos possuem funcionalidades distintas e complementares. Enquanto o primeiro preceito, na sua *dimensão individual*, vincula a atividade do legislador, impedindo-o de criar direitos e deveres que importem em desigualdades entre homem e mulher, o segundo, numa *dimensão externa* ao campo dos direitos individuais, vincula todas as atividades estatais e autoriza a adoção de políticas de redução das desigualdades. Enquanto o primado do art. 5º, I, protege a *igualdade jurídica da mulher com o homem*, numa *dimensão estática de caráter relacional*, o princípio da não discriminação por fator sexo avança para uma *dimensão dinâmica de caráter coletivo*.

Assim, é a articulação equilibrada dessas dimensões interna e externa, a estática e dinâmica do princípio da igualdade, que expressam as exigências de generalização (igualdade formal) – trato igual de situações iguais - e de diferenciação (igualdade material) – trato diferenciado de circunstâncias e situações semelhantes, que marca o caminho da atividade legislativa e fornecerá parâmetros de controle quanto à legitimidade constitucional da política de igualdade que venha a ser instituída por lei no Brasil.

A validade da lei que estabeleça a diferenciação entre homem e mulher, o modo concreto como se articulam essas dimensões, entretanto, é questão que depende do seu conteúdo, de seu âmbito normativo, da adequação e necessidade dos critérios de diferenciação e da proporcionalidade dos resultados concretos, frente à possibilidade de lesão a outros bens jurídicos constitucionais.

V-É legítima a lei que confere à mulher tratamento processual penal distinto em relação ao homem?

Que o ordenamento constitucional admita trato jurídico diferenciado em favor dos que sofram preconceitos ou discriminações²³ não implica um regime distintivo qualquer. A questão que subsiste é a de se saber se, partindo dessa possibilidade constitucional, pode o legislador inovar o ordenamento jurídico no campo penal, criminalizando condutas ou, no campo processual – como é o caso –, estabelecendo tratamento mais rigoroso para o homem agressor da mulher, criando medidas restritivas de direitos ou hipótese de prisão cautelar para ele etc; e, sendo possível, em que medida tudo isso seria constitucional.

Não é difícil ver que, das múltiplas acepções que o termo preconceito comporta a que tem relevância para o direito é a que traduza intolerância ou ódio²⁴. Como o texto (art. 3º, IV, CF) e o contexto constitucional indicam, ambos os termos foram tomados na sua acepção mais gravosa, como equivalentes em função da natureza ou “qualidade” do preconceito, construído socialmente, baseado em *origem, raça, sexo, cor, e idade* das pessoas.

Para a Constituição, é essa forma qualificada de preconceito, porque capaz de produzir e reproduzir desigualdades reais, que não é tolerada e deve ser combatida juridicamente, tanto quanto a *quaisquer formas de discriminação* preconceituosas. E o remédio jurídico para esse combate é, conforme o engenho da doutrina e da jurisprudência, o uso de ações positivas ou medidas de solidariedade destinadas a reverter os efeitos da discriminação dos grupos sociais minoritários ou categorias por fatores políticos, econômicos ou sociais²⁵.

O remédio jurídico apresentará dosagens distintas conforme a natureza, a intensidade das causas e as conseqüências que se pretenda enfrentar. As discriminações sociais, conseqüência da estratificação da sociedade em classes no mundo capitalista - que se orienta pelo princípio da livre concorrência no mercado e da acumulação da riqueza -, têm sido toleradas amplamente pelo poder hegemônico constituído pelos homens; e é o alto grau dessas discriminações eticamente intoleráveis que justifica a adoção de mecanismos corretivos como o princípio ativo daquele remédio jurídico, cuja dosagem é medida pela prudência e sensibilidade humana em função do estágio civilizatório das sociedades.

Retomemos o fio condutor do raciocínio a fim de responder as indagações antes formuladas, pois a partir daqui o tema da igualdade entre homens e mulheres vai relacionar-se com o *princípio da igualdade perante a lei penal* num sentido amplo, conforme o qual “a mesma lei penal e seus sistemas de sanções – aqui compreendidas as normas processuais, regimes de cumprimento de pena etc – hão de se aplicar a todos quantos pratiquem o fato típico nela definido como crime”²⁶.

No caso, a lei 11.340/2006 cria mecanismos para coibir e prevenir 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 Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e

²³ *Preconceito e discriminação* aparecem indiferenciados no texto constitucional. O *preconceito*, segundo o Dicionário Aurélio, é “1. Conceito ou opinião formados antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos; ideia preconcebida. 2. Julgamento ou opinião formada sem se levar em conta o fato que os conteste; prejuízo. 3. P. ext. Superstição, crendice; prejuízo. 4. P. ext. Suspeita, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões etc...” (p. 1380) Já a *discriminação* é “1. Ato ou efeito de discriminar. 2. Faculdade de distinguir ou discernir; discernimento. 3. Separação, apartação, segregação: discriminação racial...” (ob. cit. p. 596).

²⁴ Assim, enquanto o preconceito é intelectual ou ideológico, pertencente ao mundo das ideias, a discriminação, como ato ou efeito conseqüente de discriminar, situa-se no campo da ação humana, podendo ser captada da realidade sensível. Nem todo preconceito gera discriminação; mas a discriminação, quando resultado de um preconceito, pode ser controlável pelo Direito.

²⁵ Estas ações podem ter conteúdos dirigidos a remover os obstáculos que impedem ou dificultam os grupos ou categorias minoritários ou em situação de desvantagem a alcançarem a plena igualdade (uma dimensão puramente negativa), ou uma atuação promocional (dimensão positiva propriamente dita), de incentivo ou estímulo a uma participação maior nos benefícios econômicos e sociais.

²⁶ Silva, José Afonso da, ob. cit. p. 78.

Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O seu fundamento constitucional imediato de validade é o texto do art. 226, § 8º, que tem a seguinte redação: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

O que o preceito constitucional ordena primariamente é o *combate a violência no âmbito das relações familiares*, fenômeno específico muito mais grave e visível do que o simples preconceito ou discriminações sociais. E o que significa isso?

Significa que a Constituição, além de impedir, como princípio geral, o preconceito e todas as formas de discriminação por razões de origem, de raça, de sexo, de cor e de idade, como objetivos da República Federativa do Brasil, autorizando a adoção de políticas afirmativas em geral, foi além; formulou diretriz especial, determinando que o poder público adote ações concretas que coibam a violência doméstica entre pais e filhos, marido e mulher, irmãos e irmãs, netos e netas, avô e avó, enfim, entre todos os que compõem a família.

Nesse comando ao legislador, a Constituição não limitou a ação do Estado apenas ao âmbito administrativo, já que não especificou o campo de sua atuação, o seu conteúdo nem o instrumento, se por regulamento ou por lei. E se não há vedação parece possível que o Estado legisle de modo amplo sobre esse âmbito de proteção constitucional.

O preceito constitucional tem referência à família e finalidade clara: a assistência à família *na pessoa de cada um dos que a integram*. Indaga-se, então: se a lei “cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, mas não aos demais, teria desrespeitado o comando constitucional?

Em verdade, a lei dirigiu proteção à mulher pela óbvia razão de ser ela o sujeito passivo principal da violência no âmbito das relações familiares. A assistência que a Constituição determina em favor da família não é desatendida se a lei dirige tutela especial àquele que padece a violência de modo principal nas relações familiares ou afetivas por ações do homem.

A tal interpretação bastaria trazer à liça o elemento histórico, sendo curial que o constituinte, como um homem do seu tempo, tinha plena ciência quanto à identidade dos protagonistas desse tipo de violência quando erigiu o preceito do art. 226 § 8º da CF²⁷.

O preceito constitucional tem substrato lógico: ele só existe em função da necessidade de combater a desigualdade entre o homem e a mulher que degenera em violência na família²⁸. A gênese do preceito tem referência histórica na violência contra a mulher, a forma mais pronunciada do preconceito e da discriminação que a acompanha desde o berço, passando pela infância, adolescência, a maternidade e a vida em comum com o homem, âmbito no qual afloram conflitos que remontam a concepções antropológicas, filosóficas e sociológicas e desencadeiam sentimentos de opressão, de angústia e de dor..., que afetam decisivamente a todo o entorno familiar.

²⁷ A violência familiar possui fundo sociocultural, que nos remete a nossa própria história de povo colonizado, vitimado por longo período de escravidão, de baixa instrução escolar, com alto índice de analfabetismo, de mortalidade infantil, taxa de desemprego e de concentração de renda. Por isso os fatores *origem e raça* (negros) estão intimamente ligados à pobreza; tudo isso agravado por falta de políticas públicas sociais efetivas rende ensejo à proliferação de múltiplos núcleos familiares desestruturados – que se reproduzem em escala crescente –, à marginalidade e à violência que eclode no seio familiar, no qual a mulher, por sua própria natureza e função, passa a se constituir numa espécie de pólo de atração “natural” como vítima da violência e opressão exercida pelo homem, produto desse processo de exclusão. Daí a complexidade do tema, por envolver, também, aspectos políticos e econômicos.

²⁸ A propósito da proteção defeituosa ou inadequada a direitos fundamentais, Canotilho ensina: “A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais” (Canotilho, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p. 265).

Daí parecer de lógica simples que os mecanismos jurídicos de proteção devam tutelar, *prima facie*, os direitos fundamentais da mulher e, por extensão, a própria entidade familiar, não simplesmente pela estratégia de conferir direito substantivo à mulher, o que a lei não chega a fazer, mas sim de prevenir e melhor coibir a violência de que padece precisamente em razão de sua condição peculiar.

Então, respondendo a indagação em epígrafe, a lei que confere tratamento especial em favor da mulher, visando prevenir ou combater a violência no âmbito familiar não está em desarmonia com os fins e valores constitucionais.

Mas, indaga-se: na conformação dessa tutela diferenciada destinada a conferir maior efetividade aos bens jurídicos penais da mulher, a lei não traz um *agravamento no modo de acionamento do direito penal contra o homem*, consagrando forma de direito penal de autor²⁹, incompatível com o Estado de Direito. Vejamos o conteúdo da lei.

A lei trouxe, é verdade, um recrudescimento penal ao aumentar a pena do crime de lesões corporais praticada no âmbito das relações domésticas (§ 9º *Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade*) incluindo o § 11 (*Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência*).

Mas a causa de aumento de pena do art. 129, § 9º, do CP, como se vê, não agrava o delito para o homem; empresta maior censura ao fato de a lesão ser praticada contra mulheres, ou homens, que figurem como *ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro* do agente, ou com quem ele *conviva ou tenha convivido*, ou, ainda, por ter o agente se *prevalecido das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade*. No § 11 do dispositivo, de igual sorte, a única condição exigida pela lei é que se trate de *pessoa portadora de deficiência*.

Acrescentou, ainda, na agravante do art. 61, II, letra f, do Código Penal, a circunstância de o agente ter praticado o crime “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, *ou com violência contra a mulher na forma da lei específica*”.

Nas duas hipóteses da agravante a primeira é neutra quanto ao sexo do agente, pois o homem não tem autoridade jurídica sobre a mulher; a segunda tutela a mulher vítima de violência doméstica, mas não exclui a possibilidade de que o agente ativo possa ser outra mulher.

Proibiu a aplicação, “nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de *penas de cesta básica* ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa” (sic-art. 17). Essa proibição será examinada em conjunto com a seguinte.

Na mesma linha moralizadora, retirou dos juizados especiais criminais a competência para o processo e julgamento dos crimes praticados contra a mulher nas situações que descreve, considerando que, como a experiência revelou, a simples possibilidade de *transação penal e suspensão condicional do processo* é fator de desestímulo a que as vítimas busquem providências junto às autoridades constituídas. As autoridades, de sua vez, se sentiam impotentes diante de situações traumáticas em que, sem instrumentos

²⁹ O direito penal do autor pode ser definido, de maneira simplificada, por oposição ao direito penal do fato, que é constituído por uma regulação legal em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente e a sanção representa só a resposta ao fato individual, e não a toda a condução da vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam dele. Então, o direito penal do autor será aquele em que a pena se vincule a personalidade do autor e seja a sua não sociabilidade e o grau dela o que decida sobre a sanção. Disse Bockelman, citado por Roxin: “O que faz o autor culpável aqui não é já que haja cometido um fato, senão o simples modo como seja para recair sobre ele a censura legal. Ali onde entre os pressupostos da cominação penal se inclui algo distinto e mais que o *se* e o *como* de uma ação individual, e onde esse algo mais deve buscar-se na peculiaridade humana do autor, estamos ante um sistema em que a pena se dirige ao autor como tal. (Roxin, Claus, *Derecho Geral, parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Thompson, Civitas, 12ª Ed., Madrid, 2006, p. 176-177).

legais para prevenir ou reprimir de maneira pronta e adequada ameaças e lesões corporais, assistiam muitas vezes a concretização de homicídios anunciados.

A finalidade dessas proscricções, pelo seu caráter moral de proteção a bens jurídicos fundamentais, parece conforme aos princípios e valores constitucionais. Sob o ângulo estritamente constitucional, o legislador não está adstrito a um modelo único de direito penal; ou seja, a Constituição não prescreve um catálogo de bens jurídicos e de sanções penais. Nesse campo a liberdade de conformação do legislador acerca de quais bens jurídicos devem ser tutelados, o tipo de sanções, ritos processuais e regimes de penas é ampla; só está vinculada a mandamentos expressos, aos princípios e direitos fundamentais.

Nessa ordem de ideias, a necessidade social de proteção cautelar de bens fundamentais da mulher vítima de crimes e em situação de risco autorizou nova hipótese de prisão preventiva “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência” (art. 20 e 42). A lei não impõe a medida privativa de liberdade, tampouco exclui que o agente possa ser outra mulher.

No seu Capítulo I, Título II, art. 5º, ao descrever a violência doméstica e familiar contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, não definiu condutas, mas definiu formas de violação de bens jurídicos fundamentais já protegidos pelo Código Penal. É norma conceitual que não inova no campo penal.

Sob um enfoque organizacional, estabelece uma articulação entre institutos de direito civil, administrativo e penal e Instituições afins depositando instrumental jurídico amplo em mãos do juiz. Ao prever a competência do juízo criminal (Juizado) para as medidas civis e administrativas conexas à questão da violência, o legislador se guia pela premissa de que a proteção aos bens jurídicos da mulher, por exigir medidas cautelares de natureza distintas e por poderem implicar, inclusive, na restrição à liberdade penal do agressor, só o juízo criminal, como o competente para o processo e julgamento do eventual crime, haveria de concentrar o conhecimento e julgamento integral das questões civis e criminais³⁰.

Do exame do texto integral da lei conclui-se, portanto, que não se introduziu tipos penais nem penas exclusivas para o homem³¹, muito embora tivesse adotado medidas protetivas e acauteladoras dos direitos básicos apenas da mulher, salvo no que afasta a incidência da lei nº 9.099/95 e de seus institutos despenalizadores da transação penal e suspensão condicional do processo.

Neste único ponto, por dizer respeito à subtração de institutos alternativos à pena, a lei ingressa precisamente no campo penal já que, embora não crie novas sanções específicas para o homem, altera o modelo de resposta penal vigente, e mais favorável, para todos que praticarem crimes apenados com pena não superior a três anos de prisão.

A validade dessa inovação depende de como se interprete o princípio da igualdade. Para quem entende impossível a simples introdução de qualquer diferenciação de tratamento jurídico de direitos e deveres entre o homem e a mulher, a lei seria inconstitucional.

³⁰ Parece defensável, ainda, o argumento da experiência de que o juízo criminal é o mais bem equipado para as questões, em função da vocação natural para o trato sensível das misérias humanas, onde o contato do ser humano (réus, vítimas, testemunhas, peritos etc) com o juiz é uma exigência conatural ao processo penal (um dia na Corte dos norte-americanos) de índole cooperatória, inclusive porque nele atua obrigatoriamente o Ministério Público como parte e fiscal da ordem jurídica justa (que vela também pela proteção do menor, do idoso, da família, do hipossuficiente, do trabalhador) além da presença agora obrigatória do advogado da mulher vítima.

³¹ Na Espanha a lei orgânica 1/2004 – Lei de Violência de Gênero –, ao modificar o art. 153.1 do Código Penal – entre outras mudanças legais –, permite aumentar a pena de violência empregada contra a mulher quando o agressor seja o varão. Desde que a lei entrou em vigor em 2005 foram propostas cerca de 200 questões de inconstitucionalidade contra diversos de seus artigos; o TC admitiu 127 delas em relação a esse artigo e, no dia 13.05.2008, por sete votos a cinco o Tribunal considerou-o constitucional (fonte: www.elpais.com, edição de 14.05.2008).

Penso, contudo, que a lei pode aplicar-se, nesse ponto, sob a condição de um aditamento conforme os princípios constitucionais. Isto será melhor exposto nos tópicos seguintes.

VI. Qual o âmbito de proteção constitucional? A Lei pode ser aplicada em favor do homem?

O âmbito de proteção constitucional delimita a norma garantidora de direitos, permitindo identificar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção. Só depois de conhecido o âmbito de proteção é possível averiguar o tipo, a natureza e a finalidade da medida restritiva de direitos fundamentais.

O art. 226, § 8º da Constituição Federal, ao prescrever: “O Estado assegurará a assistência à família *na pessoa de cada um dos que a integram*, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” garante a um tempo: a proteção do Estado à *família* como *instituição* e à *pessoa* de cada um dos que a integram; criou uma garantia contra a violência que se estende a todos os componentes da família.

A Constituição não prevê a possibilidade de restrição expressa nesse âmbito de proteção, nem autorizou que lei o fizesse. Portanto, não havendo restrição direta ou autorizada pela própria Constituição, qualquer restrição à garantia prevista na norma constitucional só pode admitir-se como decorrência da necessidade de proteger outros bens constitucionais.

Agora bem. A lei nº 11.343/2006, ao regular o direito de proteção constitucional da mulher vítima de violência no âmbito familiar, introduzindo mecanismos exclusivos para sua proteção processual e penal, não incluindo a categoria jurídica *homem* do suposto de fato, privou-o inteiramente de exercer a garantia constitucional igual estabelecida na Constituição Federal³².

Ao editar a lei como estratégia de combate à violência por meio da proteção *prima facie* dos bens da mulher³³, o legislador, em princípio, não ofendeu o comando constitucional; fruiu a competência constitucional de legislar, baseado na necessidade de redução de toda forma de discriminação e de melhor proteção dos bens jurídicos da mulher vítima de violência, como sujeito carente de adequada proteção jurídica.

A deliberada decisão do legislador em não contemplar explicitamente o homem como sujeito de tutela igual no âmbito das relações familiares, não o incluindo na hipótese de incidência legal no suposto de violência, representa, sem embargo, uma *omissão parcial* da lei.

O caráter relacional do princípio da igualdade leva, quase sempre, a necessidade de inclusão/extensão de vantagens a pessoas ou grupos que a princípio não foram contemplados na lei, quando se identifica situação jurídica idêntica entre beneficiados e excluídos. A forte vinculação do poder público – executivo, legislativo e judiciário – pelo postulado da igualdade, inclusive como um dos vetores de interpretação constitucional mais proeminentes, obriga a todos os poderes à tarefa de identificar os aspectos e características essenciais que se deve levar em conta ao criar um regime diferenciado, respeitar esses fatores e não incluir outros.

O âmbito constitucional de incidência prescrito para a lei – as relações familiares – vincula o legislador ordinário na obrigação de combater a violência que afete a qualquer de seus integrantes. A família, composta por pessoas de ambos os sexos, portanto, só parcialmente se vê protegida pela lei, posto que a

³² O Estado, obrigado constitucionalmente a prover segurança à família e a todos os seus integrantes, não legislou a favor de todos. E isso era mesmo o propósito da lei, que tem a mulher como categoria em situação de desvantagem, não o homem, visto como o opressor.

³³ A lei conferiu à mulher uma tutela jurídica diferenciada; estabeleceu um *discrímen* a favor de uma categoria de pessoas humanas numa dada situação jurídica que reputou em desvantagem. Ou seja, no âmbito das relações familiares o legislador presumiu a mulher como sujeito carente de proteção adequada.

não inclusão da categoria *homem* no seu raio de abrangência ignora os interesses dos demais integrantes da família que ocupam posições e papéis próprios, como marido, convivente, filho, pai, avô, neto etc.

Para a Constituição o que releva é combater *a violência no âmbito das relações familiares*. É que neste cenário especial que é a família, a Constituição elimina a desigualdade entre os cônjuges, como uma projeção ou especificação da regra do art. 5º, I, a qual impõe uma paritária vinculação entre eles em direitos e obrigações, superando a situação de desigualdade jurídica existente no regime anterior, quando o marido era o chefe da sociedade conjugal.

Se, p.ex., a lei autoriza a prisão cautelar do homem agressor da mulher, não admitir a incidência da mesma regra em desfavor da mulher agressora (esposa, companheira, mãe, filha, tia, avó, sobrinha etc) quando o homem é vítima e o crime ocorre no âmbito das relações domésticas, afetivas ou familiares é vulnerar o direito fundamental de tratamento jurisdicional igual imposto pela Constituição Federal no art. 5º, I, CF, que traduz o direito de vítimas e acusados de serem tratados com igual consideração e respeito pelo Estado.

Por identidade de razões, se o homem como sujeito ativo de crimes contra a mulher não se beneficia mais dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, referido modelo só poderá conformar-se ao princípio da igualdade de procedimento constitucional se aplicado também à mulher quando autora de crimes contra o homem.

Isso impõe ao juiz do processo penal a tarefa de verificar concretamente o contexto em que realizada a conduta criminosa e, na hipótese de identificar que o sujeito passivo de agressões por ação da mulher é do sexo masculino, há de aplicar em seu favor, se necessário, as medidas de proteção compatíveis, porque aí o conflito entre ambos se opera dentro da situação jurídica de igualdade normativa prescrita pela Constituição.

Ou seja, do ponto de vista jurídico-constitucional é irrelevante saber se a violência doméstica é praticada pelo homem ou pela mulher; e se a lei não disse expressamente que o juiz deve aplicá-la também em favor do homem, esse trato igual decorre do próprio texto combinado do art. 5º, I e do art. 226, § 8º da Constituição Federal que assegura a proteção do Estado à família na pessoa de cada um dos que a integram. O princípio da igualdade nessa hipótese vincula diretamente o juiz.

VII- O Sentido Legitimante da Igualdade

A legitimidade de um texto legal frente ao complexo mundo dos direitos fundamentais é tarefa nem sempre simplificada; no mais das vezes exige reflexões que transcendem os lindes do direito posto. Dada a alta carga axiológica dos direitos e o caráter aberto da linguagem da Constituição, a definição e a própria validade do texto de lei depende de uma compreensão do texto à luz do contexto, o que implica uma dupla interpretação ou, conforme Tércio Sampaio Ferraz, “trata-se, na relação entre texto e contexto, de uma compreensão do texto capaz de alterar o contexto, dando-lhe sentido legitimante.

Por exemplo – prossegue o autor - “se o comando constitucional determina que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (art. 5º, I), a interpretação de legitimação deve buscar no contexto real os traços que tornam significativa aquela igualdade, mesmo que a realidade apresente outros traços até mais significativos para a apreensão do modo como a sociedade vivencia aquela relação. Assim, se socialmente a igualdade entre homens e mulheres pressupõe a desigualdade dos sexos e, em nome da igualdade, ainda trata desigualmente os desiguais, a interpretação de legitimação dará menos relevância significativa à diferença de sexo, conferindo importância maior à capacidade de homens e mulheres em desempenhar as mesmas funções (sociais, políticas, econômicas, profissionais, familiares etc). Com isso, “ao se legitimarem certos traços comportamentais, o sentido da

igualdade no contexto real se altera, não porque as diferenças sexuais sejam ignoradas, mas porque são materializadas pela relevância conferida às semelhanças³⁴.”

O método da preponderância das semelhanças revela a íntima relação do princípio da igualdade com o princípio da *solidariedade*, previsto no art. 3º, I da Constituição Federal, que, como visto, é também um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

E essa relação pode ser percebida frente a qualquer problema jurídico envolvendo a afirmação do valor igualdade, visto que na solução do problema dessa índole sempre se cuidará, em alguma medida, do reconhecimento dos valores do outro, do nosso semelhante, que o mundo transformou em “desigual” por deformações do processo civilizatório que a razão sensível e a natureza humana já não toleram.

As desigualdades - já se disse - estão no mundo das relações de fato, enquanto a igualdade jurídica, produto da razão humana, é sempre um ideal a alcançar-se, exigindo um compromisso solidário permanente de todos os povos. Por isso que no plano jurídico a relação de igualdade entre o homem e a mulher é prescritiva – há de ser sempre-, e não simplesmente descritiva; estando essa relação informada de valores constitucionais solidários, ela só admite distinções que afirmem esse ideal jurídico, nunca as distinções que o possam diminuir.

As pessoas integrantes dessa sublime instituição humana necessária, que é a entidade familiar, do ponto de vista jurídico são idênticas e merecedoras de trato digno igual. E quando se adota um trato jurídico distinto entre os sujeitos dessa entidade constitucional especial, criando lei que tutela uns em detrimento de outros, se esta subvertendo o sentido normativo da relação de igualdade exigida pela Constituição. Noutras palavras, se está assumindo, não uma interpretação legitimante pelas semelhanças que compõem a identidade jurídica de todos, mas uma interpretação baseada na desigualdade do sexo, fator que, no âmbito interno dessa relação, não é admitido pela Constituição.

Esclareça-se melhor o raciocínio: a lei pode perfeitamente estabelecer vantagens em favor da mulher e não o fazer em relação ao homem, de maneira geral; mas não pode estabelecer trato distinto estabelecendo direitos e deveres a um e não ao outro *no interior de uma mesma situação jurídica* que a própria Constituição tratou normativamente como igual no setor privilegiado da família.

Deve-se observar, no ponto, que o art. 226, § 5º da Carta Magna, é expresso: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. E, para efeito da proteção do Estado, reconheceu como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º). Vale dizer, no que respeita às relações jurídicas familiares a Constituição criou, para além da regra do art. 5º, I, mais uma regra impositiva de igualdade específica em direitos e obrigações.

A Constituição tratou o homem e a mulher nesse campo num horizonte igual em direitos e obrigações, prescindindo por irrelevante, inclusive, a existência de casamento entre ambos para efeito de proteção do Estado.

Disso tudo resulta que homens e mulheres têm direito a receber do poder público um tratamento jurídico igual no plano concreto das relações jurídicas em que estejam reciprocamente envolvidos porque, nessa situação, a Constituição apaga, elimina todo e qualquer traço distintivo entre ambos. Esse critério de legitimação pelas semelhanças é um importante vetor de interpretação.

VIII- Nossa Posição: A Necessidade de Interpretação Conforme sem pronuncia de inconstitucionalidade

³⁴ Ferraz Junior, Tércio Sampaio, *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*, Editora Manoli, Barueri, 2007.

Desde que se distinguiu entre texto ou enunciado e norma³⁵, a atividade interpretativa ampliou-se enormemente, possibilitando a resolução, pela jurisdição constitucional, de uma série de problemas de legitimidade, especialmente no âmbito do controle abstrato.

A técnica da interpretação conforme – que se orienta, basicamente, pela busca de sentido interpretativo compatível com a Constituição e o descarte do sentido inconstitucional entre duas ou mais normas advindas de um mesmo texto – prestigia o princípio democrático e o respeito à própria unidade do ordenamento jurídico conferindo maior segurança jurídica à sociedade.

No caso em exame, se tomamos a lei simplesmente lendo o seu texto à luz do princípio do art. 5º, I, CF, isoladamente, chegar-se-ia à conclusão de sua inconstitucionalidade, posto que, ao criar regime jurídico distinto entre homens e mulheres no âmbito processual penal, vulnera o princípio de igualdade em direitos e obrigações paritariamente determinada pela Carta Magna.

Contudo, um exame finalístico da lei, a partir de reflexões que levem em conta a recíproca interação entre as dimensões formais e materiais do princípio da igualdade, dos valores da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e, especialmente, tendo em vista o sentido do parâmetro constitucional em que a lei colhe seu fundamento imediato de validade, que é a prevenção e o combate a violência no âmbito das relações familiares, a par dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil nesse tema, conclui-se que a lei, ao criar medidas especiais em favor da mulher em situação de desvantagem frente ao homem com quem tem, ou tenha tido, um relacionamento afetivo, não afronta o princípio da igualdade.

A declaração de inconstitucionalidade da lei teria fundamento na preponderância do sentido *formal* – de *generalização* – do princípio da igualdade combinado com a proibição da discriminação por fator sexo; a segunda interpretação prestigiaria a dimensão *material* – da *diferenciação* interna – do princípio. A primeira visão acentua a *neutralidade* da igualdade de procedimento; esta outra interpretação prestigia o enfoque sociológico no tema da igualdade da mulher, o dado *realístico* do direito, frente à insuficiência normativa para a proteção da mulher nas suas relações com o homem.

A nossa opinião é a de que a lei não é inconstitucional porque possui fundamento de validade constitucional. Ampliar o espectro de proteção jurídica da mulher não é ilegítimo, se não se introduz figuras penais ou aumento de penas exclusivas para o homem; tampouco se a lei incide só parcialmente em alguns aspectos do processo, que não afetam o contraditório, a ampla defesa e o controle jurisdicional.

A legítima ampliação da proteção aos bens básicos da mulher, pela lei, contudo, não autoriza a exclusão total do homem do âmbito de proteção constitucionalmente assegurado a todos os membros da entidade familiar, medida inadequada³⁶ e desnecessária³⁷ para atingir o resultado visado pela lei.

³⁵ Em todo preceito legal se pode distinguir conceitualmente disposição, texto ou enunciado, por um lado, e interpretação por outro. Conforme Dias Revorio, A disposição seria o texto, o conjunto de palavras que formam uma oração, enquanto que a norma seria seu significado, isto é, o resultado de sua interpretação. Não pode haver norma sem previa atividade interpretativa; nem se pode falar já de disposição (mas sim de norma) para referir-se ao resultado de dita interpretação. Interpretar, conforme Guastini, é atribuir sentido ou significado a um texto normativo (Dias Revorio, Francisco Xavier, *Las sentencias interpretativas Del tribunal constitucional*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, PP. 35-36).

³⁶ O princípio da adequação ou da conformidade impõe que a medida adotada seja apropriada para a consecução do fim ou fins do interesse público que a lei tem que perseguir (Cfr. Canotilho, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 262).

³⁷ O princípio da exigibilidade ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível. Pode ser assim desdobrado: a) a exigibilidade material: o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial: aponta para a necessidade de limitar o âmbito de intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público (Ibidem, p. 262).

A jurisprudência do STF tem admitido a introdução de tratamento diferenciado, por lei, entre situações iguais desde que haja uma justificação objetiva e razoável e que essas diferenciações não sejam desproporcionadas em atenção aos fins legitimamente perseguidos³⁸.

Enquanto de acordo com o texto da lei a mulher frui, sempre, o regime legal de proteção, o homem nunca se beneficiaria mesmo que estivesse em situação idêntica à hipótese fática prevista. A proteção agregada aos direitos fundamentais da mulher, no caso, implicou afastamento do homem sem justificativa plausível, porque, de haver sido incluído formalmente na lei a categoria *homem*, como beneficiário das mesmas medidas de proteção, isso em nada diminuiria o espectro de proteção criado a favor da mulher.

Há, no caso, uma *omissão parcial* derivada de uma decisão legislativa de não incluir o homem na posição jurídica que a Constituição exige que seja igual independente do sexo, no âmbito das relações familiares. Mas a superação dessa inconstitucionalidade relativa não autoriza a pronúncia de inconstitucionalidade da lei porque isso resultaria no aprofundamento da lacuna, que hoje é parcial, gerando uma lacuna total no ordenamento jurídico com a ausência da lei.

Declarada a inconstitucionalidade com a pronúncia de nulidade se eliminaria a lei do ordenamento jurídico impedindo, de um lado, que só homens pudessem ser atingidos na sua esfera jurídica, mas ao mesmo tempo excluiria as importantes medidas que viabilizam a prevenção e o combate eficaz da violência no âmbito das relações familiares, desprotegendo os direitos básicos da mulher vítima, objetivo legal que está em conformidade com o preceito constitucional.

Parece certo que o preceito do art. 226 § 8º da Constituição admite a ampliação dos direitos da mulher. Mas, ao ignorar os comandos do art. 226, § 5º, c.c. o § 3º em sintonia com o art. 5º, I, CF, o legislador não cumpriu o ciclo obrigatório nessa concretização dirigida a coibir *a violência no âmbito das relações familiares na pessoa de cada um de seus integrantes*.

A insuficiência normativa cria uma situação inconstitucional que não reside no que está no texto da lei, mas sim no que ela deveria conter. E porque a inconstitucionalidade é apenas parcial – e relativa – a interpretação conforme não oferece solução, dado que não se cuida de simplesmente fixar determinada possibilidade de interpretação e excluir outras, mas, ao contrário, cuida-se de colmatar lacuna *legis* por via interpretativa, corrigindo determinada hipótese do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal³⁹.

Só a aplicação de uma *interpretação conforme sem redução de texto*⁴⁰ forneceria solução adequada à questão, no sentido de declarar a constitucionalidade da lei à condição de que interpretada de maneira a

³⁸ “A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. 4. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio”. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente (ADI 3305 / DF – Rel. Min. Eros Grau, J. 13.09.2006).

³⁹ As diferenças conceituais entre interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, apesar da proximidade dos resultados práticos que mantêm, podem ser as seguintes: a primeira simplesmente adota uma das interpretações possíveis da lei, e o dispositivo da sentença ou do acórdão sempre é de improcedência da arguição. Sendo uma declaração de constitucionalidade, não está a decisão submetida ao princípio da reserva de plenário (art. 97, CF). Já na segunda “constata-se a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal” (Cfr. Mendes, Gilmar Ferreira, *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2004, p. 35). No caso concreto, é fácil ver que o legislador programou a lei para excluir o homem de sua hipótese de aplicação. A declaração dessa inconstitucionalidade, pelo Tribunal, introduz o elemento omitido na lei por exigência da relação de igualdade constitucional.

⁴⁰ O STF tem empregado referida técnica de interpretação no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade em diversas ocasiões, v. g. na ADI 3316, Rel. Min. Eros Grau; ADI 2240/BA, Rel. Min. Eros Grau; ADI 3489, Rel. Min. Eros Grau, todos publicados no DJ. 28.6.2007.

não excluir o homem de tratamento idêntico ao outorgado à mulher quando ele se encontre na mesma hipótese de incidência legal.

O princípio do devido processo legal, como um direito fundamental de todos a um processo penal justo, adequado e informado pela *paridade de armas*, não se compatibilizaria com a ideia de um processo penal que, visando ampliar e proteger com maior efetividade os bens jurídico-penais de uma categoria em situação de desvantagem instalasse um desigual direito de acesso e proteção judiciária entre as pessoas, destinatários iguais do princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana.