

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Francielle Abadie de Vasconcellos

AÇÕES AFIRMATIVAS, GÊNERO E DIREITO PENAL:  
Uma crítica à Lei Maria da Penha.

PORTO ALEGRE

2013

FRANCIELLE ABADIE DE VASCONCELLOS

AÇÕES AFIRMATIVAS, GÊNERO E DIREITO PENAL  
Uma crítica à Lei Maria da Penha

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial para obtenção  
de grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e  
Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande  
do Sul

Orientadora Professora Vanessa Chiari

PORTO ALEGRE

2013

AÇÕES AFIRMATIVAS, GENERO E DIREITO PENAL  
Uma crítica à Lei Maria da Penha

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial para obtenção  
de grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e  
Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande  
do Sul

Aprovada em \_\_\_\_ de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Vanessa Chiari

---

---

Aos meus pais, que fizeram dos meus sonhos seus próprios objetivos e dos meus objetivos a sua própria luta; que sempre me incentivaram e me deram todo apoio necessário; e que, principalmente, sempre me deram muito amor e carinho.

A minha irmã, meu anjo da guarda, que sempre foi minha estrela guia; que me mostrou que a gente não pode mudar o mundo, mas que a gente pode mudar o pedaço de mundo que passa por nós; que mudou minha visão de vida; que, apesar de nossas diferenças, sempre me amou e me respeitou.

Ao meu amor, que não poupou esforços para que o sorriso que hoje eu trago no rosto fosse possível; que me deu apoio incondicional; que foi meu companheiro tanto nos momentos de felicidade, quanto nos de angústia; e que, acima de tudo, foi sempre meu melhor amigo.

Aos meus avós, que me ofereceram sempre o melhor que puderam me dar; que souberam me incentivar e incentivar meus pais, mesmo diante das dificuldades que a vida lhes impôs; e, principalmente, que me deram o melhor dos amores, o amor de avô(ó).

Aos meus padrinhos, primos, compadres e afilhados, que me acalentaram, mesmo nos momentos de desânimos e que, através de gestos de carinho e de palavras de incentivo, me trouxeram até aqui.

Aos meus amigos Carol, Gabi, Gui e Tami, que me mostraram que a faculdade pode ser muito melhor com grandes amigos, que fizeram meus dias muito melhores e que modificaram meu olhar essencialista sobre gênero.

Aos também amigos Cris, Lennon, Mari, Dani Bulling, Lari Bonatto, Lu Passos, colegas de estágio, que me mostraram que o trabalho pode ser um ambiente alegre, cheio de risadas e sincero, e, principalmente, um lugar em que se pode construir grandes amizades.

À professora Vanessa Chiari pela orientação no presente trabalho.

*"Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e, se podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar".*

*Nelson Mandela*

## RESUMO

A Lei 11.340/06, conhecida como Maria da Penha, é o resultado das Convenções Internacionais firmadas pelo Brasil, as quais têm por objetivo uma maior proteção aos Direitos Humanos, visando à eliminação da discriminação e à efetivação da igualdade, em especial para os grupos mais vulneráveis da sociedade. Nesse contexto, a presente monografia tem por objetivo demonstrar, por intermédio de um levantamento bibliográfico, que a Lei Maria da Penha vem sendo aplicada com a finalidade de prevenir, punir e erradicar a violência doméstica contra o sexo biológico feminino, discriminando e deixando de resguardar todos aqueles se comportam como mulheres – que são do gênero feminino –, tais como transgêneros e travestis. Assim, procura-se demonstrar a necessidade da ampliação do termo “mulher” na aplicação da lei a fim de que o Estado garanta os princípios constitucionais para esses grupos tão vulneráveis da sociedade, protegendo-os do preconceito e da discriminação.

Palavras-chave: ações afirmativas – direitos humanos – gênero – Lei Maria da Penha - mulher.

## RESUMEN

La Ley 11.340/06, conocida como "Maria da Penha", es el resultado de las Convenciones Internacionales firmadas por Brasil, que tienen como objetivo una protección mayor a los Derechos Humanos, con el propósito de la eliminación de la discriminación y la efectivación de la igualdad, en especial para los grupos más vulnerables de la sociedad. En ese contexto, el presente estudio tiene por objetivo demostrar, por intermedio de un levantamiento bibliográfico, que la ley "Maria da Penha" viene siendo aplicada con la finalidad de prevenir, punir y erradicar la violencia doméstica en contra el sexo biológico femenino, discriminando y dejando de resguardar todos aquellos que se comportan como mujeres - que son del género femenino -, tales como transgéneros y travestis. Así, se busca demostrar la necesidad de ampliación del término "mujer" en la aplicación de la ley a fin de que el Estado garantice los principios constitucionales para esos grupos tan vulnerables de la sociedad, protegiéndolos del prejuicio y de la discriminación.

Palabras-clave: acciones afirmativas - derechos humanos - género - Ley "Maria da Penha" - mujer

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Introdução.....</b>   | <b>10</b> |
| <b>1. Considerações acerca dos tratados internacionais.....</b>  | <b>12</b> |
| 1.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos.....  | 13        |
| 1.1.1. “Juridicização” da Declaração Universal e o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos .....              | 16        |
| 1.2. Sistema Normativo Global dos Direitos Humanos .....   | 17        |
| 1.2.1. Instrumentos de alcance geral .....   | 17        |
| <i>Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.....</i>  | <i>18</i> |
| <i>Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....</i>  | <i>21</i> |
| 1.2.2. Instrumentos de alcance específico .....  | 22        |
| <i>Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres.....</i>                                | <i>23</i> |
| 1.3. Sistema Normativo Regional dos Direitos Humanos.....  | 26        |
| 1.3.1. Convenção Americana de Direitos Humanos.....  | 27        |
| <i>Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....</i>  | <i>29</i> |
| 1.3.2. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.....                              | 31        |
| 1.4. Ratificação do Brasil dos tratados internacionais e o estabelecimento das ações afirmativas no Brasil .....               | 34        |
| 1.4.1. Estado brasileiro e os tratados internacionais.....   | 34        |
| 1.4.2. O processo de Democratização e a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais: a Constituição de 1988..... | 36        |
| 1.4.3. O Princípio da Igualdade .....  | 38        |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>2. Ação Afirmativa de gênero aplicada ao Direito Penal.....</b>                             | <b>41</b> |
| 2.1. Ações Afirmativas.....  | 41        |
| 2.1.1. Conceito .....  | 43        |
| 2.1.2. O patriarcalismo e a necessidade de ações afirmativas em gênero.....                    | 47        |
| 2.2. Gênero .....  | 49        |
| 2.2.1. O Movimento Feminista.....  | 49        |
| 2.2.2. Gênero, sexo e sexualidade .....  | 51        |
| 2.3. Aplicabilidade das Ações Afirmativas no Direito Penal: uma crítica a Maria da Penha ..... | 55        |
| 2.3.1. Lei Maria da Penha.....   | 55        |
| 2.2.2. O alcance da Lei Maria da Penha – limitações da Lei.....                                | 59        |
| <br>   |           |
| <b>Conclusão.....</b>  | <b>63</b> |
| <br>   |           |
| <b>Bibliografia.....</b>   | <b>65</b> |
| <br>   |           |
| <b>ANEXO – Decisão Judicial.....</b>   | <b>69</b> |

## Introdução

A lei Maria da Penha, criada em razão dos tratados internacionais firmados pelo Brasil e que tipifica e define a violência doméstica contra a mulher, visa à proteção da sua integridade física, psíquica, moral, patrimonial e sexual. Em que pese venha protegendo, independente de orientação sexual, a mulher, ela não vem sendo aplicada de forma correta, uma vez que não protege o gênero feminino.

O direito internacional e seus tratados, nos últimos anos, tornaram-se fonte de obrigação dentre os países signatários. Nas últimas décadas, em razão das práticas de tortura e de ausência de igualdade social, desenvolveram-se convenções internacionais que reconstruíram a concepção de direitos humanos. As Convenções internacionais de Direitos Humanos visam, em sua totalidade, à aplicação de princípios como a Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana. Assim, tratados voltados ao gênero feminino, tais como a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e a Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, ratificados pelo Brasil e incorporados à Carta Magna, criam mecanismos que combatem a discriminação e as desigualdades, tais como as ações afirmativas. Estas, por sua vez, são medidas temporárias que aceleram o processo de aplicação da igualdade material às minorias e aos cidadãos mais vulneráveis da sociedade, neutralizando sua posição desvantajosa em relação aos demais.

Nesse ínterim, o princípio da isonomia passa a ser aplicado não mais com sua concepção formalista. Ele passa a ser um conceito real, com um ideal de justiça, orientado por critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, cor. O Estado passa, então, a tratar desigualmente os desiguais, por intermédio dessas ações afirmativas. Leis, como a Maria da Penha, são criadas com a finalidade de conceder às minorias e aos vulneráveis maior proteção.

É em busca da igualdade material que se constrói o conceito de gênero, em que não são características sexuais ou biológicas que diferenciam os homens das mulheres, mas sim as diferenças expostas em sua personalidade e seu comportamento. Nesse sentido, gênero

*é um conceito das ciências sociais que, grosso modo, se refere à construção social do sexo. Significa dizer que, no jargão da análise sociológica, a palavra sexo designa agora a caracterização anátomo-*

*fisiológica dos seres humanos e, no máximo, a atividade sexual propriamente dita. O conceito de gênero ambiciona, portanto, distinguir entre o fato do dimorfismo sexual da espécie humana e a caracterização de masculino e feminino que acompanham nas culturas a presença de dois sexos na natureza. Este raciocínio apoia-se na ideia de que há machos e fêmeas. (HEILBORN, 1994)*

A Lei Maria da Penha foi criada a fim de dismantelar a violência contra a mulher, em razão da desigualdade histórica existente entre homens e mulheres. Porém, a lei fundamenta-se justamente na ideia de que o gênero feminino é mais frágil, vulnerável, físico e emocionalmente, não se tratando de características sexuais, e sim comportamentais. Nesse sentido, uma pessoa do sexo masculino, mas do gênero feminino, pode ser mais vulnerável que uma pessoa do sexo feminino, mas do gênero masculino, pois tudo depende da forma como essa pessoa se comporta.

Assim, tratando-se de uma lei que visa à proteção do mais vulnerável, o critério que deve justificar o âmbito da incidência da Maria da Penha, é o gênero e não o sexo. Ainda, o princípio da igualdade material deve vigorar quando da interpretação da Lei, de forma que o juiz, grande intérprete do ordenamento jurídico, não pode limitar-se a formalidades técnicas como a questão do sexo, e sim verificar a verdade real nos relacionamentos existentes.

Nesse sentido, a presente monografia é fruto de uma pesquisa bibliográfica e tem por objetivo demonstrar que a Lei Maria da Penha deve ser interpretada de forma abrangente, protegendo não só o sexo feminino, mas o gênero feminino. Dessa forma, no primeiro capítulo, expõem-se as convenções e tratados internacionais de direitos humanos, que foram a origem das modificações no direito interno brasileiro, os quais alteraram os princípios e valores constitucionais e que trouxeram ao Brasil ações afirmativas e a Lei Maria da Penha. No segundo capítulo, analisa-se o motivo pelo qual a Lei Maria da Penha deve ser abrangida, admitindo em sua aplicação o conceito de gênero.

## 1. Direitos Humanos: considerações acerca dos Tratados Internacionais

Antes de focar o objeto deste trabalho, faz-se necessário abordar os tratados<sup>1</sup>, seus conceitos, seu processo de formação e seus efeitos. Tais considerações serão necessárias na análise da Constituição de 1988 e no impacto jurídico que trouxeram as ações afirmativas ao direito interno brasileiro.

Os tratados internacionais, com crescimento positivista internacional, tornaram-se a maior fonte internacional de obrigação, posto que, anteriormente, o papel das fontes internacionais era reservado ao costume (PIOVESAN, 2012 p. 99). Conforme Flávia Piovesan, não foram necessariamente os tratados internacionais que acabaram por consagrar novas regras de Direito Internacional, eis que, por vezes, eles apenas acabaram por codificar regras preexistentes ou, ainda, por modificá-las. (2012 p. 100).

Após a segunda guerra mundial, como consequência desta, a internacionalização do direito tomou rosto e forma (STEINER, 2000 p. 33).

*O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.*

Nesse contexto, em que os seres humanos tornaram-se supérfluos e descartáveis, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo, torna-se necessária a reconstrução da concepção de direitos que lhe são inerentes. Assim, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos<sup>2</sup>, como a ética a orientar a ordem internacional contemporânea: “se a segunda Guerra significou a ruptura, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução” (PIOVESAN, 2012 p. 184).

---

<sup>1</sup> O termo ‘tratado’ é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo ‘tratado’, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convenio, como também Tratado ou Acordo Internacional. (PIOVESAN, 2012, p. 100)

<sup>2</sup> Por direitos humanos se entendem todas as garantias jurídicas fundadas na dignidade humana. Seus titulares são todos seres humanos enquanto tais, ou seja, o único requisito para tê-lo é ser humano (ALMEIDA, et al., 2007 p. 25).

Após a grande guerra, fatores relevantes contribuíram para que se fortalecesse o processo de internacionalização dos direitos humanos, dentre eles a expansão maciça de organizações internacionais com propósitos de cooperação (PIOVESAN, 2012 p. 192). Para muitos autores, o primeiro documento internacional que faz menção aos direitos humanos foi a Carta de San Francisco, de 1945, documento fundador da Organização das Nações Unidas (ONU), cujo preâmbulo já define que as nações reafirmam sua fé nos direitos fundamentais do ser humanos, na dignidade e no valor da pessoa, igualdade entre homens e mulheres e entre grandes e pequenas nações (STEINER, 2000 p. 34);

*Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis a humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e mulheres, assim como das nações grandes e pequenas [...].<sup>3</sup> (ALMEIDA, et al., 2007 p. 1)*

A criação das Nações Unidas marca o surgimento de uma nova ordem internacional, instaurando um novo modelo de conduta nas relações internacionais. Seus objetivos, entre outros, incluíam a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção de cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012 p. 192). De acordo com a autora,

*A Carta das Nações Unidas de 1945 consolida, assim, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional (2012 p. 197).*

## **1.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos**

Embora a carta das Nações Unidas tenha determinado a importância de defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais,

---

<sup>3</sup> ALMEIDA, Guilherme Assis de; MERRONE-MOISÉS, Cláudia. Direito Internacional dos Direitos Humanos. (2007). 2ª edição – pág. 1.

ela deixou de conceituar de tais expressões. A Declaração de Direitos Humanos veio a definir, com precisão, tais fundamentos (PIOVESAN, 2012 p. 198).

A ONU, quando de sua criação, organizou-se em diversos órgãos, cujos principais seriam, de acordo com Piovesan: Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social<sup>4</sup>, o Conselho de Tutela e o Secretariado (2012 p. 192).

Em 1945, o Ecosoc – Conselho Econômico e Social – estabeleceu a Comissão de Direitos Humanos<sup>5</sup> com a incumbência de elaborar a Carta Internacional de Direitos Humanos (STEINER, 2000 p. 34). A comissão se reportava a esse Conselho e qualquer resolução ou decisão com consequências financeiras necessitava sua aprovação final (PIOVESAN, 2012 p. 195).

A Declaração Universal foi, então, adotada em uma sessão realizada em Paris, em 1948 e foi “uma forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano”. (ALMEIDA, et al., 2007 p. 2).

Como assinala Lindgren Alves (1997 pp. 31-32), a Declaração ao proclamar “o ideal comum a ser atingido por todas as nações”, propôs-se a ser a “raiz de todos os demais instrumentos normativos internacionais de direitos humanos, que elevou o indivíduo à condição de sujeito na esfera internacional”. Outrossim, ela se impõe como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. De acordo com PIOVESAN, seu principal papel é “consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos” (PIOVESAN, 2012 p. 214).

De acordo com Guilherme Assis de Almeida, esse documento deve ser visto como “um libelo contra toda e qualquer forma de totalitarismo”. Afirma, ainda, que

---

<sup>4</sup> Composto por cinquenta e quatro membros, ele tem competência para promover a cooperação em questões econômicas, sociais e culturais, incluindo os direitos humanos. Cabe a ele fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos, bem como elaborar projetos de convenções a serem submetidas a Assembleia Geral. Nos termos do art. 68, poderá o conselho criar comissões que forem necessárias ao desempenho de suas funções. Nesse sentido, foi criada a Comissão de Direitos Humanos da ONU. (PIOVESAN, 2012 pp. 194-195)

<sup>5</sup> Em 16 de junho de 2006, a Comissão foi abolida e substituída pelo *Conselho de Direitos Humanos* (PIOVESAN, 2012 p. 195).

seus artigos têm como meta dois pontos essenciais, quais sejam: “incrustar o respeito da dignidade da pessoa humana na consciência da comunidade universal e evitar o ressurgimento da ideia e da prática da descartabilidade do homem, da mulher e da criança” (2007 p. 02).

Já René Cassin compara a Declaração a um templo: o preâmbulo seria o pórtico, afirmando a unidade da família humana. Já os princípios gerais da liberdade, da igualdade, não discriminação e da fraternidade, proclamados nos arts. 1 e 2, seriam o solo. Haveria quatro grandes colunas de sustentação: a primeira, a dos direitos e liberdades de ordem pessoal (arts. 3 a 11); a segunda guardaria relação com os direitos dos indivíduos nas relações em grupos (arts. 12 a 17); a terceira coluna seria das faculdades espirituais, das liberdades públicas e dos direitos políticos (arts. 18 a 22); a quarta seria a relacionada aos direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 23 a 27). (STEINER, 2000 p. 36).

Embora a declaração não tivesse força de tratado<sup>6</sup>, para muitos ela constituía uma interpretação da noção de direitos humanos contida na Carta, que é um tratado, o que, por consequência, supõe um reconhecimento legal dos direitos humanos (STEINER, 2000 pp. 35-36):

*A Declaração Universal não é um tratado. Foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução, que, por sua vez, não apresenta força de lei. O propósito da Declaração, como proclama seu preâmbulo, é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU. Por isso, como já aludido, a Declaração Universal tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos”, constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por isso, força jurídica vinculante. Os Estados membros das Nações Unidas têm, assim, a obrigação de promover o respeito e a observância universal dos direitos proclamados pela Declaração. (PIOVESAN, 2012 p. 211)*

Outrossim, a adoção da declaração teria como consequência a elaboração de inúmeros instrumentos internacionais, por intermédio de tratados multilaterais genéricos ou específicos, regionais ou globais, acabando por acelerar o processo de universalização e generalização dos princípios e direitos fundamentais (STEINER, 2000 pp. 36, 37).

---

<sup>6</sup> Conforme STEINER, a Declaração não foi elaborada de acordo com as normas de processualística desses instrumentos (2000 p. 35).

Assim, sob um enfoque legalista, a Declaração Universal não apresenta uma força jurídica obrigatória e vinculante, mas trouxe à sociedade a oportunidade de produzir inúmeros outros instrumentos capazes de protegê-la de qualquer violação aos direitos humanos, capazes de lutar contra as atrocidades de regimes totalitaristas.

### **1.1.1. “Juridicização” da Declaração Universal e o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos**

Dessa forma, considerando a ausência de força jurídica vinculante, instaurou-se, após 1948, um debate acerca da maneira mais eficaz de assegurar o reconhecimento dos direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos. A partir disso, prevaleceu entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de um tratado internacional. Sua “juridicização” passou a acontecer com a elaboração de dois tratados internacionais: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIOVESAN, 2012 p. 225), que posteriormente serão abordados neste trabalho.

Como já dito anteriormente, a declaração trouxe a oportunidade de a sociedade transformar a visão jurídica dos direitos dos seres humanos. A partir disso, mediante adoção de vários tratados internacionais, formou-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Dessa forma, surgem dois sistemas; o global, no âmbito das Nações Unidas; e o regional, que, ao lado do global, busca internacionalizar os direitos humanos no plano das regiões, em especial África, América e Europa. Então, há:

- sistema normativo global dos direitos humanos, que é integrado por *instrumentos de alcance geral*, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos, e por *instrumentos de alcance específico*, que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (PIOVESAN, et al., 2000 p. 20):

*Os sistemas geral e especial são complementares, na medida em que o sistema especial de proteção é voltado, fundamentalmente, à prevenção da*

*discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem tutela especial. Daí se apontar não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, considerando categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc. O sistema internacional passa a reconhecer direitos endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às vítimas de tortura e de discriminação racial, entre outros (PIOVESAN, 2012 pp. 256, 257).*

- sistema normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente, na Europa, América e África (PIOVESAN, et al., 2000 p. 20).

Ambos os sistemas não são incompatíveis, pelo contrário, são complementares. A própria ONU, criadora do sistema global, encorajou os Estados a considerar a possibilidade de firmar acordos regionais com a finalidade de estabelecer em suas respectivas regiões um aparato regional de proteção aos direitos humanos. (PIOVESAN, et al., 2000 p. 21). Assim, de acordo com FLÁVIA PIOVESAN,

*Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, aos revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. (2000 p. 24).*

Cabe ao indivíduo, que porventura sofreu algum tipo de violação de direito, a escolha do aparato mais favorável, eis que direitos idênticos são tutelados, muitas vezes, por instrumentos diferentes. De acordo com Flávia (2000 p. 25), “o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos”.

Por fim, a partir disso, passa-se a análise dos tratados internacionais que são referencia obrigatória do sistema internacional dos direitos humanos.

## **1.2. Sistema Normativo Global dos Direitos Humanos**

### **1.2.1. Instrumentos de alcance geral**

Conforme já mencionado, a fim de efetivar os princípios constantes da Declaração Universal, bem como para tornar expressa a vinculação dos Estados a

ela, a Comissão de Direitos Humanos foi encarregada de redigir documento com estrutura de tratado (STEINER, 2000 p. 37). Inicialmente, a Comissão de Direitos Humanos da ONU trabalhou em um único projeto de pacto, que conjugava as duas categorias de direitos. Entretanto, em 1951, a Assembleia Geral estabeleceu que fossem elaborados dois pactos<sup>7</sup> (PIOVESAN, 2012 p. 228). Assim, a Declaração Universal acabou sendo desmembrada em dois pactos.

Apesar de serem dois, os pactos possuem algumas disposições em comum. Em ambos os preâmbulos, os pactos pugnam pelo reconhecimento da dignidade do ser humano e demonstram a necessidade de se criar condições para o gozo dos direitos que lhe são fundamentais (STEINER, 2000 p. 37). De acordo com Lílana Lyra Jubilut, em *Direito Internacional dos Direitos Humanos* (2007 p. 31):

*Ambos os preâmbulos apontam que os direitos humanos decorrem da dignidade humana, apontam ainda a importância de se assegurar tais direitos para que a liberdade, a justiça e a paz no mundo sejam atingidas; relembram que Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo a esses direitos, e conclamam os seres humanos a lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos pelos dois Pactos.*

Outrossim, os instrumentos possuem artigos em comum, quais sejam: artigo 1º, que assevera o direito dos povos à autodeterminação, informa a liberdade de cada Estado de dispor de suas riquezas e a obrigação dos Estados-partes de promover a autodeterminação dos povos; o artigo 5º, que veda a prática de atitudes contrárias/com intuito de minimizar as disposições contidas nele. Ainda, os artigos 23 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 10 do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tratam acerca do tema da família (ALMEIDA, et al., 2007 p. 31 e 32)

#### *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*

Além de reiterar os direitos reconhecidos na Declaração, ele “amplia o rol, explicita o conteúdo de determinados direitos, e aponta para a intenção de consagração de outros” (STEINER, 2000 p. 38).

---

<sup>7</sup> Um dos maiores argumentos apresentados em defesa da elaboração de dois pactos foi apresentado pelos países ocidentais. Foi alegado que os Direitos cívicos e políticos eram autoaplicáveis, enquanto os direitos sociais, econômicos e culturais eram “pragmáticos” e demandavam realização progressiva. (PIOVESAN, 2012, p. 229)

Em linhas gerais, os direitos por ele assegurados são: direitos de autodeterminação dos povos e de liberdade dos Estados de disporem livremente de suas riquezas naturais; *direito de igualdade entre homens e mulheres*, direito à vida, proibição de tortura; proibição da escravidão; liberdade e segurança pessoais; regras sobre procedimentos penais; proibição de prisão por dívida; liberdade de circulação e de escolha de domicílio; limitação à expulsão; direito ao julgamento justo e a não ser processado em tribunais de exceção; reconhecimento da personalidade jurídica dos seres humanos; proibição à retroatividade de lei penal mais gravosa; direito à privacidade; direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; direito à liberdade de opinião; proibição de propaganda de guerra e de apologia ao ódio nacional, racial e religioso; direito à reunião pacífica; direito à livre circulação; proteção à família e à criança; direito à participação política; direito de proteção à lei; *direito de igualdade de tratamento e de respeito às minorias* (ALMEIDA, et al., 2007 p. 32).

Suas regulamentações, ainda, podem ser divididas em três grupos. O primeiro grupo seria de normas que se baseiam em regras pré-existentes, como, por exemplo, os artigos 26<sup>8</sup> e 27<sup>9</sup> (do respeito às minorias étnicas, religiosas ou linguísticas), que foi inspirado na Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial - 1965. O segundo grupo seria de regras que serviram de fonte para regulamentações específicas, como é o caso do artigo 3<sup>o10</sup>, que inspirou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres - 1979. O terceiro não se inspira em regras anteriores, nem inspira regras posteriores, são regras em si mesmo, como os artigos 19 ao 22, que estabelecem

---

<sup>8</sup> Art. 26 – Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra situação. (BRASIL, Decreto 592, de 6 de julho de 1992)

<sup>9</sup> Art. 27 – Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua. (BRASIL, Decreto 592, de 6 de julho de 1992)

<sup>10</sup> Art. 3<sup>o</sup> - Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto. (BRASIL, Decreto 592, de 6 de julho de 1992)

regras para a criação de um Comitê<sup>11</sup> de Direitos Humanos responsável pela fiscalização de implementação das regras do Pacto pelos Estados-partes (ALMEIDA, et al., 2007 p. 32).

De acordo com Flávia Piovesan, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos apresenta autoaplicabilidade, eis que determina aos Estados-partes uma obrigação imediata de respeitar e assegurar os direitos neles previstos (2012 p. 229 e 230). Em seus primeiros artigos, ele proclama o dever dos Estados-parte de cumprir com sua obrigação, assegurando a todos os indivíduos de sua jurisdição os direitos nele elencados e adotando práticas que sejam necessárias para esse fim (como é o caso das ações afirmativas, que posteriormente serão analisadas neste trabalho), bem como o dever de proteger os mesmos contra a violação de seus direitos (PIOVESAN, 2012 p. 229).

O Pacto possui uma sistemática interessante que consiste na obrigação dos Estados-partes de encaminhar relatórios sobre as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas com a finalidade de ver os direitos enunciados pelo pacto implementados. Dessa feita, por intermédio de relatórios, o Estado esclarece como está cumprindo com suas obrigações assumidas (PIOVESAN, 2012 p. 232).

Além dos relatórios, o Pacto também estabelece a sistemática das comunicações interestatais. Por intermédio desse mecanismo, um Estado-parte pode denunciar outro Estado-parte por ter incorrido em violação dos direitos humanos existentes no Pacto. Contudo, o acesso a esse mecanismo é opcional e está condicionado à elaboração pelo Estado-parte de uma declaração<sup>12</sup> em separado, reconhecendo a competência do Comitê para receber as comunicações interestatais (PIOVESAN, 2012 pp. 232, 233).

Por fim, o pacto foi ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Dec. 592 de julho de 1992 (STEINER, 2000).

---

<sup>11</sup> Destinado a receber e apreciar informes e comunicações dos Estados-Partes, a emitir opiniões consultivas, e criar comissões especiais (STEINER, 2000 p. 38 e 39).

<sup>12</sup> O primeiro protocolo facultativo do Pacto inclui a competência do Comitê para receber e apreciar queixas individuais, dependendo, para isso, de expressa adesão dos Estados-Partes (STEINER, 2000 p. 39).

*Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*

Tem por maior objetivo incorporar os dispositivos da Declaração Universal, tal qual o Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

O Pacto elenca uma série de direitos, além do direito de autodeterminação dos povos, quais sejam; direito ao trabalho; direito a condições de trabalho satisfatórias; direito à associação, à sindicalização e à greve; direito à seguridade social; à proteção à família, à maternidade, às crianças, às mães trabalhadoras, ao menor trabalhador, à educação; direito a um nível de vida adequado em relação à alimentação, à moradia e ao vestuário; direito a um nível de saúde; direito à educação; direito à cultura. Aqui também há previsão de relatórios que devem ser enviados ao Conselho Econômico e Social (STEINER, 2000 p. 39).

Ele é um documento que traz regras que criam obrigações de políticas públicas para os Estados, cabendo-lhes sua real efetivação (ALMEIDA, et al., 2007 p. 33). Assim, esses são direitos condicionados a ação do Estado, o qual se obriga a adotar medidas que visam a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos (PIOVESAN, 2012 pp. 243, 244).

Conforme PIOVESAN, “enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados” (2012 p. 242 e 243). Assim, assumindo a roupagem de um tratado internacional, o intuito desse Pacto foi permitir a adoção de direitos pelos Estados-parte que implicassem obrigações no plano internacional. Isto é, ele criou obrigações legais aos Estados-partes, ensejando responsabilização internacional em caso de violação dos direitos que enuncia (PIOVESAN, 2012 p. 242).

O Pacto também traz a obrigação de cooperação internacional, criando, assim, um mecanismo que minimiza justificativas de não cumprimento das regras por falta de recursos (ALMEIDA, et al., 2007 p. 34). A obrigação de cooperação internacional é justamente o que distingue este Pacto do anterior (STEINER, 2000 p. 40).

As especificações dos direitos ali assegurados tem sentido somente no plano interno de cada Estado-parte, visto que o próprio texto do Pacto vincula a efetivação dos direitos aos recursos existentes em cada país (ALMEIDA, et al., 2007 p. 34). Conforme observa Thomas Buergenthal:

*Ao ratificar este Pacto, os Estados não se comprometem a atribuir efeitos imediatos aos direitos enumerados no Pacto. Ao revés, os Estados se obrigam a adotar medidas, até o máximo dos recursos disponíveis, a fim de alcançarem progressivamente a plena realização desses direitos (PIOVESAN, 2012, p. 243)*

Apesar disso, vale destacar que os direitos assegurados pelo pacto são obrigações jurídicas, devendo ser respeitadas, ainda que minimamente.

O Brasil também aderiu a este Pacto, que foi promulgado pelo Decreto 591 de julho de 1992.

Importante salientar, assim, que a união desses instrumentos significou a mais relevante expressão do movimento internacional dos direitos humanos. A partir da concepção desses pactos, forma-se a Carta Internacional de Direitos Humanos (*Internacional Bill of Rights*), integrada pela Declaração de 1948 e pelos dois pactos internacionais de 1966, inaugurando o sistema global de proteção desses direitos, ao lado do qual já se delineava o sistema regional de proteção, nos âmbitos europeu, interamericano e, posteriormente, africano. (PIOVESAN, 2012 p. 226)

### **1.2.2. Instrumentos de alcance específico**

Esses instrumentos que vieram a alterar, mais profundamente, o cenário mundial no que concerne aos direitos relacionados a gênero. Realça-se o processo de especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto com mais particularidade (PIOVESAN, 2012 p. 257). Assim, tratam-se diferentes os desiguais. Como observa Boaventura de Sousa Santos:

*“Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”. (SANTOS, 2003 p. 56)*

O sistema normativo dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas, então, amplia-se com o advento de diversos tratados multilaterais de direitos humanos, pertinentes a determinadas e específicas violações de direitos humanos, como genocídio, tortura, discriminação racial, discriminação contra as mulheres, entre outras formas de discriminação. Daí a adoção da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres. (PIOVESAN, 2012 p. 227)

*Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres*

*La igualdad ante la ley no supone que todos los seres humanos sean iguales unos a otros, en sentido material; ello significaría simplemente negar La realidad. Al contrario, es correcto decir que una de las grandes riquezas del ser humano es que cada uno de nosotros es diferente en muchos elementos. (ALMEIDA, et al., 2007).*

O ano de 1975 é proclamado como o Ano Internacional da Mulher. Posteriormente, acontece a primeira Conferência Mundial sobre a Mulher. Nesse contexto, as Nações Unidas, em 1979, aprovam a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (PIOVESAN, 2012 p. 266).

A Convenção é baseada na dupla obrigação *de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade*. Ao ratificar a Convenção, os Estados-partes avocam o compromisso de, gradualmente, eliminar todas as formas de discriminação no que tange ao gênero, assegurando a efetiva igualdade entre eles. A Convenção retrata a ótica de que capacidades e exigências que decorrem de diferenças biológicas entre os gêneros devem também ser aceitas e ajustadas, sem suprimir a titularidade das mulheres à igualdade de direitos e oportunidades (PIOVESAN, 2012 p. 269).

A convenção inicia já definindo expressamente o que é discriminação. Conforme o art. 1º, discriminação contra a mulher significa:

*Art. 1º - Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (BRASIL, Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002).*

Isto é,

*'toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade' (PIOVESAN, 2010 p. 265).*

A Convenção, já em seu artigo 2º, assevera o compromisso dos Estados de adequar suas normas nacionais, de forma a consagrar o princípio da igualdade e proporcionar meios legais para garantir sua real aplicação; a garantir às mulheres o direito de acesso aos tribunais e a outras instituições públicas quando forem vítimas de discriminação; a tomar medidas diversas para eliminar a discriminação contra a mulher; e a derrogar todas as disposições legais que discriminem as mulheres (ALMEIDA, et al., 2007 p. 44).

Para o alcance da igualdade, no entanto, não basta a proibição ou a eliminação da discriminação. Assim, outra disposição a ser destacada da Convenção é a que faz referência a discriminação positiva<sup>13</sup>. A Convenção prevê, então, a possibilidade de adoção de ações afirmativas como medida para o aceleração do processo de consecução da igualdade, que, posteriormente, cessarão quando alcançado o objetivo, eis que medidas temporárias (PIOVESAN, 2012 p. 269).

*Artigo 4º - A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinadas a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória. (BRASIL, Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002).*

O objetivo da Convenção, portanto, não é somente erradicar a discriminação contra a mulher, consiste também em estimular estratégias de promoção da igualdade. Ou seja, ela prevê específicas medidas a serem adotadas para o alcance da igualdade entre homens e mulheres.

---

<sup>13</sup> Definida como uma medida de caráter temporal encaminhada a acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher. (ALMEIDA, et al., 2007 p. 44)

Ainda, a Convenção define outros aspectos, tais como a necessidade de modificar condutas socioculturais de homens e mulheres, o reconhecimento da maternidade como função social, o direito do casal de eleger a quantidade de filhos que quer ter, estabelece a responsabilidade conjugada entre homens e mulheres na criação de seus filhos, entre outras medidas (ALMEIDA, et al., 2007 p. 45).

Ela estabelece, no que tange a mecanismos de implementação dos direitos da Convenção, a sistemática dos relatórios. Os Estados-partes devem enviar relatórios ao Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, informando quais as medidas adotadas para implementar a Convenção (PIOVESAN, 2010 p. 267). O Comitê, por sua vez, pode informar anualmente à Assembleia Geral das Nações Unidas sobre suas atividades, apresentando sugestões ou recomendações baseadas nos informes e dados transmitidos pelos Estados-membros (ALMEIDA, et al., 2007 p. 46).

Em que pese tenha havido grande adesão dos Estados a essa Convenção, ela é o instrumento que recebeu o maior número de reservas<sup>14</sup> formuladas pelos Estados dentre os tratados internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2012 p. 267). Grande parte das reservas diz respeito à cláusula relativa à igualdade entre homens e mulheres na família, reservas cuja justificativa eram de ordem religiosa, cultural ou legal. O próprio Estado brasileiro, quando da ratificação da Convenção em 1984, apresentou reservas aos artigos 15<sup>15</sup> e 16<sup>16</sup>, que foram formuladas em razão do Código Civil de 1916, que consagrava a família patriarcal. Posteriormente, em 1994, elas foram eliminadas (PIOVESAN, 2012 pp. 267, 268).

---

<sup>14</sup> Reserva significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado (BRASIL, Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009).

<sup>15</sup> Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979), art. 15, § 4º: “Os Estados-partes concederão ao homem e à mulher os mesmos direitos no que respeita à legislação relativa ao direito das pessoas, à liberdade de movimento e à liberdade de escolha de residência e domicílio”. (BRASIL, Decreto 4.377 de 14 de dezembro de 2009)

<sup>16</sup> Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979), art. 16, § 1º: “Os Estados-partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: a) o mesmo direito de contrair matrimônio; [...] c) os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução; [...] g) os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher o sobrenome, profissão e ocupação; h) os mesmos direitos a ambos os cônjuges, em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso. [...]” (BRASIL, Decreto 4.377 de 14 de dezembro de 2009)

Ainda, outro obstáculo que existia nesse instrumento é a competência do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, órgão criado especialmente para implementação desta Convenção, que tem funções insuficientes e reduzidas para tal fim. Constatou-se que sua competência era mínima e que, diferentemente do Comitê criado com a Convenção sobre a Eliminação Racial, ele não analisava denúncias que um Estado-membro pode fazer de outro; tampouco tinha capacidade para receber e examinar comunicações pessoais de vítimas de violações aos direitos estabelecidos na Convenção; nem podia encaminhar sugestões aos Estados de forma direta, dependendo do Conselho Econômico e Social para tal fim (ALMEIDA, et al., 2007 p. 46).

Diante desses problemas, foi proposto ao Comitê pela Assembleia Geral da ONU, em 1993, que fosse criado um Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ampliando as atribuições do mecanismo de proteção (ALMEIDA, et al., 2007 p. 46). Esse protocolo foi adotado pela Assembleia Geral em 1999 e, posteriormente, promulgado pelo Brasil em 2002 (BRASIL, Decreto 4.316, de 30 de julho de 2002). O protocolo instituiu duas fontes de monitoramento: a) o mecanismo de petição, permitindo encaminhamento de denúncias de violação de direitos ao Comitê; b) um procedimento investigativo que habilita o Comitê a investigar a existência de grave e sistemática violação aos direitos humanos das mulheres (PIOVESAN, 2010 p. 269).

Portanto, a Convenção tem o poder de desarticular o sistema patriarcal, posto que outorga às mulheres igualdade, os mesmos direitos de que gozam os homens. Ainda, ela garante proteção especial quando reconhece as diferenças entre ambos os sexos, como a função reprodutora da mulher. Ou seja, a Convenção trata da igualdade formal, na medida em que concebe plenos direitos às mulheres, tratando-as, ao mesmo tempo, desigualmente nas dimensões que a diferenciam. Nesse ínterim, a Convenção modifica de forma grandiosa a visão machista e patriarcal existente na sociedade até o momento.

### **1.3. Sistema Normativo Regional dos Direitos Humanos**

Cada sistema regional apresenta seu aparato jurídico. O sistema americano tem a sua composição, cujo principal instrumento é a Convenção Americana de

Direitos Humanos<sup>17</sup>. Esta, por sua vez, estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana<sup>18</sup> (PIOVESAN, et al., 2000 pp. 21-22). Ainda, dentro do Sistema Normativo Regional, existem as demais Convenções acerca de direitos específicos, como é o caso da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. O sistema interamericano, juntamente com seu aparato jurídico, foi essencial para que os Estados Americanos modificassem sua visão no que concerne aos Direitos Humanos.

### **1.3.1. Convenção Americana de Direitos Humanos**

Assinada em São José da Costa Rica, em 1969<sup>19</sup>, é o instrumento de maior importância no sistema interamericano<sup>20</sup> (STEINER, 2000 p. 50).

Substancialmente, a Convenção reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similares aos previstos pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como disposições expressas da Declaração Americana<sup>21</sup>. Dentre o Universo de Direitos, destacam-se o direito à personalidade jurídica, o direito à vida e o direito à igualdade perante a lei (PIOVESAN, et al., 2000 p. 30). Ela não enuncia, de forma específica, direitos sociais, econômicos ou culturais; mas, posteriormente, em 1988, a Assembleia Geral dos Estados Americanos adota um

---

<sup>17</sup> Importante acrescentar que o sistema interamericano consiste em dois regimes: um baseado na Convenção Americana e outro baseado na Carta da Organização dos Estados Americanos. O enfoque do presente trabalho se concentrará no regime instaurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

<sup>18</sup> De acordo com Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan, “A convenção interamericana estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia”. Esse aparato é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que tem a função de promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, fazendo recomendações aos governos, preparando estudos e relatórios, requisitando informações, entre outros, e a Corte Interamericana, que é um órgão jurisdicional do sistema regional e apresenta competência consultiva e contenciosa (2000 pp. 32, 33 e 42)

<sup>19</sup> Apesar de assinada em 1969, a Convenção entra em vigor somente em 1978 (PIOVESAN, et al., 2000 p. 29)

<sup>20</sup> Somente os Estados membros da Organização dos Estados Americanos – OEA – têm o direito de aderir à Convenção (PIOVESAN, et al., 2000 p. 29).

<sup>21</sup> A Declaração Americana sobre Direitos Humanos precede a própria Declaração da ONU, sendo adotada em 1948, na Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá, juntamente da criação da Organização dos Estados Americanos. Ela foi fundamental para que a Carta da ONU fosse aderida pelos países americanos. Para alguns autores, como as demais declarações, ela não detém caráter vinculante, no sentido que têm os tratados (STEINER, 2000 p. 47 e 48).

Protocolo Adicional a Convenção que concerne aos direitos sociais, econômicos e culturais – Protocolo de San SaLvador (PIOVESAN, 2010 p. 82).

Cabe aos Estados-parte, em razão do catálogo de direitos constantes na Convenção, a obrigação de respeitar e assegurar o exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação, e a adotar medidas legislativas e demais que sejam necessárias a fim de conferir a efetividade dos direitos e liberdades (PIOVESAN, et al., 2000 p. 31). Dessa forma, tem o Estado obrigações, de um lado, de não violar os direitos individuais e, de outro, o dever de adotar medidas afirmativas necessárias para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção Americana (PIOVESAN, et al., 2000 p. 32). Assim, de acordo com Sylvia,

*cria a Convenção para os Estados aquilo que se costuma denominar 'deveres negativos' e 'deveres positivos', ou seja, os que proíbem o Estado de praticar qualquer ato que viole direitos assegurados, e ao mesmo tempo os que o obriguem a atuar no sentido de serem conferidos as condições necessárias para o exercício de outros direitos (2000 p. 50).*

Conhecida também como o “Pacto de San José da Costa Rica”, esta Convenção é a mais importante do sistema interamericano, pois, além dos direitos acima mencionados, estabelece um aparato de monitoramento dos direitos que enuncia. Como esclarece Alexandre de Moraes, o Pacto “não traz somente normas de caráter material, prevendo órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes” (MORAES, 1997).

O Brasil ratificou a Convenção Americana em 1992 (STEINER, 2000 p. 54).

Os órgãos, competentes para conhecimentos dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados acima mencionados, são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*

Inicialmente, essa Comissão não foi criada pela Convenção Americana, mas teve sua estrutura, competência e procedimentos impostos por ela (STEINER, 2000 p. 54).

A competência desta comissão alcança não somente os Estados-partes da Convenção Americana, em relação aos direitos humanos nela consagrados, mas também aqueles Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, no que concerne aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948 (PIOVESAN, et al., 2000 p. 33).

Ela é composta por sete membros nacionais de qualquer Estado-membro da OEA, eleitos pela Assembleia Geral por um período de quatro anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez (PIOVESAN, et al., 2000 p. 34).

Sua principal função é promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América. Cabe a ela, segundo PIOVESAN (2000 pp. 34 - 36):

*- fazer recomendações aos governos dos Estados-partes prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção destes direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; requisitar aos governos informações relativas as medidas por eles adotadas concernentes a efetiva aplicação da Convenção; submeter um relatório anula a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.*

*- examinar as petições encaminhadas por indivíduo ou grupo de indivíduos, ou ainda entidade não governamental, que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção por Estado que por dela seja parte.*

De acordo com STEINER (2000 p. 54), exerce funções investigativas também, assim como procedimentos não contenciosos de busca de solução amigável para conflitos. Assim, as funções da Comissão resumem-se em estimular e velar pela observância dos direitos humanos e avaliar petições de vítimas de violações aos direitos humanos que apresentaram denúncias contra algum Estado membro do sistema interamericano. Com essa finalidade, a Comissão realiza relatórios e estudos, examina as comunicações e queixas, formula recomendações aos governos dos Estados-membro para que adotem medidas progressivas em prol da implementação dos direitos humanos, apresenta relatório anual à Assembleia Geral da OEA e, por fim, apresenta à Corte Interamericana de Direitos Humanos os casos que devem ser submetidos a esse Tribunal.

Importante frisar que o Estado, ao se tornar parte da Convenção, aceita automaticamente e obrigatoriamente a competência da Comissão para avaliar petições individuais, não sendo necessária a elaboração de qualquer declaração expressa ou protocolo facultativo. Igualmente, ressalta-se que, uma vez concluídos os processos apreciados pela Comissão, segue-se a publicação de Informes ou o encaminhamento à Corte, se o Estado demandado tiver sujeito a jurisdição desta, que, diferentemente da Comissão, necessita de aceitação expressa (STEINER, 2000 p. 54).

Dessa forma, o Brasil, quando da ratificação da Convenção, aceitou automaticamente a competência desta Comissão, em 1992.

### *Corte Interamericana*

A Corte é o órgão jurisdicional do sistema regional e é composta por sete juízes nacionais de Estados-membros da OEA, eleitos pelos Estados-partes da Convenção (PIOVESAN, et al., 2000 p. 42).

Estabelecida na própria Convenção (arts. 61 a 65), ela tem duas funções primordiais: consultiva<sup>22</sup>, que se estende a todos os Estados-partes da OEA, e a judicial ou contenciosa<sup>23</sup>, que depende da aceitação por cada Estado-parte da Convenção (STEINER, 2000 p. 55). Diferentemente também da Comissão, a Corte só aceita denúncias de Estados, ou encaminhadas pela Comissão, não existindo, assim, o direito individual à petição (PIOVESAN, et al., 2000 p. 45).

A decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Ademais, se a Corte fixar compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo (STEINER, 2000 p. 55).

O Brasil apenas recentemente, em 1998, decidiu por aceitar a função judicial da Corte (STEINER, 2000 p. 55). Diante do exposto, pode-se asseverar que o

---

<sup>22</sup> Qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar o parecer da Corte relativamente a interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relacionado com os direitos humanos nos Estados Americanos (PIOVESAN, et al., 2000 p. 44).

<sup>23</sup> A Corte tem jurisdição para examinar casos que envolvam denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção (PIOVESAN, et al., 2000 p. 45).

sistema interamericano tem assegurado pleno e efetivo exercício dos direitos humanos.

### **1.3.2. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.**

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, anteriormente citada, acabou por não enfrentar a temática da violência contra a mulher de forma explícita. Assim, em 1993 foi adotada pela ONU a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, que define a violência contra mulher como sendo:

*Qualquer ato de violência baseado no gênero que resulte, ou possa resultar, em dano físico, sexual ou psicológico ou em sofrimento para a mulher, inclusive as ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, podendo ocorrer na esfera pública ou na esfera privada. (PIOVESAN, 2012 p. 271)*

Assim, a violência contra a mulher é vista como um padrão de violência específico que é baseado no gênero, que resulte em dano físico, sexual ou psicológico à mulher (PIOVESAN, 2012 p. 271). Este conceito rompe com a dicotomia entre espaço público e privado, demonstrando que a violação destes direitos alcança ambas as esferas, pública ou privada (PIOVESAN, 2010 p. 271).

Além disso, a Declaração estabelece o “dever dos Estados de condenar e eliminar a violência contra a mulher, não invocando qualquer costume, tradição ou consideração religiosa para afastar suas obrigações concernentes à eliminação dessa violência”. (PIOVESAN, 2010 p. 271).

A partir dessa Declaração, houve um novo avanço na proteção internacional dos direitos das mulheres, oportunidade em que foi aprovada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Então, a partir da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, adotada em 1993, que a violência contra a mulher passou a ser tratada de forma específica.

Recordando a Declaração de 93 e asseverando que “a violência contra a mulher transcende todos os setores da sociedade, independentemente de sua classe, raça ou grupo étnico, níveis de salário, cultura, nível de educação, idade ou

religião” (PIOVESAN, et al., 2000 p. 460), em 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher foi editada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos e, posteriormente, ratificada pelo nosso Estado, em 1995 (PIOVESAN, et al., 2000 p. 459 e 460).

Essa Convenção é o primeiro tratado a reconhecer de forma explícita a violência realizada contra a mulher e que alcança sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição elevado número de mulheres (PIOVESAN, 2010 p. 271). É um instrumento de grande relevância, na medida em que foi uma das reivindicações do movimento feminista.

Nos termos da Convenção, a violência contra a mulher constitui uma grave violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação da relação de poder existente historicamente entre os homens e as mulheres (PIOVESAN, et al., 2000 p. 460). Para os efeitos da Convenção, entende-se por violência contra mulher “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico a mulher, tanto no âmbito público como no privado” (BRASIL, Decreto 1.973, de 1º de Agosto de 1996).

É importante frisar que essa Convenção, assim como a Declaração da ONU de 1993, inclui violências que tenham ocorrido tanto no âmbito familiar, quanto na comunidade, dando ensejo à criação de Leis como a Maria da Penha – que será analisada no segundo capítulo deste trabalho:

*Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:*

*a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;*

*b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e*

*c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra. (BRASIL, Decreto 1.973 de 1º de Agosto de 1996).*

No que tange a gênero, a Convenção enumera em seu artigo 7º direitos a serem assegurados às mulheres a fim de que tenham uma vida livre de violências,

tais como o direito à vida; à integridade física, psíquica e moral; a liberdade e segurança pessoais; à igualdade de proteção perante a lei e da lei; a não ser submetida a torturas; à igualdade de acesso as funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, entre outros (PIOVESAN, 2010 p. 271).

Ainda, no que concerne às estratégias da Convenção, ela foi inovadora, eis que criou mecanismos de proteção às mulheres, merecendo destaque o mecanismo das petições à Comissão de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2010 p. 272). De acordo com o art. 12:

*Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas de violação do artigo 7 da presente Convenção pelo Estado Parte, e a Comissão considera-las-á de acordo com as normas e os requisitos de procedimento para a apresentação e consideração de petições estipuladas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. (BRASIL, Decreto 1.973 de 1º de Agosto de 1996).*

De acordo com PIOVESAN, há determinados requisitos existentes para que se peticione a Comissão, sendo o principal deles o esgotamento prévio dos recursos internos (PIOVESAN, 2010 p. 272). Ou seja, para que se encaminhe uma petição a Comissão, necessário se faz que tenham se esgotado todas as vias nacionais existentes, comprovando-se a falta de eficácia delas. De qualquer forma, a simples possibilidade de peticionar, que traz visibilidade e publicidade as violações que ocorrem internamente no Estado, e o constrangimento que o país passa em razão da sua conduta, já impõem ao Estado que apresente justificativas de sua prática aos demais signatários. Outrossim, a condenação do país pode determinar adoção de medidas cabíveis, como investigação e punição dos agentes perpetradores da violência, fixação de indenização por parte do Estado aos familiares das vítimas, dentre outras (PIOVESAN, 2010 p. 273).

Entretanto, é importante destacar que a Comissão Interamericana não é um órgão judicial. A Corte Interamericana de direitos humanos é o órgão jurisdicional no plano da OEA, reconhecida pelo Brasil como tal em 1998 (PIOVESAN, 2010 p. 273).

#### **1.4. Ratificação do Brasil dos tratados internacionais e o estabelecimento das ações afirmativas no Brasil**

O presente subitem objetiva demonstrar as modificações que o direito internacional e suas convenções trouxeram ao direito interno, introduzindo, por conseguinte, as Ações Afirmativas no Brasil.

As Convenções internacionais trazem modificações na medida em o Brasil as ratifica, tornando-se seu signatário. Diante disso, quando da introdução dessas leis no âmbito interno, o Estado passa a ter o dever internacional de cumprir o acordo, nos termos de seus artigos.

Dessa forma, os tratados internacionais, como já dito anteriormente, constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional, trazendo grandes modificações ao direito interno dos países signatários.

##### **1.4.1. Estado brasileiro e os tratados internacionais**

Inicialmente, o Direito Internacional não busca, com seus inúmeros instrumentos, substituir o sistema nacional. Pelo contrário, é um direito subsidiário, suplementar, do direito nacional. No sistema internacional de Direitos Humanos, o Estado signatário dos tratados tem a responsabilidade inicial de proteção aos direitos humanos, de forma que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. Ele, na verdade, permite que sejam superadas as omissões e as deficiências do sistema nacional. O direito internacional, assim, constitui uma garantia adicional de proteção aos direitos humanos, quando ocorre falha no direito nacional. Ainda, os tratados de direitos humanos consagram parâmetros protetivos mínimos, cabendo aos Estados-membros, a partir da ratificação, modificar sua ordem doméstica a fim de estar, pelo menos além desses parâmetros, jamais aquém (PIOVESAN, 2012 p. 227).

A CF, em seu art. 84, VIII, determina que a competência de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, é privativa do presidente da República, estando sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Ainda, assinado o tratado pelo Presidente, aprovado pelo Congresso, segue-se a ratificação do Poder Executivo.

Outrossim, conforme doutrina majoritária, para que o tratado produza efeitos, ainda, faz-se necessário um ato normativo nacional, ou seja, o decreto de execução expedido pelo presidente da República (PIOVESAN, et al., 2000 p. 156 e 158).

*De acordo com a interpretação combinada dos artigos 84, 21 e 49 da Constituição Federal de 1988, o Brasil adota a tese dualista de relacionamento dos direitos interno e internacional, pela qual, para que um tratado internacional passe a vigorar no Brasil, deve submeter-se a um processo de recepção. Tal processo, no caso brasileiro, presume que o tratado tenha sido assinado por uma representante capaz do Poder Executivo e que seja submetido a referendo do Congresso Nacional. Caso o Poder Legislativo o aprovam ratificando-o, promulga-se um Decreto Legislativo e o documento é enviado ao Presidente da República para a promulgação, que vem a ser o ato pelo qual se dá a ciência aos cidadãos de que aquele tratado é lei no ordenamento jurídico interno e, portanto, deve ser respeitado. Tal ato se concretiza por meio do Decreto de Promulgação (ALMEIDA, et al., 2007 p. 37).*

Entretanto, por força do art. 5º, §1º da CF<sup>24</sup>, os tratados de direitos humanos têm aplicação imediata. Assim, “os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem erradicar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando-se a edição de decreto de execução” (PIOVESAN, et al., 2000 p. 159). Ainda, a Constituição inclui, dentre os direitos Constitucionais, os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ou seja, a Carta Magna atribui aos tratados internacionais de direitos humanos uma hierarquia especial de norma constitucional (PIOVESAN, et al., 2000 p. 169):

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

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

*§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Constituição de 1988).*

Relativamente ao impacto jurídico dos tratados internacionais, Flávia Piovesan, em “A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados” (2000 pp. 173-

---

<sup>24</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL. Constituição de 1988)

175), assevera que podem acontecer três hipóteses. Na primeira hipótese, poderá o tratado coincidir com os direitos já assegurados pela Constituição, oportunidade em que os tratados “reforçam o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados”. Na outra hipótese, o acordo poderá “integrar, complementar e ampliar” os direitos constitucionais, caso em que é possível elencar inúmeros direitos que, embora não previstos expressamente na Constituição, incorporam-se ao direito brasileiro, eis que enunciados nesses tratados. Esse é o caso da possibilidade que os Estados têm de “adotar medidas temporárias<sup>25</sup> e especiais que objetivam alterar a igualdade de fato entre homens e mulheres” que a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher integrou ao direito interno brasileiro. Importante destacar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode, ainda, preencher lacunas existentes no direito interno<sup>26</sup>. Na terceira hipótese, o tratado poderá contrariar direito interno, quando se adota a norma mais favorável à vítima.

Desta forma, em síntese, os tratados internacionais de Direitos Humanos inovam o universo dos direitos nacionais, às vezes reforçando o direito já existente, outras vezes os contrariando e ainda adicionando novos direitos. Por fim, eles acabam por prestar um grande auxílio ao ordenamento jurídico brasileiro, desde que negociados, assinados e ratificados pelo nosso Estado, em conformidade com a Constituição Federal de 1988. O Brasil vem negociando, assinando e se vinculando a essas convenções com bastante assiduidade, tanto no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), quanto no âmbito das Nações Unidas (ONU), e vem trazendo grandes modificações no ordenamento interno.

#### **1.4.2. O processo de Democratização e a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais: a Constituição de 1988.**

A Constituição Brasileira de 1988 é o resultado do processo de democratização do Estado Brasileiro. De acordo com PIOVESAN (2012 p. 80), após

---

<sup>25</sup> Essas medidas temporárias são, na realidade, as ações afirmativas, que serão tratadas no próximo capítulo.

<sup>26</sup> Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se utilizou de Convenção internacional para integrar norma penal em aberto – *Habeas Corpus 70.389-5* (PIOVESAN, et al., 2000 p. 176).

a vigência de cerca de 20 anos de regime autoritário e de repressão política, iniciou-se a redemocratização no Brasil. O movimento de redemocratização culminou na promulgação de uma nova Constituição: a Constituição Federal de 1988. A Carta trouxe um regime democrático de direito no Brasil, consolidando garantias e direitos fundamentais, bem como trazendo proteção aos segmentos mais vulneráveis na sociedade.

Com efeito, influenciada pelo contexto internacional, Carta Magna assumiu inúmeras obrigações voltadas à efetiva implementação de políticas sociais, com o propósito de garantir melhores condições às minorias. Desta feita, inúmeras obrigações assumidas com a ratificação dos tratados internacionais foram corroboradas pela nova Constituição, possibilitando avanços fundamentais para os direitos das mulheres brasileiras.

Dessa forma, a Constituição Nacional respondeu com maestria às Convenções de Direitos Humanos e ao contexto internacional, na medida em que incorporou à ordem Constitucional o princípio da igualdade. Dispõe o artigo 3º da Constituição do Brasil 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 preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL. Constituição de 1988).*

Ainda, conforme o artigo 5º, inciso I, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. (BRASIL. Constituição de 1988).

De acordo com ROCHA (1996 p. 288), “o constituinte pátrio de 87/88 fez emergir, com peculiar força jurídica, no sistema constitucional por eles promulgado, o princípio da igualdade como um dos pilares mestres do edifício fundamental do Direito Positivo pátrio”.

### 1.4.3. O Princípio da Igualdade

O constituinte da Carta Magna de 1988 consagrou, nos artigos 5º, 7º, 201 e 226, o princípio da isonomia (LIMA, 1993 p. 12; 13):

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

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

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

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

*Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei a:*

*V – Pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no §5.º e no art. 202;*

*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

*§ 5.º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL. Constituição de 1988).*

Inicialmente, a noção de igualdade foi sendo modificada ao longo dos anos. Para Aristóteles, o fundamento de igualdade era “tratar igualmente aos iguais e desigualmente os desiguais”. Antigamente, as sociedades ocidentais eram divididas hierarquicamente e os indivíduos em grupos, cada qual com papéis sociais divergentes. Um indivíduo que não fosse considerado cidadão jamais receberia tratamento isonômico pela lei. Na época, a mulher, assim como os plebeus, escravos, estrangeiros, crianças, servos, não era considerada cidadão e, portanto, não recebia tratamento igualitário (BUENO, 2011 pp. 51-52).

Posteriormente, a época da Revolução Francesa, a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão instituiu o princípio da igualdade: “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. Nesse cenário que surge a igualdade formal. Essa igualdade, apesar de derrubar dogmas até então inquestionáveis, também possuía limitações, eis que as mulheres novamente não foram alçadas a

categoria de cidadãos. Ou seja, ainda que persistisse a desigualdade entre gêneros, houve significativa mudança no sentido de “igualdade”.

O século XX, no entanto, trouxe consigo o princípio da igualdade a todos os membros da sociedade, independentemente de raça, cor, etnia, sexo, religião. Surge, então, a concepção de igualdade material.

Fica, assim, evidente que o princípio da igualdade e seu entendimento foram sendo modificados com o passar dos anos. Na verdade, as ideologias de dado momento histórico que vão dando o conceito de igualdade.

De acordo com Flávia Piovesan (2012 pp. 257, 258), então, no que tange ao conceito de isonomia, destacam-se três vertentes. Ela pode ser dividida em igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” – o que, na época em que surgiu, foi de extrema importância, apesar de agora gerar rasgadas injustiças –, e igualdade material, que é pela autora subdividida em igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico), e a igualdade material correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios). Conforme Joaquim Barbosa,

*[...] a isonomia formal seria um conceito jurídico, um conceito abstrato de aplicação indistinta da norma jurídica. Isonomia formal: uma coisa do direito. Já a igualdade material seria um conceito da realidade, um conceito concreto de efetivas condições materiais que proporcionasse uma equivalência, uma justiça muito simples mas, evidentemente, parcial. Isonomia material: uma coisa da realidade. (BARBOSA, 2004 p. 29).*

Atualmente, o conceito utilizado, inclusive pela Carta Magna de 1988, é o conceito de igualdade material, que vai além da formal, que alcança as classes desfavorecidas econômica, social e politicamente. Consoante José Carlos Evangelista de Araújo (2009 p. 108), “a CF superou a concepção puramente formal do princípio da igualdade (antijuridicidade de um ato discriminador), bem como sua recepção estática na ordem constitucional como se dera desde a Constituição de 1824”.

Ainda, de acordo com Paulo Roberto, não há sentido falar-se em igualdade material ou formal, tendo em vista que a isonomia adotada em unanimidade é a

material, que consiste em “tratar igualmente os desiguais, na exata medida de duas disparidades” (LIMA, 1993 p. 14).

Ademais, o tratamento igualitário entre todos os seres humanos já havia sido incorporado na ordem jurídica brasileira quando da incorporação dos tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil (ARAÚJO, 2009 p. 109).

Consoante Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996 p. 91),

*Não foi, pois, sem razão ou causa que o constituinte pátrio de 87/88 fez emergir, com peculiar força jurídica, no sistema constitucional por ele promulgado, o princípio da igualdade como um dos pilares mestres do edifício fundamental do Direito Positivo Pátrio. Mas não apenas ali se reiterou o princípio da igualdade jurídica, senão que se refez o seu paradigma, o seu conteúdo se renovou e se tingiu de novas cores, tomou novas formas, construiu-se, constitucionalmente, de modo inédito. A passagem do conteúdo inerte a uma concepção dinâmica do princípio é patenteada em toda a estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988. A ação afirmativa está inserida no princípio da igualdade jurídica concebida pela Lei Fundamental do Brasil, conforme de pode comprovar de seu exame mais singelo. (ROCHA, 1996 p. 91).*

Destarte, a Constituição Federal não só proclama a igualdade material, igualdade entre os sexos e a igualdade social, mas também proíbe discriminações. No entanto, ela também fixa discriminações positivas, voltadas à proteção de minorias e, principalmente, das mulheres, nas quais situações particulares impõem a necessidade de um tratamento exclusivo e diferenciado: as ações afirmativas (GOMES, 2001 p. 39). De acordo com o autor, a criação das Ações Afirmativas representou, em essência, uma mudança na postura do Estado que, em nome da neutralidade, aplicava as políticas governamentais indistintamente, ignorando importantes fatores como raça, cor e sexo. Assim, o Estado passa a levar em conta tais fatores, a fim de que a discriminação em razão dos aspectos citados não perpetue desigualdades sociais.

## 2. Ações Afirmativas de gênero aplicadas ao Direito Penal; uma crítica a Maria da Penha

*Para garantir a igualdade, não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais estratégias capazes de incentivar a inserção e a inclusão social de grupos historicamente vulneráveis (PIOVESAN, 2010 p. 266).*

### 2.1. Ações Afirmativas

A partir da Declaração Universal de 1948, desenvolve-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais. Em um primeiro momento, a proteção aos direitos humanos é marcada pela proteção geral, com base em uma igualdade formal. Aos poucos, tornou-se insuficiente a tentativa de tratar os indivíduos de forma genérica, fazendo-se necessária a especificação do sujeito de direito (PIOVESAN, 2006 p. 38). De acordo com ARAÚJO (2009 p. 62), o direito internacional dos direitos humanos contribuiu de forma inestimável para a particularização do sujeito de direito, que antes era visto como um sujeito de forma universal.

Percebeu-se a necessidade de conferir, a certos grupos, proteção especial em razão da sua vulnerabilidade (PIOVESAN, 2006 pp. 38-39). Surgem, nesse cenário, os instrumentos de alcance específico<sup>27</sup> (como a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres) já tratados no capítulo anterior, e as ações afirmativas.

A expressão 'Ação Afirmativa' foi utilizada pela primeira vez em pelos norte-americanos, em 1965. De acordo com a autora Carmen Lúcia (1996 p. 285), o Presidente Lyndon B. Johnson, na Universidade de Howard, quando falava sobre o princípio da igualdade, perguntava-se se todos eram livres para competir com os demais membros da sociedade em igualdade de condições. A partir disso, surge o

---

<sup>27</sup> As normas de alcance especial são destinadas a indivíduos ou grupos específicos, tais como: mulheres, refugiados, crianças entre outros. Dentre as normas especiais do sistema global da ONU, destacam-se a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, a Convenção para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

movimento que ficou conhecido por *affirmative action*, que passou a significar “a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade” (ROCHA, 1996 p. 285). Assim, a noção de ação afirmativa surge do reconhecimento de que determinados grupos de pessoas na sociedade, em função de raça, cor, etnia, gênero, classe social, idade, regionalismo, etc, são vítimas de preconceito e discriminação, de forma que esses grupos são muito prejudicados na disputa por melhores condições de vida.

Houve uma mutação no conteúdo do princípio constitucional da igualdade a partir da adoção das Ações Afirmativas, de forma que a comunidade internacional e, por conseguinte, o Estado brasileiro convenceram-se da insuficiência da sua abordagem puramente universalista e da necessidade dessas ações. Assim,

*o combate à discriminação historicamente instituída, e com reflexos políticos, sociais e culturais profundos, só pode ser adequadamente enfrentado por meio de uma 'discriminação inversa' ou 'positiva'. Nesse sentido, a comunidade internacional optou por considerar, recomendar e, de certa forma, exigir em dadas circunstâncias o recurso às ações afirmativas. (ROCHA, 1996 p. 285).*

Nesse contexto, cumpre ao Estado impor o cumprimento de medidas que neutralizem essa posição desvantajosa de minorias, de forma que esses grupos possam competir em igualdade de posições com os demais grupos mais favorecidos.

Assim, a Carta Constitucional de 1988, que constituiu como objetivo deste país a igualdade, de acordo com CRUZ (2005 p. 143), em seu artigo 3º, dá guarida às ações afirmativas, como pode se depreender:

*Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

*II - garantir o desenvolvimento nacional;*

*III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

*IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL. Constituição de 1988).*

Consoante ARAÚJO, o art. 4º, II da Constituição Federal expressa prevalência dos direitos humanos como elemento que rege as relações internacionais. Assim, os dispositivos referentes à autorização das ações afirmativas previstas nas convenções internacionais, tais como as que combatem a discriminação da mulher, também fornecem conteúdo jurídico-normativo suficiente para a adoção das políticas afirmativas no Brasil.

### **2.1.1. Conceito**

Inicialmente, as ações afirmativas eram definidas como um “encorajamento” por parte do Estado para que pessoas, que possuíam poder decisório nas áreas pública e privada, começassem a considerar, em suas decisões relacionadas ao acesso das minorias à educação e ao mercado de trabalho, fatores como a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas (GOMES, 2001 p. 39). Posteriormente, em razão da falta de eficácia dos procedimentos comuns de combate à discriminação, por volta do início da década de 70, de acordo com Joaquim Barbosa, iniciou-se um processo de modificação no instituto, quando se utilizou ideias mais ousadas por intermédio da imposição de cotas rígidas de acesso das minorias a setores da sociedade (2001 p. 40).

Há, entretanto, inúmeras teorias acerca da conceituação das Ações Afirmativas.

Alguns autores sustentam que a ação afirmativa é uma forma de compensação, uma indenização paga aos descendentes de gerações de vítimas do segregacionismo e da discriminação. Chama-se teoria da compensação. Aqui, de acordo com Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2005 p. 138), “a discriminação e o preconceito são vistos como heranças culturais e passam de uma geração a outra, fazendo com que as ações afirmativas se tornem uma compensação pelos prejuízos sucessivos que a coletividade, alvo da indenização, veio a sofrer”.

Apesar de conhecida, a teoria compensatória sofre duras críticas, principalmente no meio jurídico, pois, em casos de responsabilidade civil por atos ilícitos, apenas o agente do fato pode ser acionado judicialmente pelo que praticou.

*Compensar algo que está entranhado na sociedade e que muitas vezes é resultado de fatos do passado é muito difícil de justificar juridicamente. Compensa-se, em geral, por um dano causado especificamente por alguém, desde que se possa identificar, claramente, quem praticou o ato que resultou no dano e quem sofreu aquele dano. Aí a dificuldade de se justificar, de se classificar as ações afirmativas como políticas compensatórias. (BARBOSA, 2004 p. 24)*

Se assim fosse, os homens arcairiam com grande quantia para indenizar as mulheres, eis que são mais de 5 mil anos de discriminação; os europeus teriam grande dívida com os povos indígenas da América, em razão da desigualdade de tratamento; e assim seria com todas as formas de discriminação existentes. Assim, culpar toda a sociedade pela discriminação é um argumento vazio, com conteúdo exclusivamente moral, sem qualquer pretensão jurídica. (CRUZ, 2005 p. 138).

As ações afirmativas podem também ser entendidas como uma forma de justiça distributiva:

*Elas são, na verdade, políticas distributivas ou redistributivas. Elas visam a trazer uma maior harmonia na “polis”, a fornecer instrumentos de competição àqueles que, por fatores históricos os mais diversos, são desprovidos desses instrumentos. É uma tentativa de se levantar, de se criar um patamar de competição que seja minimamente aceitável, sem o qual os grupos desprovidos, os grupos marginalizados não teriam como se inserir na sociedade. (BARBOSA, 2004 p. 24)*

Entretanto, no meio jurídico, as conceituações mais aceitáveis de ação afirmativa são aquelas que se relacionam ao princípio da igualdade e a ideia de discriminação.

Assim, a ação afirmativa é a mais avançada tentativa de concretização do princípio da igualdade, existente na Constituição Federal (GOMES, 2001 p. 42). Conforme ROCHA (1996 p. 288), “a ação afirmativa está inserida no princípio da igualdade jurídica, concebido pela Lei Fundamental do Brasil, conforme se pode comprovar de seu exame mais singelo”.

Nesse contexto, a ação afirmativa representa a isonomia material. Como já visto anteriormente, a isonomia formal “é um princípio vazio e hipócrita” (BARBOSA, 2004 p. 39). Outrossim, essa igualdade absoluta termina por gerar injustiças, tendo em vista que todos são considerados iguais, apesar das grandes diferenças (LIMA, 1993 p. 14). Já a igualdade material, para o mesmo autor, seria “um conceito da realidade, um conceito concreto de efetivas condições materiais que proporcionasse

uma equivalência, uma justiça muito simples, mas, evidentemente, parcial” (2004 p. 29).

Nesse ínterim, percebe-se que necessário se faz a interpretação do princípio nos termos da igualdade material, a qual se preocupa com discrepâncias existentes:

*A igualdade material se preocuparia com discriminações. Enquanto a igualdade formal diria não às discriminações, a igualdade material convidaria a utilizar discriminações positivas para suplantarem as desigualdades de fato. (BARBOSA, 2004 p. 31).*

A igualdade material, assim, traz em sua essência a ideia da discriminação. Inicialmente, entende-se por discriminação:

*[...] toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituição de promoção da distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critérios como raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patológica que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada. (CRUZ, 2005 p. 15).*

Entretanto, nem toda discriminação é odiosa, eis que, muitas vezes, necessária e indispensável para garantia dos princípios da igualdade e da dignidade humana, conforme os preceitos constitucionais (CRUZ, 2005 p. 15).

Desta feita, segundo Joaquim Barbosa, uma das formas de discriminação juridicamente admissível é a Discriminação Positiva ou Ação Afirmativa, que consiste em tratar preferencialmente grupo historicamente discriminado, ou marginalizado, de forma a colocá-los em nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram (GOMES, 2001 p. 22). A discriminação é, pois, nesse contexto, compatível com a igualdade.

Portanto, as ações afirmativas são também formas de discriminação lícita:

*As ações afirmativas são, portanto, atos de discriminação lícitos e necessários à ação comunicativa da sociedade. Logo, não devem ser vistos como “esmolas” ou “clientelismo”, mas como um elemento essencial à conformação do Estado Democrático de Direito. São, pois, uma exigência comum a países desenvolvidos como os Estados Unidos e a países subdesenvolvidos como o Brasil. (CRUZ, 2005 p. 143)*

Atualmente, grande parte dos autores entende que as ações afirmativas são políticas públicas que combatem e tentam corrigir desigualdades existentes. De

acordo com Joaquim Barbosa Gomes (2001 p. 40), as ações afirmativas podem ser definidas como

*um conjunto de políticas pública e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego.*

Dessa forma, entende-se que ação afirmativa é “a tentativa de se solucionar esta problemática da desigualdade e da discriminação” (BARBOSA, 2004 p. 21). São uma necessidade *temporária* de correção de rumos na sociedade, um corte estrutural na forma de pensar, uma maneira de impedir que relações sociais, culturais e econômicas sejam deterioradas em função da discriminação (CRUZ, 2005 p. 134). Ação afirmativa também consiste em uma série de medidas destinadas a corrigir uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais: aquela que parece estar associada a determinadas características biológicas (como raça e sexo) ou sociológicas (como etnia e religião), que marcam a identidade de certos grupos na sociedade. (SELL, 2002 p. 15)

*[...] o direito, principalmente o direito comparado, o direito internacional, vem encontrando nos últimos 30 ou 40 anos mecanismos de superar essas formas explícitas ou escamoteadas de discriminação. [...] a forma mais moderna de reconhecimento é essa tentativa de combate à desigualdade através de ações afirmativas.<sup>28</sup> (BARBOSA, 2004 p. 23)*

Conclui-se, portanto, que as ações afirmativas são;

*[...]uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. (ROCHA, 1996 p. 286)*

Ainda, elas foram permitidas pelo texto Constitucional, eis que a isonomia assegurada a todos na Carta Magna é a material, que permite que “a lei desiguale os desiguais na medida de suas diferenças” (LIMA, 1993 p. 18).

---

<sup>28</sup> FEDERAL, Ministério Público; Discriminação e Ações Afirmativas (2004) – pg. 23

Por fim, as ações afirmativas existem para assegurar a igualdade material prevista na Constituição de 1988 e são políticas públicas temporárias que serão utilizadas até que se atinja a igualdade necessária na sociedade.

### **2.1.2. O patriarcalismo e a necessidade de ações afirmativas em gênero**

Como já visto, as ações afirmativas são uma forma de se atingir a esperada igualdade na sociedade. Assim, ainda que não seja necessária uma análise mais aprofundada sobre o tema, importante que se entenda o porquê da necessidade das ações afirmativas em gênero no direito penal. Analisar a lei Maria da Penha, importa em compreender como se constituíram as relações entre homens e mulheres face à distribuição de poder.

Antigamente, ainda na idade da pedra, os homens sequer imaginavam que tivessem participação na prole. Assim, a fertilidade era exclusivamente feminina, momento em que as mulheres eram associadas aos poderes que governavam a vida e a morte. Nesse contexto, tudo indica que as mulheres tinham mais poder que o homem. Posteriormente, quando os homens passaram a cultivar a agricultura, novamente a mulher era vista como poderosa, eis que se acreditava que a fecundidade da mulher estava associada a fertilidade dos campos. E assim, durante anos a sociedade era matriarcal, mas igualitária, pois, apesar da linhagem ter sido traçada por parte da mãe, não há sinais de subordinação masculina (NAVARRO, 2007 pp. 15-18).

Em momento ulterior, a contribuição do homem para a procriação foi descoberta e, após milhares de anos crendo que a fertilidade era exclusivamente feminina, houve uma ruptura na história da humanidade, transformando-se as relações entre homem e mulher. Assim, o homem desenvolveu um comportamento “autoritário e arrogante”, apoderou-se da direção da casa e do trabalho. A partir disso, havendo necessidade da participação do homem na procriação, surge a noção de casal. O homem passa a querer ter o seu filho e passa a querer deixar a sua herança pra ele. Conseqüentemente, para que isso aconteça, a mulher só pode fazer sexo com um parceiro, momento em que se instaura o controle da fecundidade da mulher. Para garantir a fidelidade da mulher e, por consequência, a paternidade

dos filhos, a mulher passa a ser propriedade do homem. De acordo com a autora, como não bastasse a importância exacerbada que se dá ao homem, além de criar o filho, o homem também torna-se o criador da mulher<sup>29</sup> (NAVARRO, 2007 pp. 19-23).

Surge o patriarcado, então, que é “uma organização social baseada no poder do pai, e a descendência e o parentesco seguem a linha masculina. As mulheres são consideradas inferiores aos homens e, por conseguinte, subordinadas a sua dominação” (NAVARRO, 2007 p. 29).

A ideologia do patriarcado acarreta desastrosas consequências. Ao homem sempre coube o espaço público e à mulher sempre o limite do lar, com o dever de cuidado do marido e dos filhos. Formam-se de dois mundos completamente divergentes: um de dominação, externo, produtor; outro de submissão, interno e reprodutor. A essa distinção estão associados os papéis ideais dos homens, como provedores da família, e das mulheres, como donas do lar, cada um desempenhando a sua função. Assim, com o passar do tempo, a sociedade acabou por outorgar ao “macho” um papel paternalista, exigindo uma postura de submissão da “fêmea”. As mulheres acabaram recebendo uma educação diferenciada, pois necessitam ser mais controladas, mais limitadas em suas aspirações e desejos. A sua sexualidade passa a ser protegida.

*A fidelidade feminina sempre foi uma obsessão para o homem. É preciso proteger a herança e garantir a legitimidade dos filhos. Isso torna a esposa sempre suspeita, uma adversária que requer vigilância absoluta. Temendo golpes baixos e traições, os homens lançaram mão de variadas estratégias: manter as mulheres confinadas em casa sem contato com outros homens, cinto de castidade e até a extirpação do clitóris para limitar as pulsões eróticas. As adúlteras eram apedrejadas, afogadas, fechadas num saco, trancadas num convento ou, como acontece hoje no Ocidente, espancadas ou mortas por maridos ciumentos, protegidos por leis penais lenientes com os crimes passionais. Ao homem, por não haver prejuízo para sua linhagem, concede-se o direito de infidelidade conjugal (NAVARRO, 2007 p. 30).*

Diante desse cenário e desse antagonismo entre os sexos, a mulher terminou por ser discriminada durante anos. Baseados na ideia do patriarcado, as mulheres

---

<sup>29</sup> “Para a civilização judaico-cristã, Adão é criado por um Deus masculino. Javé tira uma de suas costelas, enquanto Adão dorme profundamente, e fecha cuidadosamente o lugar com carne. Eva, então, é moldada a partir dessa costela, que simboliza o ventre materno. Adão é pai e mãe de Eva. Inferior a ele, ela está distante do divino. Adão é muito superior. É filho de Deus. Foi criado à sua semelhança. Desse momento em diante, é muito claro o papel que a mulher deverá cumprir na sua relação com o homem: agradecida, por ele ter lhe dado a vida; dependente, por ter nascido dele; submissa, por ser inferior” (NAVARRO, 2007 p. 27).

passaram a sofrer todos os tipos de violência. Nesse contexto, surge a violência contra a mulher e a necessidade de uma maior proteção do Estado.

Portanto, pelos motivos acima expostos, ainda que a mulher já tenha conquistado um pequeno espaço novamente, ela ainda necessita de ações afirmativas para que possa competir em igualdade de condições com os homens na sociedade.

## **2.2. Gênero**

### **2.2.1. O Movimento Feminista**

“Feminismo é o nome que se atribui ao movimento social que busca a melhoria da condição da vida das mulheres, de forma a eliminar as desvantagens em relação ao *status* alcançado pelos homens ao longo da história”. (BUENO, 2011).

O movimento feminista tem uma trajetória que pode ser contada de diferentes formas. A história faz referência a um movimento feminista no singular, mas há, na verdade, uma multiplicidade de vertentes políticas que fazem do feminismo um movimento multifacetado, de vários grupos e de várias necessidades (LOURO, et al., 2010 p. 12).

Assim, partindo-se da ideia da multiplicidade de feminismos, propõe-se, como forma de observar os seus desdobramentos, a metáfora das ondas (ALIMENA, 2010 p. 18). De acordo com Carla Alimena, as ondas, assim como o feminismo, vivem em movimento, de forma que é impossível delinear seus contornos, pois não há fronteira definida entre elas.

Como já dito, não há um feminismo ou teoria feminista unitária, há infinitas perspectivas feministas e, cada autor, divide o feminismo da forma que o entende. Gonçalves (1998 p. 41) divide o movimento em duas ondas. Já ALIMENA (2010 p. 19), faz referência a três ondas de movimento. Há, ainda, quem faça referência a um movimento feminista liberal/burguês e a um movimento feminista anarquista (LOURO, et al., 2010 p. 12). Entretanto, esse trabalho basear-se-á em três ondas, como de regra o movimento é dividido.

Conforme Carla Alimena, a primeira onda relaciona-se com igualdade (2010 pp. 19-20). O foco dessa primeira onda é a autonomia e liberdade de escolhas individuais para ambos os sexos. Nesse ínterim, tenta-se ressaltar as semelhanças entre os sexos feminino e masculino a fim de que haja mudanças de expansão de direitos, incluindo-se o sexo feminino na esfera pública. Conforme a autora, são características dessa onda a luta contra discriminações sexuais, a busca do acesso igualitário à educação e ao trabalho, a busca à igualdade dos cônjuges e ao direito ao divórcio, e a luta em prol da liberdade sexual (2010 p. 20). De acordo com GONÇALVES (1998 p. 41), a primeira onda formou-se a partir do movimento sufragista, oportunidade em que se buscou o direito ao voto das mulheres, chegando ao Brasil em torno de 1890. Nesse ínterim, buscou-se também o direito à educação e a condições dignas de trabalho.

Nessa época, o movimento liberal aliou-se aos movimentos socialistas que lutavam pela formação dos sindicatos e por melhores condições de trabalho e de salário (LOURO, et al., 2010 p. 12). Esta corrente enfatiza a igualdade entre o homem e a mulher, justificando a modificação de um sistema que produza distinções de tratamento sob o pretexto de proteger a mulher. Assim, a inexistência de diferenças relevantes entre ambos os sexos deve garantir as mesmas oportunidades entre eles (BUENO, 2011 p. 37). Em verdade, essa corrente liberal pretendia a igualdade formal entre os sexos.

Para Carla Alimena (2010 p. 20), a segunda onda feminista relaciona-se com a diferença/disparidade entre os sexos e a dominação sofrida pela mulher. Assim, temas relacionados à violência doméstica, estupro, assédio sexual tornam-se o foco do debate. Ainda, o Estado é visto como instrumento masculino de dominação, de forma que são necessárias mudanças estruturais sócio-políticas em prol das mulheres. De acordo com a autora, diversas teorias da segunda onda alegavam que a mulher era apropriada sexualmente pelo patriarcado (2010 p. 20).

Na terceira onda, conforme ALIMENA (2010 p. 21), a questão relacionada a homens e mulheres é menos presente, sendo a questão de gênero o foco desse estágio. De acordo com a autora, nessa onda, discute-se que a opressão pode acontecer de várias formas “dependendo das intersecções de raça, classe, sexualidade e outros diversos fatores de gênero”. Assim, a questão de gênero é bem característica dessa onda, de forma que a preocupação feminista direcionou-se à

diversidade existente entre as mulheres, tentando modificar a ideia de que todas as mulheres são iguais. Nesse ínterim, fatores como raça, classe, etnia, características físicas e orientações sexuais diferem as experiências de cada mulher. Assim, necessárias seriam reformas legais a fim de que se atendessem todas as múltiplas formas femininas (BUENO, 2011 p. 45).

As teorias do movimento mais radical inserem-se nessa onda. Para esse movimento, o princípio da igualdade formal não modificava a desvantagem da mulher em relação ao homem e jamais poderia colocá-las em igualdade de condições (BUENO, 2011 p. 39). Destarte, cobravam mudanças na legislação a fim de que as leis fossem fixadas considerando as diferenças entre os sexos (BUENO, 2011 p. 39), ou seja, que utilizassem de ações que considerassem essa desigualdade existente.

O que há em comum entre as três ondas é que as questões levantadas por uma delas nunca tiveram um fim, continuam em aberto (ALIMENA, 2010). As ondas vivem em movimento, sendo impossível delinear seus contornos, inícios e finais, por isso a ideia de comparar o movimento feminista com ondas. Assim, as questões vinculadas à primeira onda, por exemplo, continuam a ser debatidas na atualidade, mesmo que não pareçam sempre em evidência, e os discursos não se superam, mas convivem todos juntos (ALIMENA, 2010 p. 22).

Entretanto, para esse trabalho, importantes serão as questões levantadas pela terceira e última onda, eis que trouxe a noção de gênero e a ideia de que o termo “mulher” deve ser interpretado não de acordo com o sexo biológico da pessoa, mas sim consoante as características que ela demonstra na sociedade, como será visto a seguir.

### **2.2.2. Gênero, sexo e sexualidade**

O termo gênero teve sua insurgência com o movimento feminista com a finalidade de desconstruir a visão biológica de corpo e dos papéis e funções de homens e mulheres na sociedade.

De acordo com Linda NICHOLSON (2000 p. 02), quando do surgimento da segunda fase do feminismo, a noção dominante na sociedade era que a distinção de

masculino e feminino era causada por fatores biológicos. Essa ideia refletia-se no fato de que se utilizava comumente a palavra “sexo” para fazer essa distinção. Segundo BUENO (2011 p. 12), a divisão biológica existente entre os seres humanos, sexo masculino e sexo feminino é feita tomando-se por base as diferenças morfológicas que existem no corpo dos homens e das mulheres. Segundo essa visão biológica, mesmo que o indivíduo se submeta a transformações cirúrgicas, o código genético<sup>30</sup> continuará a indicar o sexo originário do indivíduo.

De acordo com BUENO, o determinismo biológico existente serviu como sustentação ao androcentrismo no mundo, fornecendo fundamentos para a diferenciação entre homem e mulher<sup>31</sup>. Consoante NICHOLSON, em razão dessa conceituação biológica, o conceito de “sexo” colaborou também com a imutabilidade das diferenças entre homens e mulheres e com a desesperança de certas tentativas de mudança.

Assim, no final da década de 60, as feministas tentaram minar esse conceito, utilizando-se da expressão gênero para se referir a muitas das diferenças entre mulheres e homens expostas na personalidade e no comportamento. Ou seja, de acordo com o conceito criado pelas feministas, os gêneros femininos e masculinos não devem ser classificados de acordo com seus fatores genéticos/biológicos, e sim conforme seu comportamento e sua personalidade na sociedade. Naquela época, nos termos na autora, gênero “não era visto pela maioria como substituto para ‘sexo’, mas como meio de minar as pretensões de abrangência de ‘sexo’ ”.

Nesse contexto, não são mais características anatômicas e fisiológicas que definem a diferença entre sexos;

*são os modos pelos quais características femininas e masculinas são representadas como mais ou menos valorizadas, as formas pelas quais se reconhece e se distingue feminino de masculino, aquilo que se torna possível pensar e dizer sobre mulheres e homens que vai constituir, efetivamente, o que passa a ser definido e vivido como masculinidade e*

---

<sup>30</sup> Material genético que determina o sexo dos seres vivos.

<sup>31</sup> De acordo com essa autora, o discurso científico, imbuído de tal determinismo, procedeu à polarização e naturalização das diferenças sexuais e culturais dos indivíduos. O auge desse processo ocorreu no século XIX, quando os discursos científicos foram fundamentais para revigorar as crenças religiosas ou filosóficas que versaram sobre a inferioridade da mulher. A partir do dualismo homem/mulher, o discurso científico reforçou a dominação masculina da sociedade, fomentando a primazia do homem sobre a mulher, da razão sobre a emoção, da objetividade sobre a subjetividade, do público sobre o privado, do universal sobre o particular

*feminilidade, em uma dada cultura, em um determinado momento histórico (LOURO, et al., 2010).*

Com esse conceito, pretendia-se modificar a noção de que um gênero (feminino ou masculino) pertence a um sexo anatômico, que lhe seria naturalmente correspondente (LOURO, et al., 2010 p. 15).

Posteriormente, no início da década de 70, era aceito pelas feministas a existência de fenômenos biológicos que diferenciavam mulheres de homens, mas elas entendiam que muitas das diferenças associadas a mulheres e homens não eram efeito dessa premissa, mas sim efeito de comportamento. Desse jeito, o conceito de gênero complementava o conceito de “sexo”, não o substituíam, de forma que o “sexo” ainda mantinha um papel importante. Ainda, essa noção permitia que os dados biológicos coexistissem com os aspectos de personalidade e de comportamento dos seres humanos (NICHOLSON, 2000 pp. 03-04). Para a autora, em verdade, toda a população humana difere-se em pensamentos, sentimentos e atitudes e em como cada um entende seu corpo. Nesse sentido, há variações sociais entre masculino e feminino, de forma que nunca existirá um único conjunto de critérios constitutivos da identidade sexual (2000 p. 06).

Consoante NICHOLSON (2000 p. 01), a palavra Gênero, atualmente, é utilizada de duas maneiras diferentes. Por um lado, gênero é utilizado em oposição a sexo, descrevendo o que é “socialmente construído” em oposição ao que é “biologicamente dado”. Nesse contexto, utiliza-se gênero quando se faz referência a personalidade e a comportamento, diferentemente do termo “sexo”, que se emprega quando se faz menção a corpo. Por outro lado, entende-se por gênero “qualquer construção social que tenha a ver com a distinção masculino/feminino, incluindo as construções que separam corpos ‘femininos’ de corpos ‘masculinos’”. De acordo com a autora, essa última maneira de utilização surgiu quando se percebeu que a sociedade não forma apenas personalidades e comportamentos, mas também maneiras como o corpo se apresenta. Joan Scott descreve claramente esse segundo sentido de gênero;

*gênero é a organização social da diferença sexual. Mas isso não significa que gênero reflita ou produza diferenças físicas fixas e naturais entre mulheres e homens; mais propriamente, o gênero é o conhecimento que estabelece significados para diferenças corporais (...) Não podemos ver as diferenças sexuais a não ser como uma função de nosso conhecimento sobre o corpo, e esse conhecimento não é puro, não pode ser isolado de*

*sua implicação num amplo espectro de contextos discursivos*(NICHOLSON, P. 02).

Em verdade, diferentemente da divisão biológica que define o sexo, o gênero identifica-se como o sexo socialmente construído (parafraseando Simone de Beauvoir, não se nasce mulher - ou homem- torna-se). Conforme Santos e Izulmino (2005 pp. 10-11):

*Enquanto o paradigma do patriarcado pressupõe papéis sociais rígidos condicionados culturalmente pelas diferenças biológicas entre o homem e a mulher, a nova perspectiva de gênero enfatiza a diferença entre o social e o biológico. Gênero é definido como uma relação socialmente construída entre homens e mulheres, servindo como categoria de análise para se investigar a construção social do feminino e do masculino (SANTOS, et al., 2005).*

Nesse ínterim, a palavra sexo determina a caracterização anátomo-fisiológica dos seres humanos, já a palavra gênero caracteriza o masculino e o feminino (HEILBORN, 1994 p. 01). Então, conforme a autora Maria Luiza Heilborn, “há machos e fêmeas na espécie humana, mas a qualidade de ser homem e ser mulher é condição realizada pela cultura”. Tal formulação representa um avanço, posto que, com essa ideia, valoriza-se mais o ‘sentir-se’ feminina ou masculina. Desse modo, uma pessoa do sexo masculino pode ser feminina, assim como uma pessoa do sexo feminino pode ser masculina, ou uma pessoa do sexo feminino pode ser feminina e assim por diante.

Há ainda a sexualidade, que diverge da ideia de sexo e de gênero. Sexualidade é a opção sexual que é feita pelos seres humanos. Gostar do mesmo sexo, assim, significa ser homossexual; gostar de sexo diferente significa ser heterossexual; de ambos os sexos, bissexual (GROSSI, p. 01).

Apesar de termos diferenças sexuais ou de gênero, o que inferioriza o gênero mulher é justamente a cultura do patriarcado, na qual são respeitados os homens, geralmente brancos, heterossexuais, de classe média-alta. Aqueles que divergem desse esteriótipo e fogem desse padrão, geralmente, sofrem discriminação. Ou seja, é uma discriminação que foi construída pela sociedade ao longo do tempo.

Socialmente, o gênero feminino, de todas as suas formas – transexuais, travestis, lésbicas, homossexuais – é inferiorizado perante o masculino Não são as

diferenças biológicas que justificam as desigualdades e o preconceito, e sim as sociológicas. Nessa esteira, BARATA afirma que é a construção social do gênero e não a diferença biológica de sexo o ponto de partida para uma análise crítica da divisão social (1999, p. 21).

Como já visto anteriormente, a mulher foi discriminada – e ainda é – em razão de uma construção social. Da mesma forma, todas as outras representações do gênero feminino também não têm sido respeitadas ao longo dos anos. O universo do patriarcado, da mesma forma que não respeita a mulher, também não aceita feminilidades dos gays, travestis e afins. Daí porque a necessidade da existência de ações afirmativas que englobem todo o gênero feminino.

### **2.3. Aplicabilidade das Ações Afirmativas no Direito Penal: uma crítica a Maria da Penha**

#### **2.3.1. Lei Maria da Penha**

*Não bastou a revolução feminina ter marcado o século anterior. O significativo avanço das mulheres em várias áreas e setores não conseguiu encobrir a mais cruel sequela da discriminação de que ainda são vítimas: a violência doméstica! (DIAS et al, 2007).*

Em 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia apresentada por Maria da Penha Maia Fernandes, a qual informava dos episódios de violência doméstica da qual foi vítima. A denúncia acusava o Estado brasileiro de ser conivente com a violência, na medida em que, passados mais de 15 anos dos fatos, não fora tomada qualquer providência a fim de punir o agressor, o ex-marido da vítima. De acordo com o relatório nº 54, publicado pela Comissão,

*A denúncia alega a tolerância da República Federativa do Brasil (doravante denominada “Brasil” ou “o Estado”) para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros em seu domicílio na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, contra a sua então esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante os anos de convivência matrimonial, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983. Maria da Penha, em decorrência dessas agressões, sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades desde esse ano. Denuncia-se a tolerância do Estado, por não haver efetivamente tomado por mais de 15 anos as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias efetuadas. Denuncia-se a violação dos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos); 8 (Garantias judiciais); 24 (Igualdade perante a lei)*

e 25 (Proteção judicial) da **Convenção Americana**, em relação aos artigos II e XVIII da **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem** (doravante denominada “a Declaração”), bem como dos artigos 3, 4, a, b, c, d, e, f, g, 5 e 7 da **Convenção de Belém do Pará**. A Comissão fez passar a petição pelos trâmites regulamentares. Uma vez que o Estado não apresentou comentários sobre a petição, apesar dos repetidos requerimentos da Comissão, os peticionários solicitaram que se presuma serem verdadeiros os fatos relatados na petição aplicando-se o artigo 42 do Regulamento da Comissão. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, caso 12.051, 2001).

A Comissão, então, conclui

*que a República federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil; Que o Estado tomou algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma, embora essas medidas ainda não tenham conseguido reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência contra a mulher; Que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, caso 12.051, 2001).*

Assim, responsabilizou o Estado Brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica. Ainda, o Estado Brasileiro recebeu recomendações, entre elas complementar o processamento penal do responsável pela agressão de Maria da Penha e adotar medidas necessárias para que o Estado assegure a vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações. Outrossim, ficou particularmente recomendado a revisão das políticas públicas vigentes no âmbito da violência contra a mulher e a elaboração de uma legislação específica e adequada para o tratamento de situações de violência de gênero (ALIMENA, 2010 p. 71).

Concomitantemente a esse fato, setores feministas mobilizaram-se em favor de uma legislação específica, com a finalidade de diminuir a impunidade até então gerada em razão do tratamento, muitas vezes ineficaz ou preconceituoso, que era dado a violência doméstica nos JECrim (ALIMENA, 2010 p. 70 e 71).

Então, a Lei Maria da Penha foi criada pelo Estado Brasileiro com o objetivo de este adequar-se às exigências advindas das Convenções de que se tornou

signatário, bem como em razão da pressão que vinha sofrendo do movimento feminista. Assim, ela pode ser entendida como uma forma de cobrar com juros o sofrimento antigo de muitas mulheres – uma ação afirmativa compensatória -, ou mesmo um jeito de trazer igualdade a minorias através de uma discriminação positiva.

A lei popularmente conhecida como Maria da Penha, a Lei 11.340/2006, foi sancionada em agosto de 2006 e refere-se à legislação sobre violência doméstica de gênero<sup>32</sup>.

Conforme os autores de *Políticas e Leis sobre violência de gênero – reflexões críticas* (BEIRAS, et al., 2012 p. 37), a lei “altera o Código Penal Brasileiro, triplicando a pena para agressões domésticas contra mulheres e, em consequência, aumentando os mecanismos de proteção às vítimas”. Ainda, ela dá a possibilidade de que autores da violência sejam presos em flagrante e passa a extinguir penas alternativas.

Além disso, a lei trouxe modificações na compreensão de que a violência contra a mulher não deve ser tratada apenas como um problema da justiça criminal. Assim, medidas preventivas e educacionais para coibir a violência a discriminação também estão previstas nesta lei, dentre elas, a promoção de estudos e pesquisas com a perspectiva de gênero relacionada à violência doméstica e familiar contra a mulher e a celebração de convênios e parcerias com o objetivo de implementar programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra as mulheres. (BEIRAS, et al., 2012 p. 37). Ainda, uma das características mais marcantes da Lei é a criação de um juizado específico com a finalidade de cuidar dos casos que possam ser enquadrados como violência domiciliar contra na mulher.

De acordo com o artigo 1º da lei, ela

---

<sup>32</sup> As primeiras autoras brasileiras que utilizam o termo violência de Gênero são Heleieth Saffioti e Sueli Souza de Almeida, em livro publicado em 1995, intitulado *Violência de Gênero: Poder e Impotência*. Em publicação mais recente sobre gênero, patriarcado e violência, Saffioti define “violência de gênero” como uma categoria de violência mais geral, que pode abranger a violência doméstica e a violência intrafamiliar. Segundo a autora, a violência de gênero ocorre normalmente no sentido homem contra mulher, mas pode ser perpetrada, também, por um homem contra outro homem ou por uma mulher contra outra mulher. A violência familiar “envolve membros de uma mesma família extensa ou nuclear, levando-se em conta a consangüinidade e a afinidade. (...) Compreendida na *violência de gênero*, a *violência familiar* pode ocorrer no interior do domicílio ou fora dele, embora seja mais frequente o primeiro caso (SANTOS, et al., 2005).

*cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. (BRASIL, Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006).*

Nos termos do art. 2º, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, toda mulher goza dos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana.

Dispõe o art. 5º da Lei 11.340/06:

*“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”.* (BRASIL, Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006).

No que diz respeito à violência contra a mulher, Cavalcanti (2010, p.02) define como sendo “qualquer ação ou conduta que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”. No que concerne à violência doméstica, a autora assevera ser “aquela praticada no lar ou na unidade doméstica, geralmente por um membro da família que viva com a vítima, podendo ser esta homem ou mulher, criança, adolescente ou adulto”. A Lei Maria da Penha, nos termos do art. 5º, então, engloba violência doméstica e violência de gênero, constituindo uma das formas de violação dos direitos humanos (art. 6º).

Assim, a Maria da Penha é uma ação afirmativa criada no âmbito penal com a finalidade de trazer uma maior proteção às mulheres, bem como dar maior aplicabilidade ao princípio da igualdade.

### 2.2.2. O alcance da Lei Maria da Penha – limitações da Lei

Conforme ALIMENA (2010 p. 74), “pela primeira vez, os feminismos no Brasil participaram diretamente na elaboração de uma legislação no que se refere ao tratamento da violência doméstica”. Todavia, em que pese tenham as feministas participado da elaboração da Lei, tal inclusão deu-se com atraso, pois as contribuições feministas na criação da Lei trouxeram demandas da década de 70 (reivindicações da segunda onda feminista), quando se combatiam posturas judiciais patriarcais – tais como a relevância de ser a mulher “honesta” em casos de crimes sexuais (ALIMENA, 2010 p. 74).

Assim, foram desconsideradas, quando da criação da lei, as premissas que vieram com a terceira onda feminista, tais como a questão do gênero. Ainda que a lei tenha considerado a questão da orientação sexual, de forma que é possível uma denúncia entre casais lésbicos, ela desconsiderou a existência dos demais grupos femininos existentes na sociedade, tais como travestis/transsexuais:

*Apesar de seu artigo 5º, parágrafo único, determinar a incidência da lei, independentemente da orientação sexual das partes envolvidas no conflito, tal dispositivo não parece alterar o fato de que a aplicação da Lei 11.340/06 é cabível apenas em casos em que a vítima seja mulher (ALIMENA, 2010 p. 79).*

Nesse sentido, a Lei não abrangeu as diferenças e diversidades do gênero feminino, sendo o gênero interpretado, erroneamente, como sexo, e não como construção social. A lei veio atrasada e não contemplou o modo como a sociedade se comporta atualmente e a nova identidade da mulher. Nesse sentido, ALIMENA (2010 p. 81):

*A lei 11.340/06 não apreze abranger identidades de gênero, limitando-se a proteger ‘a mulher’ dentro de um esquema de correspondência entre sexo-gênero. Para participar como vítima do rito judicial previsto pela Lei Maria da Penha, a princípio, o sexo que consta no registro civil do indivíduo deve ser o feminino, o que possibilitaria proteção de alguns transexuais, mas não de travestis e transgêneros registrados como homens.*

Assim, o paradigma tradicional de gênero, que vem sendo aplicado à lei, não abarca todas as relações de conjugalidade, é uma lei que elaborada para atender mulheres vítimas em relacionamento com homens violentos. Logo, a lei foi criada considerando a violência que se passa entre casais heterossexuais de acordo com

princípios patriarcais, não sendo adequada como postulação universal que se aplique a violência que ocorre em qualquer tipo de relação de casal.

Exemplo da limitação e discriminação, acima apontadas, é que a Lei Maria da Penha costuma manter a lógica da vítima mulher e homem agressor, esquecendo-se da existência dos travestis, que possuem o sexo masculino, que são do gênero feminino, e que sofrem constantemente agressões de seus companheiros. Assim, “a lógica dicotômica exclui outras possibilidades de expressão de gênero e essencializa a diferença em corpos sexuais, diferenciados por uma perspectiva genética e biológica” (BEIRAS, et al., 2012 p. 41).

Entretanto, partindo-se do pressuposto de que a violência doméstica existente na sociedade não é um problema de natureza sexual, mas sim um fenômeno histórico (produzido pelas estruturas sociais, sendo reforçado e reproduzido pelas estruturas patriarcais de dominação), as tendências de dominação não estão relacionadas ao sexo masculino, não são da natureza masculina, mas foram sendo aprendidas pelos homens através da cultura. Nesse ínterim, a violência não é exclusiva do sexo masculino e, conseqüentemente, não se justifica na visão biológica dos seres humanos. A violência doméstica de gênero, então, refere-se às características sociais, culturais ou políticas impostas a homens e a mulheres ao longo do tempo.

Nesse contexto, quando se trata da Lei Maria da Penha, o termo gênero deve ser abrangido, eis que o problema da violência doméstica de gênero é, na verdade, uma questão sócio-cultural. De acordo com Luiz Flávio Gomes (2009),

*Sexualmente falando a diferença entre homem e a mulher é o seguinte: o homem faz a mulher engravidar; a mulher menstrua, faz a gestação e amamenta. Fisicamente falando essa é a diferença. Fora disso, qualquer outro tipo de distinção é cultural (e é aqui que reside a violência de gênero). Cada sociedade (e cada época) forma (cria) uma identidade para a mulher e para o homem (a mulher deve fazer isso, isso e aquilo; o homem deve fazer isso, isso e aquilo). O modo como a sociedade vê o papel de cada um, com total independência frente ao sexo (ou seja: frente ao nosso substrato biológico) é o que define o gênero.*

Assim, os sujeitos vulneráveis nas relações domésticas podem ser travestis, homens, transexuais ou mulheres, pois seus qualificadores, que demonstram a vulnerabilidade e a feminilidade (protegidas pela Lei Maria da Penha), estão

relacionados não somente ao corpo ou à genética, mas também (e principalmente), na personalidade e no comportamento. Nesse sentido,

*Mulheres destinadas pelo nascimento, travestidas pela estética ou transformadas pelo bisturi serão todas, igualmente, amparadas pela LMP em situação de violência. Não há neutralidade sexual na história da violência doméstica – são as mulheres as principais vítimas da opressão patriarcal de gênero (DINIZ, 2013).*

Outrossim, de acordo com Cerqueira (2013):

*[...] o elemento diferenciador da abrangência da Lei 11.340/2006 é o gênero feminino. Acontece que o sexo biológico e a identidade subjetiva nem sempre coincidem. Nesta ótica, a Lei é dilatada, abrangendo, por exemplo, os homossexuais femininos e masculinos, os travestis, os transexuais e os transgêneros, os quais tenham identidade com o gênero feminino.*

Apesar dessa limitação na aplicabilidade da Maria da Penha, nestes anos de sua vigência, houve alguns casos que foram julgados, felizmente, mediante uma interpretação mais ampliada da lei por alguns juízes no Brasil (BEIRAS et al, 2012, p. 35-45). A decisão da Primeira Vara Criminal da Comarca de Anápolis, Tribunal de Justiça de Goiás (processo n. 201103873908), em anexo no presente trabalho, por exemplo, aplicou à Lei Maria da Penha a um transexual que não havia ainda modificado seu registro civil e permanecia com o nome de origem (Alexandre), mas que era identificado como do gênero feminino perante a sociedade. De acordo com a juíza, Dra. Ana Cláudia Veloso Magalhães, que julgou o caso, entendeu que Alexandre era do gênero feminino, motivo pelo qual teria direito à proteção da Lei Maria da Penha:

*[...] Destarte, não posso acolher o respeitável parecer ministerial e ignorar a forma pela qual a ofendida se apresenta perante a todas as demais pessoas, **não restando dúvida com relação ao seu sexo social, ou seja, a identidade que a pessoa assume perante a sociedade.** Somados todos esses fatores (a transexualidade da vítima, as características físicas femininas evidenciadas e seu comportamento social), conferir à ofendida tratamento jurídico que não o dispensado às mulheres (nos casos em que a distinção estiver autorizada por lei), transmuda-se no cometimento de um terrível preconceito e discriminação inadmissível, em afronta inequívoca aos princípios da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual, da dignidade da pessoa humana e da liberdade sexual, posturas que a Lei Maria da Penha busca exatamente combater. [...] No chamado **princípio da igualdade ou da isonomia**, busca-se assegurar a todos um tratamento idêntico, sem diferenciações e desigualdades. O artigo é claro quando aduz que tanto homens, quanto mulheres são iguais, possuindo, assim, os mesmos direitos e obrigações perante a Lei, não dando margem a qualquer forma de discriminação ou preconceito. Como corolário, **homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais também são detentores dos mesmos direitos assegurados aos demais cidadãos.** Dessa forma, o princípio da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual é a*

*igualdade concedida, sem discriminação de orientação sexual, “reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem” (SILVA, José Afonso da Silva. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.224).*

Ainda assim, a Maria da Penha segue, em sua maioria, sendo aplicada ignorando a concepção de gênero. No entanto, pensar na questão da violência de gênero, segundo a teoria da terceira onda feminista, é considerar as diferenças de cada caso, é dar visibilidade aos aspectos excluídos ou ocultados.

Outrossim, a fim de que se alcance o princípio da igualdade, tão buscado pela Carta Magna e pelas Convenções internacionais de que o Brasil é signatário, necessário se faz a aplicação mais abrangente do termo gênero. Em se tratando de uma ação afirmativa (em que a sua aplicação existe com a finalidade de favorecer minorias, trazendo essa igualdade material entre os cidadãos) a Lei Maria da Penha deve abarcar essas minorias, não importando se a vítima é transexual, travesti, ou homem. Ainda, sendo uma lei pensada para favorecer a mulher, ela deve ser interpretada conforme a mulher é vista hoje na atualidade, culturalmente, ou seja, como gênero feminino. Novamente, não se nasce mulher, torna-se.

Assim, considera-se a interpretação dada ao termo mulher a partir da terceira onda feminista uma abordagem mais eficaz e ampla para a atuação sobre o problema da violência no casal. O que de fato a Lei busca é mais do que proteger o sexo biológico ‘mulher’, é resguardar todos aqueles que se comportam/veem como mulheres, incluindo os travestis e transexuais.

## Conclusão

A Lei Maria da Penha foi criada, por intermédio dos tratados internacionais de direitos humanos, com a finalidade de trazer uma maior proteção a um gênero específico, em razão da vulnerabilidade das pessoas que compõem esse grupo. Porém, quando da sua criação, não foram consideradas as questões levantadas pela terceira onda do movimento feminista, de forma que foram utilizados conceitos biológicos para classificação dos sujeitos ativos e passivos da violência doméstica.

Assim, desconsiderou-se também a existência dos diferentes tipos de seres humanos que compõem a sociedade. Nesse sentido, a lei discriminou parte da população que se sente mulher, que age como mulher, que sofre violência como mulher, que é mulher.

O direito existe com a finalidade de construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme a Constituição Federal já demonstra. Porém, a sociedade é fluida, é flexível, é plural, e o seu cenário vai modificando ao longo do tempo. Dessa forma, com o passar dos anos, o direito deve evoluir juntamente com a sociedade e deve buscar sempre interpretações da lei que se apliquem ao cotidiano, adaptando-se a novos conceitos, a novas famílias, a novas experiências. As ações afirmativas existem, nesse contexto, para trazer igualdade social em razão da desigualdade *temporária* existente, pois, novamente, os tempos mudam, e as ideias também.

Nesse sentido, se a Lei foi criada com uma finalidade de proteção a um grupo vulnerável e, hoje, parte da sociedade está necessitando também dessa mesma proteção, cabe ao intérprete da lei dar-lhe uma aplicabilidade melhor. Se a causa da violência doméstica é a cultura, é construção social que se fez ao longo do tempo, a questão a ser analisada, quando da verificação dos sujeitos da Lei Maria da Penha, é o gênero, e não o sexo dos indivíduos.

Outrossim, deixar de garantir proteção a lésbicas, travestis, transexuais, gays, seria deixar de cumprir os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, direitos inerentes a todos os seres humanos.

Conclui-se, através da análise bibliográfica oportunizada por esse trabalho, que o Direito deve afastar as formalidades existentes, observando a realidade dos fatos. Assim, a Lei Maria da Penha deve ser interpretada abrangendo o significado

do conceito de mulher, eis que busca mais do que proteger apenas um sexo, busca a proteção social daqueles que se vêem como mulher. Transexuais, travestis, gays, lésbicas sofrem violência doméstica em razão do gênero e devem receber do Estado uma proteção diferenciada.

## Referências Bibliográficas

ALIMENA, Carla Marrone. **A Tentativa do (Im)Possível: Feminismos e Criminologias**. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: Instrumentos Básicos**. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2007.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. - São Paulo: FTD, 1997

ARAÚJO, José Carlos Evangelista. **Ações afirmativas e Estado Democrático social de direito**. - São Paulo: LTr, 2009.

BARBOSA, Joaquim. **Discriminação e Ações Afirmativas. 2004**. - São Paulo : Imagem Digital, 2004.

BEIRAS, Adriano; MORAES, Maristela; ALENCAR-RODRIGUES, Roberta de; CANTERA, Leonor. **Políticas e leis sobre violência de gênero - reflexões críticas**. *Psicologia & Sociedade*, 24(1), 36-45. 2012. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v24n1/05.pdf>>. Acesso em: 01/12/2013.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 de out. de 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto 1.973, de 1º de Agosto de 1996**. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm)>. Acesso em: 01 de dezembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto 4.316, de 30 de julho de 2002**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4316.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm)>. Acesso em 20 de novembro de 2013).

\_\_\_\_\_. **Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm)>. Acesso em 03 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em 05 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.340/06 de 7 de agosto de 2006**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em 29 de outubro de 2013.

BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. **Feminismo e Direito Penal**. 2011. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares De Farias. **A violência doméstica como violação dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7753/a-violencia-domestica-como-violacao-dos-direitos-humanos> Acesso em 22.10.13>. Acesso em 17 nov. 2013.

CERQUEIRA, Amanda P. Coutinho. **Reflexões sobre a abrangência da Lei n. 11.340/2006 e seu conseqüente potencial de efetividade em busca da constitucionalização do Direito Penal**. Âmbito Jurídico. 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6410](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6410)> . Acesso em 29 out. 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de muleres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice; REINHEIMER, Thiele Lopes. **Violência Doméstica e as Uniões Homoafetivas**. 2013. Disponível em <[http://www.compromissoeatitudo.org.br/violencia-domestica-e-as-unioes-homoafetivas-por-maria-berenice-dias-e-thiele-lobes-reinheimer/](http://www.compromissoeatitude.org.br/violencia-domestica-e-as-unioes-homoafetivas-por-maria-berenice-dias-e-thiele-lobes-reinheimer/)>. Acesso em 20 nov. 2013.

DINIZ, Débora; GUMIERI, Sinara. **Violência contra as mulheres – um comentário**. Jul. 2013. Disponível em <<http://www.compromissoeatitudo.org.br/violencia-contra-as-mulheres-um-comentario-por-debora-diniz-e-sinara-gumieri/>>. Acesso em 29 out. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Violência "machista" da mulher e Lei Maria da Penha : mulher bate em homem e em outra mulher.** jun. 2009. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> . Acesso em 01 dez. 2013.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Eliana. **Pensando genero como categoria de análise.** Goiania : UCG, 1998.

GROSSI, Miriam Pillar. Identidade de gênero e sexualidade. Disponível em: <[http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/identidade\\_genero\\_revisado.pdf](http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/identidade_genero_revisado.pdf)>. Acesso em 15 nov. 2013.

HEILBORN, Maria Luiza. **De que gênero estamos falando?** In: Sexualidade, Gênero e Sociedade. ano 1, n. 2, nov. 1994. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/99\\_1042\\_dequegenero\\_estamosfalando.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/99_1042_dequegenero_estamosfalando.pdf)> . Acesso em: 20 nov. 2013.

HUMANOS, Comissão Internacional de Direitos. Relatório nº 54/01 caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil, 04 de abril de 2001. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 20 nov. 2013.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LOURO, Guacira Lopes; FELIPE, Jane; GOELLNER, Silvana Vilodre. **Corpo, gênero e sexualidade: Um debate contemporaneo na educação.** 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo : Atlas, 1997.

NAVARRO, Regina. **A Cama na Varanda.** Rio de Janeiro: Best Seller Ltda, 2007.

NICHOLSON, Linda. **Interpretando o gênero.** Tradução Luiz Felipe Guimarães Soares. Revista Estudos Feministas, 8 (2), 2000. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11917/11167>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas e direitos humanos**. Revista USP, São Paulo, n. 29, p. 36-43, março/maio de 2006. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/69/04-flavia.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n. 131, p. 283-295., jul/set de 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176462>>. Acesso em: 22 out. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Cecília MacDowell; IZULMINO, Wânia Pasinato. **Violência contra Mulheres e Violência de Gênero: Nostas sobre Estudos Feministas no Brasil**. Revista Estudios interdisciplinarios de America Latina y El Caribe da Universidade de Tel Aviv, Israel , nº1, 2005. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

SELL, Sandro Cesar. **Ação Afirmativa e Democracia Racial: uma introdução ao debate no Brasil**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2002.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana - sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

## ANEXO

COMARCA DE ANÁPOLIS 1ª Vara Criminal Gabinete da MMª. Juíza de Direito 1  
Autos Protocolizados sob o nº : 201103873908  
Indiciado : Carlos Eduardo Leão  
Vítima : Alexandre Roberto Kley  
Natureza : Flagrante

### DECISÃO

#### I-Relatório

**A Bel. Pilar Maria Villalba**, *mui* digna Delegada de Polícia da 1ª DDP (Central de Flagrantes), em exercício nesta Comarca, informa a este Juízo a prisão em flagrante de **Carlos Eduardo Leão**, efetuada no dia 11/09/2011, por volta das 00:20 horas, em Anápolis-GO, pela suposta prática dos delitos esculpados no **artigo 129, §9º, artigo 140, artigo 147 e artigo 163, parágrafo único, incisos I e IV, todos do ordenamento jurídico penal brasileiro.**

**02.**Nota de Ciência das Garantias Constitucionais e Nota de Culpa coligidas às laudas 15/16.

**03.**Foi condutor o SD/PM Tadeu da Silva Barbosa (qualificado à folha 03), primeira testemunha o militar Juvercino da Costa Ramos (identificado à folha 05) e a testemunha instrumentária João Batista Chaves (inquirido à folha 07), tendo sido ouvidos na sequência legal, condutor, testemunhas, e o conduzido (folhas 03 *usque* 11), estando os instrumentos devidamente assinados por todos.

**04.**Ouvida, a insigne Dra. Promotora de Justiça, às laudas 21/23, manifestou pela não homologação do auto de prisão em flagrante e pela remessa das presentes peças ao Juizado Especial Criminal dessa Comarca.

### SUCINTAMENTE JOEIRADOS.

### FUNDAMENTO E DECIDO.

#### II- Fundamentação

##### ***Da aplicabilidade da Lei Maria da Penha na transexualidade***

**05.**Pois bem! Compulsando detidamente os autos em testilha observa-se que apesar de constar na capa dos autos de processo o nome da ofendida como sendo '**Alexandre Roberto Kley**', em verdade a referida pessoa fora submetida a **uma cirurgia de redesignação sexual há 17 (dezessete) anos atrás** como resulta do opúsculo objurgado.

**05.a.**De gizar-se, no mesmo diapasão que até a presente data não ocorreu o assento de alteração do sinal identificador da ora vítima no Registro Civil de Pessoas Naturais, pelo que o exercício do direito de personalidade se assenta sob o traço designativo supra declinado.

**05.b.** Também do caderno processual resulta que a ora vítima teria vivido maritalmente com o indiciado por aproximadamente um ano, romance que não pode ser mantido em face da condição de alcólatra inveterado do mesmo.

**06.** Do feito ainda colaciono, que no dia 10 dos correntes mês e ano, a vítima foi procurada pelo seu algoz sendo por este argumentado que necessitava da ajuda daquela para finalizar um tratamento de saúde em Anápolis e bem assim que necessitava se hospedar na residência daquela já que por estas terras não tinha nenhum parente.

Igualmente tratou alegar 'cura' em relação às bebidas alcólicas.

**06.a.** Munida de efetivo senso de humanidade, solidariedade, de boa-fé e crédula em tudo que ouviu por parte do imputado a vítima, acolheu o agressor novamente em sua residência.

**06.b.** Ocorre que ao adentrar para o interior do domicílio da ofendida o investigado imediatamente e mostrando para o que tinha ido até aquele local, exibiu as 'retribuições' para as amabilidades ofertadas pela ofendida com:

- a) agressões físicas e verbais;
- b) expulsão desta de sua própria moradia;
- c) injúrias;
- d) ofensas incontáveis à integridade física;
- e) ameaças
- f) grandiosos danos materiais ao imóvel no qual fora abrigado

**07.** É possível colher ainda do cartapácio *sub studio* que, além da vítima declarar que fez a cirurgia mencionada no inciso 05 supra, **esta possui a profissão de cabeleireira** e, segundo o depoimento do condutor do investigado (fls. 03/04), **aparentemente a mesma se apresenta como uma mulher.**

**07.a.** Pois bem, segundo os argumentos expostos no parecer da ilustre representante ministerial carreado às laudas 21 *usque* 23 do feito sob retina, embora o caso objurgado envolva violência doméstica, não se subsume à disciplina elencada na Lei Federal nº 11.340/06 já que vítima e autor das agressões 'seriam' pessoas do mesmo gênero.

**07.b.** *Prima facie*, parece-me ter ocorrido um equívoco por parte da instituição ministerial já que a vítima é pessoa do sexo feminino e não do masculino. Assim, como ofendida e ofensor não são do mesmo sexo e nem gênero não há que se falar em encaminhamento dos autos ao Juizado Especial Criminal e tão pouco passível de aplicação se torna qualquer dos dispositivos transcritos no ato normativo 9.099/95 em face de expressa proibição da Lei Maria da Penha.

**07.c.** Destarte, não posso acolher o respeitável parecer ministerial e ignorar a forma pela qual a ofendida se apresenta perante a todas as demais pessoas, **não restando dúvida com relação ao seu sexo social, ou seja, a identidade que a pessoa assume perante a sociedade.**

Somados todos esses fatores (a transexualidade da vítima, as características físicas femininas evidenciadas e seu comportamento social), conferir à ofendida tratamento jurídico que não o dispensado às mulheres (nos casos em que a distinção estiver autorizada por lei), transmuda-se no cometimento de um terrível preconceito e

discriminação inadmissível, em afronta inequívoca aos princípios da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual, da dignidade da pessoa humana e da liberdade sexual, posturas que a Lei Maria da Penha busca exatamente combater.

**08.** O ato normativo Lei Federal nº 11.340/2006 veio atender a uma carência legal, buscando solucionar ou, ao menos, amenizar a problemática que tanto aflige as cidadãs de nosso Brasil.

Seu desiderato, nos termos do artigo 1º se exhibe, *verbatim*:

*“(...) criar 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 Familiar contra a Mulher; estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (...)” (itálico desta magistrada)*

**09.** Os artigos 2º e 5º do ordenamento supra referido mencionam, *in verbis*:

*“(...) Art. 2º - Toda mulher, **independentemente** de classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.” (grifos meus)*

*“(...) 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.** (...)” (sem grifos no original)

**10.** Os dispositivos acima citados referem-se a diversos princípios, os quais merecem ligeira abordagem, com a finalidade de contextualizá-los à espécie.

#### **Princípios constitucionais**

**11.** No chamado **princípio da igualdade ou da isonomia**, busca-se assegurar a todos um tratamento idêntico, sem diferenciações e desigualdades.

O artigo é claro quando aduz que tanto homens, quanto mulheres são iguais, possuindo, assim, os mesmos direitos e obrigações perante a Lei, não dando margem a qualquer forma de discriminação ou preconceito. Como corolário, **homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais também são detentores dos mesmos direitos assegurados aos demais cidadãos.**

**12.**Dessa forma, o princípio da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual é a igualdade concedida, sem discriminação de orientação sexual, “reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessesem” (SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.224).

**13.**Como pilar de todo ordenamento jurídico constitucional e o maior de todos os direitos e garantias fundamentais das pessoas se desnuda o **primado da dignidade da pessoa humana**, sendo este um valor construído a partir da análise de um caso concreto.

**14.**Assim, o direito à dignidade é fundamental, cláusula pétrea! É a tutela de todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros, pobres, homossexuais, índios, presos, portadores de deficiência, idosos, crianças e adolescentes.

Neste cenário Joelma Marcela de Lima, no editorial *Relação homoafetiva e a liberdade de escolha- análise constitucional acrescenta, in litteris:*

*“(...)Esse princípio de cunho natural, positivado em nosso ordenamento jurídico, ressalta a necessidade do respeito ao ser humano, independente da sua posição social ou dos atributos que possam a ele ser imputados pela sociedade. Logo, sendo o ser humano constituído por si próprio um valor, que deve ser respeitado e preservado, é fundamental que qualquer tipo de relacionamento de seres humanos, desde que lícito, deve ser reconhecido pelo Estado, visto que os valores humanos fazem parte de sua própria essência emocional e intelectual(...)” (LIMA, Joelma Marcela de. *Relação homoafetiva e a liberdade de escolha: análise constitucional*. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/relac3%87%c3%83o20homoafetiva20e20%20liberdade20de%20escolha.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2010) (itálico desta magistrada)*

**15.**Nesta linha, fica claro que o princípio mencionado tem como núcleo a pessoa humana, não importando suas características individuais. Portanto, excluir ou não reconhecer direitos a uma pessoa apegando-se à sua orientação sexual, seria conceder tratamento indigno ao ser humano, ignorando a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana.

**16.**Por último, merece referência o **princípio da liberdade, que se desdobra em liberdade sexual**, também previsto em nossa Carta Magna, devendo ser entendido como aquele em que o indivíduo pode agir da maneira que deseja, desde que não contrarie as regras esculpidas no ordenamento jurídico.

**17.**Direito à liberdade sexual, à autonomia sexual, à privacidade sexual, ao prazer sexual e à informação sexual livre de discriminações são alguns dos desdobramentos mais importantes dos primados da Igualdade e da Liberdade, que regulamentam a tutela da sexualidade.

**18.**É por pertencer a um Estado Democrático de Direito, que não se deve admitir imposição da opção sexual, sendo dever todos respeitar e serem respeitados em suas respectivas proteções e orientações sexuais.

**19.**O princípio da liberdade sexual garante ao indivíduo, sujeito de direitos e obrigações, a livre escolha por sua orientação. Desse modo, todas as pessoas são livres, para escolher com quem se relacionam e com quem pretendem constituir família.

**20.**A partir do momento que o Estado impõe restrições a esse direito, ele está agindo de forma discriminatória, violando, especialmente, o primado da liberdade.

**21.**Por conseguinte, a fim de garantir o fiel cumprimento de seu objetivo, o diploma legal em comento criou diversos mecanismos para impedir ou cessar a violência praticada contra a mulher no núcleo de sua entidade familiar.

Consoante previsão esculpida no artigo 22 da multicitada Lei Maria da Penha, *in verbis*:

*“(...)**Art. 22** - Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:*

*I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;*

*II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;*

*III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:*

*a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;*

*b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;*

*c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;*

*IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;*

*V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.(...)” (original destituído de itálico)*

### **Diferenças entre sexo e gênero**

**22.**É necessário ressaltar que a violência contra a mulher é uma forma específica, praticada por qualquer indivíduo, seja homem ou mulher, e dirigida à mulher. **Acontece que, o termo “mulher” pode se referir tanto ao sexo feminino, quanto ao gênero feminino.** Destarte, não teria sentido sancionar uma lei que tivesse como objetivo a proteção apenas de um determinado sexo biológico.

**23.**Assim, diz-se que aquele sistema normativo é baseada no gênero, pelo fato dessa violência se referir às características sociais, culturais e políticas impostas a homens e mulheres **e não às diferenças biológicas entre homens e mulheres.** Desse modo, a violência de gênero não ocorre apenas de homem contra mulher, mas pode ser perpetrada também de homem contra homem ou de mulher contra mulher.

**24.**Para tanto, importante fazer a seguinte distinção:

**a) sexo** refere-se às características biológicas de homens e mulheres, ou seja, às características específicas dos aparelhos reprodutores femininos e masculinos, ao seu funcionamento e aos caracteres sexuais secundários decorrentes dos hormônios;

**b) gênero**, por seu turno, diz respeito às relações sociais desiguais de poder entre homens e mulheres, que são o resultado de uma construção social do papel do homem e da mulher a partir das diferenças sexuais.

25.À essa teia complexa de conceitos sobre gênero e sexo, percebe-se que o sexo de uma pessoa é determinado logo após o seu nascimento e diz respeito ao estado biológico, enquanto que o gênero é construído no decorrer da vida e se refere ao estado psicológico.

26.Assim com supedâneo no princípio da liberdade sexual, afirmando que todos são livres para escolher sua opção sexual, é importante destacar que a orientação sexual refere-se a qual gênero, masculino ou feminino, a pessoa se sente atraída, ou seja, de que maneira o indivíduo quer exercer sua sexualidade.

### **A identidade de gênero**

27.No caso *sub studio*, é de bom alvitre conceituar o que significa identidade de gênero, conforme pesquisa realizada no sítio eletrônico <www.adolescencia.org.br> (2010), *in litteris*: “(...)A maneira como alguém se sente e se apresenta para si e para as demais pessoas como masculino ou feminino, ou ainda pode ser uma mescla, uma mistura de ambos, independentemente do sexo biológico (fêmea ou macho) ou da orientação sexual (orientação do desejo: homossexual, heterossexual ou bissexual). **É a forma como nos reconhecemos a nós mesmos e desejamos que os outros nos reconheçam.** Isso inclui a maneira como agimos (jeito de ser), a maneira como nos vestimos, andamos, falamos (o linguajar que utilizamos) e também, nos vestimos(...)” (itálico e negrito meus)

28.Quanto ao transexual gênero ao qual pertence a vítima do presente procedimento, existe uma incompatibilidade objetiva, pois este tem um inconformismo com o sexo que nasceu. Se for homem, não aceita ser homem e se mulher, não aceita ser mulher.

29.Ensina Fernanda de Almeida França in *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*, citada por Brito, *verbatim*:

*“(...)No transexualismo não ocorre nenhuma alteração anatômica ou hormonal; a genitália externa e os testículos ou os ovários mostram desenvolvimento normal. Trata-se, pois, de uma inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura através de cirurgia de reversão sexual, assumindo, assim, a identidade de seu desejado gênero. É uma reação psicopatológica sexual grave exteriorizada pelo sentimento ou desejo obsessivo de pertencer ao sexo oposto. A cirurgia, além de ser mutilante e irreversível, não transforma a mulher em homem, nem homem em mulher, apenas satisfaz a anomalia psíquica do transexual(...)” (Brito, Fernanda de Almeida. União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos. São Paulo: LTR, 2000, p. 43-48) (original destituído de destaques)*

30.Assim, o transexual não se confunde com o homossexual, pois este não nega seu sexo, embora mantenha relações sexuais com pessoas do seu próprio sexo.

Não se confunde com o travesti, que em seu fetichismo é levado a se vestir nos moldes do sexo oposto. Nem se identifica com o bissexual, indivíduo que mantém relações sexuais com parceiros de ambos os sexos.

Em verdade, devido à rejeição ao seu sexo biológico, os transexuais apenas ficarão afortunados quando conseguem a intervenção cirúrgica.

### **Da união homoafetiva e demais considerações**

31. Acompanhando o raciocínio apresentado, frisa-se que embora o Estado não reconheça a união homoafetiva como entidade familiar, os Tribunais, em especial o do Rio Grande do Sul, já estão admitindo a união entre pessoas do mesmo sexo.

32. É de conhecimento dos operadores do Direito que, diante da falta de norma regulamentadora, para aplicação em um caso concreto, pode o magistrado decidir com base, por exemplo, nos princípios gerais do Direito (**artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**).

É exatamente forte nos princípios, em especial, o da dignidade humana, da liberdade e da igualdade que os magistrados vêm fundamentando suas decisões e, portanto, reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo.

33. Como já foram mencionados anteriormente, os incisos do artigo 5º da Lei Federal nº 11.340/06 enumeram o campo de abrangência da norma em comento, quais sejam: âmbito doméstico, âmbito familiar ou relação íntima de afeto.

34. É vital que se leve em consideração que, quando a lei fala de “*qualquer relação íntima de afeto*”, ela está se referindo tanto a casais heterossexuais, quanto a casais homossexuais.

35. Nesse sentido, partindo da premissa de que o que não é proibido é permitido, do reconhecimento da união homoafetiva pelos Tribunais e do conhecimento de que, no ordenamento jurídico, o que prevalece são os princípios constitucionais, entende-se que seria inconstitucional não proteger as lésbicas, os travestis e os transexuais contra agressões praticadas pelos seus companheiros ou companheiras.

36. Pela relevância colaciono posicionamento do eminente jurista Luiz Flávio Gomes, *ipsis litteris*:

*“(...) parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicadas em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). **Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc.** Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento). Ora, **todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade etc) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha e do seu poder cautelar geral, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito(...)**” (in Violência machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1366047/violencia-machista-a-mulher-e-lei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher>>. Acesso em: 28 out. 2010) (itálico e negrito desta magistrada)*

37. Assim sendo, o verdadeiro objetivo da Lei Maria da Penha é prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, não por razão do sexo, mas em virtude do gênero.

38. Interessante o posicionamento da Desembargadora Maria Berenice Dias, quando cita estarem sob abrigo da Lei as lésbicas, os travestis, os transexuais e os transgêneros. Ilustrando esse posicionamento, acosto o manifesto infra, *expressis verbis*:

“(...)Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, **quem tenham identidade social com o sexo feminino** estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência(...)” (DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.310/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2ª ed, São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010.)

**39.** Desta forma, apesar da inexistência de legislação, de jurisprudência e da doutrina ser bastante divergente na possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha ao transexual que procedeu ou não à retificação de seu nome no registro civil, ao meu ver tais omissões e visões dicotômicas não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos à cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional. Tais óbices não podem cegar o aplicador da lei ao ponto de desproteger ofendidas como a identificada nestes autos de processo porque a mesma não se dirigiu ao Registro Civil de Pessoas Naturais para, alterando seu assento de nascimento, deixar de se identificar como Alexandre Roberto Kley e torna-se 'Camille Kley' por exemplo! Além de uma inconstitucionalidade uma injustiça e um dano irreparáveis!

O apego à formalidades, cada vez mais em desuso no confronto com as garantias que se sobrelevam àquelas, não podem me impedir de assegurar à ora vítima TODAS as proteções e TODAS as garantias esculpidas, com as tintas fortes da dignidade, no quadro maravilhoso da Lei Maria da Penha

**39.a.** Como dito supra, compulsando detidamente os autos em testilha observa-se que apesar de constar na capa dos autos de processo o nome da ofendida como sendo '**Alexandre Roberto Kley**', em verdade a referida pessoa fora submetida a **uma cirurgia de redesignação sexual há 17 (dezessete) anos atrás**. Fosse a vítima nestes autos a Roberta Close, personagem famoso da redesignação sexual há muitos anos atrás, algum magistrado teria condições de negar a outorga das tutelas da Lei 11.340/06?

**40.** Como já dito, em análise do cartapácio apresentado, a vítima coabitou com o indiciado por período de 01 (um) ano, vindo a separar-se depois, e nos últimos 02 (dois) meses o mesmo voltou a morar na residência daquela.

Nesse contexto, ao fazer uso de bebida alcoólica, o investigado teria colocado a ofendida para fora de sua casa, **agredindo-a com um pedaço de pau, com tapas, murros, chutes, que teria resultado na quebra de dois dentes**.

**Além de injuriá-la com o emprego dos termos “vagabunda, travesti, prostituta”, entre outros.**

**No mesmo iter criminis o investigado provocou incontáveis danos ao imóvel da vítima.**

**41.** Assim agindo, o autuado subsume sua conduta ao disposto no **artigo 41 da Lei Federal nº 11.340/2006**, sendo impossível a remessa do presente feito ao Juizado Especial Criminal dessa cidade.

“(...)Art. 41 – Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099/95 de setembro de 1995(...)” (itálico meu)

**42.**Diante do exposto acima, tenho com a emérita, preclara e erudita Desembargadora Maria Berenice Dias que transexuais que **quem tenham identidade social com o sexo feminino** estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica.

**42.a.** Esta magistrada não pode deixar a mulher **Alexandre Roberto Kley**, desabrigada em seus direitos! Não posso deixá-la à margem da proteção legal já que ela se reconhece, age íntima e socialmente como mulher.

**42.b.**Para a mulher **Alexandre Roberto Kley**, eu aplico TODAS as prerrogativas esculpidas na Lei Federal nº 11.340/2006!

**42.c.****Alexandre Roberto Kley**, independentemente de sua classe social, de sua raça, de sua orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

**42.d.**A mulher **Alexandre Roberto Kley**, para os efeitos da Lei Maria da Penha, foi vítima de violência doméstica e familiar contra a sua pessoa, padecendo de lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, dano moral e patrimonial por parte do imputado **Carlos Eduardo Leão**.

Destarte, não me resta alternativa outra senão deixar de acolher o parecer ministerial carreado às laudas 21 *usque* 23 dos autos em comento, pelo que adoto as providências que o caso requer.

#### ***Da homologação da prisão em flagrante***

**43.**Constam dos autos as advertências legais quanto aos direitos constitucionais do flagrado. Foram observados os ditames esculpidos nos incisos LXII e LXIII do artigo 5º do sistema normativo jurídico constitucional pátrio, comunicada a prisão e o local onde se encontra a esta magistrada, facultada sua comunicação à família e assegurada assistência advocatícia.

**44.**A segregação ocorreu legalmente e nos termos do artigo 302 do ordenamento jurídico processual penal brasileiro.

**45.**De igual teor não é possível vislumbrar, em face dos elementos carreados ao feito, até o momento, quaisquer vícios formais ou materiais que possam macular a peça, razão pela qual **homologo o auto de prisão em flagrante**.

**46.**Aguarde-se a remessa dos autos do inquérito policial.

Junte-se cópia desta decisão no feito principal e arquivem-se estes autos conforme determinado na Portaria nº 08/2009.

#### ***Da decretação da prisão preventiva***

**47.**Encontrando-se analisada a regularidade da autuação flagrantial do investigado, com o advento da Lei nº 12.403/2011, tem-se que a segregação cautelar tornou-se efêmera, devendo o julgador avaliar a necessidade de ser decretada a prisão preventiva do investigado, de forma alternativa, deliberar pela aplicação de medidas cautelares ali dispostas ou ainda pela concessão do benefício de liberdade provisória, outorgando-lhe o resgate de seu *ius libertatis*.

**48.**Dessa forma, considerando que a prisão em flagrante não pode mais produzir efeitos duradouros no curso processual, cabe ao magistrado apreciar as

particularidades do caso concreto, e, ao final, decidir se deve ou não liberar o indiciado do cárcere.

**49.** Assim, compulsando detidamente os autos em testilha, para o efeito e com o objetivo de prolatar *decisum* no concernente à possibilidade de decretação da prisão preventiva do indiciado no caso *sub examine*, verifico que, no momento, a segregação processual do mesmo é medida imperiosa, porquanto satisfeitos os pressupostos que a ensejam e fundamentam.

**50.** Para a decretação e manutenção da prisão preventiva, a legislação pátria exige que fiquem bem demonstrados a presença do ***fumus commissi delicti*** (pressuposto da prisão preventiva), do ***periculum libertatis*** (fundamento da prisão cautelar), e estejam presentes as condições de sua admissibilidade, insculpidas no artigo 312, *caput*, do ordenamento jurídico processual penal brasileiro (com a redação outorgada pela Lei Federal nº 12.403/2011).

**51.** Requeira o sistema normativo a prova da existência de crime e indícios suficientes de que o agente seja o autor do injusto penal, exigências imprescindíveis à configuração do ***fumus commissi delicti***.

**52.** Não basta a suspeita da materialidade, sendo necessário fato concreto, prova cabal de que o delito realmente ocorreu. Se a conduta deixa vestígios é imprescindível para a decretação da prisão preventiva a apresentação do laudo de exame de corpo de delito (art. 158), ou, na impossibilidade, de prova testemunhal que o supra (art. 167).

**53.** No que pertine à autoria, esta pode ser demonstrada por indícios firmes, suficientes. Consoante lição de BORGES DA ROSA (*in* Processo Penal, v. 3, p. 281), os sinais de que o agente é o autor do delito “*devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disso. No entanto, eles devem ser suficientes para tranquilizar a consciência do juiz*” (itálico desta magistrada).

**54.** Nesse sentido, à guisa de paradigma destaco julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

*“(...)Prisão Preventiva ou em estado flagrancial. Prova bastante da existência do crime e suficientes indícios de autoria, para efeito de tal prisão. Não se pode exigir, para esta, a mesma certeza que se exige para a condenação. Princípio da confiança nos juízes próximos das provas em causa, dos fatos e das provas, assim, como meios de convicção nos juízes seguros do que nos juízes distantes. O in dubio pro reo vale ao ter o juiz que absolver ou condenar, não porém, ao decidir se decreta, ou não, a custódia preventiva.(...)” (RTJ 64/77) (sem itálico no original)*

**55.** Presentes a materialidade delitiva e os indícios de autoria (***fumus commissi delicti***), a lei exige também a demonstração de que a liberdade do acusado representa perigo grave (***periculum libertatis***).

**56.** Destarte, a prisão cautelar somente pode ser decretada ou mantida para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal (art. 312, 1ª parte, do Código de Processo Penal em vigor), ou, ainda, no caso de descumprimento das condições estipuladas em sede das medidas cautelares transcritas nos artigos 317 e 317, ambos do ordenamento jurídico formal repressivo, conforme previsão translúcida do parágrafo único do preceptivo 312 do *codex* retro.

57. Na lição do inolvidável Carrara, segundo Weber Martins Pereira (*in Liberdade Provisória*, p. 16), “*A prisão preventiva responde a três necessidades: de justiça, para impedir a fuga do acusado; de verdade, para impedir que atrapalhe as indagações da autoridade, que destrua a prova do delito e intimide as testemunhas; de defesa pública, para impedir a certos facinoros, que durante o processo continuem os ataques ao direito alheio.*” (itálicos meus).

58. No mesmo diapasão, Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que “**a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo**” (extraído da obra *Curso de Processo Penal*, 15. ed., 2011).

21. Desta feita, subsumindo-me aos elementos de prova coligidos aos presentes autos até a presente data e em consonância com o disposto no sistema normativo processual penal pátrio, revela-se possível a esta magistrada, no momento, decretar a prisão cautelar do increpado, em face da presença drástica dos pressupostos esculpido no artigo 312 do ordenamento jurídico processual penal brasileiro (com a redação conferida pelo ato normativo federal retromencionado).

59. Fundamenta-se a necessidade da segregação cautelar do agente, buscando evitar que ele reitere suas práticas delitivas, pois observa-se que o mesmo coloca em risco a vida de sua ex-companheira, porquanto ameaçou-a de morte, não tendo sequer respeitado os milicianos que se encontravam na residência da mesma, inclusive, após sair da delegacia e ser advertido dos crimes que estava cometendo quando do registro do BO efetivado pela ofendida, voltou logo após ao imóvel da mesma para agredí-la.

60. Dessa forma, considerando que mesmo perante os policiais o imputado continuou ameaçando de morte a vítima, não se pode cruzar os braços e esperar as coisas acontecerem, pois não é possível, por hora, medir o *animus necandi* do mesmo, sendo sensato e de cautela, a manutenção de sua prisão por garantia da ordem pública.

61. Desse modo, a prisão do acusado é medida que se impõe para a garantia da ordem pública. A propósito, no Informativo STF nº 469, de 28 de maio a 1º de junho de 2007, o distinto Relator Min. Gilmar Mendes pontuou três características principais para configurar a garantia da ordem pública, quais sejam: **a) necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; b) objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e c) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário** (original sem destaque)...

62. Por ordem pública depreende-se a busca da manutenção da paz no corpo social, visando a lei impedir que a imputada volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal. Pretende-se resguardar a própria credibilidade da justiça reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em cheque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade.

63. Outrossim, não estou limitando-me a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas assim acautelando o meio social, que clama por justiça, e a própria credibilidade da justiça.

64. Por outro turno, a prisão também se justifica no fato de não constar nos autos elementos objetivos em especial os de natureza documental, que autorizassem o deferimento de liberdade provisória ao acusado, bem como a aplicação de medidas cautelares, eis que o mesmo não comprovou o exercício de labor lícito e fixação de residência no distrito da culpa, pelo que há fundado receio de que, no gozo de seu *ius libertatis*, poderá homiziar-se para impedir a aplicação da lei penal.

65. Ademais, a materialidade está estampada nos autos por meio dos depoimentos da vítima, bem como dos policiais militares responsáveis pelo atendimento da ocorrência. Com efeito, a autoria delitiva também está satisfatoriamente demonstrada pelos elementos carreados no Auto de Prisão em Flagrante.

66. Note-se também que a prisão do acusado acautela outra situação-pressuposto da prisão preventiva, qual seja a conveniência da instrução criminal, vez que a persecução penal está em fase inicial e a conduta violenta do mesmo atrapalhará o saudável desenvolvimento procedimental com vistas à descoberta da verdade real.

67. Legitimada, pois, a sua prisão preventiva, que tem por escopo pôr fim a uma situação que desacredita o Poder Judiciário perante a comunidade, que não pode se conformar venha uma pessoa, ignorar as restrições a ela impostas.

68. No caso *sub iudice*, vergando-me ao acervo probatório carreado ao feito e em consonância com o sistema normativo processual penal pátrio, resta demonstrado de forma limpa e translúcida nos autos as circunstâncias que autorizam a outorga requestada.

#### **69. EX POSITIS,**

em face de tudo quanto resta declinado supra e após análise pormenorizada do caso vertente, de outra alternativa não disponho senão converter a segregação em flagrante do indiciado Carlos Eduardo Leão em prisão preventiva, para assegurar a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução processual e a aplicação da lei penal, tudo em conformidade com as normas esculpidas nos artigos 311 *usque* 313 do ordenamento jurídico processual penal brasileiro (com a nova redação outorgada pela Lei n° 12.403/2011), c/c o artigo 1° da Resolução n° 87/09 do Conselho Nacional de Justiça, determinando que seja expedido o competente Mandado de Prisão, ficando desde já autorizada a expedição das cartas precatórias que se fizerem necessárias.

#### ***Da concessão das medidas protetivas de urgência***

70. Considerando que a vítima em seu depoimento representou criminalmente em desfavor do investigado (fls. 08/09 do opúsculo objurgado), perscrutando seus elementos, verifica-se estarem relacionadas no procedimento administrativo as orientações previstas no **artigo 22, incisos II e III, alíneas “a” e “b”, da Lei 11.340/2003**, como imprescindíveis para que se possa garantir a integridade física e psicológica da vítima.

71. Deveras, o objetivo daquele *novel* diploma encontra-se transcrito de forma hialina em seu preâmbulo, no qual se menciona a criação de “mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, sendo as medidas de assistência e proteção à vítima a manifestação legal de apenas um deles.

**72.** Desta forma, ante **as violências físicas**, entendidas como as condutas que ofenderam a integridade, a saúde corporal e **psicológica da vítima**, a fim de preservar a segurança da mesma, e sendo necessária a atuação do Poder Judiciário como forma de garantir a integridade física e psicológica daquela e de seus familiares, determino:

**A** – seja o imputado imediatamente proibido de frequentar o domicílio da ofendida, restando terminantemente proibido de passar, inclusive, pela calçada daquela residência;

**B** – seja o acusado proibido de se aproximar a uma distância inferior a 1000 (hum mil) metros da ofendida e de seus familiares, bem como de manter contato com a mesma e com seus entes em linha reta, por qualquer meio de comunicação;

**C** – seja o autuado proibido de frequentar o local de trabalho e o estabelecimento de ensino nos quais a ofendida se encontra à fim de preservar a integridade física e psicológica da mesma.

**73.** Intime-se o acusado para dar imediato cumprimento às determinações supra, devendo ser ressaltado que o descumprimento ensejará na decretação de sua prisão preventiva e em responsabilização criminal por crime de desobediência e na seara cível pela aplicação de multa nos termos do disposto no **artigo 22, § 4º, da Lei 11.340/2006**.

**74.** Havendo recusa ou resistência por parte do indiciado, desde já autorizo o auxílio de força policial, nos termos do prescrito no **art. 22, § 3º do ato normativo supra referido**.

**75.** Cientifique-se a dileta representante do *Parquet* e **intime-se ALEXANDRE ROBERTO KLEY acerca da outorga das medidas protetivas a que faz jus**.

**76.** Quanto à falta de remessa de cópia do auto à Defensoria Pública, ante a sua inexistência nesta Comarca, determino à Sra. Escrivã que expeça ofício à OAB- Seccional de Anápolis-GO, para que indique defensor ao imputado, no prazo de 24 horas.

**77.** Determino à Sra. Escrivã que junte com **urgência** cópia deste *decisum* no inquérito que já aportou na serventia desse juízo, e encaminhe o mesmo imediatamente à ilustre representante ministerial para que tome ciência desta decisão e da permanência do acusado no cárcere em que se encontra, bem como adote as medidas que julgar pertinentes.

**78.** Adote as providências necessárias.

**79.** Intime-se. Cumpra-se.

Anápolis, 23 de setembro de 2011.

**Ana Cláudia Veloso Magalhães**

**Juíza de Direito**