

LEI “MARIA DA PENHA” - DEMOCRACIA E IGUALDADE

“MARIA DA PENHA” LAW – DEMOCRACY AND EQUALITY

Pablo Antonio Cordeiro de Almeida
Promotor de Justiça - Ministério Público do Estado da Bahia

RESUMO: O vocábulo *Democracia*, hodiernamente, tem adquirido sentido muito mais amplo. Fala-se na democracia substancial, que somente se realizaria com democracia formal-participativa, com desenvolvimento econômico-sustentável e com igualdade, pressupondo também instrumentos legais adequados e agentes capazes de induzir a efetivação destes pilares. Democracia seria antes de tudo “exercício”, razão pela qual defendemos o conceito de *Democracia Militante*. Democracia exige, pois, igualdade fática real, e não meramente formal, repudiando qualquer espécie discriminação, como, por exemplo, a violência contra a mulher. No Brasil, o cumprimento do objetivo do milênio n. 3, da ONU, exige o reconhecimento da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, como forma de se garantir Democracia real.

PALAVRAS-CHAVE: Mulheres, Democracia e Igualdade.

ABSTRACT: The word "Democracy" is legally polysemic, which, in our times, has gained broad sense. Nowadays, refers to substantial democracy that only take place with formal democracy and participatory, with sustainable economic development and equality, assuming also suitable instruments and agents of inducing the effectiveness of these pillars. Democracy would be first of all "exercise", which is why we advocate new concept: Militant Democracy. A new Democracy, therefore, requires real factual equality and not merely formal, repudiating any kind of discrimination, for example, violence against women. In Brazil, the fulfillment of the millennium goal n. 3 requires recognition of the constitutionality of the Maria da Penha Law and the affirmative action policies instituted it as a way to ensure real democracy.

KEY WORDS: Women, Democracy and Equality.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Da constitucionalidade da política afirmativa prevista genericamente na Lei Federal n. 11.340/2006; 2.1 - Aprofundamentos gerais – Princípio da igualdade ou da isonomia – Igualdade material – Pré-compreensão fundamental; 2.2 – Aprofundamentos específicos – Circunstâncias que autorizariam a instituição, no Brasil, de políticas afirmativas em relação à mulheres; 3 – Conclusão; 4 – Referências;

1 - Introdução;

Os conceitos de *democracia* e *igualdade* estão hodiernamente absolutamente imbrincados. Todavia, nem sempre foi assim. No próprio berço da *democracia*, na *Grécia*, no ano 508 antes de Cristo, o poder político era exercido apenas por cidadãos livres, não-escravos, do sexo masculino. Portanto, no campo da política, as mulheres são discriminadas há mais de 2.500 anos. Um conceito moderno de Democracia, no século XXI, em nenhuma hipótese toleraria tamanha discriminação. Tanto isto é verdade que no ano de 2000 a ONU, Organização das Nações Unidas, estabeleceu 08

(oito) Objetivos do Milênio – ODM, que devem ser atingidos por todos os países até 2015. O terceiro ODM, da ONU, é, justamente, “igualdade entre sexos e valorização da mulher”. Assim, a antiga praxe democrática de Atenas não mais se compatibiliza com as recentes ideias de democracia e igualdade.

Neste particular, nesses 2500 anos, mudou não somente o conceito de igualdade, mas principalmente o de democracia. Ademais, a democracia não se contenta apenas com o respeito ao brocardo “one person, one vote” – uma pessoa, um voto. Democracia, na atualidade, deixou de ser apenas mais um regime de governo, transformando-se em postulado amplo de regência da sociedade. Registre-se, por oportuno, que conceituar democracia, segundo Darcy Azambuja, nunca foi tarefa das mais fáceis:

Nenhum termo do vocabulário político é mais controverso que Democracia. Empregado pela primeira vez por Heródoto há quase dois mil e quinhentos anos, a significação do vocábulo tem variado e se transmutado; na prática, através dos períodos históricos, e em teoria nas obras de todos os autores. Atualmente, na filosofia e na ciência política, vivemos em tempo de democracia confusa, e na realidade de confusão democrática, como disse Sartori (...). A palavra e o conceito Democracia vieram da Grécia, e especialmente de Atenas. Significa literalmente ‘poder do povo’, expressão que era entendida como poder exercido pelo povo (AZAMBUJA, 1998, p. 215/216).

Azambuja, todavia, não se esquivava de fornecer o seu conceito de Democracia:

A democracia é, pois, o regime em que o povo se governa a si mesmo, quer diretamente, quer por meio de funcionários eleitos por ele para administrar os negócios públicos e fazer as leis de acordo com a opinião geral. (...) Baseia-se, em primeiro lugar, na idéia de que cada povo é senhor de seu destino (...). Uma definição rigorosamente jurídica de democracia seria considera-la apenas como o regime em que os governantes são periodicamente eleitos pelos governados. Mas, o conceito completo de democracia é mais amplo. Para que os governados realmente elejam, isto é, escolham os governantes, é preciso absolutamente que haja liberdade de eleger e igualdade entre os eleitores. (...) A democracia, pois, supõe a liberdade e a igualdade (...). A democracia de que tratamos é um regime político, uma forma de vida social, um método de coexistência e cooperação entre indivíduos membros de uma organização social (AZAMBUJA, 1998, p. 236/238).

Vê-se, pois, que o conceito de democracia, hodiernamente, não se resume a descrever uma espécie de regime político em que os governantes são periodicamente eleitos pelos governados, sendo, ao revés, muito mais amplo.

Esta acepção restrita do conceito de democracia é denominada por Norberto Bobbio de “democracia formal”, a qual deveria coexistir com a chamada “democracia substancial”.

Norberto Bobbio, a esse respeito, assim leciona:

O discurso sobre o significado de democracia não pode ser considerado concluído se não se dá conta do fato de que, além da democracia como forma de governo de que se falou até agora, quer dizer, democracia como conjunto de instituições caracterizadas pelo tipo de resposta que é dada às perguntas ‘Quem governa?’ e ‘Como Governar?’, a linguagem política moderna conhece também o significado de democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera. O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente mas também conteudisticamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzidas nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, *mas a igualdade social e econômica* (BOBBIO, 2003, p. 157).

O Ex-presidente do STF, o Ministro Carlos Ayres Britto, sobre o tema, assim ministra:

(...) a Democracia ocidental dos dias correntes é a que constitui em inexcusável paradigma de mobilidade vertical nos campos, justamente: a) da política enquanto área específica do poder governamental; b) da economia enquanto fonte de toda riqueza material; c) da educação formal enquanto espaço de um saber direcionado ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania (...). Tudo isso de

parelha com as citadas relações sociais de facilitado acesso à jurisdição, aos serviços públicos e à seguridade social, mais o pluralismo político e o social (...). Democracia que em Constituições como (...) a brasileira ostenta os seguintes traços fisionômicos: I – democracia procedimentalista, também conhecida por Estado Formal de Direito ou Estado Democrático de Direito, traduzida no modo popular eleitoral de construir o Poder Político, (...) assim como pela forma predominantemente representativa de produzir o Direito legislado. II – democracia substancialista ou material, a se operacionalizar: a) pela multiplicação dos núcleos decisórios de poder político, seja do lado de dentro do Estado (desconcentração orgânica), seja do lado de fora das instâncias estatais (... o plebiscito, o referendo, ...); b) por mecanismos de ações distributivistas no campo econômico social. Vínculo funcional esse entre democracia e a segurança social (...). III – democracia fraternal, caracterizada pela posituação dos mecanismos de defesa e preservação do meio ambiente, mais a consagração de um pluralismo concluído com o não-preconceito, especialmente servido por políticas públicas de ações afirmativas que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupos sociais (BRITTO, 2010, p. 32/35).

A premente necessidade de se atribuir um sentido substancial ao conceito de democracia não é, todavia, uma percepção apenas dos teóricos, ao contrário, já que por todos os recônditos do globo terrestre já ecoam vozes que apregoam a imperatividade dessa mudança conceitual. O advogado e ex-Presidente do Chile Ricardo Lagos Escobar, que presidiu o país entre os anos de 2000-2006, em obra literária recente, assim defende:

Un buen gobierno se basa en tres pilares. Para prosperar, todo país moderno necesita democracia, crecimiento económico e igualdad social. La ausencia de cualquiera de estos componentes hace muy probable que el aparato completo se desplome. Si se trabaja duro por los tres, se descubre que la suma es mayor a las partes. (...) Necesitamos democracia y crecimiento en partes iguales, y debemos asegurarnos de que las ganancias en ambas áreas alcancen a toda la sociedad (ESCOBAR, 2012, p. 247).

Entretanto, propomos neste artigo um conceito ainda mais conglobante, qual seja: o da Democracia militante. Não podemos falar, pois, de democracia substancial, de uma democracia tridimensional, ou de três vértices, ou seja, de uma democracia que somente se realiza plenamente com democracia formal e participativa (sem corrupção e com liberdade), com crescimento e desenvolvimento econômico-sustentável e com igualdade social (distribuição da riqueza), sem falarmos dos instrumentos e agentes que podem induzir e fiscalizar a efetividade destes pilares.

Ora, afirmar a importância da efetividade dos direitos fundamentais e da consagração da democracia em seu sentido substancial sem estabelecer mecanismos e agentes para a fiscalização e realização daqueles é permitir que triunfem os inertes, nos dizeres de Bobbio¹. Seria tornar a Democracia promessa constitucional inconsequente.

Assim, devem multiplicar-se na Constituição e, principalmente, fora dela, instrumentos jurídicos diversos, aptos à correção de “rumos” equivocados, tendo ao norte, sempre, a Constituição Federal de 1988. Além de existirem instrumentos, devem ser estes efetivos e capazes de motivar resultados rapidamente. Ademais, é preciso consagrar e reforçar a legitimidade e operacionalidade dos agentes responsáveis por tais importantes misteres. A Democracia Militante seria justamente isto. Aplicados esses conceitos ao tema igualdade entre os gêneros, podemos extrair as seguintes conclusões: Não se pode falar

¹ “(...) não permaneçamos espectadores passivos e para que não encorajemos, com nossa passividade, os que dizem que ‘o mundo vai ser sempre como foi até hoje’; estes últimos – e torno a repetir Kant – ‘contribuem para fazer com que sua previsão se realize’, ou seja, para que o mundo permaneça assim como sempre foi. QUE NÃO TRIUNFEM OS INERTES!”. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 13a reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 128.

em Democracia Substancial em uma Nação onde não se observe o Objetivo do Milênio da ONU n. 03, consistente na “igualdade entre sexos e valorização da mulher”, onde se permita que as mulheres permaneçam sob o jugo dominador masculino, onde não existam instrumentos normativos e prestacionais aptos a combater a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por essa razão, políticas afirmativas devem ser instituídas e as já existentes, como, por exemplo, a Lei Maria da Penha, devem ter as suas constitucionalidades reafirmadas.

Neste artigo, portanto, discutiremos a relação existente entre *democracia, igualdade* e a reafirmação da constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

2 – Da constitucionalidade da política afirmativa prevista genericamente na Lei Federal n. 11.340/2006;

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, STF, já adotou a tese da constitucionalidade da política afirmativa prevista genericamente na Lei Federal n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

O STF, a esse respeito, assim verberou na Ação Direta de Constitucionalidade n. 19:

Reiterou-se a ideia de que a aludida lei viera à baila para conferir efetividade ao art. 226, § 8º, da CF. Consignou-se que o dispositivo legal em comento coadunar-se-ia com o princípio da igualdade e atenderia à ordem jurídico-constitucional, no que concerne ao necessário combate ao desprezo às famílias, considerada a mulher como sua célula básica. (...) Asseverou-se que, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, o legislador teria utilizado meio adequado e necessário para fomentar o fim traçado pelo referido preceito constitucional. Aduziu-se não ser desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher seria eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Frisou-se que, na seara internacional, a Lei Maria da Penha seria harmônica com o que disposto no art. 7º, item “c”, da Convenção de Belém do Pará (...) e com outros tratados ratificados pelo país. Sob o enfoque constitucional, consignou-se que a norma seria corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais. Sublinhou-se que a lei em comento representaria movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à justiça. Discorreu-se que, com o objetivo de proteger direitos fundamentais, à luz do princípio da igualdade, o legislador editara microssistemas próprios, a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente - ECA. ADC 19/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.2.2012².

Segundo o STF não haveria inconstitucionalidade genérica em se estabelecer diferenças de tratamentos entre homens e mulheres neste particular.

Assim sendo, não é possível recrudescer o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher como fenômeno específico no Brasil, que atenta, inclusive, contra o novo conceito de democracia, se nem mesmo reconhecermos a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, as peculiaridades deste tipo de violência, se não reconhecermos que existente também elemento discriminatório negativo específico em atos deste jaez e, por fim, se não reconhecermos a necessidade de instrumentos específicos para repressão de atos dessa natureza, mediante o estabelecimento de medidas de equalização, conhecidas como “políticas afirmativas”.

² Informativo n. 654 – STF.

2.1 - Aprofundamentos gerais – Princípio da igualdade ou da isonomia – Igualdade material – Pré-compreensão fundamental;

Como regra, toda investigação científica deveria ser neutra no seu ponto de partida, evitando-se a chamada pré-compreensão. Caso fossemos seguir tal raciocínio, deveríamos analisar em primeiro lugar se efetivamente a Lei Maria da Penha se compatibiliza com a Constituição Federal de 1988 e as razões de tal entendimento. Todavia, segundo Häberle não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada e, segundo este mesmo autor, interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Assim, toda interpretação estaria permeada por uma ideologia (a pré-compreensão do intérprete), eis que o ser humano não é neutro (tem uma experiência histórica, cultural, de vida, que ele leva para a interpretação). Resumindo o tema, Inocêncio Mártires Coelho assim leciona:

juristas como Antonio-Enrique Pérez Luno chegam a dizer que a norma jurídica não é pressuposto, mas o resultado da interpretação, enquanto outros asseveram – como o faz, com frequência Miguel Reale – que o direito é fato e situação normada e que a norma é a sua interpretação, uma afirmação que, de resto, é comprovada pelo fato (...) de que o direito, em sua concreta existência, é aquele declarado pelos juízes e tribunais, e que sem o problema suscitado a partir do intérprete as normas jurídicas permanecem genéricas e estáticas (COELHO, 2007, p. 23/24).

No presente caso, especificamente, o direito, “em sua concreta existência”, já foi declarado pelo STF, o qual o fez, inclusive, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o que gera efeitos *vinculantes e também erga omnes*. Alexandre de Moraes, sobre o tema, assim expende:

A Constituição Federal “estabeleceu eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, para as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal” no controle concentrado de constitucionalidade (MORAES, 2006, p. 690).

Trata-se, portanto, de expressa previsão constitucional³. Ou seja, mesmo que o operador do direito entendesse, pessoalmente, que não seria a lei constitucional, prevaleceria a decisão do STF, a qual foi tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, repita-se (em ADC), tendo efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Seria até mais interessante para a objetividade deste trabalho que passássemos ao largo da discussão a seguir, sobre a isonomia, já que, como disse Radbruch, “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou por um outro” (*Apud*. COELHO, 2007, p. 15), mas optamos por realizar breve estudo sobre o postulado da igualdade, para, perdendo um pouco em objetividade, ganharmos em verticalidade, - em profundidade.

Não bastasse isso (esta pré-compreensão vinculante do STF), a análise criteriosa do princípio da igualdade indica o acerto da decisão do Pretório Excelso. Vejamos: O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 prescreve que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*. Ante a sua amplitude, o postulado inserto no art. 5º, *caput*, é considerado como um dos alicerces do princípio republicano de governo e

³ Art. 102, § 2º - “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

do regime político democrático. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, sobre o conteúdo do princípio republicano, aduzem que:

Estampado no *caput* do art. 1º da Constituição de 1988, esse princípio traduz a nossa opção por uma *república constitucional*, ou seja, por uma forma de governo na qual – em igualdade de condições ou sem distinções de qualquer natureza – a investidura no poder e o acesso aos cargos públicos em geral – do Chefe do Estado ao mais humilde dos servidores – são franqueados a todos os indivíduos que preencham tão-somente as *condições de capacidade* estabelecidas na própria Constituição ou, de conformidade com ela, em normas infraconstitucionais. Neste sentido, o princípio republicano opõe-se radicalmente ao princípio monárquico, pois enquanto nas repúblicas os dirigentes são escolhidos pelo povo [...], nos regimes monárquicos – mesmo naqueles que se consideram modernos porque são regidos por constituições *normativas*, como é o caso da Espanha e da Suécia, por exemplo – ainda aí essa investidura é de caráter hereditário e vitalício, recaindo, por sucessão, em algum membro da família reinante (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 147/148).

A relação entre os princípios da igualdade e da liberdade, como visto acima, é bastante intensa, principalmente no que concerne à forma republicana de governo e ao regime político democrático, sendo tal afinidade melhor explicitada pelo autor austríaco Hans Kelsen:

O parecer de que o grau de liberdade na sociedade é proporcional ao número de indivíduos livres subentende que todos os indivíduos têm igual valor político e que todos têm o mesmo direito à liberdade, ou seja, o mesmo direito de que a vontade coletiva esteja em concordância com a sua vontade individual. Apenas caso seja irrelevante saber se um ou outro é livre nesse sentido (porque um é politicamente igual ao outro), é que se justifica o postulado de que tantos quanto possível deverão ser livres, de que o mero número de indivíduos livres é decisivo. Assim, o princípio de maioria, e, portanto, a idéia de democracia, é uma síntese das idéias de liberdade e igualdade. (KELSEN, 2005. p 410).

O postulado da isonomia, ou da igualdade, entretanto, não se esgotaria em tais dimensões normativas e principiológicas superiores, sendo, ao contrário, demasiadamente abrangente, decorrendo dele, por exemplo, a proibição de diferenças de salários entre homens e mulheres ou entre ocupantes de uma mesma função, a proibição ao racismo, etc.

Cármem Lúcia Antunes Rocha, quanto à importância do princípio supracitado, assim verbera:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental (ROCHA, 1990, p. 118).

Nesse mesmo sentido, também leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Igualdade e Justiça são noções que guardam conexão íntima. (...) a igualdade passou a constituir valor central para o direito constitucional contemporâneo, representando verdadeira pedra angular do constitucionalismo moderno (...). (...) de acordo com a oportuna dicção de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira ‘o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de Direito democrático e social’, tal como (também) o é o Estado projetado pela Constituição Federal Brasileira, de 1988” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 523/524).

Alguns doutrinadores chegam a afirmar que o princípio da igualdade tem caráter suprapositivo:

De qualquer forma, para que se tenha presente o seu relevo nos regimes democráticos, vale lembrar, com Forsthoff, que o Tribunal Constitucional da Alemanha, repetidas vezes, afirmou que o princípio da igualdade, como regra jurídica, tem caráter suprapositivo, anterior ao Estado, e que mesmo se não

constasse do texto constitucional, ainda assim teria de ser respeitado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.158).

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão⁴, datada de 1789, ao tratar das leis, em seu art. 6º, pretendo universalizar o postulado, assim prescreve:

“A lei é a expressão da vontade geral [...]. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

Não obstante a consagração do direito à igualdade na Constituição Federal de 1988, e em normas internacionais, como visto acima, não se pretendeu, com tal positivação, infirmar todas as desigualdades naturais ou físicas ínsitas à espécie humana, pois estas são, em verdade, as fontes de uma sociedade rica e plural. Sobre o tema, Robert Alexy assim verbera:

Esse dever não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas (...). A igualdade de todos em relação a todas as posições jurídicas não produziria apenas normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido e injustas; ela também eliminaria as condições para o exercício de competências. Todo eleitor teria que ser eleito, e todo subordinado teria que ser também chefe. (...) É também claro que o enunciado da igualdade não pode exigir a igualdade de todas as características naturais e de todas as condições fáticas nas quais o indivíduo se encontre. Não há dúvidas de que um tal postulado básico – que equivale ao princípio da universalidade de Hare e ao princípio da justiça formal de Perelman – expressa um postulado básico de racionalidade prática (ALEXY, 2008, p. 396/398).

O que se pretende é que sejam repudiadas as discriminações injurídicas, como as de cor, sexo, idade, credo, orientação política, etc. Assim, o art. 5º, *caput*, da CF estabelece o princípio da isonomia em duas vertentes distintas, quais sejam: a) a da igualdade jurídica formal (todos são iguais perante a lei); b) e a da isonomia material (a qual determina que se dê tratamento igual aos que se encontrem em situações equivalentes e tratamento distinto aos desiguais, na medida das suas desigualdades). O estudo do princípio da igualdade, tendo em vista a sua abrangência, comportaria, ainda, outra subdivisão, qual seja: a distinção que se faz entre a igualdade *perante* a lei e a igualdade *na* lei. No tocante a este tema, vejamos o magistério de José Afonso da Silva:

No Direito estrangeiro, faz-se distinção entre o princípio da igualdade *perante* a lei e o da igualdade *na* lei. Aquele corresponderia à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade *na* lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição. Enfim, segundo essa doutrina, a igualdade *perante* a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade *na* lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos. Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade *perante* a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade *na* lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. (SILVA, 2002, p. 214).

Assim, de acordo com a primeira classificação supracitada (igualdade material *versus* formal), seria constitucionalmente possível, objetivando proteger determinados grupos hipossuficientes, o estabelecimento de discriminações positivas (políticas afirmativas – ou

4

Disponível

<http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.htm>. Acesso em: 25.10.2012.

em:
em:

medidas de compensações⁵). A própria Constituição Federal de 1988 faz isso, em diversas passagens.

Portanto, seria plenamente admissível o estabelecimento de certos tratamentos diferenciados entre indivíduos que guardem entre si distinções efetivas.

Assim sendo, possível se torna o estabelecimento de tratamento discriminatório em concurso público, por exemplo, desde que haja razoabilidade para a discriminação, em razão das exigências do cargo (ex: idade mínima e máxima, previsão de vagas exclusivamente para mulheres, etc.⁶).

Celso Antônio Bandeira de Mello, quanto a este aspecto do princípio da isonomia (possibilidade de discriminações positivas), assim leciona:

as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição (MELLO, 2003, p. 17).

Essa nova compreensão do conteúdo jurídico do princípio da isonomia, que se opõe à ideologia liberal extrema, pode ser resumida em uma única expressão, qual seja: *igualdade de oportunidades*.

Quanto a este ponto, convém trazer a colação os escólios do autor espanhol Pablo Lucas Verdú:

A sociedade justa e livre é o tipo de sociedade mantido pela igualdade? A resposta deve ser negativa, se compreendermos por igualdade o igualitarismo, equiparação radical de todos. Essa igualdade só pode ocorrer na atmosfera irrespirável das utopias. A igualdade há de se manifestar como igualdade de oportunidades, que devem ser livremente assumidas por cada um. Cabe falar em liberdade dentro do Estado de Direito no caso de se tratar de uma liberdade responsável por seus fins, de uma liberdade que esteja plenamente justificada por uma sociedade justa (VERDÚ, 2007, p. 88).

A obra *Justiça* de Michael J. Sandel, a esse respeito, possui interessante passagem:

Permitir que todos participem da corrida é uma coisa boa. Mas se os corredores começarem de pontos de partida diferentes, dificilmente será uma corrida justa - Nascimento - Não é justo que suas perspectivas de vida dependam desse fato arbitrário. (SANDEL, 2012, p. 83).

Ou seja, todos os estudos sobre igualdade da atualidade rechaçam o igualitarismo, consistente na equiparação radical de todos. Busca-se, modernamente, a igualdade substancial. Essa igualdade substancial, por sua vez, consagra a constitucionalidade das políticas afirmativas (como regra). Sobre o postulado da igualdade e a adoção de políticas afirmativas, faz-se mister enaltecer os escólios de Almiro Sena:

As ações afirmativas (...) decorrem da percepção cristalizada entre os povos desde a segunda metade do século XX, de que só se pode combater eficientemente a fome, a miséria, a injustiça e todas as demais grades mazelas sociais decorrentes das extremas situações de desigualdade, fomentando-se ações públicas e privadas de promoção da igualdade material, entendida esta como a consagração da igualdade de todos não apenas perante a lei (igualdade formal), mas notadamente da igualdade de oportunidade para todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor, etnia gênero, opção sexual ou procedência nacional (GOMES; DA SILVA, p. 88). É um avanço significativo em relação à igualdade meramente abstrata de um suposto mundo ideal onde, assegurado apenas por um presunção legal, todos nasceriam com os mesmos direitos e obrigações, cabendo ao estado apenas respeitar passivamente esse status jurídico. Esta, a despeito de ser uma ideia bela (...) por si só não é realizável. O homem, consoante há muito fora percebido pelo iluminista Rousseau, apesar de nascer livre, em toda parte é posto a

⁵ Ver: ADI 2.858 - STF – Políticas de cotas no Estado do Rio de Janeiro.

⁶ Súmula n. 683 do STF: O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

ferros, não se encontrando, concretamente, igual ao outro nem em direitos e nem em obrigações, vez que as intrincadas e múltiplas relações sociais criam uma série de desigualdades artificiais que acabam por definir situações bastante distintas de sobrevivência. (...) em lugar da concepção estática da igualdade extraída das revoluções francesas e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que (...) recomenda, inversamente, uma noção dinâmica, militante de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de modo que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade (GOMES; DA SILVA, p. 88). (SENA, 2010, p. 155/156).

Interpretando essa vertente “militante” do postulado da igualdade, o Ministro Marco Aurélio de Melo, do STF, assim afirmou:

Do artigo 3º vem nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, à percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter, a favor daquele que é tratado de modo desigual. Nesse preceito, são objetivos precípuos da República: primeiro, construir – preste-se atenção a esse verbo – uma sociedade livre justa e solidária; (...) erradicar a pobreza e a marginalização (...); e, por último, no que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor (...). Passou-se, assim, de uma igualização estática negativa – no que se proibia a discriminação –, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos construir, garantir, erradicar e promover denotam ação. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar as mesmas oportunidades. (*Apud.* SENA, 2010, p. 155/156).

As ações afirmativas objetivam infirmar tanto as discriminações fático-jurídicas, mas também ações aparentemente neutras.

Sarlet defende:

A relação entre igualdade jurídica e igualdade fática assume particular relevância no campo das atualmente disseminadas (...) políticas de ações afirmativas. Neste contexto, tem sido amplamente aceita a distinção entre uma modalidade direta de discriminação indireta, no sentido de que ambas as formas de discriminação são, quando não justificáveis do ponto de vista constitucional, ofensivas ao princípio da igualdade. No caso da discriminação indireta, o que se verifica é que medidas aparentemente neutras sob o ponto de vista discriminatório, quando da sua aplicação resultam efeitos nocivos particularmente desproporcionais para determinadas características de pessoas. Desenvolvida no âmbito da jurisprudência norte-americana, a assim chamada teoria do impacto desproporcional, levou à adoção gradativa de políticas afirmativas (...). O que importa, ao fim e ao cabo, é que independentemente da demonstração da intenção de discriminar, o impacto real de medidas em si neutras não venha, de modo desproporcional, determinados grupos, colocando-os em situação de efetiva desvantagem em relação aos demais segmentos sociais, pena de tais medidas serem consideradas incompatíveis com o princípio da igualdade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 540).

Ora, afirmar, pura e simplesmente, como faz a Constituição, que homens e mulheres são iguais, perante as leis, por si somente, não tem o condão de infirmar todas as desigualdades fáticas verificadas na realidade fenomênica.

Portanto, tal afirmação, embora aparentemente suficiente para infirmar a desigualdade jurídica, não é suficiente para anular todas as desigualdades fáticas, as quais demandam medidas específicas, chamadas de políticas afirmativas.

Fixados os exatos contornos do princípio ora analisado, convém analisarmos a aplicação do mesmo à seara da violência doméstica e familiar contra a mulher, de modo a autorizar a edição de lei prevendo medidas afirmativas, como se fez no Brasil, em várias partes do mundo e, também, no campo do direito internacional público.

2.2 – Aprofundamentos específicos – Circunstâncias que autorizariam a instituição, no Brasil, de políticas afirmativas em relação à mulheres;

Diferentemente do subitem anterior, o presente é mais específico, pois trata dos pressupostos fáticos que autorizariam a instituição, no Brasil, de políticas afirmativas em relação à mulheres (especialmente no que concerne à violência doméstica). Tratará este subitem também dos critérios utilizados pela doutrina para se afirmar que determinada política afirmativa se coaduna com o postulado da igualdade. Inicialmente, insta ressaltar que a própria redação originária da Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de disposições tendentes a garantir a igualdade material de direitos entre homens e mulheres, o que, desde logo, denota que o constituinte originário não passou despercebido, em 1988, pelo fenômeno ora analisado⁷. Ou seja, já em 1988 o constituinte originário se apercebeu do fato de ser a sociedade brasileira machista, estabelecendo cláusulas expressas de equalização. O mais importante, todavia, é que essas disposições expressas reconhecem, com dignidade constitucional, um fato, qual seja: que as mulheres ainda são discriminadas no Brasil, porque, se não o fossem, desnecessárias seriam as disposições específicas da Constituição de 1988. Sarlet concorda que as opções expressas do Constituinte devem ser levadas em consideração quando da análise da cláusula geral da igualdade:

(...) no que diz com a aplicação do princípio da igualdade é preciso partir da premissa de que igualdade é um conceito relacional e comparativo, pois toda afirmação de uma igualdade ou desigualdade pressupõe uma comparação. (...) Para uma resposta constitucionalmente adequada, é preciso, entre outros fatores, diferenciar entre o princípio (e direito) geral de igualdade e as assim chamadas cláusulas especiais de igualdade, pois a intensidade de vinculação dos órgãos estatais, especialmente do legislador, é mais intensa no caso das proibições especiais de discriminação do que a partir do parâmetro do direito geral de igualdade, implicando uma maior limitação da liberdade de conformação legislativa. Ao proibir diferença salarial com base na diferença de gênero, por exemplo, a Constituição Federal não deixa margem de liberdade que eventualmente se poderia buscar, em termos de uma tentativa de justificar um tratamento distinto por conta, por exemplo, de eventual diferença biológica ou outro argumento. (...) Importa registrar que também princípio para efeito de uma adequada metódica de aplicação dos direitos de igualdade, em princípio é de se examinar (se for o caso) a situação concreta a partir das exigências mais rigorosas do direito especial de igualdade, assumindo o direito geral um papel complementar, a exemplo do que ocorre com os direitos de liberdade e de personalidade, em relação ao direito geral de liberdade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Se uma metódica embasada na diferença entre o geral de igualdade e as cláusulas especiais e revela consistente e útil, ao mesmo tempo não se poderá afirmar que a proibição de diferenciação com base em determinado critério (...) impede, de modo absoluto, que algum tratamento desigual seja justificado, sendo até mesmo exigido, a depender do caso. Assim, se em geral sobre qualquer diferença estabelecida entre homens e mulheres para, desde logo, uma forte suspeita de inconstitucionalidade, isso não significa que possam existir razões suficientes também a justificar alguma diferença de tratamento neste âmbito, como, por exemplo, a proibição da mulher de exercer durante a gravidez determinadas funções que possam colocar em risco a vida do nascituro ou a sua própria (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 535/536).

Não bastasse tal argumento, a realidade nacional se revela também clara nesse sentido. Vejamos: Apesar da igualdade formal preconizada na CF de 1988, até os dias atuais o

⁷ Art. 5º, inciso I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; Art. 7º, inciso XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; Art. 40 – diferença de idade para se aposentar; art. 226, § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

salário das mulheres no Brasil é quase 28% menor do que dos homens, de acordo com levantamento do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística):

De acordo com o levantamento feito, as mulheres receberam, em média, 72,3% do salário dos homens no ano passado. Essa proporção, de acordo com o IBGE, mantém-se inalterada desde 2009. A diferença já foi maior em anos anteriores, chegando a 70,8% em 2003. Para a pesquisadora do IBGE Adriana Beringuy, uma das organizadoras do estudo, os avanços, ocorrem em ritmo lento. As mudanças acontecem, mas são bem graduais. Esse percentual, de 72%, é o mesmo desde 2009. Já foi pior mais para o início da década, mas ainda assim persiste essa diferença', enfatizou⁸.

O dado mais alarmante, todavia, não é este, eis que apesar de receberem menos, as mulheres possuem, como regra, maior escolaridade:

Outro dado do estudo (do IBGE) mostra que a matemática salarial do Brasil é ainda mais injusta. Embora recebam menos, são elas quem se preparam mais. A média de escolaridade, que para as mulheres ocupadas é de 9,2 anos, para os homens cai para 8,2. Ou seja, um ano a mais de estudo⁹.

Um fato chama bastante atenção na pesquisa do IBGE: as mulheres possuem maior escolaridade e os seus salários são menores.

Além disso, de todas as violências físicas praticadas contra as mulheres mais de 60% são praticadas no âmbito doméstico e familiar, fenômeno este que não se verifica na seara masculina com tal magnitude. Isaac Sabbá Guimarães faz uma interessante compilação sobre o tema:

(...) pesquisa levado a cabo pelo IBGE, constatando que 63% das agressões físicas contra as mulheres ocorrem nos espaços domésticos. (...) A fundação Perseu Abramo, em pesquisa realizada em 2001, (...) investigou mulheres sobre diversos temas envolvendo a condição da mulher, conforme transcrito a baixo: a projeção da taxa de espancamento 11% para o universo investigado (61,5 milhões) indica que pelo menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez. Considerando-se que entre as que admitiram ter sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2.1 milhões de mulheres espancadas por ano no país (ou em 2001 ...), 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minutos – uma a cada 15 segundos. (GUIMARÃES; MOREIRA, 2011, p. 26).

Não se trata, todavia, de fenômeno tipicamente nacional, ao contrário, conforme demonstra, inclusive, a necessidade de regulamentação internacional sobre o tema (Convenções, Tratados, etc), mesmo porque as causas da violência doméstica contra a mulher são encontradas em todas as partes do globo.

As investigações criminológicas têm demonstrado, por um lado, que a grande parte dos casos de violência doméstica ocorre contra mulheres, confluindo para esse fenômeno tanto o aspecto da superioridade da força física do homem, como os traços culturais a determinarem predomínio destes nas relações. Em estudo realizado na Espanha, publicado no ano de 2003, Calvo Gracia indica que 78,3% dos casos de violência entre casais atinge mulheres (GUIMARÃES; MOREIRA, 2011, p. 38).

Todavia, a pesquisa supra, assim como outras, revela também que a violência doméstica e familiar não é praticada apenas pelo homem, mas também pela mulher, em número muito menos expressivo, o que decorre do que a psicologia chama de “afrouxamento dos freios morais”, comum em relações de convivência mais duradouras. Entretanto, o fenômeno somente se revela alarmante na via homem agressor X mulher agredida, haja vista a expressividade dos números e percentuais acima citados, mesmo porque delitos

⁸ Matéria jornalística de 08/03/2012 - Fonte: <http://agenciabrasil.etc.com.br/noticia/2012-03-08/mulheres-brasileiras-ainda-ganham-quase-30-menos-que-os-homens-diz-ibge>. Acesso em 27 de outubro de 2012.

⁹ Fonte: http://www.revistaviverbrasil.com.br/imprensa.php?edicao_sessao_id=757. Acesso em 27 de outubro de 2012.

praticados por homens, seja qual for o crime – roubo, tráfico, etc -, são sempre em maior número e a criminalidade masculina, seja qual for o crime, também sempre é mais violenta (este fenômeno é de fácil visualização com a comparação do número de presos do gênero masculino e do feminino – Os homens são a esmagadora maioria dos detentos no sistema prisional pátrio).

Assim, a discrepância numérica entre os casos de violências domésticas e familiares entre homens e mulheres também justifica um tratamento diferenciado em favor destas últimas.

Vejam mais um exemplo da diferenciação fática ainda existente entre homens e mulheres no Brasil. Na Seara eleitoral o legislador, há algum tempo, se apercebeu da baixa representatividade das mulheres nos Poderes Legislativos Federal, Estaduais e Municipais, fato que ainda é uma realidade atualíssima, segundo um estudo recente do TSE, adiante citado. O Legislador, então, inicialmente, editou uma lei prevendo que os partidos políticos ou as coligações deveriam reservar pelo menos 30% das vagas disponíveis para mulheres postulantes a cargos eletivos (nos Poderes Legislativos). Sobre o tema, vejamos os escólios de José Jairo Gomes:

Note-se que, contanto se aplique indistintamente a ambos os sexos, a regra em apreço foi pensada para resguardar a posição das mulheres, que tradicionalmente não desfrutam de espaço relevante no cenário político, em geral controlado por homens. Também nesses domínios, a discriminação contra a mulher constitui desafio a ser superado. Ainda hoje é flagrante o baixo número de mulheres na disputa pelo poder estatal, fato de todo lamentável em um país em que elas já são maioria (pg. 262). (...) A intenção (da quota) é garantir um espaço mínimo de participação de homens e mulheres na vida política do País, já que o pluralismo constitui fundamento da República brasileira (pg. 260). (GOMES, 2012, pp. 260/262).

Ou seja, trata-se de mais uma legislação que reconheceu o fenômeno discriminatório, o qual resulta, até os dias atuais, na diminuta participação política das mulheres nos poderes eletivos, o que, certamente, resultou de longo processo histórico de exclusão, que no nosso país impediu, inclusive, o direito de votar às mulheres até a década de 30 do século passado (1932 – 1934). A legislação, Lei nº 9.504/97, inicialmente reservava vagas para candidatas mulheres. Todavia, tal providência não se revelou suficiente, haja vista que os Partidos simplesmente burlavam a regra, deixando as vagas não preenchidas (as vagas ficavam apenas reservadas, não eram utilizadas efetivamente por mulheres). A perversidade da discriminação era tão grande que os Partidos preferiram deixar vagas ociosas a preparar quadros femininos qualificados para ocupá-las. A legislação, então, mudou. A lei passou a exigir o efetivo preenchimento do percentual. A antiga redação do artigo 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, vociferava que: “*do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá ‘reservar’ (grifo nosso) o mínimo de trinta por cento (...)*”. Neste sentido, a doutrina e a jurisprudência, sob a égide da antiga redação da Lei nº 9.504/97, começaram a se consolidar no sentido de que o partido ou a coligação só precisaria “reservar” e não efetivamente “preencher” o percentual para cada sexo, que, como visto acima, visa beneficiar as mulheres. Para evitar que os partidos ou coligações desconsiderassem novamente a efetiva vontade do legislador, que era aumentar a participação da mulher na vida política nacional, a Lei nº 12.034, 2009, atribuiu nova redação ao art. 10, § 3º da Lei nº 9.504/97, o qual passou a vigorar da seguinte forma: “*Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação “preencherá” o mínimo de 30% (trinta por cento) ...*”. A mudança terminológica proposital processada pelo legislador não passou despercebida pela doutrina e jurisprudência, que passaram a exigir o efetivo preenchimento das vagas. Da mesma forma, assim disciplinou o TSE,

pois o artigo 20, § 2º, da resolução nº 23.373/2011, que também alterou a redação de “reservar” para “preencher. *Resolução esta que seria aplicada as eleições de 2012.* Não obstante a mudança da lei e a consolidação do entendimento dos Tribunais, o preconceito é tão arraigado que não foi incomum nas eleições de 2012 partidos e coligações que só registraram candidatos homens, postura que não encontrou guarida no Judiciário.

O autor deste trabalho teve a oportunidade de trabalhar nas Eleições de 2012 na 79ª Zona Eleitoral, na Bahia, a qual é integrada por três municípios, Nova Soure, Cipó e Ribeira do Amparo. Nos três Municípios supracitados algumas das maiores coligações descumpriram a regra, tanto que o MP ingressou com 05 Ações de Impugnação, apesar da mudança da lei e a consolidação do entendimento dos Tribunais. Duas das Coligações intimadas para regularizar a situação quedaron-se inertes, ambas do Município de Ribeira do Amparo, as quais tiveram todos os seus candidatos indeferidos e barrados de participar do pleito. As Coligações violadoras das regras não puderam concorrer nem com homens nem com mulheres, por conta do não respeito ao percentual sexual legal. Interposto recurso para o TRE baiano, o Egrégio Sodalício manteve o indeferimento de todas as candidaturas. Não é coincidência, pois, o fato de a violência doméstica contra a mulher ser endêmica neste Município. A discriminação começa no âmbito do lar e persiste nos Poderes Públicos.

Dados atuais do TSE confirmam a discriminação política praticada contra a mulher, desde a Grécia antiga, há mais de 2500 anos, portanto:

As mulheres, em 2008, representaram 11% do total de candidatas a prefeito e 22% das candidaturas a vereador. Em 2010, apenas 22% dos candidatos para a Câmara Federal eram do sexo feminino. Sendo que, para concorrer ao Senado Federal e ao Governo dos estados, os números foram ainda menores, ficando em torno de 13% e 10%, respectivamente. Já em 2012, as mulheres representaram 12,84% dos candidatos a prefeito. Concorreram 2.070 mulheres em um universo de 15.760 candidatos. Para o cargo de vereador, o desempenho foi um pouco melhor, as mulheres representaram 32,64% dos candidatos. Vale ressaltar que esta é a primeira eleição municipal após a vigência da Lei nº 12.034/2009, que estabeleceu a obrigatoriedade dos partidos ou coligações preencherem o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. Nota-se que, com o estabelecimento da cota mínima, o percentual de candidaturas femininas teve um aumento considerável. No entanto, as eleições para os cargos do executivo ainda atestam a lentidão do crescimento da participação política das mulheres. Atualmente, o eleitorado feminino representa 51% do total de eleitores do país. Considerando que as mulheres são a maioria, o esperado era que ocupassem percentual maior dos cargos políticos existentes¹⁰.

O número de candidatas já é absolutamente desproporcional. Todavia, o número de eleitas é ainda menor:

Do total de eleitos em 2012, 8.287 foram mulheres, representando 13,19%. O número comprova um crescimento em relação a 2008, quando 7.010 mulheres foram eleitas a esses mesmos cargos, representando 12,2%. Em todo o Brasil, foram eleitas 657 candidatas para as prefeituras, o que corresponde a 11,84% do total de eleitos. Para as

¹⁰ Fonte: <http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-6-ano-2/guerra-dos-sexos-a-mulher-venceu-notas-sobre-a-participacao-politica-da-mulher-no-brasil>. Acesso em 29 de dezembro de 2013.

câmaras municipais foram eleitas 7.630 mulheres, o equivalente a 13,32% dos escolhidos¹¹.

Analisados os pressupostos fáticos autorizadores do tratamento diferenciado, vejamos, agora, os critérios utilizados pela doutrina para avaliar a compatibilidade deste com o princípio da isonomia: Segundo Alexy, no postulado da igualdade existiriam dois deveres implícitos, aparentemente contraditórios, mas só aparentemente, quais sejam: a) dever de tratamento igual; b) dever de tratamento desigual. Vejamos:

1 – O dever de tratamento igual. Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal (Alemão), uma diferenciação arbitrária ocorre “se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei”. (...) uma diferenciação é arbitrária, e, por isso, proibida, se não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela. (...) se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão suficiente é um problema de valoração. Se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, é obrigatório um tratamento igual. (...) 2 – O dever de tratamento desigual. A segunda parte do enunciado “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente” é, ao mesmo tempo, uma desafio para essa tese e um instrumento para sua análise. Se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual, então, é obrigatório um tratamento desigual. (...) Saber o que é uma razão suficiente para a permissibilidade ou a obrigatoriedade de uma discriminação não é algo que o enunciado da igualdade, enquanto tal, pode responder. (ALEXY, 2008, p.407).

O STF, por sua vez, tem adotado o entendimento se que:

“o princípio da igualdade exige uma relação de razoabilidade e congruência para justificar um tratamento desigual, banindo toda e qualquer diferenciação arbitrária, exigindo, portanto, no âmbito de um controle mais rigoroso, a demonstração da congruência lógica entre fator de discrimen e a discriminação questionada em juízo como violadora da igualdade (no sentido de uma justificação suficiente do fator de desigualdade em face do objetivo almejado e a compatibilidade do objetivo com a ordem jurídico-constitucional), ao passo que na esfera de uma modalidade menos intensa de controle, necessário que a violação do princípio da igualdade seja flagrante (ou seja, basta a inexistência de flagrante desigualdade para legitimar o tratamento desigual”. (Apud. SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 537).

Assim, pensamos que todas as razões fáticas e jurídicas supracitadas indicam a existência de razões suficientes para a permissibilidade de um tratamento desigual na seara da violência doméstica. Existe, pois, congruência lógica entre fator de discrimen e a discriminação positiva, de maneira a se legitimar o tratamento desigual.

3 – Conclusão;

Democracia substancial-militante pressupõe, dentre outras coisas, respeito ao Objetivo do Milênio n. 3, consistente na garantia da “igualdade entre sexos e valorização da mulher”. A efetividade da igualdade, todavia, não deve ser formal, mas sim real, garantida por instrumentos normativos e prestacionais expeditos e efetivos, como a Lei Maria da Penha, por exemplo.

4 – Referências;

¹¹ Fonte: <http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Marco/semana-da-mulher-participacao-feminina-na-politica-brasileira-cresce-ao-longo-do-tempo>. Acesso em 29 de dezembro de 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado: A origem do Estado - Soberania, poder político, nação território, formas de governo*. 38ª ed. São Paulo: Editora Globo, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Estado – Governo – Sociedade: para uma teoria geral da política*. 10ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3ª ed. SP: Saraiva, 2007.

ESCOBAR, Ricardo Lagos. *Asílo Vivimos: la via chilena a la democracia*. Santiago de Chile: Taurus, 2012.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade Moreira. *Lei Maria da Penha: Aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed., 11. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos LÊ, 1990.

SANDEL, Michael J.. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 6ª ed, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SENA, Almiro. *A cor da pele*. 1ª ed. Curitiba: Instituto Memória, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed. SP: Martins Fontes, 2005.