



AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): MAURÍCIO GENTIL MONTEIRO

INTDO.(A/S): THEMIS - ASSESSORIA JURÍDICA E ESTUDOS DE GÊNERO

INTDO.(A/S): IPÊ - INSTITUTO PARA A PROMOÇÃO DA EQUIDADE

INTDO.(A/S): INSTITUTO ANTÍGONA

ADV.(A/S): RÚBIA ABS DA CRUZ

INTDO.(A/S): INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM

ADV.(A/S): RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira.

COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha –, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 9 de fevereiro de 2012.

MINISTRO MARCO AURÉLIO

Relator

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): MAURÍCIO GENTIL MONTEIRO

INTDO.(A/S): THEMIS - ASSESSORIA JURÍDICA E ESTUDOS DE GÊNERO

INTDO.(A/S): IPÊ - INSTITUTO PARA A PROMOÇÃO DA EQUIDADE

INTDO.(A/S): INSTITUTO ANTÍGONA

ADV.(A/S): RÚBIA ABS DA CRUZ

INTDO.(A/S): INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S): RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

Ao indeferir o pedido de medida cautelar, Vossa Excelência assim resumiu as balizas deste processo:

1. Ao apagar das luzes do Ano Judiciário de 2007 – 19 de dezembro, às 18h52 –, o Presidente da República ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade, com pedido de liminar, presentes os artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/06, conhecida por “Lei Maria da Penha”. Eis os preceitos que pretende ver declarados harmônicos com a Carta Federal:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

[...]

Art. 33º Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

[...]

Art. 41º Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

[...]

Após o lançamento de razões quanto à legitimidade para a propositura da ação, aponta a oscilação da jurisprudência, evocando alguns julgados no sentido da inconstitucionalidade de artigos envolvidos na espécie. Discorre sobre tópicos versados no Diploma Maior – princípio da igualdade, artigo 5º, inciso I; competência dos Estados para fixar regras de organização judiciária local, artigo 125, § 1º, combinado com o artigo 96, inciso II, alínea “b”; competência dos juizados especiais, artigo 98, inciso I –, procurando demonstrar a plena harmonia dos dispositivos legais com a Lei Básica da República.

Sob o ângulo da igualdade, ressalta como princípio constitucional a proteção do Estado à família, afirmando que o escopo da lei foi justamente coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Ter-se-ia tratamento preferencial objetivando corrigir desequilíbrio, não se podendo cogitar de inconstitucionalidade ante a boa procedência do discrimine. Cita dados sobre o tema, mencionando, nesta ordem, autores consagrados: Alexandre de Moraes, Pontes de Miranda, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Berenice Dias. Alude a pronunciamentos desta Corte relativos a concurso público, prova de esforço físico e distinções necessárias

presente o gênero. Faz referência a mais preceitos de envergadura maior, porquanto constantes da Constituição Federal, quanto à proteção à mulher – licença à gestante, tratamento sob o ângulo do mercado de trabalho e prazo menor para aposentadoria por tempo de contribuição.

No tocante à organização judiciária e aos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, busca demonstrar que não ocorreu a invasão da competência atribuída aos Estados. A União teria legislado sobre direito processual visando à disciplina uniforme de certas questões – o combate à violência doméstica ou familiar contra a mulher. A Lei envolvida no caso não contém, segundo as razões expostas, detalhamento da organização judiciária do Estado, apenas regula matéria processual alusiva à especialização do Juízo, tudo voltado a conferir celeridade aos processos. Menciona precedente.

Por último, relativamente à competência dos juizados especiais, a não aplicação de institutos contidos na Lei nº 9.099/95 remete ao subjetivismo da definição dos crimes de menor potencial ofensivo, a direcionar a razoabilidade quanto ao afastamento da transação e da composição civil considerada a ineficácia das medidas.

Pleiteia o deferimento de liminar para que sejam suspensos “os efeitos de quaisquer decisões que, direta ou indiretamente, neguem vigência à lei, reputando-a inconstitucional”, até o julgamento final do pedido, em relação ao qual é aguardada a declaração de constitucionalidade dos citados artigos 1º, 33 e 41.

Este processo foi a mim distribuído em 19 de dezembro de 2007, chegando ao Gabinete após as 20h. No dia imediato, deu entrada na Corte petição do autor requerendo a juntada de documentos.

2. Com a Emenda Constitucional nº 3/93, surgiu a ação declaratória de constitucionalidade, com características muito assemelhadas à ação direta de inconstitucionalidade, variando, tão-somente, o objetivo almejado. Nesta última, veicula-se pedido de reconhecimento do conflito do ato normativo abstrato com a Carta Federal, na outra, pretende-se justamente ver declarada a harmonia da lei com o Texto Maior. Em ambas, mostra-se possível chegar-se à conclusão diametralmente oposta à requerida na inicial. São ações, então, que podem ser enquadradas como de mão dupla.

Pois bem, nem a emenda introdutora da nova ação, nem as que lhe seguiram viabilizaram a concessão de liminar, ao contrário do que previsto constitucionalmente quanto à ação direta. O motivo de haver a distinção é simples, confirmando-se, mais uma vez, a

adequação do princípio da causalidade, a revelar que tudo tem uma origem, uma razão. A previsão de implementar-se medida acauteladora no tocante à ação direta de inconstitucionalidade tem como base a necessidade de afastar-se de imediato a agressão da lei ao texto constitucional. A recíproca é de todo imprópria. Diploma legal prescinde do endosso do Judiciário para surtir efeitos. Por isso, não é dado cogitar, considerada a ordem natural dos institutos e sob o ângulo estritamente constitucional, de liminar na ação declaratória de constitucionalidade. Mas a Lei nº 9.868/99 a prevê, estabelecendo o artigo 21 que o “Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”. O parágrafo único do citado artigo dispõe sobre a publicidade da providência, impondo prazo para haver o julgamento final sob pena de, transcorridos cento e oitenta dias, a decisão perder a eficácia. O preceito lembra a avocatória e surge como de constitucionalidade duvidosa no que encerra, em última análise, o afastamento do acesso ao Judiciário na plenitude maior bem como do princípio do juiz natural.

O pleito formulado, porém, extravasa até mesmo o que previsto nesse artigo. Requer-se que, de forma precária e efêmera, sejam suspensos atos que, direta ou indiretamente, neguem vigência à citada Lei. O passo é demasiadamente largo, não se coadunando com os ares democráticos que nortearam o Constituinte de 1988 e que presidem a vida gregária. A paralisação dos processos e o afastamento de pronunciamentos judiciais, sem ao menos aludir-se à exclusão daqueles cobertos pela preclusão maior, mostram-se extravagantes considerada a ordem jurídico-constitucional. As portas do Judiciário não de estar abertas, sempre e sempre, aos cidadãos, pouco importando o gênero. O Judiciário, presente o princípio do juiz natural, deve atuar com absoluta espontaneidade, somente se dando a vinculação ao Direito posto, ao Direito subordinante. Fora isso, inaugurar-se-á era de treva, concentrando-se o que a Carta Federal quer difuso, com menosprezo à organicidade do próprio Direito.

Repito, mais uma vez, eventual aplicação distorcida da Lei evocada pode ser corrigida ante o sistema recursal vigente e ainda mediante a impugnação autônoma que é a revelada por impetrações. Que atuem os órgãos investidos do ofício judicante segundo a organização judiciária em vigor, viabilizando-se o acesso em geral à jurisdição com os recursos pertinentes.

3. Indefiro a medida acauteladora pleiteada, devendo haver submissão deste ato ao Plenário, para referendo, quando da abertura do Ano Judiciário de 2008.

4. Por entender desnecessárias informações, determino seja colhido o parecer do Procurador-Geral da República.

5. Publiquem.

À folha 40, o Presidente da República juntou documentos.

O Procurador-Geral da República, à folha 119 à 140, afirma estar atendido o requisito da controvérsia constitucional relevante, tendo em conta as decisões judiciais juntadas ao processo, à folha 55 à 116. No mérito, diz da consonância do artigo 1º da lei impugnada com o Preâmbulo e os artigos 3º, inciso III, 5º, cabeça e inciso I, 7º, incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, 14, cabeça, 37, inciso XXI, 150, inciso II, 170, inciso VII, 206, inciso I, e 226, §5º, da Carta Federal. Destaca que os fatos e estatísticas trazidos na inicial sobre a violência justificam a necessidade de intervenção do Estado para a proteção da mulher com vista a promover a igualdade substancial no âmbito doméstico. Menciona Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel, as quais ressaltam o compromisso internacional do Brasil, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 – ratificada mediante o Decreto nº 4.377/2002 –, de adotar as medidas contidas nos preceitos defendidos. Cita, ainda, as doutrinas estrangeiras de Ronald Dworkin, John Rawls e Robert Alexy.

Relativamente ao artigo 33 da Lei Maria da Penha, assevera inexistir ofensa à autonomia da organização dos Estados, prevista nos artigos 96, inciso II, alínea “d”, e 125, §1º, da Carta de 1988, porquanto não há imposição ou criação dos Juizados de Violência Doméstica na lei federal, mas autorização para fazê-lo por meio de norma processual civil, a teor do artigo 22, inciso I, da Constituição, conforme as redações dos artigos 14 e 29 do referido texto legal. Quanto à norma do artigo 41 em exame, aduz não haver afronta ao artigo 98, inciso I, da Carta da República, pois nada impediria o legislador federal de alterar os ritos processuais e os critérios de definição das infrações de menor potencial ofensivo a atrair a competência dos juizados especiais. Sobre o tema, aponta situação análoga promovida pela Lei nº 9.839/1999, mediante a qual acrescentado o artigo 90-A à Lei nº 9.099/1995, afastando a aplicação desta à Justiça Militar. Afim, opina pela procedência do pleito formulado na inicial.

Às folhas 203, 263 e 278, Vossa Excelência deferiu os pedidos de intervenção no processo formulados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pela Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero – THEMIS, pelo Instituto para a Promoção da Equidade – IPÊ, pelo Instituto Antígona – organizações integrantes e representantes do Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM/Brasil e pelo Instituto Brasileiro do Direito de Família – IBDFAM.

O processo encontra-se aparelhado para julgamento.

É o relatório.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O conhecimento da ação declaratória reclama a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação dos preceitos em exame, apta a gerar insegurança jurídica e a afastar a presunção de legitimidade do ato normativo. Decorre o requisito da concepção prévia sobre a constitucionalidade dos atos editados pelo Congresso Nacional.

As decisões juntadas à folha 55 à fl. 116, a versarem sobre a aplicação dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340, de 2006, revelam o intenso debate judicial instaurado sobre a constitucionalidade dos preceitos mencionados. Nos pronunciamentos oriundos dos Tribunais de Justiça dos Estados de Mato Grosso do Sul, do Rio de Janeiro, de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, ora se declara implicar a Lei Maria da Penha ofensa aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, ora se remete o julgamento das infrações penais praticadas com violência doméstica contra a mulher para os juizados especiais, ora se determina a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099, de 1995, com base na suposta inconstitucionalidade da exceção criada pelo artigo 41 da norma. Em sentido contrário, foram anexados a decisão monocrática proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa no *Habeas Corpus* nº 92.538/SC, publicada em 2 de janeiro de 2007, e acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a demonstrarem, nesse último caso, a existência de divergência jurisprudencial dentro do próprio tribunal mineiro.

Verificada a controvérsia judicial relevante acerca do tema, nos termos do artigo 14, inciso III, da Lei nº 9.868, de 1999, passo ao exame do mérito.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 106.212/MS, por mim relatado, acórdão publicado em 13 de março de 2011, o Pleno a uma só voz assentou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha. Eis o que consignei:

A família mereceu proteção especial da Constituição de 1988, Capítulo VII do Título VIII Da Ordem Social. A união estável entre o homem e a mulher é considerada como entidade familiar artigo 226, §3º, da Carta. Ante esse contexto e a realidade notada, veio à balha a Lei nº 11.340/2006, cujo objetivo principal é coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do artigo 226 do Diploma Maior:

Art. 226. [...]

[...]

§8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

O artigo 7º da citada lei revela o que se entende como violência doméstica e familiar contra a mulher: não é só a violência física, mas também a psicológica, a social, a patrimonial e a moral. Deu-se concretude ao texto constitucional, com a finalidade de mitigar, porquanto se mostra impossível dissipar por completo, o que acontece Brasil afora.

O paciente foi condenado presente o artigo 21 do Decreto Lei nº 3.688/41 prática de vias de fato. A Defensoria Pública da União insiste no afastamento do disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/06, afirmando o conflito com o texto constitucional. O móvel seria o tratamento diferenciado. Ocorre que este veio a ser sinalizado pela própria Carta Federal no que buscada a correção de rumos. Mais do que isso, conforme o artigo 98, inciso I, do Diploma Maior, a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, submetendo-a ao julgamento dos juizados especiais, depende de opção político-normativa dos representantes do povo, os Deputados Federais, e dos representantes dos Estados, os Senadores da República. No caso, ante até mesmo o trato especial da matéria, afastou-se, mediante o artigo 41 da denominada Lei Maria da Penha, a aplicabilidade da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aos delitos gênero praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Eis o teor do preceito: Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Dirão que o dispositivo contém referência a crime e não à contravenção penal, não alcançando as vias de fato. Fugam à interpretação verbal, à interpretação gramatical, que, realmente, seduzindo, porquanto viabiliza a conclusão sobre o preceito

legal em aligeirado olhar, não consubstancia método seguro de hermenêutica. Presente a busca do objetivo da norma, tem-se que o preceito afasta de forma categórica a Lei nº 9.099/95 no que, em processo-crime – e inexistente processo-contravenção –, haja quadro a revelar a violência doméstica e familiar. Evidentemente, esta fica configurada no que, valendo-se o homem da supremacia de força possuída em relação à mulher, chega às vias de fato, atingindo-a na intangibilidade física, que o contexto normativo pátrio visa proteger.

Tenho como de alcance linear e constitucional o disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, que, alfm, se coaduna com a máxima de Ruy Barbosa de que a regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. O enfoque atende à ordem jurídico-constitucional, à procura do avanço cultural, ao necessário combate às vergonhosas estatísticas do desprezo às famílias, considerada a célula básica que é a mulher.

Bem andaram o Juízo, o Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça, estes dois últimos ao manterem o quadro decisório formalizado, que resultou na aplicação da pena de quinze dias de prisão simples substituída por restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, aliás, mera advertência a inibir a reiteração de prática das mais condenáveis.

Indefiro a ordem, declarando a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, cuja importância para a preservação dos interesses maiores da sociedade equipara-se, se é que não suplanta, à dos avanços ocorridos com o Código Nacional de Trânsito, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Como deixa antever a transcrição, há também de se expungir qualquer dúvida quanto à constitucionalidade do artigo 1º da Lei Maria da Penha, no que este, em caráter introdutório, expõe os objetivos e fundamentos do ato normativo. 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, utiliza-se o legislador de meio adequado e necessário visando fomentar o fim traçado pelo artigo 226, § 8º, da Carta Federal.

Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela

enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros.

Na seara internacional, a Lei Maria da Penha está em harmonia com a obrigação, assumida pelo Estado brasileiro, de incorporar, na legislação interna, as normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, tal como previsto no artigo 7º, item “c”, da Convenção de Belém do Pará e em outros tratados internacionais ratificados pelo país.

Sob a óptica constitucional, a norma também é corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, na medida em que ao Estado compete a adoção dos meios imprescindíveis à efetiva concretização de preceitos contidos na Carta da República. A abstenção do Estado na promoção da igualdade de gêneros e a omissão no cumprimento, em maior ou menor extensão, de finalidade imposta pelo Diploma Maior implicam situação da maior gravidade político-jurídica, pois deixou claro o constituinte originário que, mediante inércia, pode o Estado brasileiro também contrariar o Diploma Maior.

A Lei Maria da Penha retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à Justiça. A norma mitiga realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale ressaltar, reclama providências na salvaguarda dos bens protegidos pela Lei Maior, quer materiais, quer jurídicos, sendo importante lembrar a proteção especial que merecem a família e todos os seus integrantes.

Nessa linha, o mesmo legislador já editou microssistemas próprios, em ocasiões anteriores, a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como se depreende da aprovação pelo Congresso Nacional dos Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente.

Mostra-se também constitucional o preceito previsto no artigo 33 da Lei em exame, segundo o qual, “enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente”.

Não há ofensa aos artigos 96, inciso I, alínea “a”, e 125, § 1º, da Carta da República, mediante os quais se confere aos estados a competência para disciplinar a organização judiciária local. A Lei Maria da Penha não implicou a obrigação, mas a faculdade de

criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A cabeça do respectivo artigo 14 prevê que os citados juizados “poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.” De igual maneira, o artigo 29 dispõe que os juizados eventualmente instituídos “poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde”.

Não se trata de fato inédito no ordenamento jurídico pátrio a elaboração de sugestão, mediante lei federal, para criação de órgãos jurisdicionais especializados em âmbito estadual. Já o fez o legislador, no artigo 145 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao versar que “os estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude [...]” e, no artigo 70 do Estatuto do Idoso, ao encerrar a possibilidade de criação “de varas especializadas e exclusivas do idoso”.

Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição da República, incumbe privativamente à União a disciplina do direito processual, sendo o tema “competência” notadamente afeto à matéria. A atribuição dos Estados atinente à respectiva organização judiciária não afasta a prerrogativa da União de estabelecer regras sobre processo e, em consequência, editar normas que acabam por influenciar a atuação dos órgãos jurisdicionais locais.

Assim, observa-se a existência das normas gerais relativas à competência nos próprios Códigos de Processo Civil e Penal e na Lei nº 9.099, de 1995, na qual são especificadas as atribuições dos juizados especiais cíveis e criminais. Importa mencionar, mais, a Lei de Falências. Segundo esse diploma, cabe ao juiz criminal do lugar onde decretada a falência a exclusividade para julgar os crimes nela previstos. O artigo 9º da Lei nº 9.278, de 1996, revela que “toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família”.

Por meio do artigo 33 da Lei Maria da Penha, não se criam varas judiciais, não se definem limites de comarcas e não se estabelece o número de magistrados a serem alocados aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, temas evidentemente concernentes às peculiaridades e às circunstâncias locais. No preceito, apenas se faculta a criação desses juizados e se atribui ao juízo da vara criminal a competência cumulativa das ações cíveis e criminais envolvendo violência doméstica contra a mulher, ante a necessidade de conferir tratamento uniforme, especializado e célere, em todo território nacional, às causas sobre a matéria. O tema é, inevitavelmente, de caráter nacional, ante os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e a ordem objetiva de valores instituída pela Carta da República.

Ante o quadro, julgo procedente o pedido formulado para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340, de 2006.

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Presidência da República, a respeito dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – de seguinte teor:

Art. 1º – Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Examino os dispositivos questionados.

Artigo 1º

O autor pede seja o art. 1º da Lei Maria da Penha declarado constitucional à luz do princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF).

Resultado de denúncia apresentada na Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância com relação à violência contra a mulher, que levou à elaboração – por um grupo interministerial, a partir de anteprojeto cunhado por organizações não governamentais – do projeto de lei que culminou na aprovação da Lei nº 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha, o processo de elaboração, discussão e, finalmente, aprovação e vigência dessa Lei, além de ter contado com intensa participação de diversos setores do Estado e da sociedade civil, resultou do reconhecimento, no plano do sistema regional de

proteção internacional dos direitos humanos, da permanência de uma dívida histórica do Estado brasileiro em relação à adoção de mecanismos eficazes de prevenção, combate e punição da violência de gênero.

Como é sabido, Maria da Penha é uma professora universitária de classe média que virou símbolo da violência doméstica contra a mulher por ter sido vítima, em duas oportunidades, de tentativa de homicídio por seu marido – também professor universitário, na década de 80 – a primeira com um tiro, que a deixou paraplégica, a segunda por afogamento e eletrocussão – e a punição só veio por interferência de organismos internacionais.

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Maria da Penha v. Brasil*, considerou o Estado brasileiro *responsável* por ter falhado com o dever de observância das obrigações por ele assumidas – ao tomar parte da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), de 1994 – de condenar todas as formas de violência contra a mulher, seja pelo insucesso em agir, seja pela tolerância com a violência. A *ineficiência seletiva* do sistema judicial brasileiro, em relação à violência doméstica, foi tida como *evidência de tratamento discriminatório* para com a violência de gênero (Cfr. *Maria da Penha v. Brasil*, §§ 55 e 56).

Sou das que compartilham do entendimento de que a Lei Maria da Penha inaugurou uma nova fase no *iter* das ações afirmativas em favor da mulher brasileira, consistindo em verdadeiro microssistema de proteção à família e à mulher, a contemplar, inclusive, norma de direito do trabalho.

A Lei 11.340/2006, batizada em homenagem a Maria da Penha, traduz a luta das mulheres por reconhecimento, constituindo marco histórico com peso efetivo, mas também com dimensão simbólica, e que não pode ser amesquinhada, ensombrecida, desfigurada, desconsiderada. Sinaliza mudança de compreensão em cultura e sociedade de violência que, de tão comum e aceita, se tornou invisível – “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, pacto de silêncio para o qual a mulher contribui, seja pela vergonha, seja pelo medo.

O objetivo da Lei Maria da Penha é *coibir e prevenir* a violência doméstica e familiar contra a mulher. Organicamente, insere-se no contexto, iniciado nos anos 90, de especialização da legislação em face dos distintos modos de apresentação da violência na sociedade, com frequente amparo em dados estatísticos. Assim como, para ficar com apenas alguns exemplos dessa tendência normativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente trata de forma especializada da violência contra a criança, o Código de Defesa do Consumidor consiste na especialização do tratamento de uma espécie de violência contra o consumidor e o Código de Trânsito enfrenta a especialidade da violência no trânsito; na mesma linha, identificam-se abordagens especializadas de diferentes formas de violência no Estatuto do Idoso, na Lei de Crimes Ambientais e, por fim, na Lei Maria da Penha.

Esta Corte Suprema já se manifestou, em duas ocasiões, ao julgamento de *habeas corpus*, sobre os arts. 16 e 41 da Lei Maria da Penha. No julgamento do HC-98880/MS (Relator Ministro Marco Aurélio de Mello), entendeu a Primeira Turma que a audiência

prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha pressupõe a iniciativa da vítima visando a afastar a representação. Significa dizer, tratando-se de crime processado mediante ação penal pública condicionada à representação da ofendida, a audiência só será designada se, antes de recebimento da denúncia, a vítima houver manifestado o desejo de renunciar à representação. Recebida a denúncia sem notícia de qualquer manifestação da parte ofendida no sentido de se retratar da propositura da ação penal, a não realização da audiência especialmente designada para tal finalidade, prevista no referido art. 16, não acarreta a nulidade da ação penal.

A seu turno, no julgamento do HC-106212/MS, também relatado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), de modo a afastar a incidência da Lei nº 9.099/1995 (Juizados Especiais), ainda que se cuidasse, na hipótese concreta, de contravenção, e não de crime *stricto sensu*, em decisão assim ementada:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, §8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.

Na oportunidade, discutiu-se a constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha ao excluir a aplicação da Lei nº 9.099/1995, nos delitos contra a mulher, inclusive quando consubstanciada contravenção penal, afastando-se a interpretação gramatical da expressão “nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher”. No *habeas corpus*, o paciente buscava anular o processo por não lhe ter sido oferecido o tratamento benéfico versado na Lei 9.099/1995, em especial a suspensão do processo (art. 89).

Às alegações de (a) afronta ao art. 98, I, da Constituição da República, no que prescreve a competência dos juizados especiais para os crimes de menor potencial ofensivo, e (b) ofensa ao princípio da igualdade, ao lhe ser conferido, tomada a pessoa da vítima como critério, tratamento processual penal diferenciado, respondeu esta Corte, à primeira, que não haveria falar em ofensa ao postulado isonômico. A situação de desequilíbrio de fato enfrentada pela mulher, e que a Lei Maria da Penha veio enfrentar, *justifica o discrimen*. E, à segunda, respondeu que o art. 41 da Lei Maria da

Penha não colide com o art. 98, I, da CF, porque esse dispositivo constitucional se limita a prever a competência dos juizados especiais para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, sem, no entanto, prefixar o seu conteúdo.

Nessa ordem de ideias, impende ter em mente o amplo reconhecimento do fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Maior), nessa esfera – relações de gênero – reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.

Com efeito, a Constituição expressamente confere à mulher, em alguns dispositivos, tratamento diferenciado, protetivo, na perspectiva de, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, “*acertar, na diferença de cuidado jurídico, a igualação do direito à dignidade na vida*” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 75).

Assim, foi por ter presente a constatação da história de desfavorecimento à mulher no mercado de trabalho, que o constituinte, no art. 7º, XX, incumbiu ao legislador de elaborar mecanismos jurídicos de incentivos específicos para a proteção do mercado de trabalho da mulher. Da mesma forma, a Constituição assegura à mulher, no art. 201, §7º, I e II, aposentadoria com menor tempo de contribuição e menos idade, em comparação ao homem. E, enquanto o art. 10, §1º, do ADCT, disciplinando provisoriamente a licença-paternidade prevista no art. 7º, XIX, da CF, fixa-lhe a duração de cinco dias, a licença à gestante, nos termos do art. 7º, XVIII, não será inferior a cento e vinte dias.

Entendo que uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização. Quando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica (art. 5º, *caput* e I da CF), materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade.

Indivíduos identificados como especialmente vulneráveis em função do grupo social a que pertencem têm reconhecido pelo sistema constitucional o direito à proteção do Estado, na forma de mecanismos eficazes de dissuasão, contra violações da sua integridade pessoal (Vejam-se, exemplificativamente, os arts. 129, inciso V – populações indígenas; 227, §1º, II – portadores de necessidades especiais físicas, sensoriais ou mentais; 230, §1º – idoso).

Sobre os desafios hermenêuticos apresentados pela urgência na concretização dos direitos fundamentais demandada na contemporaneidade, têm-se debruçado não só as Cortes constitucionais das mais diversas jurisdições nacionais, mas também

as Cortes integrantes dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Pode-se afirmar que a evolução de praticamente todas as democracias constitucionais modernas converge para uma compreensão do princípio da igualdade segundo a qual, na precisa definição da Corte Europeia de Direitos Humanos, “discriminação significa tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente similar” (*Willis vs. Reino Unido*, § 48, 2002; *Okpiz vs. Alemanha*, § 33, 2005). *Contrario sensu*, deixar de tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente diferente, também é discriminar.

Sobre o tema, me reporto a duas belíssimas monografias tematizando a igualdade, da Ministra Cármen Lúcia e de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio jurídico da igualdade refaz-se na sociedade e rebaliza conceitos, reelabora-se ativamente, para igualar iguais desiguados por ato ou com a permissão da lei. O que se pretende, então, é que a “igualdade perante a lei” signifique “igualdade por meio da lei”, vale dizer, que seja a lei o instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas entre as pessoas. (...) O que se pretende, pois, é que a lei desiguale iguais, assim tidos sob um enfoque que, todavia, traz consequências desigualadoras mais fundas e perversas. Enquanto antes buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desigualando em alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal.

(...)

Ao comportamento negativo do Estado, passa-se, então, a reivindicar um comportamento positivo. O Estado não pode criar legalidades discriminatórias e desigualadoras, nem pode deixar de criar situações de igualação para depurar as desigualdades que se estabeleceram na realidade social em detrimento das condições iguais de dignidade humana que impeçam o exercício livre e igual das oportunidades, as quais, se não existirem legalmente, deverão ser criadas pelo Direito. Somente então se terá a efetividade do princípio jurídico da igualdade materialmente assegurado. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 39 e 41)

(...) não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexó entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se,

demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas com os interesses acolhidos no sistema constitucional. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 54).

A Lei Maria da Penha reconhece o fenômeno da violência doméstica contra a mulher como uma *forma específica de violência* e, diante disso, incorpora ao direito instrumentos que levam em consideração as particularidades que lhe são inerentes. Reconhece, pois, a desigualdade de gênero, e vem assim a proteger a mulher no horizonte definido pelo art. 226, §8º, da Constituição Republicana. Ao encarregar o Estado de assegurar assistência à família *“na pessoa de cada um dos que a integram”*, a Constituição revela não ignorar que os diferentes integrantes da família ostentam necessidades assistenciais distintas, a depender da posição que ocupam no âmbito da relação familiar.

Na Resolução 2003/45, a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos reconheceu expressamente o nexo entre violência baseada no gênero e discriminação, enfatizando que *“todas as formas de violência e discriminação contra mulheres ocorrem no contexto de discriminação de jure e de facto e do status rebaixado legado às mulheres na sociedade, e são exacerbadas pelos obstáculos frequentemente enfrentados pelas mulheres na procura de remédios do Estado”*.

Considerar o princípio da igualdade tão somente em sua dimensão formal, sem atentar para a dimensão material, inviabiliza toda e qualquer ação afirmativa, voltada a reparar seja desigualdades de gênero, seja de raça, credo, idade ou condição social. Sem consideração à dimensão material – norteadora da Lei Maria da Penha – do princípio da igualdade, não teríamos os sistemas de proteção dos direitos do consumidor e dos direitos do trabalhador, ambos informados pela hipossuficiência do ocupante de um dos polos da relação jurídica e, por isso mesmo, pela vulnerabilidade. Tampouco teríamos Estatuto do Idoso, legislação de proteção à pessoa portadora de necessidades especiais e Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não desconheço que o homem possa ser vítima de violência doméstica. No entanto, a legislação não lhe dá maior ênfase ao prevenir e coibir, por se tratar da exceção, não da regra, como revelam os dados estatísticos estarrecedores da violência de gênero. Para esses casos, os arts. 44, II, “g”, e 61, II, “f”, do Código Penal já ofereceriam proteção suficiente.

A discriminação afirmativa que se projeta da Lei Maria da Penha se faz acompanhar de razão que, na exata medida em que se presta a compensar a discriminação de fato cuja existência reconhece, a justifica.

Ante os fundamentos expostos, entendo que o art. 1º da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não é apenas compatível com o princípio constitucional da igualdade

(inciso I do art. 5º) como o densifica, tratando-se de preceito nele diretamente inspirado e balizado, vocacionado que é à sua plena concretização – ou, nas palavras da Dra. Grace, a quem rendo as minhas homenagens pela bela sustentação oral, a Lei Maria da Penha presta, sim, reverência ao princípio da igualdade.

Art. 33

Pugna o autor pela declaração da constitucionalidade do art. 33 da Lei Maria da Penha, em face dos arts. 96, II, “d”, e 125, §1º, da Constituição Federal. A tese sustentada pela Presidência da República tem fulcro no art. 22, I, da CF, *verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - *direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;*

O preceito questionado, longe de versar sobre matéria de organização judiciária, abriga regra de direito processual. A título de comparação, lembro a regra que atribui ao juiz de direito competência trabalhista nas comarcas onde não há vara do trabalho.

Art. 41

Pede-se a declaração da constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha frente aos arts. 98, I, da CF.

Ao afirmar inaplicável a Lei nº 9.099/1995, tenho por clara a atribuição, pelo legislador, a tais crimes, de tratamento específico – diferenciado – dando nova dimensão, quanto à sua importância, a esse tipo de ilícito. Procedendo a nova valoração, alterou o seu processamento de maneira abrangente.

O propósito da legislação em exame – escorada em compromissos assumidos no texto da Constituição Republicana e em tratados internacionais – é afirmar um sistema de persecução e punição minimamente eficaz para o tipo específico de violência que é a violência doméstica direcionada contra a mulher.

Vale ressaltar que o Estado somente se desincumbe satisfatoriamente do seu dever de agir positivamente na criação de mecanismos para coibir a violência no seio familiar quando tais mecanismos são adequados e eficazes à concretização do seu fim.

Esse aspecto ficou muito bem delineado no julgamento do caso *Opuz vs. Turquia*, perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2009, que resultou na condenação do Estado demandado – a Turquia – por falhar em fornecer, na legislação doméstica, mecanismos suficientes de proteção em face da violência praticada contra a mulher no ambiente familiar. No caso, norteou a decisão o fato de que o Estado não poderia prosseguir com a ação penal contra o agressor, na hipótese de retratação da vítima, quando se tratasse, mal comparando, de lesão corporal considerada, nos moldes daquela jurisdição penal, menos grave. O arcabouço legislativo então em vigor foi censurado, por esse motivo, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por estar “(...) *aquém dos requisitos inerentes às obrigações positivas do Estado de estabelecer*

e aplicar efetivamente um sistema que puna todas as formas de violência doméstica e forneça salvaguardas suficientes para as vítimas”, assentando-se, ainda que “as autoridades responsáveis pela persecução deveriam ter sido capazes de prosseguir com o processo como questão de interesse público, independentemente da retirada da reclamação” (Opuz vs. Turquia, §145).

O dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares se concretiza na definição e implementação das políticas públicas, voltadas a esse fim, cujas feições são dependentes das opções feitas pelo legislador. Não obstante, o espectro de escolhas legislativas disponíveis, do ponto de vista constitucional, somente inclui aquelas que fornecem proteção suficiente ao bem jurídico tutelado, aquelas que sejam, por assim dizer, eficazes, sob pena de ser negada a força normativa da Constituição. *A insuficiência na prestação estatal protetiva configura, em si mesma, uma afronta à garantia inscrita no texto constitucional.*

Não tivesse a experiência com a aplicação da Lei nº 9.099/1995 se mostrado inadequada ou insuficiente para lidar com a violência praticada no âmbito familiar, e não teria o legislador inserido, na Lei nº 11.340/2006, o seu art. 41.

Em artigo publicado em 2006, no qual analisava as expectativas em relação à recém-aprovada Lei nº 11.340, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon chamou atenção para o fracasso da Lei nº 9.099/1995, em termos de política criminal, no tocante aos casos de violência doméstica contra a mulher:

Lamentavelmente, a realidade mostrou-se inteiramente diferente da ideia conceitual dos que lutaram pela aprovação dos Juizados. Em pouco tempo, chegou-se à conclusão de que o diploma legal serviu para a *legalização da “surra doméstica”*.

(...)

A suavidade da pena e o *desaparecimento da culpa do agressor pelas tratativas procedimentais* levavam à *reincidência*, ou seja, *outra surra, outra agressão, acompanhada de coação, para que a vítima não usasse o suporte legal nos próximos embates*. (ALVES. Eliana Calmon. *A Lei Maria da Penha In Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 18, nº 1, jan./jun. 2006)

Ora, o art. 98, I, da CF, limita-se a prescrever a competência dos juizados especiais para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, sem, no entanto, prefixar o seu conteúdo. A qualificação de determinados crimes como de “menor potencial ofensivo” foi deixada ao alvedrio do legislador que, ao elaborar e atualizar a política criminal, valora as condutas penalmente imputáveis, definindo o que avalia deva ser inserido ou não no conceito.

Se a duração da pena máxima imputada a uma dada conduta tipificada foi e é um critério utilizado pelo legislador para assim proceder, nada impede que dele extraia

exceções com base em critérios outros ou que venha a definir novos critérios para empreender essa conceituação. E a escolha do legislador na elaboração de um diploma normativo não o vincula na elaboração de novas leis. No julgamento mencionado (HC- 106212), esta Corte entendeu que aprovou ao legislador da Lei Maria da Penha, no exercício de uma reavaliação do tratamento conferido aos crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, excluí-los do conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo, não se aplicando, assim, o critério objetivo da duração máxima da pena nestes casos porque eleito outro fator para a determinação do seu tratamento em termos de política criminal.

Afigura-se clara a intenção do legislador de conferir, a tais crimes, tratamento especializado, de atribuir nova dimensão, quanto à sua importância, a este tipo de ilícito. Procedendo à nova valoração, alterou o seu processamento de maneira abrangente. A Lei Maria da Penha não retirou dos juizados especiais, portanto, a competência para conciliar, julgar e executar nenhuma infração penal de menor potencial ofensivo. O legislador tão só excluiu, do conjunto das infrações penais predicadas como de menor potencial ofensivo, aquelas praticadas com violência contra a mulher, atualizando o conceito segundo a conveniência da política criminal.

Não vislumbro, pois, lesão ao art. 98, I, da Carta da República.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de julgar procedente a presente ação declaratória para declarar constitucionais os arts. 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – à luz dos arts. 5º, I, 22, I, 96, II, “d”, 98, I, e 125, §1º, da Constituição da República, sem prejuízo da interpretação conforme do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, veiculada na ADI 4424.

É como voto.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, em rápidas palavras, porque depois teremos a oportunidade de fazer uma digressão sobre o núcleo essencial da temática – que é o problema dessa tutela estatal ilegal em relação à violência doméstica – no que concerne à questão da competência, Senhor Presidente, quando da criação dos juizados especiais, a própria Lei nº 9.099 estabeleceu uma série de matérias que não seriam submetidas aos juizados especiais e uma série de matérias que seriam submetidas aos juizados especiais. Então, naquela época, não houve nenhuma pecha de inconstitucionalidade, porquanto isso já é uma tradição do nosso Direito, muito embora a Lei de Organização Judiciária crie as varas, mas a previsão pode ser feita por uma lei federal. E, como o Ministro Marco Aurélio destacou, a lei confere uma possibilidade aos Estados de criarem essas varas.

Por outro lado, a eminência dessa violação de direitos fundamentais sugere realmente que se crie um órgão específico. Aqui da tribuna nós ouvimos o representante da Ordem dos Advogados do Brasil noticiar que há 300 mil casos de violência doméstica, o que torna, à luz do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, perfeitamente factível a criação de uma vara exatamente para cuidar desses sistemas, ainda que seja o tema civil e penal, porque haverá sempre uma conexão probatória entre a reparação do dano que ensejou também a infração penal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Como tivemos a criação de delegacias especializadas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Exatamente.

Eu lembraria também, Senhor Presidente, mais um aspecto:

O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram criando mecanismos...

Um dos mecanismos é a criação de uma vara especializada. Então, com relação a esse aspecto, não entrevejo nenhuma inconstitucionalidade.

Estou plenamente de acordo com o Ministro Relator, como também estou de acordo com ele quando entende que efetivamente uma grave violação aos direitos fundamentais da pessoa humana não pode ser considerada uma infração de menor potencial ofensivo. Todos os documentos transnacionais entendem haver aqui uma violação à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Evidentemente, não podemos menosprezar a Carta Constitucional para entendermos que essa modalidade de violência, que mancha a imagem do país, seja tratada como uma infração de menor potencial ofensivo.

Por outro lado, também não colhe nenhum...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Diria que mancha a imagem do gênero masculino.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Dos homens do Brasil, sem dúvida alguma.

E, por outro lado, Senhor Presidente, seria até despiendo discutirmos agora se isso fere o princípio da igualdade. Nós já tivemos aqui um debate sobre uma criação de uma Vara específica num *habeas corpus* – se não me falha a memória. E aqui estabeleceu-se que o princípio da igualdade – citando-se Canotilho e todos os autores – exige que se trate igualmente os iguais e, desigualmente, os desiguais. Então, as mulheres que sofrem violência doméstica não são mulheres iguais àquelas que têm uma vida comum.

Por outro lado, também não se pode entrever, nessa tutela, nessa proteção da mulher, qualquer escolha discricionária do legislador. Ele fundamentou a razão pela qual dá esse tratamento preferencial com base em dados estatísticos, dados fáticos,

dados jurídicos – como aqui também lembrou o Procurador-Geral da República, eminente Colega Roberto Gurgel. De sorte que, como não houve uma escolha arbitrária do legislador, pelo contrário, temos de prestigiar a vontade do legislador.

Então, também afasto esse fundamento, acompanhando integralmente a proposta do eminente Ministro Relator com relação à declaração de constitucionalidade da lei.

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX : Senhor Presidente,

Vivemos a era da dignidade. O Direito, que outrora bradava pela sua independência em relação a outras ciências sociais, hoje torna arrependido ao seu lar: o Direito reside na moral. Há, entre esses dois conceitos, uma conexão não apenas contingente, mas necessária.

Vivemos a era neokantiana. Ainda no Século XVIII, Immanuel Kant nos ensinava que, independente de nossas crenças religiosas, é uma exigência da racionalidade reconhecer que o ser humano não tem preço, tem dignidade, e que não é possível fazer dele meio para a consecução do que quer que seja. É a sobrepujança do ser sobre o ter. A cada dia essa lição, cravada no art. 1º, III, da Carta de outubro, nos revela novas nuanças, em um aprendizado perene.

A tendência expansiva do sobreprincípio constitucional da dignidade humana resta bastante clara na doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes, que dele extrai os princípios da igualdade, da integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade (O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119).

Analisando a filosofia de Kant, Michael Sandel, professor de Harvard, ensina que alguns preceitos básicos de justiça, como a igualdade, se utilizados indiscriminadamente, podem conduzir à barbárie e à ruína da dignidade humana. Nas suas palavras: “a ideia de que somos donos de nós mesmos, se aplicada de maneira radical, tem implicações que apenas um libertário convicto poderia apoiar; um Estado mínimo, o que exclui a maioria das medidas para diminuir a desigualdade e promover o bem comum; e uma celebração tão completa do consentimento que permita ao ser humano infligir afrontas à própria dignidade” (SANDEL, Michael. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 135-136).

A Lei Maria da Penha reflete, na realidade brasileira, um panorama moderno de igualdade material, sob a ótica neoconstitucionalista que inspirou a Carta de Outubro de 1988 teórica, ideológica e metodologicamente. A desigualdade que o diploma legal visa a combater foi muito bem demonstrada na exposição de motivos elaborada pela Secretaria de Proteção à Mulher:

Ao longo dos últimos anos, a visibilidade da violência doméstica vem ultrapassando o espaço privado e adquirindo dimensões públicas. Pesquisa da Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar – PNAD do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no final da década de 1980, constatou que 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem nos espaços domésticos e são praticadas por pessoas com relações pessoais e afetivas com as vítimas.

Para enfrentar esse problema, que aflige o núcleo básico da nossa sociedade – a família – e se alastra para todo o corpo comunitário por força dos seus efeitos psicológicos nefastos, é necessária uma política de ações afirmativas que necessariamente perpassa a utilização do Direito Penal.

A adoção das ações afirmativas é o resultado de uma releitura do conceito de igualdade que se desenvolveu desde tempos remotos. Na clássica obra Aristotélica “A Política”, o filósofo já ponderava que *“A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção.”*

A nossa Carta Magna herdou da experiência norte americana a expressa consagração da igualdade, que, a bem de ver, é mesmo um princípio da razão prática. A *Virginia Bill of Rights* de 1776 foi o primeiro diploma constitucional a homenagear esse preceito, no seu artigo 4º, posteriormente repetido na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, logo no primeiro artigo. Era, porém, uma concepção liberal da igualdade, simplesmente formal, ignorando a diferença de condições sociais entre os sujeitos igualados.

A partir do Estado Social de Direito, cujo marco é o conhecido *welfare state*, percebeu-se que a atitude negativa dos poderes públicos era insuficiente para promover, de fato, a igualdade entre as pessoas. Exige-se uma atitude positiva, através de políticas públicas e da edição de normas que assegurem igualdade de oportunidades e de resultados na divisão social dos bens escassos. Na lição de Canotilho, não há igualdade no não direito (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 7ª ed., 2003. p. 427).

Esse senso de discriminação positiva foi analisado com maestria pelo Min. Joaquim Barbosa em sede doutrinária, *verbis*:

Em Direito Comparado, conhecem-se essencialmente dois tipos de políticas públicas destinadas a combater a discriminação e os seus efeitos. Trata-se, primeiramente de políticas governamentais de feição clássica, usualmente traduzidas em normas constitucionais

e infraconstitucionais de conteúdo proibitivo ou inibitório da discriminação. Em segundo lugar, de normas que ao invés de se limitarem a proibir o tratamento discriminatório, combatem-no através de medidas de promoção, de afirmação ou de restauração, cujos efeitos exemplar e pedagógico findam por institucionalizar e por tornar trivial, na sociedade, o sentimento e a compreensão acerca da necessidade e da utilidade da implementação efetiva do princípio universal da igualdade entre os seres humanos.

(BARBOSA GOMES, Joaquim B. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade* – o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 49)

Sendo estreme de dúvidas a legitimidade constitucional das políticas de ações afirmativas, cumpre estabelecer que estas se desenvolvem também por medidas de caráter criminal. Uma abordagem pós-positivista da nossa Carta Magna infere dos direitos fundamentais nela previstos, deveres de proteção (*Schutzpflichten*) impostos ao Estado. Como o Direito Penal é o guardião dos bens jurídicos mais caros ao ordenamento, a sua efetividade constitui condição para o adequado desenvolvimento da dignidade humana, enquanto a sua ausência demonstra uma proteção deficiente dos valores agasalhados na Lei Maior.

Ingo Sarlet, em estudo sobre a proteção deficiente no Direito Penal, empreendeu a seguinte análise:

cumpre sinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo), como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações, isto sem falar nas violações de bens fundamentais de caráter transindividual como é o caso do meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do Estado democrático de Direito e das suas instituições, também no tocante às respostas para a criminalidade num mundo em constante transformação.

A partir destes exemplos e das alarmantes estatísticas em termos de avanços na criminalidade, percebe-se, sem maior dificuldade, que à crise de efetividade dos direitos fundamentais corresponde também uma crise de segurança dos direitos, no sentido do *flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo poder público, no âmbito dos seus deveres de proteção* (...). Por segurança no sentido jurídico (e, portanto, não como equivalente à noção de segurança pública ou nacional) compreendemos aqui – na esteira de Alessandro Baratta – um atributo inerente a todos os titulares de direitos fundamentais, a significar, em linhas gerais (para que não se recaia nas noções reducionistas, excludentes e até mesmo autoritárias, da segurança nacional e da segurança pública) a efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de intervenção ilegítimo por parte de detentores do poder, quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder.

(SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *In: Revista de Estudos Criminais* nº 12, ano 3, 2003. p. 86 e segs.)

Uma Constituição que assegura a dignidade humana (art. 1º, III) e que dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações (art. 226, § 8º), não se compadece com a realidade da sociedade brasileira, em que salta aos olhos a alarmante cultura de subjugação da mulher. A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da Constituição), a Lei nº 11.340/06 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social.

Por óbvio, todo *discrímen* positivo deve se basear em parâmetros razoáveis, que evitem o desvio de propósitos legítimos para opressões inconstitucionais, desbordando do estritamente necessário para a promoção da igualdade de fato. Isso porque somente é possível tratar desigualmente os desiguais na exata medida dessa desigualdade. Essa exigência de razoabilidade para a edição de ações afirmativas foi muito bem analisada por Canotilho:

(...) o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio

da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objectivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: *existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.*

(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 7ª ed., 2003. p. 428)

Bem por isso, o afastamento da constitucionalidade da Lei Maria da Penha seria uma atividade essencialmente valorativa, acerca da razoabilidade dos fundamentos que lhe subjazem e da capacidade de seus institutos para colimar os fins a que se destina. É que, no campo do princípio da igualdade, qualquer interpretação da medida escolhida pelo Parlamento pressupõe seja feito um juízo de valor. No entanto, salvo em casos teratológicos, a decisão do legislador deve ser prestigiada. Se não é factível defender que jamais será possível a intervenção do Judiciário nessa matéria, nem por isso se pode postular um excessivo estreitamento das vias democráticas.

Aqui se impõe uma postura de autocontenção do Judiciário (*judicial self-restraint*), na feliz expressão de Cass Sunstein (*One Case At A Time. Judicial Minimalism On The Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press. 1999), sob pena de indevida incursão na atividade legislativa.

Nesse ponto, é essencial invocar as ponderações de Robert Alexy, quando enfrentou idêntico problema no ordenamento alemão:

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. Para tanto são exigíveis outras considerações, também elas valorativas. E é exatamente a esse ponto que são direccionadas as críticas fundamentais acerca da vinculação do legislador ao enunciado geral da igualdade. Essas críticas sugerem que *uma tal vinculação faria com que o Tribunal Constitucional Federal pudesse impor sua concepção acerca de uma legislação correta, razoável e justa no lugar da concepção do legislador, o que implicaria um "deslocamento de competências sistemicamente inconstitucional em favor do Judiciário e às custas do legislador"*. Essa

objeção, que, no fundo, sugere que o Tribunal Constitucional Federal se transformaria em uma corte de justiça com competências ilimitadas que decidiria sobre questões de justiça, pode, no entanto, ser refutada.

(...) Se há casos nos quais estejam presentes razões suficientes para a admissibilidade, mas não para a obrigatoriedade de um tratamento desigual, então, há também casos nos quais o enunciado geral da igualdade não exige nem um tratamento igual, nem um tratamento desigual, mas permite tanto um quanto o outro. Isso significa que *ao legislador é conferida uma discricionariedade*.

(...) Nesse sentido, não se pode argumentar que a vinculação do legislador ao enunciado da igualdade faz com que ao Tribunal Constitucional Federal seja conferida uma competência para substituir livremente as valorações do legislador pelas suas próprias. É possível apenas argumentar que o enunciado geral de liberdade confere ao tribunal determinadas competências para definir os limites das competências do legislador.

(ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 411-413)

Por isso, Senhor Presidente, não é possível sustentar, *in casu*, que o legislador escolheu errado ou que não adotou a melhor política para combater a endêmica situação de maus tratos domésticos contra a mulher. Vale lembrar que a Lei Maria da Penha é fruto da Convenção de Belém do Pará, por meio da qual o Brasil se comprometeu a adotar instrumentos para punir e erradicar a violência contra a mulher. Inúmeros outros compromissos internacionais foram assumidos pelo Estado brasileiro nesse sentido, a saber, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, entre outros.

Justifica-se, portanto, o preceito do art. 41 da Lei nº 11.343/06, afastando-se todas as disposições da Lei nº 9.099/95 do âmbito dos crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Ao suposto ofensor, não serão conferidos os institutos da suspensão condicional do processo, da transação penal e da composição civil dos danos.

Do mesmo modo, os delitos de lesão corporal leve e culposa domésticos contra a mulher independem de representação da ofendida, processando-se mediante ação penal pública incondicionada. O condicionamento da ação penal à representação da mulher se revela um obstáculo à efetivação do direito fundamental à proteção da sua inviolabilidade física e moral, atingindo, em última análise, a dignidade humana feminina. Tenha-se em mente que a Carta Magna dirige a atuação do legislador na matéria, por incidência do art. 5º, XLI (“*a lei punirá qualquer discriminação atentatória*

dos direitos e liberdades fundamentais”) e do art. 226, § 8º (“O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”).

No que atine à competência prevista no art. 33, a Lei Maria da Penha também não merece reparos. Uma adequada proteção da mulher demanda uma completa análise do caso, tanto sob a perspectiva cível quanto criminal. Desse modo, é essencial que o mesmo juízo possua competências cíveis e penais, sem que se possa nisso vislumbrar ofensa à competência dos Estados para dispor sobre a organização judiciária local (art. 125, § 1º c/c art. 96, II, d, CRFB).

Ex positis, voto pela total procedência da ADI nº 4.424 e da ADC nº 19, nos termos pleiteados pelos proponentes.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, faço remissão ao voto que proferi no HC nº 106.212 e, no mais, registro que acompanho e parablenizo o eminente Relator pelo voto.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, acompanho o Ministro Relator, e não costumo ser das que muito falam aqui. Mas, neste caso, gostaria de fazer algumas observações, se o Relator me permite, na linha exatamente do voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência não prefere projetar para a ação direta de inconstitucionalidade?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Não, prefiro manifestar-me de uma vez. Essa ação é a Lei Maria da Penha. Se Vossa Excelência me permitir fazer considerações, serão rapidíssimas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Facilitará o trabalho no voto que proferirei.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Apenas para fazer algumas observações pela seriedade, para enfatizar o que essa Lei representa.

Esta ação, como alguns *habeas corpus* nos quais cuidamos da matéria, como a ação anterior, também relatada por Vossa Excelência, significa, para nós mulheres, que a luta pela igualação e pela dignificação de cada uma de nós; essa luta ainda está longe de acabar.

Tenho absoluta convicção ou convencimento, pelo menos, de que um homem branco, médio, ocidental, jamais poderá escrever ou pensar a igualdade ou a desigualdade como uma de nós, porque o preconceito passa pelo e no olhar. Uma de nós, ainda que dispondo de um cargo, titularizando um cargo, que nos dá, às vezes, até a necessidade de uso de um carro oficial, vê o carro de quem está ao lado, um olhar diferenciado do que se ali estivesse sentado um homem. Porque, na cabeça daquele que passa, nós mulheres estamos usurpando a posição de um homem, e isso é a média, não de uma pessoa que não tenha tido a oportunidade de compreender o mundo em que vivemos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Pela maledicência, imagina-se, no carro, uma “dondoca”.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Sim, a esposa de alguém que deve estar trabalhando enquanto ela está indo fazer compras.

Isso não significa que o preconceito não acabe, porque já mudou muito. Eu conto aqui, e o Ministro Luiz Fux acaba de dizer, que há uma diferença entre mulheres violentadas ou não violentadas. Acho que não, Ministro. Onde houver, enquanto houver, uma mulher sofrendo violência neste momento, em qualquer lugar deste Planeta, eu me sinto violentada. Enquanto houver situações de violência, temos de ter o tratamento para fazer leis como essa, que são políticas afirmativas, que fazem com que a gente supere – não para garantir a igualdade de uma de nós: juízas, advogadas, senadoras, deputadas, servidoras públicas –, mas a igualação, a dinâmica da igualdade, para que a gente um dia possa não precisar provar que nós precisamos estar aqui porque, sendo mulher, tanto não seria o “normal”. E digo isso, porque alguém acha que, às vezes, uma juíza deste Tribunal não sofre preconceito. Mentira! Sofre! Não sofre igual a todas as mulheres, outras sofrem mais do que eu. Mas, sofrem. Há os que acham que isto aqui não é lugar de mulher, como uma vez me disse uma determinada pessoa sem saber que eu era uma dessas: “Mas, também, lá agora tem até mulher.”

No primeiro concurso que fiz, em 1982, na banca examinadora, o professor de Direito Constitucional disse o seguinte: “Dizem que a Senhora é muito boa de serviço. Se for muito melhor, a Senhora passa. Se for igual, nós preferimos homem.”

Escutei da minha mãe, desde menina, que não me lamentasse de nada, porque eu tinha que, realmente, dar cobro a uma demanda que eu já entro com a diferença. Portanto, não adianta reclamar do excesso de serviço, porque se o homem reclamar, está certo: “Ó, é mulher!”

Isto, só nós que sofremos o preconceito – porque o preconceito é um sofrimento –, somente nós podemos saber, porque passa pelo olhar, porque hoje não se deixa claro por conta de algo que é “essa coisa horrorosa do politicamente correto” discriminar mulher. Não é que não discriminam. Não manifestam a discriminação. Por isso é que a violência, até física, dentro de um quarto, dentro de uma sala, dentro de casa, aniquilou gerações e gerações de mulheres. E, por isto, é que nesta ação, quando alguém ainda questiona – porque mesmo sobrevivendo a lei chamada Maria da Penha, que é a lei,

não dos Penha, não do casal, mas da Dona Maria, da mulher, diz respeito à vida de todas as mulheres – quando vem a lei nessas condições, significa, para nós, um alerta: singelamente, que a luta continua. Como toda a luta pelos direitos humanos continua.

Lembro-me, também, Senhor Presidente, que o primeiro júri ao qual assisti como estudante, em 75, o advogado de defesa do réu, que tinha matado a mulher, terminou citando um grande compositor brasileiro, de uma época em que era comum se aceitar, como defesa da honra, matar a mulher. Citando esse grande compositor brasileiro dizia o advogado ao final: “Ele não fez nada de mais: “toda paixão é funesta, paixão sem sangue não presta””. Portanto, tinha sido um gesto de amor matar a mulher. Isto continuou pela década de 70, pela década de 80, e a semana passada, infelizmente, no meu Estado, de novo, repetiu-se o mesmo crime, exatamente a demonstrar que esta é uma forma de viver lutando para que a gente adquira direitos. A luta pelos direitos é isso mesmo.

Cresci ouvindo frases de efeito, que eram frases de brincadeira, que eram frases – muitas vezes, ditas num tom jocoso, que é uma das formas de desmoralizar os direitos – de grandes até pensadores, de grandes escritores, que: “Toda mulher gosta de apanhar; não, todas não, só as normais. Ele pode não saber por que está batendo, mas ela sabe porque está apanhando.”

Chegava-se numa delegacia e a mulher era olhada com desconfiança, conquanto fosse a vítima. Por que se criou a delegacia da mulher? Porque, quando dizia, como já escutei, delegado dizendo: “Bateu? Mas a mulher era dele? Então, nada a ser feito.” Por isso, a dificuldade até de uma mulher, como nos casos de crimes sexuais, ter acesso aos órgãos de controle.

Escutei: “Fulana, ah não, fulano bate, mas ele tem mulher-bife, quanto mais bate melhor fica”. Cansei de escutar isso e continuo escutando. E essas são situações que nos desmoralizam, que nos violentam no dia a dia. E isto passa para uma outra geração, esta violência haverá de continuar. Por isso a Lei Maria da Penha trata não apenas da mulher, mas também dos filhos que veem essa violência e reproduzem esses modelos. Esta violência vai para a praça pública, depois vai para o país, e depois geram as guerras. É assim que funciona a sociedade, em que a paz, realmente, não é buscada, porque nem sempre é conveniente para os que com ela nada ganham.

Também escutei hoje aqui da Tribuna, tantas vezes usada de uma maneira tão própria, que isso acontece nas relações afetivas, e ficava dentro de casa. Lamento discordar, até mesmo da que era propícia a um discurso que seria contra nós. Quando há violência, não há nada de relação de afetividade; é relação de poder, é briga por poder, é saber quem manda. E mulher não manda e não pode mandar. Queremos viver bem com os homens até, porque a gente gosta de homem. Não queremos viver sem eles; queremos viver bem, queremos conviver. Não queremos contracenar nem sermos violentas.

E esse modelo todo, a meu ver, faz com que ainda hoje – portanto, 9 de fevereiro de 2012 –, a mulher foi e continua sendo sempre grandemente sinônimo de sofrimento, sinônimo de dor, sinônimo de uma luta desigualada. Enfim, a dor de viver faz parte, a dor de sofrer pelo fato de alguém achar que é melhor e pode mandar até o limite da

violência física, para não dizer da psíquica – que o Ministro Marco Aurélio, na outra ação, acentuou –, isso aniquila a família inteira, aniquila o filho, aniquila todo mundo. É realmente, a meu ver, gravíssimo.

E foi exatamente isso que gerou toda a luta internacional pelos direitos, com essa diferenciação, para que se tenha a igualação e a conquista exatamente dessa lei, com essas criações de juizados, com a indicação de que é preciso que haja preferências nesses julgamentos, porque a demora faz com que a sensação, no seio familiar, no seio da comunidade, de que isto vai ficar impune permaneça. Queremos ter companheiros, não queremos ter carrascos; não queremos viver com medo, porque o medo é muito ruim. E o medo aniquila a tal ponto que gera a vergonha. Mulheres envergonhadas pelo fato de não conseguirem sair dessas situações.

Por isso mesmo é que historicamente no Brasil a mulher não podia ler, porque era relação de poder, não era de afeto; não podia votar, porque não era nem gente, que dirá cidadã! E que dirá depois querer mesmo ser juíza! Não podia!

Isto tudo – como eu disse – vai contra o que é o constitucionalismo contemporâneo, que, no processo de igualação, funciona para superar a indiferença às diferenças. Não é possível continuar fazendo políticas, e ditas políticas públicas, como se não tivesse de especificar a condição do sujeito. Por isso que, tanto neste como no caso anteriormente julgado por nós e nos *habeas*, essa especificação da condição do sujeito criou uma diferença para que, mesmo aquele homem que sofra a violência – e a doutora Grace fez menção a isso –, não seja tocado aqui, porque o próprio Código Penal já fala no artigo 61 nesta situação. Acontece que o Direito se encaminha para especificar o sujeito e as condições do sujeito.

Por tudo, Senhor Presidente, não quis deixar de fazer essas observações – que vão na linha exatamente do que o Ministro Marco Aurélio, mais de uma vez, tem, tanto em casos específicos quanto na ação anterior, reafirmado – do que representa para a sociedade, não apenas para nós mulheres, para toda uma sociedade, uma sociedade que se quer diferente, para ter direitos efetivos não de dignidade da mulher, mas para romper as indignidades, que de todas as formas são tantas vezes cometidas, que esta lei, nesses três artigos específicos, mais naqueles que já examinamos antes, tem uma importância fundamental para uma sociedade que tem a maioria hoje, como é a sociedade brasileira, composta de mulheres, mas de respeito integral ao que põe a Constituição brasileira, especificamente no seu artigo 5º. A igualdade – como o Ministro Marco Aurélio acentuou – é tratar com desigualdade aqueles que se desiguam e que, no nosso caso, não é que não nos desigualamos, fomos desigualadas por condições sociais e de estruturas de poder que nos massacraram séculos a fio.

Ponho-me inteiramente de acordo no sentido da procedência da ação.

É como voto, Senhor Presidente.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, primeiramente, quero cumprimentar o eminente Relator pelo voto conciso, objetivo, mas ao mesmo tempo muito denso, conceitualmente, que ele acaba de apresentar.

Concordo com Sua Excelência, com todos os oradores que se sucederam da tribuna e também com o ilustre Procurador-Geral da República e no sentido de entender que esta Lei Maria da Penha, tal como o Estatuto da Criança e do Adolescente e também o Estatuto do Idoso, mais do que simples diplomas normativos de caráter ordinário, que fixam regras de conduta, na verdade, representam verdadeiras ações afirmativas que visam a eliminar ou atenuar gravíssimas distorções históricas.

Esta lei, como já foi dito aqui, longe de ser anti-isonômica, procura superar aquela visão que se tinha no Estado Liberal, a partir dos Séculos XVIII e XIX, e talvez até no começo do Século XX, de uma igualdade meramente formal, dando concreção, como já foi dito aqui, a uma igualdade material. Aliás, uma visão que vem desde Aristóteles, como já disse aqui o Ministro Marco Aurélio, trazendo à colação o grande Rui Barbosa, é tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

Eu entendo também, tal como o eminente Relator, que, quando a lei trata da criação de Varas especializadas, faz uma mera sugestão ao legislador federal e ao legislador estadual, e, no mais, não desborda da competência da União para legislar em matéria de processo.

Quanto ao artigo 41, eu também me reporto ao que já veiculei quando do julgamento do *HC 106.212 – MS*. Esse julgamento se deu em 24/03/2011. E, naquele momento, naquela assentada, eu afirmei que, quando o legislador, no caso da Lei Maria da Penha, no artigo 41, retirou do rol de crimes de menor potencial ofensivo aqueles ilícitos que constam da Lei Maria da Penha, meramente colocou em prática uma política criminal, entendeu realmente que esses crimes, pela sua gravidade, deveriam merecer um tratamento mais severo.

Com essas brevíssimas considerações, Senhor Presidente, e mais uma vez louvando o belíssimo voto do eminente Relator, eu também julgo a ação procedente.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Senhor Presidente, eu também começo por louvar, sobremodo, o voto do eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, que nos brindou, nos presenteou com um equacionamento jurídico rigorosamente constitucional da matéria posta a nossa apreciação.

Vou-me limitar aqui a dizer que já tenho votado nesse mesmo sentido, embora sem o brilho do Ministro Marco Aurélio, como, por exemplo, na ADPF nº 132 – RJ e no HC nº 106.212 – MS, que contou inclusive com a intervenção brilhante de Vossa Excelência, Ministro Cezar Peluso.

E, como os demais Ministros, a partir da Ministra Rosa Weber, eu tenho equacionado esse tipo de proteção às mulheres – a Lei Maria da Penha cumpre essa função protetiva, eminentemente constitucional – tenho focado esse tema, volto a dizer, na perspectiva das ações afirmativas, que são ações estatais afirmativas do direito, que têm certos segmentos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados, de transitar com igual desembaraço pelos espaços institucionais de que a sociedade se compõe.

A Doutora Grace Fernandes bem o disse, estamos atualmente no epicentro do que, em obra doutrinária, eu venho chamando de “o advento do constitucionalismo fraternal”. Encarada a fraternidade, aqui, como categoria jurídica mesmo, não como virtude subjetiva ou expressão de crescimento e de evolução espiritual tão somente.

A Constituição fala dessa sociedade fraterna, com todas as letras, desde o seu preâmbulo, que é uma sociedade eminentemente pluralista, esse novo pilar da democracia, o pluralismo, respeitosa convivência dos contrários, e o não preconceito, a eliminação de todo preconceito. Ou seja, preconceito é um conceito prévio, concebido não a partir da realidade, mas imposto à realidade a ferro e fogo, tantas vezes de um obscurantismo, de um sectarismo, de um fundamentalismo de pessoas que têm extrema dificuldade para enterrar ideias mortas.

Nesse âmbito, Senhor Presidente, eu entendo que a Lei Maria da Penha – bem disse o Ministro Relator – se revela um mecanismo de concreção dessa tutela especial conferida pela Constituição ao segmento das mulheres e deve ser interpretada generosamente, como talvez dissesse, se ainda vivo fosse, o magistral publicista Seabra Fagundes, interpretação generosa, ampliativa, arejada, que fez o Ministro Marco Aurélio para tonificar, robustecer, vitalizar os comandos constitucionais.

Essa proteção que a lei confere à mulher rima, toante e consoantemente, como dizem os poetas, com a Constituição, porque ela, Constituição, é um repositório de dispositivos que se voltam para a proteção da mulher. E a Constituição, tanto quanto a Lei Maria da Penha, parte de uma realidade, parte dos fatos historicamente comprovados aqui em nosso país: as mulheres experimentam dificuldades bem maiores para – volto a dizer – transitar com o mesmo desembaraço nos espaços institucionais de que a sociedade se constitui, até mesmo no mercado de emprego, na busca de vagas de trabalho e na percepção de vencimentos, por trabalho igual, as mulheres costumam receber uma paga menor.

Abriu a Constituição brasileira é cancelar por completo a Lei Maria da Penha. É um exercício interessante esse de rastrear a Constituição, um exercício interessante de comprovação do altíssimo apreço que a Constituição teve e tem pelo segmento das mulheres, bastando lembrar o seguinte: as mulheres se aposentam com menos cinco

anos de contribuição e menos cinco anos de idade, num reconhecimento explícito da Constituição de que elas têm mesmo, entre outras desvantagens historicamente acumuladas, uma terceira jornada de trabalho, que é a jornada doméstica.

A Constituição, no capítulo Dos Direitos Sociais, artigo 7º, abre um dispositivo para dizer que a lei protegerá especificamente o mercado de trabalho das mulheres; atenta a Constituição a essas dificuldades experimentadas pelas mulheres, comparativamente com os homens, dificuldades mais severas.

A Constituição proíbe a discriminação de critérios de admissão nas empresas e de salários em função do sexo, visando, sem dúvida, a proteção da mulher. A Constituição, no artigo 3º, inciso IV, busca promover o bem de todos, especialmente pelo combate a preconceitos de algumas origens, e uma delas é em função do sexo, masculino ou feminino.

E o artigo 3º, ainda, inciso I, é que me parece chancelar, confirmar essa ideia matriz, essa ideia básica, ou ideia força de que a proteção das mulheres se inscreve no âmbito de um novo constitucionalismo fraternal.

O que diz a Constituição no artigo 3º, I? Que são “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

“I - construir uma sociedade livre” – constitucionalismo liberal –, “justa” – constitucionalismo social – “e solidária” – constitucionalismo fraternal, que não se confunde com o social, porque o constitucionalismo social visa a um tipo de inclusão, que é a inclusão econômica, social, material, patrimonial das pessoas.

Mas o constitucionalismo fraternal visa à inclusão comunitária, visa à integração comunitária das pessoas, para que as pessoas vivam em comunhão de vida. Comunidade vem de comum unidade. Isso é uma categoria rigorosamente jurídica, e mais ainda, uma categoria constitucional.

E a Lei Maria da Penha, que visa a coibir, prevenir violência contra as mulheres no ambiente doméstico, ela também serve à instituição da família, na medida em que não é dado a ninguém ignorar que toda família, enquanto núcleo doméstico estável, contínuo, estruturado à base da afetividade, o núcleo familiar em que a família consiste se organiza em torno da mulher, das características anátomo-afetivas, para não dizer anímicas, das mulheres.

As mulheres são, quase que invariavelmente, o eixo em torno do qual gravitam os núcleos domésticos a que chamamos de família.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Célula básica.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – É a base, família é a base da sociedade, bem lembra o Ministro Marco Aurélio.

Ou seja, por todos os ângulos que interpretemos a nossa Constituição, haveremos de abonar a Lei Maria da Penha e confirmar a constitucionalidade dos dispositivos, notadamente esses postos, agora, à nossa apreciação.

Em suma, Senhor Presidente, confirmar o voto do Ministro Marco Aurélio no sentido da interpretação da Lei Maria da Penha, em conformidade com a Constituição, é fazer um exercício do mais técnico equacionamento jurídico da causa – a tecnicidade jurídica está presente em letras luminosas no voto do Ministro Marco Aurélio, o lado jurídico é inteiramente abonado pela Constituição –, é atuar no campo do arejamento da cultura brasileira, abertura de espíritos, arejamento mental, como disse bem a Ministra Rosa Weber.

A nossa cultura é patriarcal, a Ministra Cármen Lúcia enfaticamente disse isso, e com autoridade de quem sente na pele, na alma, os efeitos danosos, perniciosos de uma cultura machista ou patriarcal que tanto desfavorece o gênero feminino. E é caminhar também – eu acho que vai dizer isso no seu certamente luminoso voto o Ministro Celso de Mello – no sentido da afirmação do processo civilizatório. Daí por que tantos tratados internacionais. Eu tenho aqui meia dúzia deles; não vou fazer a citação. Esses tratados exigem dos Estados-partes uma legislação confirmadora da proteção específica da mulher contra a violência: violência sexual, violência psicológica, violência física.

E eu que, de vez em quando, massageio o meu próprio ego, faço um autoelogio, dizendo que tenho facilidade para citar autores que cunham frases consagradas de verdadeiras lições de vida, hoje, não me vem à memória o nome desse autor que disse magnificamente o seguinte: “O grau de civilização de um povo mede-se pelo grau de proteção da mulher”.

E a Lei Maria da Penha caminha nessa rigorosa direção.

Senhor Presidente, é com orgulho que subscrevo o voto do Ministro Marco Aurélio.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhor Presidente, também subscrevo o voto proferido pelo eminente Relator por razões bastante singelas, tendo em vista os fundamentos aqui expendidos.

A rigor, como já foi dito de forma ampla, o próprio princípio da igualdade contém uma clara proibição de discriminação e, muitas vezes, impõe ao legislador um dever de ação para proteger as pessoas eventualmente colocadas numa relação de maior fragilidade ou mesmo de debilidade no quadro social, político ou de variada índole. Daí, portanto – e nós temos uma série de pronunciamentos no sentido de legitimar –, não haver aqui inconstitucionalidade num tratamento que privilegia ou dá atenção – se assim avalia o legislador, como já foi dito também – ao menor, ao adolescente, ao idoso ou mesmo à mulher. Então aqui nós temos comandos muito claros no texto constitucional neste sentido.

Tal como destacado pela Ministra Cármen Lúcia, não é raro que a sociedade, nos jogos de linguagem, nós tentemos minimizar os nossos preconceitos inclusive com formulações jocosas em relação a um tema que é extremamente sério, esse

tema da violência contra a mulher, da violência doméstica, tentando dourar a pílula de uma questão que, a rigor, deve nos envergonhar. Envergonhar enquanto pessoas que praticam violência e também envergonhar, como já foi dito aqui pelo Ministro Britto, em razão de revelar um estágio retardado em termos de processo civilizatório.

O texto constitucional, Presidente, é claro, por exemplo, quando fala dos direitos sociais enfatizando a necessidade de uma relação equilibrada, e expressamente revela, além das disciplinas claras e específicas quanto à Licença Gestante, por exemplo, que há necessidade de “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Exatamente é essa a ideia de uma definição de uma política compensatória a partir de um juízo prévio baseado na própria realidade, o distanciamento entre homem e mulher no mercado de trabalho.

Daí, portanto, se ver – e volto a mencionar os vários precedentes da Corte quanto às providências especiais, às varas especiais, aqui já se falou sobre a própria criação da Delegacia da Mulher –, a toda hora, quão insuficiente ainda é essa proteção. Praticamente todas as semanas temos a revelação de casos na mídia de violência contra a mulher e da insuficiência inclusive da proteção que se oferece, na medida em que a denúncia que se formula, muitas vezes, acaba por incitar inclusive a perpetração de crimes mais graves. Nós temos tido casos de homicídios perpetrados a partir da denúncia verificada, a falta de acompanhamento, é nesse sentido.

Presidente, quando nós discutimos, aqui, o hoje já histórico, célebre caso da chamada união estável entre pessoas do mesmo sexo, procurei – indicando uma divergência conceitual quanto ao fundamento – com o voto do Ministro Britto – apontar uma disposição, que me parece que ganha realce em situações como essas, que é a cláusula do artigo 5º, inciso XLI, que contém exatamente essa categoria, expressa essa categoria que compõe hoje a ideia de direitos fundamentais em sentido amplo, a dimensão do chamado dever de proteção, o que que diz essa cláusula:

Art. 5º.

XLI. A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

O que legitima exatamente, primeiro a ação do legislador, mas, não só isso, também a ação – nós dizíamos naquele caso – do próprio Judiciário no sentido – como vetor hermenêutico – de proteger relações que se encontram de alguma forma fragilizadas. Aqui, veja, é o próprio texto constitucional que recomenda, mais do que recomenda, determina uma ação positiva do legislador, portanto aqui há um claro dever de proteção que emana do texto constitucional. Veja, portanto, é o princípio da igualdade e a sua operacionalidade ou a sua operacionalização, a partir deste dever de proteção expresso no artigo 5º, inciso XLI.

É preciso dar essa dimensão ao texto constitucional, isso tem um significado realmente próprio; portanto não há como falar que, nas disposições aqui tratadas,

nós temos algum excesso ou algum exagero por parte do legislador. E, muito menos, não há de cogitar-se, sequer, de ferimento ao princípio da isonomia; ao revés, o que se constata é que há um ponto de partida diverso, por fatores os mais variados, que acaba por criar esse déficit civilizatório tão lamentável. Então, é necessária realmente essa ação por parte do legislador. E, mais do que isso, uma norma como esta exige aquilo que é muito comum hoje – na legística americana, na legística europeia –, que é, talvez até, a obrigação de se fazer um tipo de inventário, de levantamento para que se avalie o resultado dessa política pública definida nessa lei.

Nesse sentido, e nós ontem ainda discutíamos essa perspectiva, lembro também a Resolução nº 128, do Conselho Nacional de Justiça, que determina que os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal criem, em sua estrutura organizacional, Coordenadorias Estaduais da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar como órgãos permanentes de assessoria da Presidência do Tribunal. Como a proteção vai se dar no âmbito do Judiciário, a importância de que haja um acompanhamento específico no âmbito das Instituições Judiciais.

De modo, Presidente, que com essas brevíssimas considerações, ressaltando, portanto, essa dimensão positiva no caso, imposta pelo princípio da igualdade ou da isonomia, e a base positiva, também constante do artigo 5º, inciso XLI, acompanho o eminente Relator, para julgar procedente a ação e declarar a constitucionalidade das normas objeto do pedido formulado pelo Presidente da República.

Eu gostaria apenas, Presidente, para fazer uma nota de pé de página, de destacar a importância desta ação declaratória de constitucionalidade e do seu significado institucional. Quando a ação declaratória de constitucionalidade foi concebida – e eu sou um dos seus autores iniciais – houve um tipo de rebuliço institucional, em que se falava que era um gênero inexistente em qualquer parte do orbe terráqueo, e se dizia que era, realmente, um absurdo. Hoje se vê a utilidade desta ação, inclusive como elemento de segurança jurídica. E louve-se também aqui a iniciativa do próprio Presidente da República ao instaurar o juízo abstrato de constitucionalidade nesse caso.

Com essas brevíssimas palavras, Presidente, acompanho o eminente Relator.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *O longo itinerário histórico percorrido pelo processo de reconhecimento, afirmação e consolidação dos direitos da mulher, seja em nosso País, seja no âmbito da comunidade internacional, revela trajetória impregnada de notáveis avanços, cuja significação teve o elevado propósito de repudiar práticas sociais que injustamente subjugavam a mulher, suprimindo-lhe direitos e impedindo-lhe o pleno exercício dos múltiplos papéis que a moderna sociedade, hoje, lhe atribui, por legítimo direito de conquista.*

Esse movimento feminista – que fez instaurar um processo de inegável transformação de nossas instituições sociais – *buscou*, na perspectiva concreta de seus grandes objetivos, estabelecer um *novo* paradigma cultural, *caracterizado* pelo reconhecimento e pela afirmação, *em favor* das mulheres, da posse de direitos básicos fundados na essencial igualdade entre os gêneros.

Todos sabemos, Senhor Presidente, *sem desconhecer* o relevantíssimo papel pioneiro desempenhado, *entre nós*, no passado, por Carlota Pereira de Queiroz, Nísia Floresta, Bertha Lutz, Chiquinha Rodrigues e Maria Augusta Saraiva, *entre outros grandes vultos brasileiros*, do processo de afirmação da condição feminina, que, *notadamente*, a partir da década de 1960, *verificou-se* um significativo avanço na discussão de temas intimamente ligados à situação da Mulher, *registrando-se*, no contexto desse processo histórico, uma *sensível* evolução na abordagem *das questões de gênero*, de que resultou, em função de um incessante movimento de caráter dialético, a *superação* de velhos preconceitos culturais e sociais, *que impunham*, arbitrariamente, à mulher, mediante *incompreensível* resistência de natureza ideológica, um *inaceitável* tratamento discriminatório e excludente, *que lhe negava* a possibilidade de protagonizar, *como ator relevante*, e fora do espaço doméstico, os papéis que até então lhe haviam sido recusados.

Dentro desse contexto histórico, a *mística feminina*, enquanto sinal visível de um processo de radical transformação de nossos costumes, *teve a virtude*, altamente positiva, *consideradas* as adversidades enfrentadas pela mulher, *de significar uma decisiva resposta contemporânea* aos gestos de profunda hostilidade que, *alimentados* por uma *irracional* sucessão de fundamentalismos – *quer os de caráter teológico, quer os de índole política, quer, ainda, os de natureza cultural* –, *todos eles impregnados* da marca da intolerância e *que culminaram*, em determinada etapa de nosso processo social, *por subjugar*, injustamente, a mulher, *ofendendo-a* em sua inalienável dignidade e *marginalizando-a* em sua posição de pessoa *investida* de plenos direitos, *em condições de igualdade* com qualquer representante *de gênero* distinto.

Cabe ter presente, bem por isso, neste ponto, ante a sua *extrema* importância, a Declaração e Programa de Ação de Viena, *adotados* pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos *promovida* pela Organização das Nações Unidas (1993), *na passagem em que esse instrumento, ao reconhecer* que os direitos das mulheres, *além de inalienáveis, “constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais”* (Capítulo I, item nº 18), *deu expressão prioritária à “plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional (...)”* (Capítulo I, item nº 18).

Foi com tal propósito que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos *instou*, de modo particularmente expressivo, que *“as mulheres tenham pleno e igual acesso aos direitos humanos e que esta seja uma prioridade para os Governos e as Nações Unidas”*, *ênfatizando*, ainda, *“a importância da integração e plena participação das mulheres como agentes e beneficiárias do processo de desenvolvimento (...)”*, *tudo isso* com a finalidade *de pôr em relevo* a necessidade *“de se trabalhar no sentido de eliminar todas as formas de violência contra as mulheres na vida pública e privada, de eliminar todas as formas*

de assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres, de eliminar preconceitos sexuais na administração da justiça e de erradicar quaisquer conflitos que possam surgir entre os direitos da mulher e as consequências nocivas de determinadas práticas tradicionais ou costumeiras, do preconceito cultural e do extremismo religioso” (Capítulo II, “B”, nº 3, itens nºs 36 e 38 - grifei).

Esse mesmo compromisso veio a ser reiterado na Declaração de Pequim, adotada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada na capital da República Popular da China (1995), quando, uma vez mais, proclamou-se que práticas e atos de violência “são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser combatidos e eliminados”, clamando-se os Governos à urgente adoção de medidas destinadas a combater e a eliminar todas as formas de violência e de constrangimento “contra a mulher na vida privada e pública, quer perpetradas ou toleradas pelo Estado ou pessoas privadas” (“Plataforma de Ação”, Cap. IV, “I”, item nº 224), especialmente quando tais atos traduzirem abuso de poder, tal como expressamente reconhecido nessa Conferência Internacional sobre a Mulher:

A violência contra a mulher constitui obstáculo a que se alcancem os objetivos de igualdade, desenvolvimento e paz. A violência contra a mulher viola e prejudica ou anula o desfrute por parte dela dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. A inveterada incapacidade de proteger e promover esses direitos humanos e liberdades nos casos de violência contra a mulher é um problema que preocupa a todos os Estados e exige solução. (...).

A expressão “violência contra a mulher” se refere a qualquer ato de violência que tem por base o gênero e que resulta ou pode resultar em dano ou sofrimento de natureza física, sexual ou psicológica, inclusive ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer se produzam na vida pública ou privada. Por conseguinte, a violência contra a mulher pode assumir, entre outras, as seguintes formas:

b) a violência física, sexual e psicológica no nível da comunidade em geral, inclusive as violações, os abusos sexuais, o assédio e a intimidação sexuais no trabalho (...).

Os atos ou as ameaças de violência, quer ocorram no lar ou na comunidade, perpetrados ou tolerados pelo Estado, infundem medo e insegurança na vida das mulheres e constituem obstáculo à obtenção da igualdade, do desenvolvimento e da paz. O medo da violência, incluindo o assédio, é um constrangimento permanente para a mobilidade da mulher, que limita o seu acesso às atividades e recursos básicos. A violência contra a mulher está associada a um elevado custo social, sanitário e econômico tanto para o indivíduo como

para a sociedade. *A violência contra a mulher é um dos mecanismos sociais fundamentais mediante os quais a mulher é forçada a uma posição de subordinação comparada com a do homem. (...).*

A violência contra a mulher é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, que têm causado a dominação da mulher pelo homem, a discriminação contra a mulher e a interposição de obstáculos ao seu pleno desenvolvimento. A violência contra a mulher ao longo do seu ciclo vital deriva essencialmente de hábitos culturais, em particular dos efeitos prejudiciais de algumas práticas tradicionais ou consuetudinárias e de todos os atos de extremismo relacionados com a raça, sexo, o idioma ou a religião, que perpetuam a condição de inferioridade conferida à mulher no seio da família, no local de trabalho, na comunidade e na sociedade. (...).

As mulheres podem tornar-se vulneráveis à violência perpetrada por pessoas em posição de autoridade tanto em situações de conflito como de não conflito. (...).

("Plataforma de Ação", IV, "D", itens n.ºs. 112, 113, 117, 118 e 121 – grifei)

O eminente Embaixador José Augusto Lindgren Alves, em lapidar reflexão crítica sobre o tema pertinente à condição feminina ("*Relações Internacionais e Temas Sociais – A Década das Conferências*", p. 240/241, item n.º 7.6, 2001, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília), expendeu considerações extremamente relevantes sobre o processo de afirmação, expansão e consolidação dos direitos da Mulher no século XX, analisando-os em função das diversas Conferências internacionais promovidas sob a égide da Organização das Nações Unidas:

Seja pelo desenvolvimento de sua situação em grande parte do mundo, seja nos documentos oriundos de cada uma das quatro grandes conferências da ONU a ela dedicadas nas três últimas décadas, o caminho percorrido pela mulher no século XX, mais do que um processo bem-sucedido de autoilustração no sentido kantiano – da qual a mulher efetivamente equiparada ao homem prescindiria e a mulher biológica per se não necessitaria –, evidencia uma capacidade de autoafirmação, luta e conquista de posições inigualáveis na História. O fato é tão evidente que sua reiteração soa lugar-comum. Mais interessantes parecem os marcos conceituais de tal evolução.

Na descrição de Miriam Abramovay, o desenvolvimento conceitual subjacente à práxis do feminismo passou, nas últimas duas décadas, dos enfoques reducionistas que encaravam a mulher como ente

biológico, *ao tratamento de sua situação como ser social*, “ou seja, incorporou-se a perspectiva de gênero para compreender a posição da mulher na sociedade”. *As conferências da ONU sobre a mulher*, por sua vez, sempre tendo como subtítulo os termos “Igualdade, Desenvolvimento e Paz”, *foram expandindo os campos* prioritários de atuação. A partir dos subtemas do trabalho, da educação e da saúde, na Conferência do México, em 1975, *passaram a incluir a violência*, conflitos armados, ajustes econômicos, poder de decisão e direitos humanos em Nairóbi, em 1985, e, agora, abrangem os novos temas globais do meio ambiente e dos meios de comunicação, além da situação particular das meninas. As estratégias, que privilegiavam originalmente a integração da mulher no processo de desenvolvimento, em Nairóbi, já afirmavam que “o papel da mulher no processo de desenvolvimento tem relação com o desenvolvimento de toda a sociedade”. Faziam-no, porém, sem um exame mais detido das relações históricas assimétricas homem-mulher, que incorporam relações de poder.

Em Beijing, as relações de gênero, com seu substrato de poder, *passaram a constituir* o cerne das preocupações e dos documentos adotados, tendo como asserção fundamental a reafirmação dos direitos da mulher como direitos humanos. E nestes se acham, hoje, naturalmente, incluídos seus direitos e necessidades específicos, particularmente os reprodutivos, os sexuais e os referentes à violência de que são vítimas, por indivíduos e sociedades, tradições, legislações e crenças. (grifei)

Essa função de tutela dos direitos da mulher, muitas vezes transgredidos por razões de inadmissível preconceito de gênero, é desempenhada, no contexto do sistema interamericano, pela Convenção Interamericana celebrada, em Belém do Pará (1996), *com o objetivo* de prevenir, punir e erradicar toda forma de desrespeito à Mulher, *notadamente na hipótese de violência física, sexual e psicológica* “ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa (...)” (Artigo 2, “B” – grifei).

Veja-se, pois, considerados todos os aspectos que venho de ressaltar, que o processo de afirmação da condição feminina há de ter, no Direito, não um instrumento de opressão, *mas* uma fórmula de libertação *destinada a banir, definitivamente*, da práxis social, *a deformante matriz ideológica que atribuía, à dominação patriarcal*, um odioso estatuto de hegemonia *capaz de condicionar* comportamentos, *de moldar* pensamentos e *de forjar* uma visão de mundo absolutamente *incompatível* com os valores *desta República, fundada* em bases democráticas e cuja estrutura se acha modelada, *entre outros signos que a inspiram*, pela igualdade de gênero e pela consagração dessa *verdade evidente*

(a ser constantemente acentuada), *expressão* de um autêntico espírito iluminista, *que repele* a discriminação e *que proclama* que homens e mulheres, *enquanto seres integrais e concretos*, são pessoas *igualmente dotadas* de razão, de consciência e de dignidade.

O Brasil, *fiel* aos compromissos *assumidos* na ordem internacional e *reconhecendo* que *toda* mulher *tem direito* a uma vida *livre* de violência, de pressões, de opressão e de constrangimentos, *tanto* na esfera pública quanto no âmbito privado, *veio a editar* a Lei nº 11.340/2006, *a denominada* “Lei Maria da Penha”, *que criou* mecanismos destinados a coibir a violência doméstica e familiar *contra* a mulher.

Na realidade, a edição desse importante diploma legislativo *deve ser compreendida* no contexto da incisiva manifestação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que *destacou*, no exame concreto do crime cometido contra a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, que esse caso deveria ser analisado *na perspectiva da discriminação de gênero* por parte de órgãos do Estado brasileiro e em razão da impunidade dos agressores nessa área *tão sensível quão delicada* dos direitos básicos da pessoa humana.

Eis, no ponto, o pronunciamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

(...) essa violação segue um padrão discriminatório com respeito à tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial. A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres.

Daí a correta afirmação da douta Advocacia-Geral da União:

É de se ver, destarte, que a Lei Maria da Penha está em conformidade com a diretriz internacional adotada por diversos países, que inscreve a violência de gênero como violação dos direitos humanos, e dá cumprimento à determinação do órgão competente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao qual o Brasil, por vontade livre e soberana, decidiu se submeter e cuja inobservância pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

Vale lembrar, no ponto, a observação feita por SILVIA PIMENTEL e FLÁVIA PIOVESAN (“Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela”, 2007) a propósito do que se vem de referir:

No campo jurídico, a Lei Maria da Penha vem a sanar a omissão inconstitucional do Estado Brasileiro, que afrontava a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – a Convenção CEDAW da ONU, ratificada pelo Brasil em 1984 e sua Recomendação Geral 19, de 1992, que reconhecem a natureza particular da violência dirigida contra a mulher, porque é mulher ou porque a afeta desproporcionalmente. Esta omissão afrontava também a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a “Convenção de Belém do Pará” – ratificada pelo Brasil em 1995. Note-se que, diversamente de várias dezenas de países do mundo e de dezessete países da América Latina, o Brasil até 2006 não dispunha de legislação específica a respeito da violência contra a mulher. Até então aplicava-se a Lei nº 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais (JECrim) para tratar especificamente das infrações penais de menor potencial ofensivo e que, nos casos de violência contra a mulher, implicava naturalização deste padrão de violência, reforçando a hierarquia entre os gêneros e a subsequente vulnerabilidade feminina.

Por força das referidas Convenções, o Brasil assumiu o dever de adotar leis e implementar políticas públicas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Neste mesmo sentido, o país recebeu recomendações específicas do Comitê CEDAW/ONU e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos/OEA, que culminaram no advento da Lei nº 11.340, em 07 de agosto de 2006 – conquista histórica na afirmação dos direitos humanos das mulheres. (grifei)

Entendo, por isso mesmo, Senhor Presidente, que o advento da Lei Maria da Penha significou uma expressiva tomada de posição por parte do Estado brasileiro, fortemente estimulado, no plano ético, jurídico e social, pelo valor primordial que se forjou no espírito e na consciência de todos em torno do princípio básico que proclama a essencial igualdade entre os gêneros, numa evidente e necessária reação do ordenamento positivo nacional contra situações concretas de opressão, de degradação, de discriminação e de exclusão que têm provocado, historicamente, a injusta marginalização da mulher.

A Lei Maria da Penha, que “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, longe de transgredir a Constituição da República, qualifica-se, segundo entendo, como legítimo instrumento de efetivação e de realização concretizadora

dos grandes princípios nela consagrados, *em especial*, a determinação do que se contém no art. 226, §8º, de nossa Lei Fundamental, *cujo texto impõe, ao Estado, o dever* de coibir a violência no âmbito das relações familiares.

Esta decisão *representa* marco importante na concretização de um dos tópicos *mais* relevantes e sensíveis da agenda dos Direitos Humanos em nosso País, *pois se revestem* de imenso significado *as consequências positivas* que resultarão *deste* julgamento, *fortalecendo e conferindo maior eficácia* aos direitos básicos da mulher, *em especial da mulher vítima de violência*, e *tornando efetiva* a reação do Estado na prevenção e repressão *aos atos criminosos* de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por tais razões, *acompanho, integralmente*, o douto voto *proferido* pelo eminente Relator.

É o meu voto.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Eu também queria, em primeiro lugar, elogiar o voto do eminente Ministro Marco Aurélio, e dizer que todos os argumentos sintéticos, mas suficientemente claros e convincentes me escusam, com todas as demais achegas dos outros brilhantes votos, de trazer uma contribuição final, que seria absolutamente desnecessária ao desfecho da causa.

Eu acompanho o voto de Vossa Excelência e, apenas para não dizer que não acrescentei nada, suponho que, na assentada do HC nº 102.212, já tentei demonstrar, com base em razões históricas e culturais etc., que a Lei chamada Maria da Penha, na verdade, representou a estratégia normativa para, antes que ofender, aplicar o princípio da igualdade, sobretudo numa situação em que a vulnerabilidade da mulher é manifesta, e, por isso mesmo, pediria, como pediu, a intervenção do ordenamento jurídico a seu favor.

Eu também julgo inteiramente procedente a ação.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): MAURÍCIO GENTIL MONTEIRO

INTDO.(A/S): THEMIS - ASSESSORIA JURÍDICA E ESTUDOS DE GÊNERO

INTDO.(A/S): IPÊ - INSTITUTO PARA A PROMOÇÃO DA EQUIDADE

INTDO.(A/S): INSTITUTO ANTÍGONA

ADV.(A/S): RÚBIA ABS DA CRUZ

INTDO.(A/S): INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM

ADV.(A/S): RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu

Secretário