

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Paulo José do Amaral Jarosiski

**A INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NA
PROIBIÇÃO DE ACORDOS PENAIIS EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
CONTRA A MULHER FRENTE A TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL**

Belo Horizonte
2025

Paulo José do Amaral Jarosiski

**A INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NA
PROIBIÇÃO DE ACORDOS PENAIS EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
CONTRA A MULHER FRENTE A TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais através do Mestrado Interinstitucional (MINTER) PUC Minas e o Ministério Público do Estado de Mato Grosso (MPMT), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Belo Horizonte
2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

J37i

Jarosiski, Paulo José do Amaral

A inobservância do princípio constitucional da igualdade na proibição de acordos penais em casos de violência doméstica contra a mulher frente a teoria do impacto desproporcional / Paulo José do Amaral Jarosiski. Belo Horizonte, 2025.

111 f. : il.

Orientador: Guilherme Coelho Colen

Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Lei Maria da Penha (2006). 2. Violência doméstica. 3. Violência contra as mulheres - Brasil. 4. Igualdade perante a lei - Brasil. 5. Igualdade de gênero. 6. Discriminação - Aspectos constitucionais - Brasil. 7. Persecução penal - Brasil. I. Colen, Guilherme Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.6-055.2

Paulo José do Amaral Jarosiski

**A INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NA
PROIBIÇÃO DE ACORDOS PENAIS EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
CONTRA A MULHER FRENTE A TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais através do Mestrado Interinstitucional (MINTER) PUC Minas e o Ministério Público do Estado de Mato Grosso (MPMT), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen (Orientador)

Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira (Examinador Externo)

Belo Horizonte, 26 de junho de 2025.

AGRADECIMENTOS

A presente pesquisa não seria possível sem o apoio institucional do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, que de maneira pioneira buscou incentivar seus membros à se aprofundarem nos estudos, capacitando-se cada vez mais para bem desenvolver sua missão da guardião da ordem jurídica, da democracia e dos direitos indisponíveis.

Colegas e servidores do Ministério Público, que deixo de nomear pelo risco de a mente nos castigar com o esquecimento de algum nome, minha gratidão pelo apoio, nas substituições eventuais no caso dos colegas promotores, bem como na assunção de compromissos extraordinários pelos servidores com quem divido o ministério de servir à Justiça, ante a ausência constante durante os estudos.

À família, que nos brinda com o incentivo aos estudos, mesmo que isso signifique o afastamento temporário de seu convívio, devo também imenso agradecimento.

Por fim, agradeço imensamente a Deus, que mesmo nos momentos mais difíceis está sempre presente, a acalmar nosso coração, encorajar que tudo dará certo, bastando que nele creia e se siga tocando em frente.

RESUMO

A presente dissertação investiga os efeitos da proibição de emprego de medidas despenalizadoras e Direito Penal consensual em casos envolvendo violência doméstica ou de gênero contra a mulher, especialmente diante do quadro vivenciado na maior parte das comarcas brasileiras de ausência de estabelecimento prisional adequado para o cumprimento das penas aplicadas nesse tipo de crime. O foco da pesquisa será guiado para o plano da eficácia social daquela proibição, buscando evidenciar como a referida distorção ocorre e suas causas. Para além disso, buscar-se-á identificar o quanto já decidiu o Supremo Tribunal Federal acerca do tema, bem como delinear a posição do Brasil diante das recomendações feitas pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos no Caso Maria da Penha. Ainda, diagnosticado o problema e suas causas, será desenvolvida a compreensão de que estamos diante de um caso de discriminação indireta, de modo que a aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional se mostra medida adequada para a solução do caso. Ao final, serão enfrentadas questões práticas consequentes à adoção da proposta deste trabalho, buscando demonstrar a viabilidade da tese.

Palavras-chave: Violência doméstica e de gênero contra a mulher. Proibição de medidas despenalizadoras pela Lei Maria da Penha. Discriminação indireta. Teoria do Impacto Desproporcional.

ABSTRACT

This dissertation investigates the effects of the prohibition on the use of decriminalizing measures and consensual criminal law in cases involving domestic or gender-based violence against women, especially given the situation experienced in most Brazilian jurisdictions where there is a lack of adequate prison facilities for serving sentences imposed for this type of crime. The focus of the research will be guided by the social effectiveness of that prohibition, seeking to highlight how this distortion occurs and its causes. Furthermore, it will seek to identify the decisions already made by the Brazilian Supreme Court on the subject, as well as outline Brazil's position regarding the recommendations made by the Inter-American Commission on Human Rights in the Maria da Penha case. Additionally, once the problem and its causes are diagnosed, the understanding will be developed that we are facing a case of indirect discrimination, so the application of the Disparate Impact Theory appears to be an appropriate measure for solving the case. Finally, practical issues resulting from the adoption of this work's proposal will be addressed, aiming to demonstrate the feasibility of the thesis.

KEYWORDS: Domestic or gender-based violence against women. Prohibition on the use of decriminalizing measures by Maria da Penha's law. Disparate Impact.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA	12
2.1 A proteção internacional da mulher	13
2.2 A proteção da mulher no Brasil	19
2.3 A decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Lei Maria da Penha	20
2.4 A proibição de medidas despenalizadoras em casos de violência contra a mulher e as decisões do STF na ADI 4424 e ADC 19	28
2.4.1 A razão de decidir: interpretação que dá maior proteção à mulher.....	37
2.4.2 O caso do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP	37
2.5 A problemática da proibição das medidas despenalizadoras frente a falta de estabelecimentos penais adequados para o cumprimento da pena no Brasil	42
2.5.1 A ADPF 347, o estado de coisas inconstitucional e o Plano Pena Justa	44
2.5.2 O regime harmonizado e seus parâmetros	48
2.5.3 O déficit de vagas em regime semiaberto e aberto no Brasil.....	52
2.5.4 As principais infrações penais envolvendo violência contra a mulher e seus regimes de cumprimento	56
3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA E O IMPACTO DESPROPORCIONAL.....	61
3.1. O princípio da igualdade e as ações afirmativas	62
3.2. A proteção penal da mulher enquanto ação afirmativa	66
3.3. A teoria do impacto desproporcional	69
3.3.1 Histórico, conteúdo e aplicação	72
3.3.2 A adoção da Teoria do Impacto Desproporcional pelo STF	83
3.3.3 A aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional nos casos de violência contra a mulher.....	87
3.4 O controle de constitucionalidade e convencionalidade pelo Ministério Público	90
3.5 A solução proposta e a legalidade	97
3.6 Considerações finais	102
4 CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	109

1 INTRODUÇÃO

Quase duas décadas se passaram desde a promulgação da Lei Maria da Penha, marco legal nacional que inovou substancialmente a proteção da mulher em casos de violência de todas as ordens, seja física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral.

Referida lei trouxe grande mudança no cenário da proteção da mulher, com destaque para a criação dos Juizados de Violência Doméstica, a previsão de medidas protetivas de urgência, bem como a estruturação de toda uma política pública de proteção desse grupo vulnerável.

Referida lei é resultado de grande mobilização da sociedade civil e da classe política após o caso Maria da Penha ser levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, após reconhecer a omissão do país e a tolerância com a violência contra a mulher, fez diversas recomendações ao Brasil, inclusive quanto à mudanças legislativas que pudessem superar aquele quadro de violação de direitos humanos.

Dentre as mudanças operadas por referida lei, no sentido de criar um microsistema penal que desse uma resposta mais efetiva ao problema da violência contra a mulher, previu-se expressamente a não aplicação da Lei dos Juizados Especiais, que estava em vigor há pouco mais de uma década e havia inserido no Brasil a Justiça Negocial na seara criminal.

Essa previsão afastou dos casos envolvendo violência contra a mulher a possibilidade de acordos penais, indicando-se claramente a intenção do legislador em dar maior proteção à mulher com uma resposta estatal mais grave, eis que a praxe até então vivenciada nos Juizados Especiais era tida como insuficiente para essa proteção.

Passado todo esse tempo, não se nega a grande evolução que a temática teve na sociedade brasileira em virtude do referido diploma. Campanhas, notícias, entrevistas, eventos abordando a matéria viraram companhia de todos os brasileiros.

Todavia, para aqueles que operam nessa seara jurídica, algo grave tem chamado a atenção: é muito comum que a resposta que o Estado brasileiro dê a casos de violência contra a mulher seja, mesmo após a Lei Maria da Penha, mais

branda que aquela decorrente de acordos criminais, cabíveis quando a vítima é homem.

Esse paradoxo desafia a Justiça, pois se, a uma, há perfeita sintonia entre o microssistema da Lei Maria da Penha, a Constituição Federal e normas de direito internacional sobre o combate a esse tipo de violência, o produto final do Sistema de Justiça tem sido, no mais das vezes, absolutamente ineficaz, incapaz tanto de responder à gravidade da conduta, quanto de efetivamente proteger o bem jurídico tutelado.

Isso se dá porque não obstante o microssistema criado pela Lei Maria da Penha ser importantíssimo para a proteção da mulher, as penas previstas para a maioria dos tipos penais que se enquadram no conceito desse tipo de violência ainda são excessivamente baixas, desafiando quase sempre o regime de cumprimento aberto ou semiaberto.

De outro lado, verifica-se que de há muito o Estado brasileiro tem abandonado completamente seus deveres para com o sistema carcerário, tanto que o Supremo Tribunal Federal o reconheceu como estado de coisas inconstitucional, seja pela falta de vagas e consequente superlotação, seja pela qualidade das vagas ofertadas. Em se tratando de vagas em regime semiaberto e aberto, como se verá, a situação é ainda mais crítica, havendo notória opção política por não investir nessa seara, eis que ano a ano tais vagas vem diminuindo.

Dessa maneira, a somatória desses fatores – penas baixas; regime inicial aberto ou semiaberto; e ausência de vagas em estabelecimentos adequados para esses regimes – tem revelado que a lei criada para dar maior proteção à mulher, na prática, constitui-se fator de maior desproteção, de incremento da disparidade e discriminação que caracterizam a violência doméstica e de gênero.

Assim sendo, propõe-se no presente estudo investigar esse fenômeno, buscando compreender a evolução da legislação internacional e nacional acerca da matéria, bem assim os fatores que têm permitido, na prática, que o Estado brasileiro continue leniente com esse tipo de violência e, o que é pior, que as mulheres continuem extremamente vulneráveis.

Para além disso, a investigação que ora se opera também buscará identificar resposta jurídica adequada para esse quadro, bem como sua compatibilidade com o sistema normativo brasileiro.

Espera-se, ao final, que o trabalho ora realizado possa contribuir para trazer luzes ao problema, bem como auxiliar a sua solução mediante a adoção das medidas possíveis diante do grave quadro apresentado.

2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

A violência contra a mulher, em suas múltiplas formas, é fato histórico que acompanha, infelizmente, a humanidade, estando presente de forma mais ou menos acintosa a depender do aglomerado humano e a época em que se analise.

Modernamente o tema tem sido objeto de variados estudos, não só na área jurídica, revelando contornos até então desconhecidos. Um deles é a reiteração típica desse tipo de violência, a que se chama de ciclo da violência doméstica. Essa descoberta é atribuída à psicóloga norte-americana Lenore Walker¹ e é retratada por fases que se repetem: inicialmente há o aumento da tensão, com condutas de irritação por parte do agressor, acessos de raiva e mesmo atos violentos, mas sem ainda se dirigir diretamente contra a mulher; segue-se a fase da violência propriamente dita, em que os direitos da mulher são violados diretamente pelo agressor; ao final surge a chamada lua de mel, fase caracterizada pelo arrependimento, pedidos de desculpas e promessas de melhora. Logo em seguida, o ciclo recomeça.

Essa característica dos crimes envolvendo violência doméstica contra a mulher torna o tema deveras importante, porque a atuação estatal para a proteção dos direitos envolvidos deverá ter um instrumental próprio e adequado, já que não se trata de evento pontual, que não se repetirá.

Além disso, boa parte dos atos de violência contra a mulher se dá entre companheiros, em meio a relações íntimas de afeto ou de coabitação, o que incrementa ainda mais a necessidade de se analisar tais crimes sob uma lente adequada. Não são desconhecidos que eventualmente se encontram na cena delitiva. Os envolvidos são, em regra, pessoas próximas, que convivem e continuarão a conviver, no mais das vezes, por longo tempo.

Por outro lado, hodiernamente se sabe que tais crimes são de variadas ordens, ofendendo desde a tranquilidade e privacidade da ofendida, até seu próprio corpo ou patrimônio, sua autoestima e sua dignidade enquanto ser humano.

Dentro desse contexto, a evolução normativa para atender aos reclamos que o combate a esse tipo de crime exige é grande, porém, infelizmente, muitas vezes chega atrasada, e talvez nem chegaria a certas sociedades, incluindo a brasileira, tanto que se fez necessária a intervenção internacional para que marcos legais,

1 WALKER, Lenore. The battered woman. New York: Harper and How, 1979.

como a Lei Maria da Penha, fossem aprovados. Vejamos, então, um breve resumo de como se deu essa evolução.

2.1 A proteção internacional da mulher

Em sede internacional, as Conferências Mundiais da Mulher da Organização das Nações Unidas – ONU são apontadas como o início das ações para o reconhecimento dos direitos da mulher.

A primeira dessas Conferências se deu em 1975, no México, com o lema “Igualdade, Desenvolvimento e Paz”, sendo a **desigualdade** entre homens e mulheres uma das temáticas abordadas e objeto de deliberação, conforme se verifica do Relatório produzido².

Em 1980 ocorreu a segunda Conferência, em Copenhague, com o lema “Educação, Emprego e Saúde”, na qual o tema da violência doméstica já foi expressamente tratado na Resolução n.º 5 da Conferência, com recomendações para que a Secretaria-Geral da ONU promovesse estudos sobre o tema, para posterior submissão e deliberação, bem como que os Estados integrantes da ONU considerassem a adoção de Cortes judiciais especializadas na matéria e tomassem medidas para a proteção das vítimas de violência doméstica, com programas para prevenir esse tipo de violência, criação de centros de tratamento, abrigo e aconselhamento das ofendidas, além de disponibilizar serviços para reabilitação de dependência de álcool e drogas, moradia, emprego, cuidado dos filhos e da saúde³.

A terceira Conferência ocorreu em 1985 com o tema central “Estratégias Orientadas ao Futuro, para o Desenvolvimento da Mulher até o ano 2000”. O evento, sediado em Nairóbi, retomou a questão da violência contra a mulher, recomendando que os Estados deem especial atenção aos casos de crimes violentos, incluindo os que violam os corpos das vítimas e resultam em danos físicos e psicológicos graves (Parágrafo 76 da Ata da Conferência)⁴.

2 Disponível em https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio_conferencia_mexico.pdf, acesso em 24.04.2025.

3 Relatório disponível em https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio_conferencia_copenhagem.pdf, acessado em 24.04.2025.

4 Relatório disponível em https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio_conferencia_nairobi.pdf,

Pequim sediou a quarta dessas Conferências Mundiais em 1995, sendo que o tema da violência contra a mulher novamente foi expressamente tratado e objeto de preocupação. Destaca-se da Declaração e Plataforma de Ação dessa Conferência⁵ o reconhecimento de que a violência contra a mulher consiste em violação de direito humano, veja-se:

112. A violência contra a mulher constitui obstáculo a que se alcance os objetivos de igualdade, desenvolvimento e paz. A violência contra a mulher viola, prejudica ou anula o desfrute por ela dos seus direitos humanos e 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 todos os Estados e exige solução. Desde a Conferência de Nairóbi que se tem ampliado consideravelmente o conhecimento das causas, das consequências e do alcance dessa violência, assim como das medidas indicadas para combatê-la. Em todas as sociedades, com maior ou menor incidência, as mulheres e as meninas estão sujeitas a maus tratos de natureza física, sexual e psicológica, sem distinção quanto ao seu nível de renda, classe ou cultura. A baixa condição social e econômica da mulher pode ser tanto causa como consequência da violência de que é vítima.

Referida Conferência ainda teve o mérito de explicitar o reconhecimento internacional acerca das formas de violência contra a mulher, que não se restringe à violência física. Veja-se:

113. A expressão “violência contra a mulher” se refere a quaisquer atos de violência, inclusive ameaças, coerção ou outra privação arbitrária de liberdade, que tenham por base o gênero e que resultem ou possam resultar em dano ou sofrimento de natureza física, sexual ou psicológica, e que se produzam na vida pública ou privada. Por conseguinte, a violência contra a mulher pode assumir, entre outras, as seguintes formas:

- a) a violência: física, sexual e psicológica que ocorre na família, inclusive sevícias; o abuso sexual das meninas no lar, a violência relacionada com o dote, a violência por parte do marido, a mutilação genital e outras práticas tradicionais que atentam contra a mulher, a violência exercida por pessoas outras que o marido e a violência relacionada com a exploração;
- b) a violência: física, sexual e psicológica no nível da comunidade em geral, inclusive as violações, os abusos sexuais, o assédio e a intimidação: física, sexual e psicológica perpetrada ou tolerada pelo Estado, onde quer que ocorra.

acessado em 24.04.2025.

5 Relatório disponível em https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim1.pdf, acessado em 24.04.2025.

Também se evidenciou, na Conferência chinesa, como a violência contra a mulher constitui obstáculo ao seu pleno desenvolvimento em **condições de igualdade** com os homens, *verbis*:

117. As ameaças e os atos 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, inclusive o assédio, é um constrangimento permanente para a mobilidade da mulher e limita o seu acesso às atividades e recursos básicos. A violência contra a mulher está associada a um elevado custo social, de saúde e econômico, tanto para o indivíduo como para a sociedade. A violência contra a mulher é um dos mecanismos sociais fundamentais pelos quais a mulher é forçada a uma posição de subordinação comparada com a do homem. Em muitos casos, a violência contra as mulheres e as meninas ocorre na família ou no lar, onde muitas vezes a violência é tolerada. O abandono, o abuso físico e sexual e a violação de meninas e mulheres por membros da família e outros moradores da casa, assim como os casos de abusos cometidos pelo marido ou outros familiares, muitas vezes deixam de ser denunciados e, por isso, são difíceis de detectar. Mesmo quando essa violência é denunciada, nem sempre as vítimas são protegidas ou os agressores castigados.

118. 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 ela 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 raça, sexo, idioma ou religião, que perpetuam a condição de inferioridade conferida à mulher no seio da família, no local de trabalho, na comunidade e na sociedade. A violência contra a mulher é agravada por pressões sociais, como a vergonha de denunciar certos atos; pela falta de acesso da mulher à informação, à assistência e à proteção jurídicas; pela falta de leis que efetivamente proibam a violência contra a mulher; pelo fato de que não são devidamente emendadas as leis vigentes; pela falta de empenho das autoridades públicas na difusão das leis vigentes e no seu cumprimento; e pela ausência de meios educacionais e de outro tipo para combater as causas e as consequências da violência. [...]

123. Os governos e outras entidades, ao abordarem questões relacionadas com a violência contra a mulher, deveriam propiciar a integração ativa e transparente de uma perspectiva de gênero a todas as políticas e programas, a fim de que possam ser analisadas suas consequências, respectivamente para a mulher e o homem, antes que decisões a respeito sejam tomadas.

Em razão desses reconhecimentos, na Conferência de Pequim restaram definidos objetivos estratégicos que incluem medidas a serem adotadas pelos Estados para prevenir e eliminar a violência contra a mulher, veja-se:

124. Medidas que os governos devem adotar:

a) condenar a violência contra a mulher e abster-se de invocar qualquer costume, tradição ou consideração de caráter religioso para furtar-se a suas

obrigações com respeito à eliminação da violência, conforme determina a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher;

b) não cometer atos de violência contra a mulher e **tomar as medidas necessárias para prevenir, investigar e, de conformidade com a legislação nacional em vigor, reprimir os atos de violência contra a mulher, quer tenham sido perpetrados pelo Estado ou por particulares;**

c) **introduzir e/ou reforçar sanções penais**, civis, trabalhistas ou administrativas na legislação, **com o fim de punir e reparar os danos causados às mulheres e às meninas vítimas de violência de qualquer tipo, ocorrida no lar**, no local de trabalho, na comunidade ou na sociedade;

d) **adotar e/ou aplicar as leis pertinentes e revê-las e analisá-las periodicamente, a fim de assegurar sua eficácia para eliminar a violência contra a mulher**, pondo ênfase na prevenção da violência e na perseguição dos infratores; adotar medidas para assegurar a proteção das mulheres vítimas da violência, o acesso a remédios justos e eficazes, inclusive a reparação dos danos causados, a indenização, a cura das vítimas e a reabilitação dos agressores;

[...]

h) **proporcionar às mulheres vítimas da violência acesso aos mecanismos judiciais e, de conformidade com o previsto na legislação nacional, a soluções justas e eficazes para reparar o dano sofrido**, e informá-las do seu direito a obter compensação por meio daqueles mecanismos; (sem destaque no original)

Em meio a essas Conferências Mundiais, em 1969 a Organização dos Estados Americanos adotou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a qual entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978. O Estado Brasileiro, contudo, somente depositou sua Carta de Adesão a essa Convenção em 25 de setembro de 1992, internalizando-a através do Decreto n.º 678/1992, de 06 de novembro daquele ano.

Nada obstante a internalização da Convenção Americana, o Brasil fez ressalvas quanto à se aceitar investigações, de modo que não se submeteu, de imediato, à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em 1998, por intermédio do Decreto Legislativo n.º 89, o Congresso Nacional aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Porém, somente em 2002, por intermédio do Decreto n.º 4.463, o chefe de Estado brasileiro promulgou esse reconhecimento, submetendo-se formalmente à jurisdição da Corte Interamericana de Direito Humanos, limitando, contudo, tal jurisdição, a fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998.

Um ano após a aprovação da Convenção Americana, a Assembleia das Nações Unidas aprovou a “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher” em 1979, a qual foi internalizada no sistema jurídico brasileiro com reservas em 1983 e, posteriormente sem reservas, pelo Decreto n.º 4.377/2002.

Destaca-se que nessa Convenção foi expressamente prevista a adoção de **ações afirmativas para se alcançar a igualdade material entre homens e mulheres**, não se reconhecendo nessas políticas qualquer tipo de discriminação. Veja-se:

Artigo 4º

1. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

2. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinadas a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória.

Embora essa Convenção não trate específica e explicitamente da questão da violência doméstica, sendo esta decorrente de fatos históricos e consuetudinários de discriminação da mulher, resta evidente que o compromisso com o combate a uma das causas desse tipo de violência implica avanço normativo da proteção da mulher.

Sucedeu que em 1994 é aprovada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, em evento sediado em Belém do Pará, a qual se tornou o principal marco normativo internacional sobre a temática para o Brasil. A Convenção de Belém do Pará, como restou conhecida, foi internalizada no Brasil pelo Decreto n.º 1.973/96, prevendo uma série de direitos às mulheres, reconhecendo-os como direitos humanos, e fixando ações a que os Estados se comprometeram a cumprir. Dentre esses compromissos, destaca-se:

Artigo 7

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

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;

b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c) **incorporar na sua legislação interna normas penais**, civis, administrativas e de outra natureza, **que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;

h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção. (grifo nosso)

Importante registrar ainda que a Convenção de Belém do Pará, em seus artigos 13 e 14, proíbe que a interpretação daquele documento jurídico possa restringir direitos das mulheres já reconhecidos em outros atos normativos internacionais ou de direito interno. Veja-se:

Artigo 13

Nenhuma das disposições desta Convenção poderá ser interpretada no sentido de restringir ou limitar a legislação interna dos Estados Partes que ofereçam proteções e garantias iguais ou maiores para os direitos da mulher, bem como salvaguardas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher.

Artigo 14

Nenhuma das disposições desta Convenção poderá ser interpretada no sentido de restringir ou limitar as da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de qualquer outra convenção internacional que ofereça proteção igual ou maior nesta matéria.

Trata-se de disposição importante, pois indica que a norma internacional estabeleceu um mínimo de direitos às mulheres e de deveres aos Estados, de modo que internamente a legislação poderá apenas aumentar o nível de proteção jurídica desse grupo protegido, jamais diminuir.

Desse breve histórico do marco jurídico internacional de proteção da mulher se verifica, de forma clara, a preocupação com o princípio da igualdade, tomado em seu sentido material, de modo que as disposições do Direito Internacional de proteção da mulher buscam, inclusive através de ações afirmativas (discriminação positiva), que as mulheres alcancem o mesmo *status* de possibilidade de desenvolvimento humano dos homens, em todas as áreas importantes de suas vidas. Essa preocupação com a igualdade, que move as instituições internacionais e os Estados soberanos, também é o ponto de partida da presente pesquisa, como se verá adiante.

No Brasil, após intervenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apontando a omissão de nosso Estado na proteção das mulheres contra a violência, houve a aprovação da Lei n.º 11.340 no ano de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que passou a ser o principal marco legal para as políticas públicas nessa temática, conforme se passará a expor.

2.2 A proteção da mulher no Brasil

A desigualdade entre homens e mulheres no Brasil é histórica, sendo inclusive albergada juridicamente em vários contextos pela legislação nacional. Nesse sentido, é de todos conhecido o fato de que em nosso país a mulher só passou a ter direito a voto, assim como o homem já exercia, em 1932 com a promulgação do então Código Eleitoral, ano em que ainda vigia o Código Civil de 1916, o qual disciplinava que a mulher casada dependia de autorização do cônjuge para atos como trabalhar, receber herança ou ajuizar uma ação judicial. A igualdade entre os gêneros na esfera eleitoral, contudo, só foi conquistada com o direito de ser votada previsto na Constituição de 1946 e, por fim, com a obrigação do voto, tal qual o homem, com o atual Código Eleitoral de 1965.

Na seara civil, contudo, a autonomia da mulher em relação ao homem ainda era deficiente, havendo avanços na seara trabalhista com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, bem assim na seara privada com, dentre outros importantes documentos normativos, o Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121 de 1962), a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77), bem assim o Código Civil de 2002, além da Constituição de 1988.

Sob o aspecto da proteção contra a violência de gênero, contudo, não existia nenhum marco legal que desse tratamento diferenciado para tutelar a mulher, eis que a ambos os gêneros de aplicava indistintamente a legislação penal pátria, não obstante as condições materiais dos relacionamentos sempre indicarem o desfavorecimento da mulher, inclusive enquanto vítima frequente de violência no lar.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, previu-se expressamente em seu art. 226, § 8º, que é dever do Estado coibir a violência no seio familiar e criar mecanismos para tanto.

Todavia, por quase duas décadas o legislador ordinário não deu cumprimento ao mandamento constitucional, permanecendo a proteção jurídica da mulher no Brasil contra a violência de gênero sendo regulada pela mesma legislação de outrora.

Somente em 2006, com a aprovação da Lei Maria da Penha, é que surgiu efetivamente no Brasil um microssistema jurídico de proteção da mulher. Sobre a Lei n.º 11.340 e sua origem, trataremos no tópico a seguir.

2.3 A decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Lei Maria da Penha

Diante dos marcos normativos internacionais a que o Brasil aderiu, os quais, conforme sumariado acima, reconheceram direitos às mulheres e obrigações de proteção desse grupo pelos Estados signatários, passou nosso país a se comprometer em órbita internacional com essa agenda. Contudo, como já visto no tópico anterior, internamente o Brasil era omissos em desenvolver legislação e políticas públicas específicas para esse grupo vulnerável, em especial no que pertine à proteção penal adequada, tanto repressiva quanto preventivamente.

Ainda que se pudesse falar em evolução paulatina da sociedade brasileira para o reconhecimento da igualdade de gênero e da importância da proteção da mulher contra toda forma de violência, é fato que não só a legislação interna, como a cultura jurídica e a jurisdição prestada nesse tipo de caso estavam totalmente atrasadas em relação ao que imposto internacionalmente.

Dentro desse contexto, em 20 de agosto de 1998 a brasileira Maria da Penha Maia Fernandes, com o auxílio do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEN),

efetuou denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos acusando o Estado brasileiro de ser omissivo e tolerante quanto a crimes que ela vinha sofrendo. O caso perante a Comissão levou o n.º 12.051.

Com efeito, conforme o que constou do Relatório do Caso, emitido pela Comissão Interamericana⁶, as violações de direitos alegadas por Maria da Penha, reconhecidas ao final pela entidade, foram assim sumariadas:

1. Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão”) recebeu uma denúncia apresentada pela Senhora Mariada Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) (doravante denominados “os peticionários”), baseada na competência que lhe conferem os artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”) e o artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará ou CVM).

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

21. Alegam que o Estado não tomou medidas eficazes de prevenção e punição legal a violência doméstica no Brasil, apesar de sua obrigação internacional de preveni-la ou puni-la. Também apontam a situação de que os dados de homicídio e violência sexual contra mulheres são perpetrados, na maioria dos casos, por seus companheiros ou conhecidos.

22. Alegam que, de acordo com seus compromissos internacionais, o Estado brasileiro deveria agir preventivamente – e não o faz – para reduzir o índice de violência doméstica, além de investigar, processar e punir os agressores dentro de prazo razoável segundo as obrigações assumidas internacionalmente de proteção dos direitos humanos. No caso da Senhora Fernandes, o Governo brasileiro deveria ter procedido com o objetivo principal de reparar as violações sofridas e de assegurar-lhe um processo justo contra o agressor dentro de prazo razoável.

23. Consideram demonstrado que os recursos internos não foram efetivos para reparar as violações dos direitos humanos sofridos por Maria da Penha Maia Fernandes e, para agravar esse fato, a demora da justiça brasileira em chegar a uma decisão definitiva, poderia acarretar em 2002 a prescrição do delito pelo transcurso de 20 anos da sua perpetração, impedindo que o Estado exerça o *jus punendi* e que o acusado responda pelo crime

6 Disponível em <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>, acessado em 26.11.2024.

cometido. Essa ineficácia do Estado também provoca a incapacidade da vítima de obter a reparação civil correspondente.

Naquele caso, a Comissão Interamericana, após admitir a denúncia, notificou o Estado brasileiro para que se manifestasse, contudo este permaneceu inerte.

Diante da inércia do Brasil, e considerando que na época o país ainda não havia reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana, a própria Comissão reconheceu a violação de direitos, nos seguintes termos:

60. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes conclusões:

1. Que tem competência para conhecer deste caso e que a petição é admissível em conformidade com os artigos 46.2, c e 47 da Convenção Americana e com o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará, com respeito a violações dos direitos e deveres estabelecidos nos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos, 8 (Garantias judiciais), 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.

2. Que, com fundamento nos fatos não controvertidos e na análise acima exposta, a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil.

3. Que o Estado tomou algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma, embora essas medidas ainda não tenham conseguido reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência contra a mulher.

4. Que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida.

Ainda, ao final, a Comissão interamericana promoveu as seguintes recomendações ao Estado brasileiro:

61. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.

2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.

3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.

4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil.

A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;

b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;

c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intra familiares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;

d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intra familiares.

5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana.

Como se vê, o Caso Maria da Penha não resultou em efetiva condenação do Brasil pela Corte Interamericana – em verdade o caso sequer tramitou naquele organismo -, mas, sim, em recomendações pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos.

Quanto à primeira das recomendações, o agressor de Maria da Penha foi finalmente preso em setembro de 2002, no estado do Rio Grande do Norte, passando a cumprir sua pena.

Além do mais, a ofendida foi efetivamente indenizada pelo Estado brasileiro, embora em quantia absolutamente incompatível com o martírio vivido em decorrência da tolerância estatal com a violência contra a mulher (sessenta mil reais).

Em relação às recomendações especiais constantes nas alíneas “a” a “e”, foram elas objeto de legislação própria, conforme se verá adiante.

Assim, não obstante não existir efetiva condenação do Estado brasileiro neste caso, as medidas tomadas pela Comissão Interamericana levaram diversas entidades e organismos nacionais a se organizarem em torno da causa, resultando na promulgação da Lei n.º 11.340/06, nominada justamente Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha, desde sua promulgação, esteve em evidência nas discussões privadas e públicas acerca das relações de gênero, sendo inclusive apontada como inconstitucional por trazer direitos às mulheres sem a respectiva igualdade formal com homens. À época foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade acerca de dispositivos da lei (ADI 4424) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 19), sendo que mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema as discussões ainda são presentes.

Com efeito, referido diploma normativo inovou em diversos pontos importantes, destacando-se a alteração de penas de crimes envolvendo violência doméstica, criação de medidas protetivas (espécie de medidas cautelares) em favor da mulher para evitar violência ou sua reiteração, determinação de criação de Juizados e Delegacias especializados na matéria, mudança da natureza jurídica da ação penal do crime de lesão corporal para pública incondicionada, exigência de formalidade específica para a retratação da representação criminal e, no que mais interessa ao presente trabalho, impediu a aplicação das disposições da Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) para casos de violência doméstica, o que, para além da mudança da competência jurisdicional, implicou a proibição da aplicação de medidas despenalizadoras daquela lei aos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

De outro norte, cumpre registrar que a criação dos Juizados Especiais, determinada pelo artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, se deu por meio da Lei n.º 9.099/95 e foi um marco na legislação penal brasileira no sentido da adoção de métodos alternativos para a solução das lides criminais. Esses Juizados, com competência para os crimes de menor potencial ofensivo (definidos como aqueles com pena privativa de liberdade de até dois anos e as contravenções penais) e procedimento simplificado para a tramitação das ações penais, tiveram, em verdade, como grande marca a adoção da Justiça Consensual, ou seja, a abertura para que as partes envolvidas na lide penal (vítima, Ministério Público e autor do fato) pudessem chegar a acordos que resolveriam a questão sem a necessidade de discussão da culpa, produção de prova e efetiva sentença de mérito, com conseqüente cumprimento de pena.

Dessa maneira, sem prejuízo de desconfianças naturais logo que inovada a ordem jurídica, é certo que os instrumentos criados pela Lei dos Juizados Especiais consistentes na composição civil dos danos (acordo indenizatório entre ofendido e agressor que resulta na renúncia ao direito de queixa nas ações penais privadas e de representação nas ações penais públicas a ela condicionadas – art. 74, parágrafo único), na transação penal (acordo firmado entre o Ministério Público e o agressor para a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, que não importará em reincidência – art. 76) e na suspensão condicional do processo (acordo firmado entre Ministério Público e réu em que este se submete a condições durante o período de prova mínimo de dois anos, resultando o cumprimento do acordo na extinção da punibilidade - art. 89) efetivamente quebraram paradigmas e revolucionaram a forma de solução da lide penal no Brasil.

Os Juizados Especiais foram criados na perspectiva da conciliação entre as partes, e também na esfera criminal isso foi e é amplamente fomentado, visando a pacificação entre os envolvidos em detrimento do exercício puro do *jus puniendi* estatal e da aplicação da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, princípios até então tidos como absolutos na dogmática processual penal nacional, como o da obrigatoriedade da ação penal, foram relativizados, abrindo caminho para a solução consensual das lides penais, com inúmeras vantagens hoje amplamente reconhecidas. Com efeito, aqueles instrumentos criados pela Lei dos Juizados Especiais permitiram uma resposta mais

célere, com resultados efetivos às vítimas (indenizações em sede de composição civil), sem a exposição dos acusados ao processo penal e suas agruras, além de preservar-lhes a primariedade. A experiência forense tem demonstrado que apenas por exceção as lides penais de crimes de menor potencial ofensivo não são resolvidas por intermédio desses instrumentos, de modo que houve expressiva diminuição da quantidade de ações penais efetivamente ajuizadas, contribuindo assim, também, para desafogar o Poder Judiciário e permitir que ele se dedique a causas de maior gravidade. Vale dizer, ao menos nos crimes de menor potencial ofensivo, a ação penal deixou de ser obrigatória e isso contribuiu sobremaneira para a evolução do modo como o direito e o processo penal são vistos no Brasil.

Ocorre que boa parte dos crimes que envolvem violência doméstica contra a mulher se encaixava no conceito de crime de menor potencial ofensivo e, portanto, passaram a ser submetidos à competência do Juizado Especial Criminal e seus instrumentos despenalizadores. Salvante aqueles delitos de expressiva gravidade (como o feminicídio e as lesões corporais graves ou gravíssimas), os demais (como ameaça, vias de fato, lesão corporal de natureza leve e os crimes contra a honra) – que em verdade constituem a grande massa de casos desse tipo – tramitavam perante o Juizado.

Assim, a maior parte da atuação do Estado brasileiro nos crimes de violência contra a mulher se dava mediante uma investigação simplificada e que não gera, de regra, a prisão em flagrante do agressor (Termo Circunstanciado de Ocorrência – art. 69 da Lei n.º 9.099/95). Superada a fase investigativa, mas ainda na fase pré-processual, esses crimes eram objeto de incentivo à composição entre os envolvidos, oportunidade em que vítima e agressor eram colocados frente a frente para comporem civilmente, na audiência preliminar designada para fins de composição civil e transação penal, se fosse o caso.

Todavia, a própria dinâmica desse tipo de delito, que envolve, em regra, uma relação muito próxima entre vítima e agressor, acabava por gerar um ambiente propício para o incremento da violência: como não raro os envolvidos ainda conviviam ou tinham relações próximas, inclusive em decorrência da prole, era comum o relato de pressões sofridas pelas vítimas para aceitarem composições fraudulentas (seja pelo seu conteúdo, como mero pedido de desculpa ou compromisso de não reiteração, seja pela declaração posterior, ainda sob pressão,

de seu cumprimento). Quanto às ações de natureza pública condicionada à representação, também esse ambiente era propício à retratação e, quando esta não ocorria, a própria dinâmica decorrente do fomento à pacificação e necessidades conjunturais da sociedade brasileira levavam, em regra, à imposição de obrigação de doar cestas básicas ou algo assemelhado como resposta penal ao crime.

Nesse contexto, sedimentou-se na sociedade a ideia de que a mulher vítima de violência doméstica (repete-se, especialmente naqueles casos tidos pela lei de menor gravidade, mas que são a maior parte dos casos levados ao conhecimento das autoridades), caso denunciasse o crime sofrido, quando não passasse de imediato a novas e muitas vezes mais graves agressões por ter denunciado, era exposta diante do agressor e incentivada a chegar a um acordo que levava ao fim do procedimento em um ambiente em que, pela natureza do crime, não lhe era favorável. Era (e infelizmente ainda é em muitos casos) voz corrente que a mulher apanhava em casa e, quando denunciava o caso, apanhava de novo por tê-lo feito, sendo que a resposta estatal, de regra, era fraudada por um ambiente em que a vontade da ofendida era naturalmente coagida pelo agressor e, não raras vezes, por agentes estatais, na ânsia de compor a lide e extinguir o feito. Por fim, quando superadas todas essas agruras, a vítima via, como resposta, apenas a obrigação de doar cestas básicas, o que no mais das vezes não correspondia minimamente à gravidade da conduta e conduzia a um estímulo à reiteração delitiva.

Esse cenário todo vigorou da criação dos Juizados Especiais Criminais no Brasil em 1995 até a Lei Maria da Penha em 2006, quando expressamente se excluiu a aplicação da Lei dos Juizados aos casos envolvendo violência doméstica contra a mulher. Veja-se o dispositivo legal que assim previu:

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.

Essa previsão legal se mostrou necessária para adequar a legislação nacional às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, eis que se havia reconhecido em âmbito internacional a tolerância do Estado brasileiro com a prática de crimes envolvendo violência contra a mulher e recomendado *prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil* (item 4

das recomendações, conforme transcritas anteriormente). Não há dúvida de que o cenário instalado pela Lei dos Juizados Especiais no que pertine aos crimes de violência doméstica sob sua competência apontava justamente que o país caminhava em direção contrária às recomendações da Comissão Interamericana.

Em que pese a clareza do dispositivo legal, bem como o contexto que justificou sua edição, surgiram diversas interpretações que levaram a norma a ser questionada perante o Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como se verá no próximo tópico.

2.4 A proibição de medidas despenalizadoras em casos de violência contra a mulher e as decisões do STF na ADI 4424 e ADC 19

No tópico anterior descreveu-se como a submissão de diversos tipos de crimes envolvendo violência contra a mulher ao sistema criado pela Lei dos Juizados Especiais em 1995 acabou por criar um ambiente de tolerância estatal em relação a essas violações de direitos, eis que a dinâmica de relacionamentos familiares, afetivos e domésticos entre os envolvidos nesse tipo de crime permitia pressões sobre a vítima que resultavam em pseudo-acordos penais, eis que a manifestação da vontade da vítima em regra era viciada pelo constrangimento sofrido.

A Lei Maria da Penha buscou, ao menos no âmbito normativo, corrigir os rumos dessa política penal, prevendo expressamente que em crimes envolvendo violência doméstica ou familiar contra a mulher não seria aplicada a Lei dos Juizados, buscando assim se adequar às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Essa disposição gerou debates acalorados, eis que, a uma, abandonava-se o ideal de justiça consensual inaugurado com a Lei dos Juizados, [r]estabelecendo-se uma lide resistida e necessária no âmbito desses crimes de gênero. A duas, questionava-se se essa disposição não estaria a ofender justamente o princípio da igualdade, eis que se daria tratamento, já em âmbito normativo, diverso para casos de violência, a depender do gênero do ofendido.

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal em duas ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Pela Procuradoria-Geral da República, ingressou-se com a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4424, que

tinha por objeto a interpretação conforme à Constituição dos artigos 12, inciso I⁷, 16⁸ e 41 da Lei Maria da Penha, todos interligados pela questão atinente à representação penal em crime de lesão corporal leve, que passou a ser exigida pela Lei dos Juizados Especiais, frente ao já citado artigo 41 da Lei 11.340/06, que expressamente previu a não aplicação daquela lei em casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

Já a Presidência da República, representada pela Advocacia-Geral da União, ingressou com a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC n. 19, tendo como objeto de controle os artigos 1^o, 33¹⁰ e 41 da Lei n.º 11.340/06, argumentando que os dispositivos, que cuidam respectivamente do tratamento e proteção diferenciados da mulher em face do homem, a competência dos juizados de violência doméstica e o afastamento da aplicação da Lei n.º 9.099/96, estavam em conformidade com a Constituição Federal, porém havia diversas decisões Brasil à fora inquinando-os de inconstitucionais, de modo que caberia ao Supremo Tribunal dar a interpretação final e uniforme à matéria.

Com efeito, colhe-se do Relatório da referida ADI o resumo dos argumentos levantados pela Procuradoria-Geral da República sobre a matéria:

O Procurador-Geral da República pretende seja atribuída interpretação conforme à Constituição aos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – “Lei Maria da Penha” –, para declarar a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes versados naquele diploma, assentar, como

-
- 7 Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:
 - I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
 - 8 Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.
 - 9 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.
 - 10 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.

consequência, que o crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher em ambiente doméstico é processado mediante ação penal pública incondicionada e restringir a aplicação dos artigos 12, inciso I, e 16 da norma em comento às ações penais cujos crimes estejam previstos em leis diversas da Lei nº 9.099, de 1995. Eis o teor dos preceitos:

[...]

Consoante aduz, a promulgação da Lei nº 11.340/2006 decorreu da constatação de ineficiência das regras reveladas na Lei nº 9.099/95 para a proteção das mulheres contra a violência doméstica e também da edição do Informe nº 54/2001, por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. Nesse último ato, ficou consignado que o Brasil violou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), no bojo da denúncia formulada por Maria da Penha Maia Fernandes.

Articula com a inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto a necessidade de representação da ofendida poderá configurar obstáculo à punição do agressor.

Faz referência à substituição do “modelo biomédico” por um “modelo social” de lesão corporal, calcado nos prejuízos sociais decorrentes dos casos de violência doméstica. Alega desrespeito ao princípio da igualdade, mencionando a teoria do impacto desproporcional, porquanto condicionar à representação a punição do crime de lesão corporal no ambiente doméstico gera efeitos desproporcionalmente nocivos para as mulheres.

Aponta a transgressão às disposições dos artigos 5º, inciso XLI, e 226, § 8º, da Carta da República e ao princípio da proibição de proteção deficiente, corolário do princípio da proporcionalidade, se vier a prevalecer interpretação diversa.

Evoca a primazia da norma mais favorável ao ser humano, vigente no âmbito do direito internacional, como norte interpretativo para os artigos da Lei nº 11.340/2006.

Sob o ângulo do risco, alude à extinção da punibilidade de agressores em razão da ausência de representação, resultando na perpetuação do quadro de violência doméstica contra a mulher. Busca a concessão de medida acauteladora para afastar interpretação que: (i) permita a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher e (ii) sujeite a persecução penal à representação da vítima em tais delitos.

Requer, alfim, a declaração de procedência do pedido, a fim de dar-se interpretação conforme à Constituição aos artigos citados, nos moldes já descritos. Na eventualidade de concluir-se pela inadequação da ação direta de inconstitucionalidade, formula pleito subsidiário, para que o processo seja conhecido como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Verifica-se da leitura da referida ADI que nada obstante a clareza do disposto no artigo 41 da Lei Maria da Penha, a existência de referência à representação criminal da vítima em outros dispositivos da lei levava à interpretações no sentido de que a proibição da aplicação da Lei dos Juizados se limitava às medidas

despenalizadoras por ela criadas, mas não importando na exclusão da necessidade de representação criminal em casos de lesão corporal leve (nada obstante tal exigência também tenha sido criada pela referida lei). Assim, com a ADI da PGR se buscou que o STF desse sua interpretação em processo de controle abstrato de constitucionalidade, de forma a colocar uma pá de cal sobre o assunto.

Já na ADC 19, as questões levantadas eram outras, embora nitidamente conectadas com a temática da proteção da mulher. Também se colhe do Relatório da ação o resumo das alegações da Presidência da República nessa ação, limitando-se a citar apenas o que diz respeito às alegações de ferimento do princípio da igualdade, que guardam relação com o presente trabalho:

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.

A preocupação com o princípio da igualdade, como adiantado anteriormente, foi uma das questões mais debatidas quando da promulgação da Lei Maria da Penha, havendo à época grande resistência de certa parte dos operadores do Direito em superar a ideia de igualdade formal para avançar sobre a igualdade material, que exigia, e ainda exige, a proteção diferenciada em razão do gênero para que se possa, verdadeiramente, igualar os desiguais.

Chama a atenção que a tese que a PGR visava combater na ADI 4424 chegou a ser defendida pelo Congresso Nacional. Veja-se o resumo de suas alegações, apontado no Relatório da ADI pelo Ministro relator:

O Senado Federal defende, preliminarmente, o descabimento da ação direta por ausência de repercussão constitucional da matéria nela veiculada. Segundo sustenta, a Carta Federal não versa procedimento de ação penal, incumbindo ao legislador infraconstitucional a disciplina do tema. Quanto ao mérito, assevera que o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 afastou tão somente os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, mas não a necessidade de representação, prevista no artigo 88 desse Diploma e também nos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei impugnada. Aduz que a opção legislativa mostra-se consentânea com a proteção dos interesses da vítima, pois cabe à mulher buscar a intervenção estatal na vida privada.

Alude à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada em sentido contrário àquele pretendido pelo requerente.

Salienta que, se no crime de estupro, de gravidade indiscutivelmente maior, a ação penal é pública condicionada, com maior razão deve-se exigir a representação em caso de lesão corporal. Diz da improcedência do pedido, inclusive do relativo ao conhecimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Isso demonstra que de fato foi necessário levar a discussão ao Supremo, visando assim dar uniformidade à questão e evitar, até mesmo, o questionamento perante o sistema interamericano de direitos humanos acerca da (continuada) tolerância do Brasil quanto aos crimes de violência contra a mulher.

Destaca-se que o julgamento dessas ações, ocorrido de forma conjunta em 2012, foi de fundamental importância para a temática da tutela da mulher contra a violência de gênero, tendo o Supremo Tribunal Federal fincado posição clara acerca da necessidade dessa proteção.

Com efeito, colhe-se do voto do Relator, eminente Ministro Marco Aurélio, o substrato fático que deve nortear a interpretação da legislação relativa à proteção da mulher, qual seja, o reconhecimento de que nas relações domésticas e afetivas entre homens e mulheres há uma relação díspar de forças, a subjugar o ser humano feminino, e que não deve ser desconsiderado, *verbis*:

Eis um caso a exigir que se parta do princípio da realidade, do que ocorre no dia a dia quanto à violência doméstica, mais precisamente a violência praticada contra a mulher. Os dados estatísticos são alarmantes.

Na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher, agredida, a um só tempo, física e moralmente, acaba, talvez ante óptica assentada na esperança, por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem a implementá-la. Conforme ressaltado na inicial, confeccionada com o desejável esmero, dados estatísticos

demonstram que o percentual maior é de renúncia à representação, quer deixando-se de ter a iniciativa, quer afastando-a do cenário jurídico. Stela Cavalcanti, em “Violência Doméstica – Análise da Lei Maria da Penha”, aponta que o índice de renúncia chega a alcançar 90% dos casos. Iniludivelmente, isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas ao fato de vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente, quando, na verdade, o que acontece é a reiteração de procedimento e, pior, de forma mais agressiva ainda em razão da perda dos freios inibitórios e da visão míope de que, tendo havido o recuo na agressão pretérita, o mesmo ocorrerá na subsequente. Os dados estatísticos são assombrosos relativamente à progressão nesse campo, vindo a desaguar, inclusive, em prática que provoque a morte da vítima.

Sob o ponto de vista feminino, a ameaça e as agressões físicas não vêm, na maioria dos casos, de fora. Estão em casa, não na rua.

Consustanciam evento decorrente de dinâmicas privadas, o que, evidentemente, não reduz a gravidade do problema, mas a aprofunda, no que acirra a situação de invisibilidade social. Na maior parte dos assassinatos de mulheres, o ato é praticado por homens com quem elas mantiveram ou mantêm relacionamentos amorosos (STF – ADI 4424).

O Ministro Relator também destacou a importância da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a criação da Lei Maria da Penha, eis que ela decorre das recomendações a que o Brasil se viu sujeito após o Caso Maria da Penha naquela instituição, veja-se:

No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. Conforme mencionado na peça primeira desta ação, no Informe nº 54/2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, em análise sintomática da denúncia formalizada por Maria da Penha Maia Fernandes, assentou-se que o Brasil violara os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial da peticionária, considerada violência que se apontou como a encerrar padrão discriminatório, tolerando-se a ocorrência no meio doméstico. Então, recomendou-se que prosseguisse o processo de reformas visando evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório relativo à violência doméstica contra as mulheres. Foi justamente essa condenação de insuplantável teor moral que levou o País a editar a denominada Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006 (STF – ADI 4424).

Importante destacar que o Ministro Relator também fez o cotejo da legislação questionada com os diplomas internacionais de direitos humanos, confirmando a adequação entre eles, *verbis*:

A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará –, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a

consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos.

[...]

Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária. Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito (STF – ADI 4424).

De seu turno, necessário destacar trecho do voto da Ministra Rosa Weber, que ao citar trecho de seu voto na ADC 19, fez importantes considerações sobre a necessidade de a interpretação que se empreste ao texto legal seja aquele consentâneo com a proteção prevista constitucionalmente para o direito violado, tratando especificamente da questão da proteção deficiente. Veja-se:

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 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 11.340/2006, o seu art. 41 (STF – ADI 4424).

Ainda, tratando da temática das políticas afirmativas em favor das mulheres e sua necessidade para o alcance da igualdade material, a ilustre Ministra ponderou sua compatibilidade com a Constituição Federal, que expressamente já prevê políticas desse jaez em outras áreas. Veja-se:

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 (STF – ADI 4424).

Ao final, com a ressalva do voto vencido do então Presidente da Corte, Ministro Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente ambas as ações de controle concentrado de Constitucionalidade, de modo que, no que importa ao presente trabalho, afirmou a constitucionalidade integral do disposto do artigo 41 da Lei Maria da Penha, o qual, como já citado várias vezes nesse trabalho, afastou peremptoriamente a aplicação da Lei 9.099/95 nos casos envolvendo violência contra a mulher.

Nota-se, todavia, que em nenhum momento a proibição das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95 foi o centro da discussão do Supremo Tribunal Federal nessas duas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Em verdade, essa questão foi subentendida como clara diante do teor do artigo 41 da Lei Maria da Penha, que teria sido editado justamente para essa finalidade. O que se discutia era se, para além disso, tal dispositivo legal também teria o condão de interferir em outras questões, como a natureza da ação penal no crime de lesão corporal leve em situação caracterizadora de violência de gênero e a própria competência do Juizado Especial Criminal para crimes dessa natureza.

Não obstante, mesmo que forma indireta ou subentendida, resta evidente da análise do quanto debatido e decidido na ADI 4424 e na ADC 19 que para o Supremo Tribunal Federal é compatível com a Constituição Federal a proibição feita pelo artigo 41 da Lei Maria da Penha, em casos de violência contra a mulher, da aplicação das disposições da Lei do Juizado Especial, dentre elas as medidas despenalizadoras por ela criadas, como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Nesse sentido, aliás, a Ministra Rosa Weber foi categórica ao afirmar em seu voto na ADI 4424 que não deveria haver aplicação alguma da Lei dos Juizados especiais em casos envolvendo violência contra a mulher, *verbis*:

Ao excetuar das hipóteses de incidência da Lei 9.099/1995 os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, o art. 41 da Lei 11.340/2006 se mostra categórico. Ao afirmar inaplicável a Lei 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 legislador da Lei Maria da Penha não explicitou, nem no art. 41 nem em qualquer outro dispositivo desse diploma, os fins para os quais negou a aplicação da Lei 9.099/1995 aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Referiu-se à lei *in totum*. É regra básica de hermenêutica jurídica que não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu, de modo a excluir da eficácia do preceito, no caso, a definição do tipo de ação penal cabível. Compreensão diversa estaria a conflitar com o § 8º do art. 226 da Lei Maior. (grifo nosso)

Também o Ministro Luiz Fux, porém em mera passagem de seu voto em ambas as ações, após citar fatos internacionais que demandavam a proteção da mulher, afirmou:

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 (voto, p. 8 e 9).

Assim sendo, em que pese a constitucionalidade da proibição da aplicação das medidas despenalizadoras criadas pela Lei dos Juizados Especiais Criminais aos casos de violência contra a mulher não tenha sido o objeto direto das ações de controle de constitucionalidade referidas, tampouco de debate profundo pelos integrantes do tribunal, resta evidente, a partir da análise do conteúdo dos votos e das razões de decidir, que para o Supremo Tribunal Federal o artigo 41 da Lei n.º 11.340/06 é, também sob essa ótica, plenamente válido diante do quanto disposto pela Constituição Federal de 1988.

Há que se destacar, contudo, ainda dois pontos importantíssimos que se extraem de ambos os julgamentos: a razão de decidir e a não abordagem no Acordo de Não Persecução Penal nas referidas ações.

2.4.1 A razão de decidir: interpretação que dê maior proteção à mulher

A análise dos votos proferidos na ADI 4424 e na ADC 19 revela que para além das questões levantadas sobre o prisma do princípio da igualdade, bem como o reconhecimento do § 8º do art. 225 da Constituição Federal como o parâmetro utilizado para o controle de constitucionalidade, há um fio condutor que liga o pensamento dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a necessidade de se prestigiar interpretação que dê maior proteção à mulher.

A Ministra Cármen Lúcia foi clara em seu voto na ADI 4424 em dizer que “a interpretação que agora se oferece para conformar a norma à Constituição me parece basear-se, exatamente, na **maior proteção** da mulher” (antecipação de voto, não numerada), concluindo que “[é] preciso levar em consideração, rigorosamente, o escopo da Lei, o objetivo da Lei, que é **dar maior proteção**” (grifo nosso - antecipação de voto, não numerado).

Também a Ministra Rosa Weber, em seu voto na referida ADI, bem explicitou que a *mens legis* da Lei Maria da Penha é ter uma aplicação de direito penal diferenciada quando se tratar de caso de violência contra a mulher, um direito penal mais gravoso e capaz de dar uma resposta adequada a essa situação. Segundo a Ministra, “todo o sistema da Lei Maria da Penha sinaliza no sentido de uma atuação mais forte e de uma tutela mais presente do Estado na persecução dos crimes praticados contra a mulher no âmago da família” (voto, p. 12).

Tal constatação é importante ser destacada porque revela que para o Supremo Tribunal Federal o microssistema de proteção criminal da mulher merece ter instrumentos que deem uma proteção mais ampla e efetiva para esse grupo de pessoas. Essa conclusão, também, ao ser levada a sério, implica na inadmissibilidade à tolerância com o impacto desproporcional que venha a ser identificado em sua aplicação, de modo a agravar a situação da mulher vítima.

2.4.2 O caso do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP

Em relação ao Acordo de Não Persecução Penal, pela óbvia razão de que ele não estava previsto na legislação brasileira quando da propositura das referidas

ações de controles de constitucionalidade, não foi objeto de apreciação pelo Supremo àquela época.

Com efeito, o Acordo de Não Persecução Penal começou a ter feição no Brasil com a Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual previu a possibilidade de o Ministério Público brasileiro se utilizar de instrumento despenalizador também em crimes de médio potencial ofensivo, fixando-se balizas, as medidas alternativas que poderiam ser aplicadas ao infrator, bem como os casos em que tal acordo não seria possível. Eis o teor do texto primevo do artigo 18 da referida Resolução:

Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal;

III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail;

IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público.

V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Nota-se, de largada, que o regramento dado pelo CNMP não excluía a possibilidade do ANPP para casos envolvendo violência doméstica ou familiar contra a mulher, embora na época de sua edição já houvesse a Lei Maria da Penha e as decisões do Supremo na ADI 4424 e ADC 19 que, como se viu, mesmo que

implicitamente, reconheceram a constitucionalidade da exclusão da possibilidade de acordos em casos desse jaez.

Além disso, a própria possibilidade do Acordo com base em regramento jurídico trazido por resolução de Conselho Superior foi objeto de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial, eis que se trataria de matéria afeta à legislação processual penal, impossível de regulamentação por resolução do CNMP.

Seja como for, em 2019, por intermédio da Lei n.º 13.964/19, foi incluído o artigo 28-A no Código de Processo Penal, prevendo-se, agora através de lei, o Acordo de Não Persecução Penal na legislação brasileira. Embora acolhido em grande parte o quanto o CNMP havia trazido em sua resolução, o ANPP no Código de Processo Penal trouxe limitações maiores, dentre elas, a de sua utilização em casos em que incida a Lei Maria da Penha. Veja-se o texto legal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (grifo nosso)

Destaca-se que as mudanças operadas pela Lei n.º 13.964/2019 foram objeto de várias ADIs perante o Supremo Tribunal Federal (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305), todas reunidas e julgadas em conjunto em 24 de agosto de 2023.

Embora dispositivos atinentes ao Acordo de Persecução Penal tenham sido questionados, especificamente o inciso IV do § 2ª do artigo 28-A, a vedar o ANPP em casos de violência doméstica, não foi objeto de questionamento, de modo que não há decisão do Supremo sobre esse ponto.

Dessa forma, seja porque sequer existia quando da ADI 4424 e ADC 19, seja porque não foi objeto de questionamento posterior, a proibição da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal aos casos envolvendo violência contra a mulher decorre de lei (e como tal, presumivelmente constitucional), não havendo, contudo, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade a atestar a validade dessa disposição legal em face da Constituição Federal, em que pese milite nesse sentido a *razão de decidir* do Supremo nas ações acima citadas que trataram especificamente da Lei Maria da Pena e a não aplicação da Lei dos Juizados Especiais, a qual inseriu a temática dos instrumentos despenalizadores no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, em resumo, a proibição de composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal em casos envolvendo violência doméstica, embora plenamente prevista em lei e sob a ótica do plano da validade normativa esteja presumivelmente em conformidade com a Constituição Federal/88, não há decisão do STF que a confirme expressamente, em especial considerando os efeitos, já no plano da eficácia, que tal proibição tem causado Brasil à fora em diversos casos em que se identifica ocorrência de discriminação indireta, vale dizer, que a aplicação da lei pura e fria cria um sistema de proteção ainda menor à mulher do que o aplicável ao homem em casos semelhantes.

Cumprir registrar, ainda, que durante o julgamento dessas ações, para além dos debates jurídicos naturais que a questão demandava, o Ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para a necessidade de se avaliar, com base em dados, se a política pública em discussão terá[ia], de fato, eficácia, de modo a ser a melhor

alternativa para se buscar a finalidade constitucional de proteção da mulher contra a violência doméstica. Com efeito, discutindo-se se a opção legislativa de dispensar a representação criminal em caso de lesão corporal em violência contra a mulher era de fato a melhor, referido Ministro fez questão de grafar *“não estar, realmente, seguro de que essa fórmula que nós estamos a eleger como aquela que de fato condiz com o princípio da proteção insuficiente [...] é de fato a adequada, para dizer então que há uma inconstitucionalidade”* (voto, p. 2). Destaca-se do voto do eminente Ministro:

Eu gosto sempre de uma frase que eu repito, de um jurista alemão chamado Jahrreiss, que diz que legislar é um pouco fazer experiência, só que é fazer experiência com o destino humano. Essa é a diferença. Aqui, é um pouco isso que ocorre. Aí vem inclusive aquela menção que aparece no Evangelho que, às vezes, querendo fazer o bem, faz-se o mal. Então, é preciso ter cuidado. Mas, como nós estamos aqui fixando uma interpretação que eventualmente, quer dizer, declarando constitucional, nós poderemos eventualmente rever dentro inclusive de fatos, eu vou acompanhar o Relator.

Veja-se que embora tenha acompanhado o Relator, o Ministro Gilmar Mendes deixou clara a possibilidade de se rever, futuramente, a questão, caso a política pública adotada não se mostrasse, na prática, eficaz para o fim a que se destinava.

De seu turno, o Ministro Joaquim Barbosa foi mais enfático ainda acerca da possibilidade de a política pública ser revista pelo Poder Judiciário, quando se perceber que ela, em vez de atingir as finalidades a que se propõe, esteja a contribuir em sentido oposto. São suas palavras:

Ora, quando o legislador, levando em conta o que diz a Constituição em benefício desses grupos, vota normas ou leis que, embora no intuito de ver os direitos avançarem e protegerem os direitos desses grupos vulneráveis e destacados, mesmo a intenção tendo sido boa, na verdade, essas normas se revelam ineficazes, insuficientes. Quando isso ocorre, eu acho que é dever desta Corte Constitucional, tomando em conta esse fracasso da norma votada pelo legislador e levando em conta esses dados sociais que são inegáveis, são tão inegáveis que a própria Constituição os toma em conta, é dever desta Corte reverter essas políticas na busca de uma outra direção que vá, esta, sim, no sentido da proteção. E é o que ocorre aqui. (ADI 4424, voto, p.1)

É exatamente o que se trata no presente trabalho: a revisão do quanto decidido pelo Supremo, mesmo que implicitamente, a partir de conjunturas atuais, de modo a preservar o comando constitucional e a higidez do sistema jurídico,

visando a conferir a melhor proteção jurídica possível à mulher, na esteira, inclusive, da legislação internacional e das decisões das Cortes internacionais a que o Brasil se submete.

2.5 A problemática da proibição das medidas despenalizadoras frente a falta de estabelecimentos penais adequados para o cumprimento da pena no Brasil

O presente trabalho acadêmico não tem como finalidade discutir a validade em si do artigo 41 da Lei 9.099/95, ou mesmo do artigo 28-A, § 2º, inciso IV, do Código de Processo Penal, que proíbem a aplicação de medidas despenalizadoras em casos envolvendo violência contra a mulher, frente ao texto constitucional ou instrumentos de direito internacional que o Brasil seja signatário.

Ao contrário, parte-se da ideia de que tal proibição está em consonância normativa com o que dispõe o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, bem assim as normas de direito internacional internalizadas pelo Brasil, a revelar importante política pública de ação afirmativa em favor da mulher, capaz de, aliada a outras, oportunizar às mulheres as mesmas condições reais de desenvolvimento humano conferidas historicamente aos homens.

O que nos leva a essa investigação, em verdade, é o efeito que essa política pública tem gerado quando de sua efetiva aplicação, ou seja, no plano da eficácia social, especialmente na conjuntura que vive a maior parte das Comarcas brasileiras decorrente da falta de vagas em estabelecimentos penais adequados para o cumprimento das penas decorrentes desses crimes.

Com efeito, passados quase 20 anos da promulgação da Lei Maria da Penha, a práxis processual penal tem demonstrado, em muitos casos, que as disposições legais que tinham um norte normativo muito claro – trazer maior proteção à mulher vítima de violência, com uma resposta penal mais grave e incisiva – tem gerado, na prática, justamente o efeito contrário.

Isso porque, como se verá com maior detalhe à frente, os crimes que envolvem violência contra a mulher, em sua maioria (tanto em quantidade de tipos penais, quanto de incidência no dia a dia) não desafiam penas privativas de

liberdade com regime inicial fechado¹¹, sendo destinado a eles, como regra, o semiaberto¹² e, na maior parte dos casos, o regime aberto¹³.

Todavia, o Brasil carece sobremaneira de estabelecimentos penais adequados para o cumprimento de pena privativa de liberdade nesses regimes, de modo que, na prática, a maioria das condenações são cumpridas em meio aberto, no chamado *regime harmonizado*.

Essa realidade tem demonstrado, em muitos casos e a depender da disponibilidade na Comarca desse tipo de estabelecimento e vaga, que a proibição da aplicação das medidas despenalizadoras nesses casos de violência contra a mulher tem gerado efeitos deletérios, em nada contribuindo para a melhor proteção desse grupo de pessoas.

Nesse sentido, no que toca ao agressor, o regime normativo atual o submete necessariamente à ação penal, com suas naturais agruras e desgastes, geralmente por longo tempo, período em que a relação doméstica, naqueles casos em que a vítima e ofensor continuam a conviver, tende a permanecer sob a expectativa dos atos processuais que virão e da pena que será aplicada, nada salutar para a pacificação da família. Ainda, a condenação do agressor gera a famigerada anotação no livro dos culpados, impedindo-o de ter acesso a certidão criminal negativa por longo tempo, usualmente exigida em diversos atos da vida civil, inclusive trabalhista. Ao final, a pena efetivamente aplicada será cumprida em

11 Código Penal

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

12 Código Penal

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

13 Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

regime harmonizado, com recolhimento domiciliar noturno e algumas outras condições, nunca fiscalizadas e certamente incompatível com a gravidade do caso e dos efeitos maléficos que o próprio processo já desencadeou, seja no réu, seja na vítima, seja na família.

Por parte da vítima, a solução também em regra não lhe é salutar: demora-se muito para a sentença, a qual, não raras vezes, será reconhecendo a prescrição, deixando o caso na impunidade; quando a sentença é condenatória, de regra chega tardiamente, muitas vezes reacendendo a animosidade que o tempo já havia apagado. A resposta penal, por fim, é absolutamente revoltante: o agressor cumprirá sua pena em casa, comparecendo uma vez por mês ao Fórum da cidade e tendo outras restrições que – todos sabem – o Estado é incapaz de fiscalizar. De regra, decorrido o tempo da pena sem que o agora condenado tenha faltado a algum dos seus compromissos mensais perante o Poder Judiciário, a pena será declarada extinta pelo cumprimento.

O Estado, por sua vez, diante desse atual quadro normativo, enquanto detentor do poder de dizer o direito e aplicar a lei, bem como, mais que isso, devedor de políticas de proteção dos direitos humanos, é obrigado a adotar procedimento mais custoso aos cofres públicos, extremamente burocratizado e demorado, para ao final dar uma resposta que, não havendo estabelecimento penal adequado para o regime de cumprimento de pena fixado, será um atestado de incapacidade de prestar a justiça.

Essa realidade é indiscutível na maioria das Comarcas do Brasil, que consoante de verá a seguir não possuem estabelecimentos e vagas adequadas para o cumprimento desse tipo de pena, e acaba por deslegitimar a política pública de proteção da mulher, tornando não só elas vulneráveis, como revelando que o Estado brasileiro, em grande medida, continua conivente e omissor com a violência contra o público feminino.

Vejamos com mais vagar essa conjuntura.

2.5.1 A ADPF 347, o estado de coisas inconstitucional e o Plano Pena Justa

No ano de 2015 foi instaurada a ADPF 347 perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da qual se buscou algo inédito no Brasil: a declaração de

inconstitucionalidade de um fato, uma conjuntura - e não de um ato normativo -, frente ao que prescreve a Constituição Federal.

Com efeito, alegou-se na referida ação que o sistema penitenciário nacional estava em contrariedade com a Constituição Federal, diante da reiterada ofensa a direitos dos presos, bem como que, diante dessa quadra, competiria ao Supremo Tribunal Federal intervir e determinar medidas ao poder público para correção das desconformidades alegadas.

O STF deferiu em parte as medidas cautelares requeridas, reconhecendo o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e determinando que a União não contingenciasse verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, bem como que fosse implementada a chamada audiência de custódia.

Em 2023 a ação foi efetivamente julgada, oportunidade em que se reafirmou a contrariedade do atual sistema prisional brasileiro para com a Constituição Federal e se determinou outras medidas que deverão ser tomadas pela União, Estados e Distrito Federal, dentre elas a elaboração de planos para a superação das desconformidades, que serão fiscalizados e acompanhados pelo CNJ e STF. Eis trecho do Acórdão, naquilo que importa ao presente estudo:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para:

1. reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro;
2. determinar que juízes e tribunais: a) realizem audiências de custódia, preferencialmente de forma presencial, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão; b) fundamentem a não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas à prisão, sempre que possíveis, tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário;
3. ordenar a liberação e o não contingenciamento dos recursos do FUNPEN;
4. determinar a elaboração de plano nacional e de planos estaduais e distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional, com indicadores que permitam acompanhar sua implementação; [...] (STF – ADPF 347)

O plano a cargo da União, denominado *Pena Justa*, com certo atraso foi apresentado ao Supremo Tribunal Federal, que o homologou com ressalvas, em dezembro de 2024, estando, desde então, em curso o prazo para os Estados e Distrito Federal elaborarem seus respectivos planos.

Referida ADI, além de um marco na inovação do controle de constitucionalidade no Brasil, se constituiu, tanto ela quanto o acórdão, de características estruturais, de modo que a superação dos problemas expostos e reconhecidos se dará por técnicas especiais de execução, notadamente a construção dialogada dos planos de ação, seu cumprimento, fiscalização e eventual correção.

Por outro lado, a ADF 347 teve o mérito de expor a preocupante situação do sistema carcerário nacional, tanto no que diz respeito à ausência de vagas (e respectiva superlotação), quanto à má qualidade das vagas ofertadas e incapacidade sistêmica que o Estado brasileiro tem demonstrado de fazer da execução penal não apenas instrumento de restrição da liberdade e retribuição pelo injusto cometido, mas também de reeducação para que os apenados, tanto quanto possível, possam voltar melhor para a sociedade ao final de sua reprimenda.

O Plano Pena Justa, por sua vez, foi elaborado em conformidade com o que o STF determinou na ADPF 347, seguindo quatro eixos básicos, a saber:

1. Controle da Entrada e das Vagas do Sistema Prisional:
Aborda problemas como a superlotação carcerária, a sobre-representação da população negra e o uso excessivo da pena privativa de liberdade.
2. Qualidade da Ambiência, dos Serviços Prestados e da Estrutura Prisional:
A inadequação da arquitetura prisional, a má qualidade dos serviços prestados nas prisões, a tortura e o tratamento degradante somado à falta de transparência e de canais efetivos para denúncia são alguns dos problemas identificados neste eixo. A desvalorização dos servidores penais também é abordada neste tópico.
3. Processos de Saída da Prisão e da Reintegração Social:
Na porta de saída da prisão, apresenta estratégias de qualificação dos procedimentos de soltura e a consolidação de políticas voltadas às pessoas que deixam o sistema prisional, com a necessidade de absorção desse público pelo mercado de trabalho.
4. Políticas para Não Repetição do Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Prisional:
Ações para garantir que esse estado de calamidade não se repita, incluindo o enfrentamento ao racismo no ciclo penal, o fortalecimento das políticas penais e orçamentos, o respeito a precedentes e normativas perpassam todo o plano de forma transversal.

Importante destacar que de cada eixo decorre o diagnóstico do problema, a ação mitigadora e a medida a ser implementada para tanto. Naquilo que se aproxima do presente estudo, destaca-se que no Eixo 1 – *Controle de Entrada e das*

Vagas do Sistema Prisional -, foi diagnosticado o Problema do “uso excessivo da privação da liberdade”, sendo apontado como uma das *Ações Mitigadoras* a “adoção de medidas diversas da prisão”, bem como uma das Medidas a serem adotadas para tanto o incremento da Justiça Restaurativa como modalidade de resolução de conflitos.

Veja-se que embora Justiça Restaurativa não se confunda, necessariamente, com os acordos penais, guarda profunda ligação com eles, enquanto instrumentos de solução consensual da demanda criminal.

Conforme o Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹⁴:

A Justiça Restaurativa é um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato são solucionados de modo estruturado.

Essa modalidade de resolução de conflitos está prevista na Resolução CNJ n.º 225/16, que criou a Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, ainda vigente com alterações, dentre elas as previstas pela Resolução CNJ 300/2029.

Destaca-se que aquela resolução, em seus considerandos, fez expressa menção aos institutos despenalizadores criados pela Lei n.º 9.099/95 para justificar sua edição, apontando assim a aproximação entre Justiça Restaurativa e acordos penais¹⁵.

Dessa forma, o Plano Pena Justa, ao apontar a adoção da Justiça Restaurativa, aponta justamente no sentido de se privilegiar a solução extraprocessual da lide penal, com foco na reparação do dano, conscientização do agente do crime e consensualidade, típicas das medidas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais e do Acordo de Não Persecução Penal.

Assim sendo, também nos parece que em decorrência do julgamento da ADPF 347 e do Plano Pena Justa que busca implementar seus vetores, não

14 CNJ, disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/justica-restaurativa/> - acesso em 04.05.2025.

15 CONSIDERANDO que os arts. 72, 77 e 89 da Lei 9.099/1995 permitem a homologação dos acordos celebrados nos procedimentos próprios quando regidos sob os fundamentos da Justiça Restaurativa, como a composição civil, a transação penal ou a condição da suspensão condicional do processo de natureza criminal que tramitam perante os Juizados Especiais Criminais ou nos Juízos Criminais;

podemos fechar os olhos peremptoriamente para as soluções negociadas, sempre que se mostrarem adequadas e suficientes para restaurar o equilíbrio social decorrente do crime, reparar a vítima e pacificar os envolvidos. Isso, assim nos parece, inclui casos envolvendo violência contra a mulher, notadamente quando a ausência de estabelecimentos penais adequados impor soluções de arremedo, até mais brandas que aquelas obtidas em acordos penais, sem os benefícios da Justiça Restaurativa.

Aliás, a própria Resolução CNJ 225/16 fez prever expressamente a possibilidade de aplicação da metodologia da Justiça Restaurativa em casos envolvendo violência doméstica, sempre que cabível¹⁶.

Diante desse contexto, ainda que o Plano Pena Justa esteja em seu início de execução, é certo que seus vetores apontam, diante do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, para o fortalecimento das medidas despenalizadoras, os acordos penais, capazes de dar solução à lide criminal e restaurar com mais velocidade e amplitude o esgarçamento social decorrente do crime. Também decorre disso a possibilidade – em verdade a necessidade – de se revisitar o quanto decidido pelo STF na ADI 4424 e na ADC 19, de modo a promover correções de rumo na Política Pública de proteção da mulher contra a violência de gênero, dentre outros, com a possibilidade de adoção de acordos penais em determinados casos e sob determinadas condições, consoante se explanará à frente.

2.5.2 O regime harmonizado e seus parâmetros

Antes do julgamento de mérito da ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal já havia apreciado a questão relativa à falta de vagas em regime diverso do fechado e a compatibilidade da execução da pena em regime mais gravoso. Em razão do julgamento em 29 de junho de 2016, o Supremo emitiu a Súmula Vinculante n.º 56, com o seguinte teor:

¹⁶ Resolução CNJ 225/16

Art. 24 Fica acrescido o seguinte parágrafo ao art. 3º da Resolução CNJ 128/2011:

“§3º. Na condução de suas atividades, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar, quando cabível, processos restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares.” (disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado1433052024111467360a214a69b.pdf>. Acesso em 04-05-2026)

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

O citado Recurso Extraordinário 641.320/RS, que teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes, trouxe os seguintes parâmetros para o que passou a ser chamado de *regime harmonizado*:

Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia.

2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.

3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”).

No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado.

4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. (RE 641.320/RS, grifo nosso)

Portanto, a partir da edição da Súmula Vinculante n.º 56 pelo STF, restou terminantemente proibido o cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto em unidades prisionais típicas para o regime fechado, vale dizer, penitenciárias de segurança máxima ou média, consoante dispõe o artigo 33, § 1º, alínea a, do Código Penal.

Todavia, salvo exceções como o crime de feminicídio e o estupro, a maior parte dos crimes envolvendo violência doméstica contra a mulher não possui penas altas que desafiam o regime inicial fechado, de modo que, em regra, são aplicados os regimes aberto e semiaberto. Isso, somado ao conteúdo da Súmula Vinculante 56 e à ausência de vagas suficientes em estabelecimentos penais para tais regimes, tem levado os agressores de mulheres, como regra, ao regime harmonizado.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ regulamentou em parte a matéria, especificamente no que atine à imposição do monitoramento eletrônico a esses condenados como condição do regime harmonizado, consoante se depreende da Resolução n.º 412/2021, que “[e]stabelece diretrizes e procedimentos para a aplicação e o acompanhamento da medida de monitoramento eletrônico de pessoas”, bem como da Resolução 417/2021, que “[i]nstitui e regulamenta o Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0)”.

Com efeito, destaca-se da primeira Resolução que a determinação da prisão domiciliar de natureza cautelar, nos casos de saída antecipada ou em substituição à privação de liberdade em estabelecimento penal, poderá ser cumulada com a medida de monitoramento eletrônico, mediante decisão fundamentada que indique a necessidade e adequação ao caso concreto (art. 3º, § 2º).

Já a Resolução CNJ n.º 417/21 previu expressamente o caso do monitoramento eletrônico em situação de execução em meio aberto, chamada de “medidas diversas da prisão em execução”. Determina referida Resolução, por exemplo, o cadastro de mandado de monitoramento eletrônico no BNMP toda vez que tal medida foi determinada, o qual deverá conter eventuais condicionantes também impostas na decisão (art. 14). Alguns tribunais estaduais também expediram regulamentos sobre o tema em casos específicos, como o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí durante a pandemia da COVID-19¹⁷, e há projeto de lei para incluir expressamente a matéria na legislação penal pátria (Projeto de Lei 2.756/2020, em trâmite na Câmara dos Deputados).

Seja como for, o chamado regime harmonizado já é algo consolidado no dia a dia forense, sendo até pressuposto que não haja vaga em estabelecimento adequado e que deverão ser aplicadas as medidas harmonizadas com o monitoramento eletrônico, tanto que se alterou a citada Resolução 417/21 para proibir a expedição de mandado de prisão em caso de regime semiaberto ou aberto antes da intimação pessoal do apenado e da negativa de vaga pelo Poder Executivo (Resolução CNJ n.º 474/22¹⁸).

17 TJPI, disponível em <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/1076119-regime-semiaberto-harmonizado-atendera-criterios.xhtml>, acessado em 04.05.2025.

18 Art. 23. Transitada em julgado a condenação ao cumprimento de pena em regime semiaberto ou aberto, a pessoa condenada será intimada para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de mandado de prisão, sem prejuízo da realização de audiência admonitória e da observância da Súmula Vinculante no 56.”

Assinala-se que, salvo o projeto de lei citado que ainda está em tramitação, não há um regramento exauriente sobre as medidas que, em conjunto com o monitoramento eletrônico, poderão o Poder Judiciário fixar para o cumprimento do regime harmonizado. É comum a fixação de condições como o recolhimento domiciliar noturno e em finais de semana e feriados; a comprovação de exercício de atividade lícita; o comparecimento regular, em regra mensal, em Juízo para comprovar e justificar suas atividades; a proibição de deixar a Comarca ou mudar de endereço sem comunicação ou autorização prévia do Juízo; bem assim, em casos específicos, a proibição de frequentar determinados lugares.

Como se vê, na prática a pena cumprida em regime harmonizado se aproxima muito da liberdade provisória cumulada com medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, sendo o conteúdo material das restrições impostas praticamente idêntico. Aliás, o próprio Ministro Relator do RE 641.320/RS, Ministro Gilmar Mendes, asseverou em seu voto que o “juiz das execuções penais deverá, com base na realidade do sistema prisional de sua localidade e do perfil dos sentenciados, estabelecer as medidas adequadas”, já que “[e]stamos atuando num campo em que não há legislação rígida dispondo sobre as medidas a serem adotadas”.

Dessa forma, o chamado regime harmonizado, para além do monitoramento eletrônico (que poderá inclusive ser dispensado), terá seu conteúdo material de condições fixados pelo Juízo das execuções, da maneira que entender mais adequada para a situação.

Veja-se, assim, que o cumprimento das penas aplicadas à maioria dos crimes envolvendo violência contra a mulher, em especial nas Comarcas em que não existam vagas para o regime semiaberto e aberto, terá um conteúdo muito próximo de medidas cautelares, algumas sem qualquer fiscalização efetiva, o que evidencia que, nessa seara, o Estado brasileiro continua tolerando gravemente esse tipo de crime e, pior, omitindo-se de seu dever de proteção dos direitos humanos das mulheres.

2.5.3 O deficit de vagas em regime semiaberto e aberto no Brasil

Muito embora o deficit de vagas em estabelecimentos penais no Brasil seja fato notório, inclusive declarado em decisão judicial transitada em julgado pelo STF na ADPF 347 ao declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, nem sempre se atenta aos dados, aos números que estão disponíveis e podem evidenciar melhor a questão.

Com efeito, o Brasil é um país de dimensão continental, sendo que a realidade estrutural vivida em cada estado da nação, bem assim nas variadas Comarcas de todos os seus rincões é absolutamente díspar, de modo que a visão de mundo que se possa ter no local de atuação do profissional do direito que milita nessa área pode em muito ser comprometida pela realidade por ele vivida, desconsiderando outras.

Afinal, qual é o deficit de vagas no sistema penitenciário nacional?

A Secretaria Nacional de Políticas Penais - SENAPPEN, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal, possui a consolidação dos dados de informações penitenciárias, disponibilizando-as pela ferramenta de coleta de dados denominada SISDEPEN, inclusive em sistema visual e interativo, semestralmente, podendo ser acessado livremente.

Referido sistema possui filtros que facilitam a obtenção dos dados de interesse por painéis e revelam, ao final, a situação atual do sistema carcerário nacional¹⁹.

A análise dos dados do SISDEPEN evidencia que o sistema possui dados semestrais desde o segundo semestre de 2016, já estando alimentado com os dados do segundo semestre de 2024.

Segundo os dados consolidados ao final de 2024, o país possuía uma população em cumprimento de pena de 909.594 (novecentos e nove mil, quinhentos e noventa e quatro) pessoas, sendo que 670.792 (seiscentos e setenta mil, setecentos e noventa e duas) pessoas estavam inseridas em celas/compartimentos físicos do Sistema Penitenciário e outras 3.751 (três mil, setecentos e cinquenta e

¹⁹ Os painéis podem ser acessados em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMDY2ODEzOTgtYmJlMy00ZmVkLWlwMTEtMTJjZDQwZWRIYjdhliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.

uma) pessoas em outrasarceragens, como de órgãos da polícia civil, militar, corpo de bombeiros ou polícia federal.

Por outro lado, o painel também revela a existência de 112.949 (cento e doze mil, novecentos e quarenta e nove) pessoas em prisão domiciliar sem monitoramento eletrônico, e outras 122.102 (cento e vinte e dois mil, cento e duas) pessoas em prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. Trata-se, portanto, de quantitativo de pessoas presas fora dos estabelecimentos prisionais oficiais.

Assim sendo, os dados revelam que do total da população em cumprimento de pena no país, apenas 74,15% está efetivamente em carceragem física, de modo que o restante está em prisão domiciliar, com ou sem monitoramento eletrônico.

Quando se analisa o painel da população por regime de cumprimento de pena, verifica-se um total de 905.843 (novecentos e cinco mil, oitocentos e quarenta e três) pessoas, distribuídas conforme a tabela a baixo:

Total	Presos provisórios (sem condenação)	Presos sentenciados em regime fechado	Presos sentenciados em regime semiaberto	Presos sentenciados em regime aberto	Medida de Segurança de Internação	Medida de Segurança de Tratamento Ambulatorial
905.843	214.474	372.200	197.066	119.331	1985	787

Dados obtidos via SISDEPEN, em 04.05.2025.

Atento ao que interessa ao presente trabalho, é possível obter o quantitativo dessas pessoas que estão em cela/compartimentos físicos, sendo que a diferença está em prisão domiciliar, com ou sem monitoramento eletrônico. Aplicado esse filtro, temos os seguintes dados de presos em cela física:

Total	Presos provisórios (sem condenação)	Presos sentenciados em regime fechado	Presos sentenciados em regime semiaberto	Presos sentenciados em regime aberto	Medida de Segurança de Internação	Medida de Segurança de Tratamento Ambulatorial
670.792	182.882	367.330	112.438	5.935	1776	431

Dados obtidos via SISDEPEN, em 04.05.2025

Comparando as duas tabelas, é possível verificar o quantitativo e percentual de pessoas que estão cumprindo suas penas em cela física, por regime. Veja-se:

Total	Presos provisórios (sem condenação)	Presos sentenciados em regime fechado	Presos sentenciados em regime semiaberto	Presos sentenciados em regime aberto	Medida de Segurança de Internação	Medida de Segurança de Tratamento Ambulatorial
670.792	182.882	367.330	112.438	5.935	1776	431
74,05%	85,27%	98,69%	57,05%	4,97%	89,47%	54,76%

Dados obtidos via SISDEPEN, em 04.05.2025

Da análise desses percentuais já fica clara a discrepância entre o cumprimento da pena em cela física (ou seja, em estabelecimento penal) e em prisão domiciliar (regime harmonizado), evidenciando-se que a política pública atual tem privilegiado a disposição de vagas para o regime fechado, em detrimento de vagas para os regimes semiaberto e aberto.

Nesse sentido, veja-se que enquanto no regime fechado há pouca distorção (98,69% dos presos estão cumprindo suas penas em estabelecimentos penais – celas físicas), o número cai drasticamente quando se analisa os dados do regime semiaberto (apenas 57,05% dos presos nesse regime cumprem sua pena em estabelecimento penal – cela física) e praticamente é irrisório quando se fala de regime aberto (menos de 5% cumprem efetivamente sua pena em estabelecimento penal – cela física).

Essa análise pode ser feita com dados de anos anteriores e o que se constata é o crescente abandono pelo Estado brasileiro de seu dever de estruturar estabelecimentos penais adequados para o cumprimento de pena em regime semiaberto e aberto.

Veja-se o comparativo a seguir, ano a ano, a partir dos dados extraídos do SISDEPEN, evidenciando a diminuição percentual de presos nos citados regimes que cumprem suas penas efetivamente em estabelecimentos penais:

Ano/ Semestre	Presos em regime fechado		Presos em regime semiaberto		Presos em regime aberto	
	Total	Em Cela - %	Total	Em Cela - %	Total	Em Cela - %
2016/2	309.606	309.576 99,99%	117.672	115.294 97,97%	39.320	37.024 94,16%
2017/2	309.813	309.752 99,98%	117.804	115.265 97,84%	36.136	32.154 88,98%
2018/2	326.911	326.831 99,87%	126.060	120.792 95,82%	27.206	22.181 81,52%

2019/2	362.547	362.177 99,89%	133.408	122.824 92,06%	25.137	20.754 82,56%
2020/2	340.295	335.773 98,67%	149.125	106.826 71,63%	80.150	7.539 9,40%
2021/2	335.132	329.456 98,30%	169.255	123.854 73,17%	102.763	20.185 19,64%
2022/2	331.579	328.705 99,13%	179.410	124.718 69,51%	107.999	6.832 6,32%
2023/2	350.211	344.972 98,50%	185.733	114.935 61,88%	103.009	5.276 5,11%
2024/2	372.200	367.330 99,69%	197.066	112.438 57,05%	119.331	5.935 4,97%

Dados obtidos via SISDEPEN, em 04.05.2025

A análise da tabela supra demonstra claramente o declínio de pessoas cumprindo suas penas em regime aberto ou semiaberto em estabelecimentos penais (em cela/compartimento físico oficial), apontando a adoção massiva pelo poder público do regime harmonizado, mediante mero monitoramento eletrônico em parte dos casos e medidas outras, que a praxe demonstra sempre não fiscalizáveis.

É evidente que esses dados são macro, em termos de Brasil, sendo que a análise por estados da federação mostra dados ainda mais alarmantes, com alguns informando zero vagas em regime aberto ou semiaberto, de modo que toda a execução penal nesses regimes se dá de forma harmonizada.

Cita-se, como exemplo, os Estados de Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima, Sergipe, São Paulo e Tocantins, que não apresentam qualquer vaga em regime aberto em instituição penal no monitor do SISDEPEN, enquanto outros, como Alagoas e Amazonas, não apresentam qualquer vaga tanto no regime aberto quanto no semiaberto.

É evidente que esses Estados da federação simplesmente abandonaram a política pública em questão.

Cumprir registrar ainda que, consoante os dados expostos na tabela supra, mesmo os estados federados que possuem vagas em regime semiaberto e aberto, o possuem em quantidade muito aquém da necessária para a efetiva execução da sentença penal condenatória.

Por fim, resta evidente que o poder público tem optado pela exceção (regime harmonizado), certamente em virtude do custo diminuto, de forma cada vez mais acintosa, não havendo perspectiva que essa tendência possa mudar.

Ao contrário, o debate público nacional tem sido no sentido de mudar o foco da questão, não raro se ouvindo defensores da extinção dos regimes semiaberto e aberto como a solução para o problema penal no Brasil, sem atentarem porém (ou, o que é mais provável, omitindo-se do fato) que a extinção de tais regimes imporia a necessidade de criação de uma enormidade de vagas no regime fechado, o que é muito mais inviável, seja pelo custo dessas vagas ser muito superior, seja porque, já hoje, as vagas existentes nesse regime são insuficientes, tanto que reconhecido pelo Supremo o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, que abrange, substancialmente, o regime fechado.

Sabemos que para problemas difíceis não há solução fácil. Isso, contudo, nem sempre é o que a classe política nacional pensa.

Mas importa o registro de que, no Brasil atual, temos vagas para menos de 5% (cinco por cento) das condenações em regime aberto e pouco mais de metade das vagas necessárias para os casos de condenação em regime semiaberto.

Como se verá a seguir, os casos envolvendo violência contra a mulher desafiam, em regra, os regimes aberto e semiaberto, de modo que o enorme déficit de vagas no Brasil impacta sensivelmente o cumprimento da pena desses crimes.

2.5.4 As principais infrações penais envolvendo violência contra a mulher e seus regimes de cumprimento de pena

Sem a pretensão de esgotar todos os crimes que podem se submeter ao regime da Lei n.º 11.340/06, ou seja, caracterizar violência doméstica contra a mulher, cumpre apontar quais são os principais delitos verificados no dia a dia forense e analisar a respectiva pena e regime de cumprimento, ao menos de forma virtual.

A praxe demonstra que a maior incidência desses delitos diz respeito a infrações envolvendo ameaça (CP, artigo 147), perseguição (CP, art. 147-A), violência psicológica (CP, art. 147-B), os crimes contra a honra de calúnia, injúria e difamação (CP, artigos 138, 139 e 140), lesão corporal de natureza leve qualificada pela violência doméstica (CP, art. 129, § 13º), bem assim a contravenção penal de vias de fato (LCP, art. 21).

Embora tais tipos penais não esgotem o universo da violência contra a mulher, é certo que são eles que constituem a grande massa de casos diuturnamente objeto de trabalho das forças policiais, Ministério Público e Poder Judiciária nessa temática.

De todos as infrações penais citadas, apenas o crime de lesões corporais contra a mulher (CP, art. 129, § 13º) é que possui pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (reclusão, de 2 a 5 anos), de modo que quanto aos demais, todos eles desafiam regime inicial aberto, salvo caso de réu reincidente e com as circunstâncias judiciais lhe sendo, cumulativamente, desfavoráveis, nos termos do art. 33 do Código Penal, algo raro de se ver na dia a dia forense.

Mesmo para o crime de lesões corporais, também nos termos do citado dispositivo legal, a pena só será fixada em regime semiaberto caso supere 4 anos (o dobro do mínimo legal), algo também difícil de ocorrer.

Regime fechado para esses crimes, então, é algo absolutamente improvável de acontecer, já que tal regime exige pena superior a 8 anos, o que tais delitos não possuem; ou que, sendo superior a 4 e inferior a 8, seja o réu reincidente ou as circunstâncias judiciais lhe sejam massivamente desfavoráveis, já que as penas em regra não alcançam tal patamar; ou, sendo inferior, haja a somatória de todos os fatores acima: reincidência e circunstâncias judiciais absolutamente desfavoráveis.

Assim sendo, o que se vê é que a maior parte dos esforços do Estado brasileiro e suas instituições para dar cobro às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos acaba por redundar, na esfera penal, em penas baixas, que em virtude de nosso sistema progressivo de cumprimento de pena são cumpridas, em regra, em regime inicial aberto, raras vezes no semiaberto.

Esse fato notório, aliado ao quanto se expôs no tópico supra sobre a deficiência de vagas em estabelecimentos adequados para o cumprimento desse tipo de regime de pena, nos leva à conclusão óbvia, escancarada todos os dias nos processos que visam proteger os direitos humanos das mulheres violadas: a resposta penal efetiva é ínfima, desalentadora para a vítima e encorajadora à reincidência do agressor, demonstrando às escâncaras que o Estado brasileiro continua a tolerar esse tipo de violência.

Mas o pior: esse conjunto de circunstâncias faz com que a lei, promulgada com o bom propósito de dar uma resposta mais satisfatória para a proteção das mulheres, em verdade, na prática, diminua essa proteção.

Explica-se com um exemplo singelo: imaginemos que em um determinado contexto um agressor, ao visualizar sua ex-mulher acompanhada de um homem, os aborde e ameace de morte a ambos. Em relação à vítima homem, o crime de ameaça por ele sofrido será apurado de forma célere mediante Termo Circunstanciado de Ocorrência, o qual levará a uma audiência preliminar perante o Juizado Especial Criminal em que se buscará a solução da questão penal de forma alternativa, consensual. Será oportunizado aos envolvidos, agressor e vítima, a composição civil, que caso aceite gerará a renúncia ao direito de representação e a consequente extinção da punibilidade e do feito; caso os envolvidos não cheguem a um acordo, o Ministério Público poderá propor a transação penal, mediante o cumprimento imediato de penas não privativas de liberdade e outras condições compatíveis com o caso. O agressor poderá ser submetido ao pagamento de um valor enquanto prestação pecuniária; prestar serviço à comunidade; doar voluntariamente sangue ou mesmo cestas básicas para uma entidade reconhecida localmente que trabalhe com pessoas em situação de vulnerabilidade. Sabe-se, outrossim, que em regra a transação é efetiva, com aceitação por parte do agressor e efetivo cumprimento das obrigações assumidas, de modo que de forma célere o mal oriundo do crime é reparado e o suposto agressor continua com sua ficha limpa, sem anotações criminais. Mesmo nos casos excepcionais em que a lide penal não se resolve na fase pré-processual por intermédio da composição civil ou da transação penal, ainda é possível, já no curso da ação penal, a suspensão condicional do processo, outro instituto criado pela Lei dos Juizados para otimizar a Justiça penal e inserir o mecanismo de justiça negociada, consensual, em crimes de menor potencial ofensivo.

E no caso da vítima mulher? Bem, aí a Lei Maria da Penha vedou terminantemente a aplicação da Lei dos Juizados nos casos de violência doméstica contra a mulher, como já visto acima, pelo ser artigo 41. Logo, o crime de ameaça contra a ex-mulher do agressor será investigado em procedimento mais burocrático, que é o Inquérito Policial. Concluídas as investigações e encaminhadas as provas e elementos de informação ao Ministério Público, este terá necessariamente que

ofertar Denúncia para ver se instalar a lide em Juízo e obter, ao final, a pena adequada. Após a instrução processual, submetida a todas as formalidade legais, recursos e graus de jurisdição, caso não ocorra a prescrição, a pena aplicada será de detenção, de um a seis meses, ou multa. Referida pena privativa de liberdade será necessariamente fixada em regime inicial aberto, que, como vimos, possui vagas para apenas cerca de 5% dos casos. Logo, a pena será cumprida em regime harmonizado. Pela baixa gravidade do delito e por não envolver violência, dificilmente se imporá o monitoramento eletrônico, resumindo-se as condições em obrigações de recolhimento domiciliar noturno e comparecimento mensal em juízo, pelo período da pena. Como aquele não será fiscalizado e este demanda apenas a visita ao Fórum, para o caso de ameaça que caracteriza crime contra a mulher – a que Comissão Interamericana determinou que o Brasil não fosse omissa -, bastará ao condenado deixar transcorrer o prazo de pena sem praticar novos delitos e assinar um atestado de comparecimento mensal no Fórum para que pague sua pena.

A discrepância entre as situações é enorme.

Em uma, a aplicação da Lei dos Juizados permite solução célere, com efetiva composição entre os envolvidos, reparação de danos à vítima e sociedade, além de preservar a primariedade do agressor. Na outra, há demora, burocracia e resposta penal leniente, absolutamente ineficaz para a proteção da mulher, mesmo comparada com a aplicação dos institutos despenalizadoras da Lei do Juizado Especial.

Essa realidade que se revela em verdade expõe uma característica própria das ações afirmativas: a discriminação normativa, justificada no plano abstrato para se alcançar a igualdade material, necessita ser avaliada constantemente, pois em inúmeros casos, conjunturas fáticas tornam aquela norma, que existe para proteger um grupo vulnerável, instrumento de incremento da discriminação.

Vele dizer, é no plano da eficácia, com a efetiva aplicação da política pública de discriminação positiva que se verificará se o prognóstico legislativo estava correto, ou seja, se a medida por ele tomada para equilibrar as forças e permitir ao grupo vulnerável condições de igualdade real, de fato tem esse condão, de fato possui relação de causa e efeito com o fim almejado, ou, em termos mais precisos, se de fato ela é eficaz.

Diante de tudo quanto já se expôs, resta claro que já é hora de se reavaliar a política adotada pela Lei Maria da Penha de excluir peremptoriamente a aplicação da Lei do Juizado Especial, ao menos até que a conjuntura posta de ausência de vagas para o cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto seja sanada.

E, diante desse contexto, qual a solução jurídica possível? No capítulo seguinte abordamos a Teoria do Impacto Desproporcional e analisamos sua potencialidade para a solução do impasse

3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA E O IMPACTO DESPROPORCIONAL

A igualdade é dos direitos de maior importância para o ser humano, sendo objeto de antiga discussão, tanto para se conquistá-lo quanto para se definir seu conteúdo. Sarlet, Marinoni e Mitidiero²⁰ apontam a relação íntima desse direito com a própria ideia de justiça, desde o pensamento de Aristóteles. Veja-se:

Igualdade e justiça são noções que guardam uma conexão íntima, que pode ser reconduzida, no plano filosófico, ao pensamento grego clássico, com destaque para o pensamento de Aristóteles, quando este associa justiça e igualdade e sugeriu que os iguais devem ser tratados de modo igual ao passo que os diferentes devem ser tratados de modo desigual, muito embora – convém lembrar – a justiça não se esgote na igualdade nem com ela se confunda.

Assim, temos inicialmente a ideia de igualdade enquanto uma cláusula geral de não discriminação, de modo a reconhecer que a lei se aplica a todos sem distinção, sem privilégios e sem exclusões. Essa concepção é fortemente arraigada em Estados liberais, de modo a colocar todos em idêntica posição jurídica, sem considerar, contudo, diferenças reais e substanciais dos envolvidos que poderão gerar a manutenção das desigualdades. A essa percepção de igualdade perante a lei a doutrina dá o nome de igualdade formal.

Citando Pontes de Miranda, Sarlet, Marinoni e Mitidiero afirmam que a igualdade formal, normalmente expressa por “todos são iguais perante a lei”, dizem os autores, “é em primeira linha destinada ao legislador, estabelecendo uma proibição de tratamentos diferenciados, o que, todavia, embora sirva para coibir desigualdades no futuro, não é suficiente para ‘destruir causas’ da desigualdade numa sociedade”²¹.

Para além dessa compreensão, desenvolveu-se a ideia de igualdade material, também chamada de igualdade na lei (e não só perante a lei), a exigir, em vários casos e situações, que a própria lei traga discrimen para, na prática, se buscar a igualdade entre os envolvidos. É o que Aristóteles chamou de tratar os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades.

20 SARLET, Ingo Wolfgang e outros. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 523

21 *Op. cit.*, p. 527.

Disso decorre o que atualmente chamamos de discriminação positiva, ou políticas afirmativas, que constituem regramentos jurídicos previamente definidos para proteger grupos vulneráveis, conferindo-lhes direitos diferenciados para que possam, aí sim, atuar em pé de igualdade frente ao grupo dominante. São exemplos claros dessas políticas afirmativas as políticas de cotas para universidades e concursos públicos para grupos específicos, como negros, índios, pobres, etc.

Também o critério do gênero é, por vezes, reconhecido pelo legislador como *discrímen* necessário para se alcançar a igualdade material, de modo que desenvolve políticas públicas específicas para a emancipação desses grupos, como é o caso da mulher.

Já no texto constitucional, nada obstante a cláusula geral de todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*) e a previsão de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, inciso I), há diversas previsões que colocam a mulher em situação diferenciada do homem, justamente para buscar equilibrar a desigualdade material que existe. São exemplos a proteção da mulher no mercado de trabalho (art. 7º, inciso XX), a promoção de sua participação na política (art. 17, § 7º), ou mesmo para sua aposentadoria (arts. 40, § 1º, inciso III, e 201, § 7º).

Assim, as ações afirmativas nascem para propiciar a um grupo vulnerável o gozo, tanto quanto possível, real do direito de igualdade, não sendo diferente no caso das mulheres e, em especial, na política pública de combate à específica violência que a elas é dirigida em razão do gênero.

3.1 O princípio da igualdade e as ações afirmativas

Do quanto já exposto não há dúvida acerca da importância da concepção material do princípio da igualdade, bem como da formulação de políticas públicas proativas que visem corrigir as desigualdades para que aquele princípio deixe de ser apenas uma igualdade perante a lei, para se revestir em uma igualdade na lei, ou seja, que a própria lei seja mecanismo de promoção da igualdade dos desiguais.

Por outro lado, a adoção, já pela Constituição Federal, de *discrímen* em diversas passagens, inclusive no que toca à proteção da mulher, afasta qualquer alegação de que esse mecanismo seria inválido perante a Constituição, que seria inconstitucional. Ora, se a própria Constituição prevê políticas públicas variadas de proteção diferenciada de grupos vulneráveis, não há como se falar que uma política

pública desenhada em âmbito legal, como é o caso da Lei Maria da Penha, seja, *per se*, inconstitucional, por tratar homens e mulheres de maneira desigual. Esse, aliás, foi um dos temas do julgamento da ADC 19, conforme já tratado em tópico anterior, sendo também fio condutor no julgamento da ADI 4424.

Nesse sentido, aliás, no julgamento da ADI 4424 a Ministra Rosa Weber foi muito feliz em compartilhar lições doutrinárias que bem explicam o conteúdo do princípio da igualdade e sua relação com as ações afirmativas. Veja-se, por exemplo, a abordagem feita pela também Ministra Cármen Lúcia em trabalho sobre o tema, citado no referido voto:

“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)

Também a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello foi compartilhada pela Ministra Rosa Weber, que pela sua relevância merece também transcrição literal:

“(...) não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexos 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**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 54)

Como se vê, há convergência entre o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal e a doutrina acerca da constitucionalidade das chamadas ações afirmativas, ou discriminações positivas, vale dizer, políticas públicas fundadas no reconhecimento das desigualdades materiais entre os grupos de pessoas envolvidas e que visam, a partir do tratamento legal desigual, corrigir essas distorções.

Tal a importância e riqueza do julgamento feito pelo STF na ADI 4424 sobre a temática da violência de gênero e sua relação com o princípio da igualdade e as ações afirmativas, que se mostra necessário também colacionar as lições do ex-Ministro Joaquim Barbosa, em trabalho por ele escrito, compartilhado pelo Ministro Luiz Fux em seu voto. Eis a transcrição literal do excerto:

“Em Direito Comparado, conhecem-se essencialmente dois tipos de políticas públicas destinadas a combater a discriminação e aos 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)

Nada obstante essa convergência entre a doutrina e a Corte Suprema acerca da validade das ações afirmativas, cumpre o registro acerca da preocupação acerca da legitimidade do *discrímén* a ser adotado pela norma. Vale dizer, para se alcançar a igualdade material seria possível e válido a adoção de qualquer tipo de discriminação em sede normativa?

A resposta, obviamente, só pode ser negativa.

Não há como se imaginar que uma política de ação afirmativa, destinada a corrigir distorções que comprometem a igualdade, possa, ela mesmo, promover a discriminação a tal ponto que se torne instrumento do que pretendia combater. Mas qual seria, então, o limite do *discrímén*?

A doutrina, nesse sentido, tem apontado a íntima relação entre três princípios, cuja conjugação e convivência expõe o limite da discriminação nas ações afirmativas. São eles a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Sarlet, Marinoni e Mitidiero apontam acerca da tensão que pode existir entre os princípios da igualdade e da liberdade, *verbis*:

Liberdade e igualdade andam “abraçadas” pelo menos desde que ambas as noções foram objeto de expresse reconhecimento pelo movimento revolucionário francês (1789), sendo que, na evolução subsequente, a relação entre liberdade e igualdade passou a ser considerada como de certo modo indissociável e constitutiva do constitucionalismo moderno. Embora a relação entre ambas as noções e princípios, igualdade e liberdade, assim como os direitos de igualdade e direitos de liberdade que lhe são correlatos, tal relação não é isenta de tensões, visto que, por um lado, a liberdade (e os direitos de liberdade) assegura ao indivíduo uma liberdade para a diferença e para a desigualdade, gerando potencial conflito entre a pretensão de liberdade na esfera da vida social, por um lado, por outro, uma exigência de igualdade social. Dito de outro modo, a exigência política da maior liberdade social possível conflita com a exigência política de maior igualdade social possível, visto que liberdade social também é a liberdade do mais forte e a igualdade social é justamente a igualdade de oportunidades por parte do mais fraco.²²

Contudo, os mesmos autores arrematam afirmando que “quando se trata de assegurar a ambos os valores na condição de direitos fundamentais da pessoa humana, ambas fundadas na igual dignidade de todos os seres humanos”, não haveria se falar em tensão em si, mas sim de complementos, pois, consoante a lição de José Joaquim Gomes Canotilho, “o princípio da igualdade está intrinsecamente ligado à liberdade individual, visto que constitui pressuposto para a uniformização dos regimes de liberdades individuais a favor de todos os sujeitos”²³.

Mais a frente, Sarlet, Marinoni e Mitidiero concluem afirmando que é a dignidade da pessoa humana que servirá para conciliar os dois princípios, de modo que a discriminação positiva que busque dar concretude ao princípio da igualdade só será válida se for razoável, não gerando discriminação que atinja de tal modo a liberdade que ofenda a dignidade da pessoa humana. Veja-se suas palavras:

[...] a proibição de qualquer tipo de discriminação baseada na igual dignidade de cada ser humano e a pretensão de igual respeito e consideração, inclusive de suas qualidades e circunstâncias pessoais, indica como princípio da dignidade da pessoa humana passou a integrar a própria concepção de igualdade constitucional, operando como critério

22 *Op. cit.*, p. 528.

23 *Op. cit.*, p. 528/529.

(material) de valoração, notadamente no que diz com a definição das discriminações materialmente não razoáveis, ou seja, a proibição de tratamentos diferenciados com base em critérios que violam a dignidade da pessoa humana²⁴.

Tais lições foram adotadas pelo Ministro Luiz Fux em seu voto na ADI 4424, para quem:

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.

Digna de transcrição, ainda, a lição de José Joaquim Gomes Canotilho sobre o tema, expressamente exposta pelo Ministro Luiz Fux em seu voto, *verbis*:

“(...) 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, 7 ed., 2003. p. 428)

Dessa forma, conclui-se que, respeitada a dignidade da pessoa humana na escolha do *discrímen* e, portanto, sendo ele razoável, é plenamente válida a política pública de promoção de direitos de determinado grupo vulnerável, buscando-se equilibrar as condições reais de liberdade e assim permitir que floresça uma igualdade material, verdadeira, entre os envolvidos.

3.2 A proteção penal da mulher enquanto ação afirmativa

Firmadas as premissas acerca do que seja uma ação afirmativa, sua relação com o princípio da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana,

²⁴ *Op. cit.*, p. 529.

cumpra analisar se a política pública de proteção da mulher contra a violência de gênero se enquadra nesse conceito e, portanto, se é válido o *discrimen* e, para o que mais importa ao presente trabalho, se as medidas adotadas são eficazes para se alcançar o fim almejado.

De largada, há que se reconhecer que diversos documentos internacionais que tratam da questão da violência doméstica contra a mulher a reconhecem enquanto um fator ou externalização de discriminação, consoante sumariado anteriormente em item próprio acerca da proteção internacional da mulher (item 2.1).

Ainda, colhe-se dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal proferidos no julgamento da ADI 4424 e da ADC 19 justamente o reconhecimento de que a violência doméstica é expressão de discriminação contra a mulher, sendo a Lei Maria da Penha instrumento de ação afirmativa para combater tal desigualdade. Nesse sentido, cita-se trecho do voto da Ministra Rosa Weber que bem explicita o ponto:

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 amparados na hipossuficiência e, por isso mesmo, na vulnerabilidade, tampouco teríamos Estatuto do Idoso, legislação de proteção à pessoa portadora de necessidades especiais Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Ministra Rosa Weber, ainda em seu voto na ADI 4424, explanou acerca da necessidade de se adotar um microssistema de proteção da mulher, para quem:

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, na esfera das relações de gênero (art. 5º, I, da Lei Maior) reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.

Ao final de seu voto, referida Ministra foi enfática ao afirmar que, por se prestar a recompensar a desigualdade existente entre homens e mulheres, são suas palavras, “a discriminação afirmativa que se projeta da Lei Maria da Penha [...] a justifica, prestando reverência ao princípio da igualdade consagrado no artigo 5º, I, da Constituição da República”.

Também o Ministro Luiz Fux, ao proferir seu voto na ADI 4424 foi enfático em reconhecer a Lei Maria da Penha enquanto uma ação afirmativa, tendente a buscar a igualdade material entre homens e mulheres na sociedade brasileira. Eis suas palavras:

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.

[...]

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.”

Mais à frente, de modo ainda mais enfático, reconhece o Ministro Luiz Fux a necessidade de a ação afirmativa ser tutelada pelo direito penal, veja-se:

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 previsto 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.

Desse modo, não há dúvida de que a questão da política pública de proteção da mulher contra a violência de gênero levada a efeito pela Lei Maria da Penha se trata de efetiva ação afirmativa, fundada em discriminação em favor da mulher constitucionalmente justificada, e portanto pode e deve ser analisada sob esse viés.

Assim, cuidando-se a Lei Maria da Penha de ação afirmativa, cumpre a indagação: as medidas por ela tomadas, para além de válidas, se mostraram eficazes para atingir a *mens legis* de proteção maior da mulher?

Especificamente no que toca à proibição pura e simples das medidas de justiça consensual inauguradas pela Lei do Juizado Especial (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo), essa medida se mostrou eficaz para a maior tutela dos direitos humanos das mulheres? E o que dizer da proibição do Acordo de Não Persecução Penal?

Como se viu em tópico anterior (item 2.5), não é possível afirmar essa relação de causa e efeito entre a proibição das medidas de justiça consensual e a maior proteção da mulher. Ao contrário, especialmente nas Comarcas que não são atendidas por vagas em regime semiaberto (suficientes para menos de 60% da necessidade atual, conforme dados do SISDEPEN tratados em tópico próprio) ou aberto (suficientes para menos de 5% dos casos), tal medida tem se mostrado desastrosa na política pública de proteção da mulher, resultando, em verdade, em proteção inferior àquela destinada a vítimas homens.

Essa constatação da inadequação da medida para alcançar o desiderato legal, revelada pela praxe forense e a conjuntura fática da ausência de vagas nos regimes apropriados em estabelecimentos penais, a revelar discriminação indireta à mulher, impõe ao intérprete e operador do direito o dever de repensar, reanalisar a política pública em questão, buscando meios de corrigir seus rumos.

Não há como fechar os olhos a essa realidade, sendo de rigor a adoção de solução legítima para a correção de nortes.

3.3 A teoria do impacto desproporcional

Muito se discutiu acerca do princípio da igualdade, a impedir que seja dado pelo legislador tratamento discriminatório a quem quer que seja. Retomando a citação de Pontes de Miranda, feita Sarlet, Marinoni e Mitidiero, igualdade, compreendida de maneira formal, normalmente expressada por “todos são iguais perante a lei”, “é em primeira linha destinada ao legislador, estabelecendo uma proibição de tratamentos diferenciados, o que, todavia, embora sirva para coibir

desigualdades no futuro, não é suficiente para 'destruir causas' da desigualdade numa sociedade"²⁵.

Há muito se evoluiu o sistema normativo, tanto pátrio quanto em sede de direito comparado, sendo inadmissível em tempos atuais que a lei imponha discriminação ou a legitime, seja por questões de raça, credo, origem, gênero ou qual outra que possa imaginar. Antes disso, cabe à lei promover apenas discrímens positivos, razoáveis e não atentatórios à dignidade da pessoa humana, para fortalecer grupos vulneráveis, buscando a igualdade material, a *igualdade na lei*.

Assim sendo, não é admissível em sede normativa a validação ou imposição da discriminação negativa.

Ocorre que esta, por razões óbvias, há muito tempo desapareceu, não se vendo no texto legal discriminações negativas diretas e expressas. Em verdade, há um bom tempo não se discute discriminações diretas, já que tais previsões não se sustentariam frente ao arcabouço de direito internacional hoje existente e as Constituições que de regra a abominam.

O que chama atenção, agora, é a chamada *discriminação indireta*, ou seja, aquela que não se extrai de forma imediata e clara do texto normativo, mas que se constitui quando da aplicação da lei, já no plano de sua eficácia, quando então as consequências dela se mostram discriminatórias, muito embora não se possa dizer que isso tenha sido intencional por parte do legislador ou de quem tenha criado a norma.

Para essa discriminação indireta se desenvolveu a chamada Teoria do Impacto Desproporcional, como decorrência da ofensa ao princípio da igualdade e tendente a solucionar a questão pelo reconhecimento da invalidade da norma, não com base em seu conteúdo abstrato normativo, mas sim com fundamento em suas consequências reais de aplicação.

Em relação a essa teoria, seu nascedouro é apontado como a jurisprudência norte-americana, desenvolvida e aplicada notadamente em casos difíceis (*hard cases*) envolvendo ações afirmativas e como decorrência do princípio da igualdade material. Trata-se de teoria preocupada não como a igualdade formal, mas sim a substancial, a qual pode ser vulnerada em virtude da discriminação indireta. Vale dizer, embora a norma abstratamente posta atenda à igualdade formal, verificando-se que quando de sua aplicação haja ofensa a grupos minoritários ou vulneráveis, 25 Op. cit., p. 527.

causando discriminação indireta, estaríamos diante de ataque ao princípio da igualdade material, o qual pode ser sanado com a Teoria do Impacto Desproporcional. Em outras palavras: a discriminação indireta e o impacto desproporcional ao grupo discriminado padeceria de inconstitucionalidade – logo, invalidade jurídica – por ofensa ao princípio da igualdade em sua concepção material. Este princípio, portanto, é o fundamento jurídico da citada teoria.

Thimotie Aragon Heemann²⁶, em trabalho dedicado ao tema, bem resume o nascedouro da Teoria do Impacto Desproporcional, *verbis*:

Também chamada de teoria do impacto adverso pela doutrina canadense, a teoria do impacto desproporcional surgiu a partir do precedente norte-americano *Griggs vs. Duke Power Co.*, no qual a empresa *Duke Power* promovia um “teste de inteligência”, sem qualquer pertinência com os conhecimentos relacionados ao cargo em exercício, para selecionar quais de seus funcionários eram merecedores de ascender no quadro da empresa.

Embora a medida adotada pela empresa aparentasse certo grau de neutralidade e idoneidade no processo seletivo de seus funcionários, o resultado deste teste de inteligência acabava por segregar os candidatos negros que, por questões históricas, possuíam um nível educacional de aprendizagem aquém dos outros candidatos.

Assim, mediante a aplicação da teoria do impacto desproporcional (*disparate impact doctrine*), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América entendeu que o teste de inteligência promovido pela empresa empregadora violava o princípio da igualdade, uma vez que, analisando a situação de forma concreta, o referido teste ocasionava um impacto desproporcional aos candidatos negros que postulavam ascender no quadro de funcionários do estabelecimento empregador.

O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa²⁷, também definiu os contornos da Teoria do Impacto Desproporcional e seu âmbito de aplicação em trabalho dedicado ao estudo do princípio da igualdade. Vejamos:

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.

26 HEEMANN, Thimotie Aragon. Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos: uma necessidade na defesa de grupos vulneráveis. Revista do Ministério Público da Paraíba, p. 70, 2018. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.mppb.mp.br/jspui/bitstream/123456789/209/1/N.%2012%20%282018%29.pdf>. Acesso em 12.11.2024.

27 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA, p. 24. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Ainda sobre o tema da discriminação indireta, colhemos o ensinamento de Daniel Sarmiento²⁸:

Também é de grande importância a discriminação indireta, correlacionada à teoria do impacto desproporcional. Esta teoria pode ser utilizada para impugnar medidas públicas ou privadas aparentemente neutras do ponto de vista racial, mas cuja aplicação concreta resulte, de forma intencional ou não, em manifesto prejuízo para minorias estigmatizadas. A discriminação indireta difere da discriminação de fato porque, nesta segunda, a norma pode ser aplicada de forma compatível com a igualdade. Já na discriminação indireta, tem-se uma medida cuja aplicação fatalmente irá desfavorecer um grupo vulnerável.

Dessa breve introdução se verifica que o nascedouro da Teoria do Impacto Desproporcional tem relação com o combate à segregação racial nos Estados Unidos, já na década de 1970, sendo portanto o tema da discriminação e igualdade ínsito à referida teoria. Porém, como se verá adiante, os fundamentos dessa teoria se aplicam a outras relações que envolvam conflitos entre igualdade e discriminação, bem assim às respectivas ações afirmativas que visam combater esta última.

3.3.1 Histórico, conteúdo e aplicação

Acima se adiantou que a Teoria do Impacto Desproporcional tem origem na jurisprudência norteamericana, notadamente no caso *Griggs vs. Duke Power Co.*, julgado pela Suprema Corte daquele país em 1971.

Com efeito, a Lei dos Direitos Civis norteamericana, de 1964, proibiu a discriminação no emprego com base na raça, cor, religião ou origem nacional do trabalhador. Desde então, ações relativas a alegação de discriminação passaram a ser objeto de julgamento nos tribunais daquele país, sendo desenvolvida a compreensão de que a discriminação em questão deveria ser direta, e portanto comprovada pelo trabalhador, comprovando essa que incluía a demonstração da intenção de discriminar por parte do empregador.

A essa discriminação direta chamava-se *tratamento desigual*, ou, na língua inglesa, *disparate treatment*.

28 SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “De Facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa, p. 148. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

Porém, essa estrutura e requisitos para o reconhecimento do tratamento desigual – discriminação direta – tornava sobremaneira difícil sua comprovação, surgindo então questionamentos sobre a viabilidade dessa compreensão, já que o ônus da prova recaía praticamente sobre o empregado e a previsão normativa, assim, teria pouca valia.

Historia-se que no caso *Griggs vs. Duke Power Co.* a Suprema Corte norte-americana percebeu essa dificuldade, desenvolvendo então a Teoria do Impacto Desproporcional (*disparate impact doctrine*), reconhecendo que em muitos casos, embora claros os indícios de discriminação, dificilmente conseguiria se comprovar a intenção deliberada do empregador em discriminar, de modo que seria necessário admitir que tal ilícito também pode ocorrer de forma indireta, para a qual não se exigiria a demonstração do elemento volitivo do agente, mas apenas uma demonstração razoável da prática discriminatória, recaindo, agora, sobre o empregador o ônus de demonstrar que sua prática tinha alguma justificativa aceitável, a exemplo de necessidades comerciais.

Vê-se, assim, que ambas as abordagens (*disparate treatment* e *disparate impact doctrine*) dizem respeito ao problema da discriminação, mas possuem abordagens diversas, bem assim, no caso norte-americano, consequências também, eis que enquanto na discriminação intencional deve haver uma reparação integral, na discriminação indireta os tribunais suavizam as responsabilidades, não raro, como no caso de demissão ou preterição de ascensão de cargo, limitando-se à reintegração do empregado ou admissão da ascensão.

Joseph P. Loudon e Timothy D. Loudon²⁹ publicaram em 1986 trabalho em que analisam a Teoria do Impacto Desproporcional e seu nascedouro, o caso *Griggs* já citado. Segundo os autores, em tradução nossa:

Em *Griggs*, o empregador havia estabelecido requisitos de diploma e testes para certos empregos. Embora aparentemente neutros em relação à raça de um determinado empregado, esses requisitos eliminaram uma proporção significativamente maior de negros do que de brancos, principalmente porque muito menos negros eram graduados no ensino médio. A Corte argumentou que o Congresso exigia "a remoção de barreiras artificiais, arbitrárias e desnecessárias ao emprego quando as barreiras operam de maneira prejudicial para discriminar". Portanto, a Corte decidiu que o Título VII proíbe "não apenas a discriminação aberta, mas também práticas que

29 LOUDON, Joseph P; LOUDON, Timothy D. Applying disparate impact to Title VII comparable worth claims: an incomparable task. *Indiana Law Journal*: Vol. 61. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol61/iss2/3>. Acesso em 12.11.2024.

são justas na forma, mas discriminatórias na operação". A Corte acrescentou que um empregador pode justificar uma política neutra que tenha um efeito discriminatório, mostrando que a política tem uma "relação demonstrável com o desempenho bem-sucedido dos trabalhos para os quais foi utilizada". Como os trabalhadores tiveram um desempenho adequado antes da imposição do requisito de diploma, concluiu-se que os requisitos não eram suficientemente relacionados ao trabalho para justificar seu efeito discriminatório.³⁰

Já o professor adjunto da faculdade de direito de Georgetown Joseph A. Seiner³¹, em artigo sobre o tema publicado em 2006, esclarece o conceito da Teoria do Impacto Desproporcional e sua diferença com o *disparate treatment*, especialmente no que diz respeito ao elemento volitivo, ou seja, a intenção de discriminar. Veja-se, em tradução nossa:

Em teoria, o impacto desigual é um conceito direto: a discriminação pode ocorrer quando um empregador implementa uma política ou prática aparentemente neutra, para a qual o empregador não tem justificativa comercial legítima, que acaba afetando desproporcionalmente um grupo protegido. No entanto, a história do impacto desigual é uma história de má aplicação e mal-entendido. A chave para qualquer alegação de impacto desigual é que ela não requer intenção. Assim, ao contrário da discriminação por tratamento desigual, que ocorre quando um empregador discrimina intencionalmente um ou mais indivíduos, a discriminação por impacto desigual pode ocorrer mesmo quando o empregador não tem animosidade. Por esta razão, o impacto desigual tem sido comparado a uma teoria de negligência em alegações de discriminação.³²

Seiner também nos dá detalhes acerca do caso inaugural da Teoria do Impacto Desproporcional, revelando seu contexto e razões de decidir da Suprema

30 In *Griggs*, the employer had established diploma and testing requirements for certain jobs. Although facially neutral vis-a-vis the race of a given employee, these requirements eliminated a significantly higher proportion of blacks than whites, primarily because far fewer blacks were high school graduates. The Court reasoned that Congress required "the removal of artificial, arbitrary, and unnecessary barriers to employment when the barriers operate invidiously to discriminate." Therefore, the Court held, Title VII bars "not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation." The Court added that an employer can justify a neutral policy that has a discriminatory effect by showing that the policy bears a "demonstrable relationship to successful performance of the jobs for which it was used." Since the workers performed adequately prior to the imposition of the diploma requirement, it was concluded that the requirements were not sufficiently job related to justify their discriminatory effect.

31 SEINER, Joseph A. Disentangling disparate impact and disparate treatment: adapting the canadian approach. 2006, disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40239673>, acesso em 12.11.2024.

32 In theory, disparate impact is a straightforward concept: discrimination can occur when an employer implements a facially neutral policy or practice, for which the employer has no legitimate business justification, that ends up disproportionately affecting a protected group. Yet the history of disparate impact is a story of misapplication and misunderstanding.

Corte norteamericana. Pela riqueza do texto e essencialidade para a compreensão da teoria, transcreve-se o trecho daquele autor, em tradução nossa:

A teoria do impacto desigual estreou com sucesso em *Griggs v. Duke Power Co.*, uma decisão unânime da Suprema Corte de 1971.

Antes de 1964, a Duke Power discriminava abertamente os funcionários afro-americanos. Depois que o Congresso promulgou a Lei dos Direitos Civis de 1964, a Duke Power implementou um teste de inteligência padronizado e um requisito de diploma de ensino médio para novas contratações ou funcionários que se transferiam dentro da empresa. Embora esses requisitos fossem uma tentativa bastante óbvia de impedir que trabalhadores afro-americanos avançassem dentro da empresa, os tribunais inferiores concluíram que não havia propósito racial ou intenção maliciosa por trás dos requisitos, mesmo concluindo que os requisitos não eram necessários para o sucesso no desempenho do trabalho.

Assim, os tribunais inferiores haviam atado as mãos da Suprema Corte na questão da intenção. A Suprema Corte não estava em posição de revisar as determinações factuais dos tribunais inferiores, particularmente quando não havia nenhuma prova cabal demonstrando as verdadeiras motivações da empresa. A Corte, portanto, criou uma nova forma de reparação, decidindo que as práticas ou políticas aparentemente neutras de um empregador ainda poderiam ser ilegais se operassem de maneira discriminatória. Assim, a Corte reconheceu uma teoria de impacto desigual, concluindo (sem citação) que o Título VII proíbe "não apenas a discriminação aberta, mas também práticas que são justas na forma, mas discriminatórias na operação". A "pedra de toque" para uma alegação de impacto desigual, concluiu a Corte, era uma demonstração de necessidade comercial. Se um empregador não pudesse mostrar que sua política aparentemente neutra estava relacionada ao trabalho e era consistente com a necessidade comercial, sua prática seria proibida.

Embora *Griggs* possa ser visto como orientado para os resultados, outros argumentam que a intervenção judicial foi necessária para abordar a discriminação generalizada daquela época. No entanto, embora a opinião continue a gerar controvérsia, sua decisão afirma inequivocamente a existência da teoria do impacto desigual: um empregador que implementa uma política aparentemente neutra que discrimina com base em uma característica protegida e que não demonstra que a política estava relacionada ao trabalho e era consistente com a necessidade comercial, viola o Título VI³³.

33 Disparate impact theory successfully debuted in *Griggs v. Duke Power Co.*, a unanimous 1971 Supreme Court decision. Duke Power openly discriminated against African-American employees prior to 1964. After Congress enacted the Civil Rights Act of 1964, Duke Power put in place a standardized intelligence test and high school diploma requirement for new hires or employees transferring within the 24 company. Although these requirements were a rather obvious attempt to prevent African-American workers from advancing within the company, the lower courts found that there was no racial purpose or invidious intent behind the requirements, even while finding that the requirements were not necessary for successful job performance. Thus, the lower courts had tied the Supreme Court's hands on the issue of intent. The Supreme Court was not in a position to revisit the lower courts' factual determinations, particularly when there was no smoking gun demonstrating the company's true motivations. The Court therefore fashioned a new form of relief, holding that an employer's facially neutral practices or policies could still be unlawful if they operated in a discriminatory manner. Thus, the Court recognized a disparate impact theory, concluding (without citation) that Title VII prohibits "not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation." The key or "touchstone" to a disparate impact claim, the Court concluded, was a showing of business necessity. If an employer could not show that its facially neutral policy was job-related and consistent with business necessity, its practice would be prohibited.

Como se vê, naquele precedente, em verdade, o autor da ação alegava que era vítima de uma discriminação direta, ou seja, intencional, por parte de seu empregador. Contudo, as Cortes de primeiro grau afirmaram o contrário, no sentido de que não havia demonstração da intencionalidade da discriminação. Dentro desse contexto, porém sem poder revolver os fatos afirmados pelas Cortes locais, a Suprema Corte desenvolveu a Teoria do Impacto Desproporcional, de modo a reconhecer naquele caso a discriminação indireta e, portanto, condenar o empregador.

Em trabalho sobre o tema, Michael J. Songer³⁴ explicita a importância daquele julgamento e naquela época, ante a necessidade de se combater de maneira eficaz a discriminação. São suas palavras, em tradução nossa:

Sem um método eficaz para contestar práticas de emprego aparentemente neutras, os desafios bem-sucedidos serão limitados aos raros casos de empregadores pouco sofisticados que ostentam suas inclinações para discriminar. Esses casos limitados de "prova cabal" não podem erradicar a discriminação inconsciente ou remediar resultados desiguais decorrentes de condições sociais criadas pela subjugação legal pré-1964 dos afro-americanos.³⁵

Também Melissa Hart³⁶, apesar de tecer críticas sobre o atual estágio dos contornos da teoria na jurisprudência norteamericana, a frustrar expectativas iniciais de superação do quadro de discriminação, destaca o alento que a Teoria causou quando de sua construção, conforme transcrição em tradução nossa:

While Griggs may be seen as results-oriented, others argue that judicial intervention was necessary to address the widespread discrimination of that era. Yet while the opinion continues to generate controversy, its holding unmistakably affirms the existence of disparate impact theory: an employer who implements a facially neutral policy that discriminates on the basis of a protected characteristic, and who fails to show that the policy was job-related and consistent with business necessity, violates Title VII.

34 Michael J. Songer, Decline of Title VII Disparate Impact: The Role of the 1991 Civil Rights Act and the Ideologies of Federal Judges, 11 MICH. J. RACE & L. 247 (2005). Available at: <https://repository.law.umich.edu/mjrl/vol11/iss1/11>

35 p. 250. Without an effective method for challenging facially-neutral employment practices, successful challenges will be limited to the rare cases of unsophisticated employers who flaunt their inclinations to discriminate. These limited "smoking gun" cases cannot eradicate unconscious discrimination or remedy disparate outcomes emanating from social conditions wrought by the pre-1964 legal subjugation of African Americans.

36 Melissa Hart, Disparate Impact Discrimination: The Limits of Litigation, the Possibilities for Internal Compliance, 33 J.C. & U.L. 547 (2007), disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/328>. Acesso em 12.11.2024

Desde os primeiros dias da operação do Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964, ficou evidente que um mandato antidiscriminação só seria eficaz se os demandantes pudessem contestar não apenas condutas flagrantemente racistas ou sexistas, mas também práticas e políticas que podem ser neutras na aparência mas cujos efeitos são tudo menos neutros. O impacto desigual permite contestações a políticas que, embora aparentemente neutras, impõem um ônus desproporcional a membros de uma classe protegida, e assim a teoria parecia ter o potencial de remover os "ventos contrários embutidos" que bloquearam o progresso de minorias e mulheres. A esperança era que "a teoria do impacto desigual alcançasse a discriminação que era de outra forma fora do alcance para alegações de discriminação intencional."³⁷

Porém, em 1989 a Suprema Corte norte-americana revisitou o tema no caso *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, passando a limitar severamente o alcance da Teoria do Impacto Desproporcional, notadamente no que pertine ao direito probatório e seus ônus nas alegações de discriminação indireta. Seiner historia a decisão em questão, cujo texto transcrevemos em tradução livre:

Como o impacto desigual é uma criação da jurisprudência, e não de estatutos, a Suprema Corte tem sido capaz de diminuir suas proteções mais facilmente quando assim o desejava. Em 1989, a Corte desferiu um grande golpe ao impacto desigual em *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, uma decisão de 5 a 4. Em *Wards Cove*, uma fábrica de conservas operando no Alasca preencheu a maioria de seus cargos mais bem pagos e não relacionados à fábrica com funcionários brancos. O Juiz White, escrevendo pela maioria, rejeitou a visão do tribunal inferior de que evidências estatísticas mostrando uma alta porcentagem de brancos em cargos não relacionados à fábrica e uma porcentagem menor de brancos em empregos na fábrica eram suficientes para provar uma alegação de impacto desigual. Em vez disso, a "comparação adequada [é] entre a composição racial dos [empregos em questão] e a composição racial da população qualificada... no mercado de trabalho relevante". Essa decisão, no entanto, não foi tão importante quanto as instruções da Corte ao tribunal distrital sobre como proceder da devolução do processo. A ordem da Corte alterou drasticamente os direitos dos demandantes em casos de impacto desigual em três aspectos. Primeiro, os demandantes teriam que identificar a "prática de emprego específica ou particular" que resultou no impacto desigual, em vez de meramente uma disparidade generalizada no local de trabalho, como havia sido aceito anteriormente. Segundo, em vez de ter que mostrar que sua política estava relacionada ao trabalho e era consistente com a necessidade comercial, a justificativa da política do réu estaria sujeita

37 From the earliest days of the operation of Title VII of the Civil Rights Act of 1964,² it was evident that an antidiscrimination mandate would only be effective if plaintiffs were able to challenge not only blatantly racist or sexist conduct but also practices and policies that may be neutral in appearance but whose effects are anything but neutral. Disparate impact enables challenges to policies that, while facially neutral, place a disproportionate burden on members of a protected class, and thus the theory seemed to carry the potential for removing the "built-in headwinds" that blocked progress for minorities and women. The hope was that "the disparate impact theory would reach discrimination that was otherwise out of reach for claims of intentional discrimination."

apenas a uma "revisão razoada". Finalmente, o ônus da prova "permaneceria com o demandante em todos os momentos".³⁸

Referida decisão, que limitou sobremaneira o manejo da alegação de discriminação indireta, teve revés com a atuação do Congresso norteamericano, que visando restabelecer o quanto decidido em 1971 legislou sobre o tema. Vejamos o que nos diz Seiner sobre o ponto, novamente em tradução livre:

Em 1991, menos de dois anos depois que a Suprema Corte decidiu *Wards Cove*, o Congresso promulgou a CRA [Civil Rights Act], alterando o Título VII para, mais ou menos, derrubar *Wards Cove* e retornar a lei aos padrões aplicados antes da decisão. Especificamente, a CRA codificou o impacto desigual no Título VII e estabeleceu uma análise de três partes para casos apresentados sob essa teoria. Primeiro, o demandante deve alegar que uma política ou prática aparentemente neutra tem um impacto discriminatório sobre um grupo protegido. Essa demonstração deve identificar a prática de emprego específica que resulta no impacto, a menos que a política ou prática "não seja capaz de separação para análise". Segundo, o empregador tem o ônus de mostrar que sua política ou prática está relacionada ao trabalho e é consistente com a necessidade comercial. Finalmente, se o empregador cumprir esse ônus, o empregado ainda pode mostrar que existem práticas de emprego alternativas disponíveis que alcançam os mesmos objetivos de negócios com um impacto menos discriminatório. Pela primeira vez, o impacto desigual tinha um claro respaldo estatutário. Como discutido posteriormente, no entanto, o Congresso também codificaria diferentes remédios para alegações de discriminação intencional e não intencional - proporcionando um alívio potencial muito maior para vítimas de discriminação intencional.³⁹

38 Because disparate impact is a creature of case law rather than statute, the Supreme Court has been able to chip away at its protections more easily when so inclined. In 1989, the Court dealt disparate impact a major blow in *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, a 5-4 decision. In *Wards Cove*, a cannery facility operating in Alaska filled most of its higher-paying, non-cannery positions with white employees. Justice White, writing for the majority, rejected the lower court's view that statistical evidence showing a high percentage of whites in non-cannery positions and a lower percentage of whites in cannery jobs was sufficient to prove a disparate impact claim. Rather, the "proper comparison [is] between the racial composition of [the at-issue jobs] and the racial composition of the qualified ... population in the relevant labor market."

This holding, however, was not as important as the Court's instructions to the district court on how to proceed on remand. The Court's order dramatically altered plaintiffs' rights in disparate impact cases in three respects. First, plaintiffs would have to identify the "specific or particular employment practice" that resulted in the disparate impact, rather than merely a generalized disparity in the workplace, as had previously been accepted. Second, rather than having to show that its policy was job-related and consistent with business necessity, the defendant's policy justification would be subject to only a "reasoned review". Finally, the burden of proof would "remain with the plaintiff at all times."

39 In 1991, less than two years after the Supreme Court decided *Wards Cove*, Congress enacted the CRA, amending Title VII to more or less overturn *Wards Cove* and to return the law to the standards applied prior to the decision. Specifically, the CRA codified disparate impact in Title VII and set forth a three-part analysis for cases brought under this theory. First, the plaintiff must allege that a facially neutral policy or practice has a discriminatory impact on a protected group. This showing must identify the particular employment practice resulting in the impact, unless the policy or practice is "not capable of separation for analysis." Second, the employer bears the burden of showing that its policy or practice is job-related and consistent with business necessity. Finally, if the employer meets this burden, the employee can still show that there are alternative

A Teoria do Impacto Desproporcional também é alvo de intensa pesquisa e crítica nos Estados Unidos da América, boa parte delas pela utilização da alegação de impacto desproporcional em questões relativas ao ambiente de trabalho (preterição em contratação, ascensão de cargos etc), em que a discussão gira em torno de saber que a simples análise gráfica do quantitativo de empregos por cor, sexo, origem etc. é suficiente para demonstrar a discriminação indireta, já que, não obstante alterações na jurisprudência, para aquela teoria não seria necessário aferir a intencionalidade da medida.

Nesse sentido, Allan King e Alexandra Hemenway⁴⁰ apontam que já no caso *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, a Suprema Corte norteamericana demonstrou preocupação no sentido de que “examinar o impacto de inúmeras práticas subjetivas será tão assustador para os empregadores que eles não terão outro recurso senão recorrer a cotas”, as quais “são proibidas pelo Título VII” (tradução nossa). Ao final de seu trabalho, os autores manifestam preocupação com a transformação da teoria em uma responsabilização objetiva, veja-se:

Embora os tribunais se esforcem para distinguir os elementos da tomada de decisão que alegadamente causam um impacto desigual, nem todos os processos de tomada de decisão são facilmente analisados [...]. Nesses casos, a teoria da discriminação por impacto desigual se degenera em uma teoria de responsabilidade objetiva que, sujeita a defesas afirmativas, confere responsabilidade com base unicamente em resultados desproporcionais.⁴¹ (tradução nossa)

Inúmeros outros trabalhos também analisam décadas de aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional nas Cortes norteamericanas, invariavelmente

employment practices available that achieve the same business goals with less discriminatory impact. For the first time, disparate impact had clear statutory backing. As discussed later, however, Congress would also codify different remedies for claims of intentional and unintentional discrimination-providing far more potential relief for victims of intentional discrimination.

40 KING, Allan; HEMENWAY, Alexandra Hemenway. Blurred lines: disparate impact and disparate treatment challenges to subjective decisions -- the case of reductions in force (2021). Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol12/iss2/5>. Acesso em 12.11.2024.

41 Although courts strive to distinguish elements of decision making that allegedly cause a disparate impact, not all decisionmaking processes are readily parsed [...]. In those instances, the disparate impact theory of discrimination devolves into a theory of strict liability, which, subject to affirmative defenses, confers liability based solely on disproportionate outcomes.

questionando sua capacidade para efetivamente superar a discriminação naquele país.⁴²

Ocorre que essa frustração se dá muito em razão das questões relativas à prova da ocorrência da discriminação indireta, e não acerca dos fundamentos da teoria, escorada no princípio da igualdade material.

Com efeito, nos Estados Unidos da América a temática da discriminação indireta tem sido levada aos tribunais basicamente em casos de discriminação no ambiente de trabalho, com alegações de que o trabalhador não foi contratado ou promovido por questões relativas à sua cor, gênero, origem ou características pessoais não desejadas pelo empregador. Daí se desenvolveu uma discussão enorme acerca do ônus da prova, sobre a possibilidade dessa discriminação ser demonstrada por mera análise do quantitativo de cada grupo de pessoas em determinados cargos ou posições etc. A dificuldade lá encontrada, pois, é própria da aplicação da teoria na discussão sobre discriminação no trabalho.

Corbo⁴³, em exauriente estudo da matéria, relata que a Teoria do Impacto Desproporcional também foi reconhecida pela Suprema Corte do Canadá, embora com feição um pouco diversa daquela dada pela congênere do sul. Com efeito, referido autor, após esclarecer que no Canadá existem diplomas de direitos humanos de nível estadual, afirma que o primeiro caso a ser julgado pela Suprema Corte daquele país foi *O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd*, no qual a empregada alegava sofrer discriminação indireta de seu empregador por exigir que ela trabalhasse aos sábados, mesmo confessando fé que lhe proibia de fazê-lo. Após ter

42 Nesse sentido: STEPHANOPOULOS, Nicholas. Disparate Impact, unified law, Yale Law Journal. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/Stephanopoulos_3rua1o85.pdf. Acesso em 12.11.2024; TIWARI, Alisa. Disparate-impact liability for policing, The Yale Law Journal. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/TiwariNote_5crcy6vu.pdf. Acesso em 12.11.2024; WAX, Amy L.. Disparate impact realism (2011). William and Mary Law Review, University of Pennsylvania Carey Law School. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/352. Acesso em 12.11.2024; ZATZ, Noah D. Disparate impact and the unity of equality. Boston University Law Review. Disponível em: <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2017/09/ZATZ.pdf>. Acesso em 12.11.2024; SEICSHNAYDRE, Stacy E. Is the road to disparate impact paved with good intentions?: stuck on state os mind in antidiscrimination law, Wake Forest Law Review. Disponível em: https://www.wakeforestlawreview.com/wp-content/uploads/2014/10/Seicshnaydre_LawReview_12_07.pdf. Acesso em 12.11.2024; RUTHERGLEN, George. Disparate impact, discrimination, and the essentially contested concept of equality, Fordham Law (2006). Disponível em: Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol74/iss4/27>. Acesso em 12.11.2024.

43 CORBO, Wallace de Almeida. Por que não uma igualdade “pra valer? Reconhecimento, minorias e a vedação à discriminação indireta no Brasil, 2015. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <https://www.btdt.uerj.br:8443/handle/1/9778>. Acesso em 12.11.2024.

seu pedido negado em instâncias inferiores, relata Corbo (2015) que a Suprema Corte do Canadá lhe deu razão, formulando sua própria teoria da discriminação indireta. Conforme Corbo:

Uma primeira particularidade que se destaca no julgado de *O'Malley* é a afirmação de que a discriminação – seja direta, seja indireta – independe do intuito discriminatório. Pelo contrário, o intuito seria irrelevante se considerado o objetivo da legislação de direitos humanos, que é a superação da discriminação, e não a punição do agente que discrimina. Neste sentido, a diferença entre a discriminação direta e a discriminação indireta consiste em que, na primeira, a prática ou regra empregada utiliza-se expressamente de um critério discriminatório proibido – por exemplo, o critério religioso, racial ou de gênero. A discriminação indireta – denominada *adverse effects discrimination*, ou discriminação por efeitos adversos – consiste, por outro lado, na hipótese em que uma prática aparentemente neutra, mesmo que empregada de maneira razoável (ou seja, mesmo que apresente uma necessidade do negócio, na linguagem jurisprudencial norte-americana), gera efeitos prejudiciais para um indivíduo ou grupo. Assim, enquanto a discriminação direta implicaria necessariamente na derrubada da prática ou regra discriminatória, a discriminação indireta nem sempre levaria a sua retirada do ordenamento. A Corte sustentou que, em caso de discriminação indireta, surgiria para a vítima o direito a uma acomodação razoável e, para o agente da discriminação, o dever de prestar tal acomodação.⁴⁴

Em arremate, o autor conclui:

O'Malley, portanto, distingue-se da jurisprudência americana fundada em *Griggs v. Duke Powe Co.*, em pelo menos 3 (três) sentidos: primeiro, adota uma interpretação objetiva do direito antidiscriminação – superando qualquer necessidade de comprovação do intuito discriminatório, ônus que, por recair em regra sobre os requerentes, tende a dificultar a demonstração da discriminação perpetrada pela prática ou regra aplicada. Em segundo lugar, reconhece que a discriminação indireta é possível mesmo quando haja necessidade o negócio (ou seja, uma razoável justificativa) [...], na medida em que sejam tomados os passos razoáveis para acomodar a parte prejudicada. Por fim, dispensa, ao menos em uma primeira mirada, a demonstração estatística milimétrica do impacto da prática aparentemente neutra sobre determinado grupo – reconhecendo que a discriminação pode ocorrer até mesmo em relação a um único indivíduo, cabendo às partes um dever de cooperação visando à sua acomodação razoável.⁴⁵

No que diz respeito ao direito europeu, o tema da discriminação indireta também já foi reconhecido e acolhida a Teoria do Impacto Desproporcional para afastar a violação ao princípio da igualdade, conforme expõe Nascimento em estudo sobre a matéria, embora ligada à questão previdenciária. Vejamos sua exposição:

44 *O. cit.* p. 127.

45 *O. cit.* p. 128.

No âmbito do Direito comunitário europeu, a Corte Europeia de Justiça também tem aplicado a teoria do impacto desproporcional. O primeiro precedente apontado pela doutrina é o Caso 170/84, *Bilka-Kaufhaus vs, Von Hartz*, relacionado à igualdade de gênero, no qual se discutiu se um sistema privado de pensão mantido por empresa germânica poderia negar o benefício a empregados que trabalhassem em regime de tempo parcial. À luz do art. 119 do Tratado de Roma, que garante a igualdade entre mulheres e homens em relação de trabalho, o tribunal europeu entendeu que, embora não houvesse ali explícita discriminação de gênero, um sistema nesses moldes atenta contra a igualdade ao afetar de forma mais intensa mulheres que homens, uma vez constatado que são elas que trabalham em regime parcial na grande maioria dos casos.⁴⁶

Corbo ainda aponta diversos precedentes de países latino-americanos em que as respectivas Cortes Constitucionais abordaram o tema da discriminação indireta, sem contar a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, demonstrando que também no continente sulamericano a matéria possui acolhida.

Casos envolvendo a representação política de comunidades indígenas (Caso Comunidad indígena *Xákmok Kásek v. Paraguay* – 2010 e caso *Yatama v. Nicarágua* - 2005), o direito ao reconhecimento tardio de nacionalidade (Caso *Meninas Yean e Bosico v. República Dominicana* – 2005) e a proibição da fertilização *in vitro* (Caso *Artavia Murillo e outros v. Costa Rica* – 2012) são exemplos apontados por Corbo (2006, p. 146-151) em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se valeu da discriminação indireta para decidir. Na mesma esteira, cita referido autor casos decididos por Cortes da Costa Rica, México, Argentina, Peru e Colômbia.

Diante de toda essa exposição, resta evidente que o reconhecimento da discriminação indireta vem ocorrendo em diversas partes do mundo e onde há severas críticas à Teoria do Impacto Desproporcional, como nos Estados Unidos da América, tal ocorre mais pelas dificuldades ínsitas de comprovação (mormente em casos envolvendo discriminação no trabalho), ou seja, de direito probatório, em conformidade com os contornos que a teoria teve naquele país, do que propriamente questionamentos acerca do mérito, do fundo da teoria.

Mas como já se citou e se aprofundará à frente, o fundamento jurídico dessa teoria é justamente o princípio da igualdade em sua concepção material, a impedir a discriminação, e, como tal, pode ser aplicada em diversos outros contextos, para além das relações de trabalho.

46 NASCIMENTO, Mateus Assis. Proibição de discriminação e previdência complementar: um estudo de caso do tema 452/STF – 2023, p. 39.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já a acolheu em casos absolutamente diversos daqueles experimentados nos Estados Unidos, berço da doutrina.

Além disso, como explicitado no item 2.5.3, a prova da ausência de vagas adequadas para o cumprimento da pena em regimes aberto e semiaberto é de natureza objetiva, sem maiores indagações. Também a demonstração de que essa conjuntura impõe uma desproteção à mulher vítima de violência de gênero não requer maiores questionamentos, como demonstrado no item 2.5.

Logo, as dificuldades apontadas hodiernamente para a efetividade da aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional nas Cortes norteamericanas não se repetem no caso vertente, eis que a demonstração do impacto desproporcional da política pública de proibição de acordos penais em casos de violência contra a mulher na proteção desse grupo vulnerável é evidente.

3.3.2 A adoção da Teoria do Impacto Desproporcional pelo STF

Compreendidos o conteúdo e contornos da Teoria do Impacto Desproporcional, bem assim seu amplo desenvolvimento nos Estados Unidos e aplicação em outros países das Américas e do continente europeu, cabe a indagação: e no Brasil? Há aceitação dessa teoria em nosso país?

Embora com atraso de décadas e ainda em poucos casos, pode-se afirmar que sim, a Teoria do Impacto Desproporcional encontra acolhida no Brasil, já tendo o STF, inclusive, expressamente feito menção a ela como fundamento para decidir.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1.946/DF é apontada como o primeiro caso em que o Supremo Tribunal Federal acolheu a Teoria do Impacto Desproporcional para decidir. Em resumo, questionava-se na referida ADI dispositivos legais da reforma previdenciária promovida pela Emenda Constitucional 20/1998, que passou a limitar (teto previdenciário) o valor do salário-maternidade a que mães asseguradas têm direito em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), deixando eventual diferença em relação ao valor do salário a cargo do empregador. Referida norma do teto previdenciário, embora em âmbito abstrato possa parecer neutra e obediente ao princípio da igualdade, quando aplicada gerava distorções, pois passou a impor um custo ao empregador muito maior quando a trabalhadora fosse mulher que tivesse filho, o que não ocorria em relação ao homem. Assim, no âmbito

da aplicação da norma até então tida como neutra, verificou-se efeitos deletérios para o grupo vulnerável das mulheres, notadamente mulheres mães, que passariam a ser preteridas em seus trabalhos por homens, nada obstante as normas constitucionais pregarem a igualdade nas relações de trabalho em virtude do gênero.

Diante desse contexto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a norma em questão atentava contra a não discriminação da mulher no mercado de trabalho, apontando, em consequência, sua invalidade. Eis trecho da ementa da decisão que bem explicita o raciocínio levado a efeito pelo tribunal:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada “na forma desta Constituição”, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: “licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

3. **Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. (ADI 1.946/DF, julgada em 03.04.2003 – grifo nosso)**

Outra ação em que o STF adotou a Teoria do Impacto Desproporcional foi a ADPF 291/DF, que questionava o crime de pederastia previsto no artigo 235 do Código Penal Militar. Segundo o voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, referida norma que aparentemente é neutra e se destina a todos os gêneros, em verdade possui aplicação prática sobre o grupo específico dos homossexuais, gerando impacto desproporcional e discriminação a tais pessoas. Veja-se trecho de seu voto:

60. Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, é, na prática, empregado de forma discriminatória, produzindo maior impacto sobre militares gays. Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (disparate impact), originária da jurisprudência norte-americana. Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade.

61. A teoria já foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches¹⁰, em que se deu interpretação conforme ao art. 14 da EC nº 20/1998, que institui um valor máximo para o pagamento de benefícios pelo INSS, mas produzia efeitos discriminatórios no que diz respeito ao salário-maternidade. Entendeu a Corte que, caso o empregador fosse obrigado a arcar com a diferença entre o teto previdenciário (à época, fixado em R\$ 1.200,00) e o salário da trabalhadora, haveria um desestímulo à contratação de mulheres, e, portanto, a aplicação linear e aparentemente neutra do teto previdenciário a todos os benefícios produziria um impacto desproporcional sobre as mulheres.

[...]

62. Justamente, a aplicação prática do art. 235 do CPM o transforma em um instrumento de criminalização e discriminação de uma determinada opção sexual, de modo a violar a isonomia (CRFB/1988, art. 5º, caput). Em outras palavras, a manutenção de um dispositivo que torna crime militar o sexo consensual entre adultos, ainda que sem a carga pejorativa das expressões “pederastia” e “homossexual ou não”, produz, apesar de sua aparente neutralidade e em razão do histórico e das características das Forças Armadas, um impacto desproporcional sobre homossexuais, o que é incompatível com o princípio da igualdade. (STF, ADI 291/DF, trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 28.10.2015)

Verifica-se da leitura do excerto que o Ministro Relator utilizou a Teoria do Impacto Desproporcional para reconhecer que a norma impugnada causava discriminação indireta em grupo específico de militares, tratando de afastar essa ofensa ao princípio da igualdade, mesmo em matéria penal, com a utilização da Teoria do Impacto Desproporcional.

Também no *Habeas Corpus* n.º 124.306/RJ o Supremo, novamente em decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, adotou expressamente a Teoria do Impacto Desproporcional para conceder a ordem, eis que verificava, naquele caso, que as normas penais que preveem o crime de aborto revelam acentuada discriminação em face de mulheres pobres, que por falta de recursos financeiros acabam por se submeter a clínicas clandestinas e arriscam a própria vida. Veja-se trecho da decisão:

1.5. Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres 30. Por fim, a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito. (STF, HC , julgado em 29.11.2016)

No que se aproxima do presente trabalho, cumpre asseverar ainda que a própria inicial da ADI 4424, tão falada neste estudo, de autoria da Procuradoria-Geral da República, fundamenta-se na Teoria do Impacto Desproporcional, embora o STF, quando da decisão tomada, não tenha reconhecido expressamente estar adotando tal teoria como razão de decidir.

Seja como for, o histórico acima demonstra a receptividade da Teoria do Impacto Desproporcional pela Suprema Corte brasileira para se reconhecer casos de discriminação indireta e afastar a validade de normas que as geram, quando de sua aplicação prática.

Essa receptividade mostra que a referida teoria é instrumento hábil a ser utilizado também da seara da proteção da mulher, reconhecendo-se hoje que medidas tomadas pela Lei Maria da Penha ao proibir peremptoriamente a aplicação da Lei dos Juizados Especiais em casos sob seu julgo, em especial as medidas despenalizadoras, assim como a proibição do novel ANPP para esses casos, em verdade estão a gerar discriminação indireta, tornando a proteção das mulheres mais frágil e contribuindo sobremaneira para a tolerância do Estado brasileiro com esse tipo de criminalidade, sempre que aplicada na conjuntura de ausência de vagas para o cumprimento das penas, conforme visto acima.

No Brasil e no caso que se discute a aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional, a matéria de fundo não é um mero direito civil (por mais importante que possa ser), tampouco a reparação de danos via uma indenização. Aqui se trata da proteção da mulher vítima de violência doméstica ou de gênero, o que impõe, com muito mais razão, a necessidade de se afastar a discriminação indireta, toda vez que verificada.

3.3.3 A aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional nos casos de violência contra a mulher

Diante do impacto negativo da proibição de utilização dos expedientes de justiça negocial em casos envolvendo violência doméstica contra a mulher, evidenciado linhas atrás, ante a aplicação dessa política pública em conjuntura de ausência de vagas em estabelecimentos penais adequados para o cumprimento das penas aplicadas, propõe-se o reconhecimento do impacto desproporcional dessa medida no grupo vulnerável que visa proteger, evidenciando-se a discriminação indireta, possível de ser solucionada com a aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional.

Como já visto antes, não se vislumbra ofensa alguma ao princípio da igualdade na política pública atual de proteção da mulher vítima de violência, seja pela Lei Maria da Penha, seja pelo próprio Código de Processo Penal, a vedarem a utilização de expedientes de justiça negocial para a solução das respectivas lides. Não estamos diante de conflito normativo direto e intencional entre aqueles diplomas e o princípio da igualdade.

O que se aponta é a ocorrência, em inúmeros casos, da discriminação indireta em desfavor da proteção dos direitos humanos da mulher vítima de violência de gênero. Nesse sentido, como já se explicitou acima com a ilustração de um caso simples em que envolva vítima mulher e vítima homem, a aplicação sem filtro dessa política pública de proteção da mulher gera, na prática, uma subproteção, comparada com a proteção dada à vítima homem em casos análogos.

Isso se dá, também já se registrou, sempre que a Comarca em que foi aplicada a pena não dispuser de vagas suficientes para seu cumprimento em regime aberto ou semiaberto, o que tem sido a regra país à fora, considerando que tais

regimes são, também em regra, os aplicáveis na maioria, senão quase totalidade, das ações penais que visam a proteção desse grupo vulnerável.

Cumprir anotar, já nessa toada do trabalho, que a inconstitucionalidade dessa proibição de utilização de instrumentos de justiça penal negociada decorre de conjuntura, que embora assole boa parte do país, poderá ser superada a longo prazo, com políticas públicas efetivas de superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e a oferta de vagas condignas em estabelecimentos penais adequados a esses regimes.

Disso resulta uma importante conclusão, mesmo que, por ora, parcial: a inconstitucionalidade de que se trata poderá ser verificada em determinada localidade, mas em outra não. Além disso, na mesma localidade em que verificada, poderá futuramente desaparecer, caso se altere a conjuntura que leva ao impacto desproporcional no grupo vulnerável tutelado; o reverso também é verdadeiro: em localidades em que atualmente exista a disponibilidade dessas vagas e, portanto, a política pública de proibir os acordos penais em casos de violência contra a mulher esteja em plena conformidade com o princípio da igualdade, inclusive na sua aplicação prática, futuramente poderão ter que reanalisar a questão, reconhecendo-se o impacto desproporcional caso a conjuntura também se modifique para a escassez das aludidas vagas.

Essas considerações são importantes para demonstrar um grande diferencial da Teoria do Impacto Desproporcional no controle da constitucionalidade: ela é relacional, ligada ao momento da aplicação do Direito e aos fatos demonstrados, quando então poderão advir consequências inesperadas e impactantes na população que deveria ser protegida, sendo que em determinados casos isso se dará por questões de fato, conjunturais, e não meramente jurídicas.

Assim sendo, para casos como o presente, em que a discriminação indireta surge apenas onde não há disponibilidade de vagas em estabelecimentos penais adequados para o cumprimento da pena por crime de violência de gênero, o controle concentrado de constitucionalidade não se mostra a modalidade mais adequada.

Em verdade, é através do controle difuso, em cada processo, por seu juiz natural, no exercício da jurisdição constitucional de que é investido, que o reconhecimento da discriminação indireta e a aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional se mostram adequados, pois exige-se o conhecimento da

conjuntura local para aferir se, naquele caso e enquanto dure a conjuntura detectada, deve-se afastar a política pública (no caso, a proibição de acordos penais) para que o grupo vulnerável seja melhor protegido.

Veja-se que não se trata da técnica de declaração de norma ainda constitucional. É justamente o reverso: a declaração será de que a norma se apresenta inconstitucional até que a conjuntura que impõe a discriminação indireta seja superada.

Assim sendo, embora não seja o caso de se reputar inconstitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade os dispositivos legais que vedam os acordos penais, mostra-se plenamente viável e, mais que isso, imprescindível que as autoridades e operadores do direito estejam atentos à ocorrência da discriminação indireta e, caso detectada, afastem-na, preservando-se a higidez do sistema normativo e o cumprimento do objetivo da lei, da política pública por ela estabelecida e das recomendações da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos.

O que não se pode admitir é que, verificando-se diuturnamente na localidade a ocorrência da discriminação indireta, os agentes públicos incumbidos do dever de tutelar a mulher contra a violência de gênero quedem-se inertes, aplicando-se a norma de forma autômata e esquecendo-se que, antes dela, deve-se observar os preceitos constitucionais e convencionais.

Assim sendo, defende-se que as autoridades pública incumbidas desse grave mister articulem-se para, cada um desenvolvendo sua atividade precípua, seja superado o impacto desproporcional nas mulheres vítimas de violência doméstica e de gênero decorrente da proibição da justiça negociada, frente à conjuntura local de ausência de vaga para o cumprimento da pena.

Isso envolve, evidentemente, o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade da norma por ofensa indireta ao princípio da igualdade. Porém, antes disso, a solução aventada impõe ao Ministério Público o dever de articular com autoridade policial e judicial para que seja escancarada a ofensa à Constituição e aos documentos internacionais de proteção de direitos humanos desse grupo vulnerável, bem como tome as medidas cabíveis para a manutenção da higidez constitucional.

Afinal, a Teoria do Impacto Desproporcional impõe que, em nome da isonomia material, se reconheça o insucesso da política afirmativa e se retorne, ao menos, ao padrão normativo de isonomia formal, para não se agravar a desigualdade que se buscou sanar.

Como se verá no próximo tópico, dentro desse contexto o controle de constitucionalidade e convencionalidade pelo Ministério Público faz-se essencial nessa tarefa.

3.4 O controle de constitucionalidade e convencionalidade pelo Ministério Público

Tradicionalmente estuda-se e compreende-se o controle de constitucionalidade como uma atividade eminente judicial. E é. Porém, também não se pode esquecer que todos os agentes públicos são obrigados a dar cobro aos mandamentos constitucionais, de modo que é possível, mesmo fora do ambiente judiciário, reconhecer-se a invalidade de norma inconstitucional e deixar-se de aplicá-la, sem prejuízo do controle dessa ação, sempre sob a ótica do princípio republicano que impõe ao agente público prestar contas de suas condutas.

Com efeito, quando se diz que caberia ao Ministério Público efetuar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos no exercício de suas funções, não se está afirmando que estará ele, o MP, substituindo o Poder Judiciário para o fim de extirpar do ordenamento jurídico, mesmo que em situação concreta, norma reputada inconstitucional. Não. O que se está a dizer é que verificando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, não pode o Ministério Público simplesmente agir em conformidade com esse regramento, devendo, antes, tomar as medidas necessárias e a seu alcance para manter a higidez constitucional.

Assim, deixando-se de lado a legitimidade do Procurador-Geral da República e dos Procuradores-Gerais de Justiça para manejar as respectivas ações de controle concentrado de constitucionalidade, também os órgãos de execução de primeira instância tem a seu dispor a jurisdição constitucional difusa.

Desse modo, diante de ofensa a direito que lhe incumba tutelar, é absolutamente lícito ao Ministério Público mover as ações cabíveis e deflagrar, de modo incidental, a jurisdição constitucional. Isso ocorre corriqueiramente, por exemplo, quando ao propor uma ação civil pública, o *Parquet* requer, como questão

prejudicial, seja declarada a inconstitucionalidade de norma que fundamentou o ato que se busca combater com referida ação.

Ocorre que não se pode negar que desde a Constituição de 1988 houve profunda evolução no papel do Ministério Público, o qual adquiriu atribuições que lhe permitem solucionar as demandas que lhe são encaminhadas sem a utilização necessária de ação judicial, ou seja, sem a necessidade de judicialização da demanda.

Instrumentos como a notificação recomendatória e o Termo de Ajustamento de Conduta, bem como o novel Acordo de Não Persecução Civil, destinado a pactuar a solução de casos envolvendo a prática de atos de improbidade administrativa, agigantaram a instituição do Ministério Público e permitiram que ela desse cobro à sua missão de defender a ordem jurídica, a democracia e os direitos indisponíveis.

Na seara criminal, a Lei dos Juizados Especiais também inovou significativamente ao criar a possibilidade de transação penal e suspensão condicional do processo, que aliados ao novo Acordo de Não Persecução Penal, instauraram no país a possibilidade de soluções extrajudiciais dessas demandas, muito embora, na área penal, ainda haja o controle posterior por parte do Poder Judiciário, mediante homologação do acordo entabulado.

Ocorre que esses instrumentos são, essencialmente, pré-processuais, ou seja, ocorrem antes que qualquer judicialização de demanda, seja porque esta é dispensável (como no caso dos acordos extra-penais), seja porque a intervenção judicial somente ocorre posteriormente ao firmamento do acordo, como nos casos penais.

Dentro desse contexto, estando o órgão ministerial diante de norma manifestamente inconstitucional, seria adequado ter ele sua atividade tolhida por não poder fazer esse juízo e, diante da sistemática procedimental, ser inviável levar a questão a Juízo antes de qualquer acordo? Vale dizer, só restaria, de fato, ao membro do Ministério Público aplicar a norma inconstitucional ou, em arremedo, deveria ele pedir prévia manifestação judicial que lhe autorizasse a agir de maneira a preservar a higidez da Constituição? Não nos parece a melhor solução.

Com efeito, não obstante a celeuma que existe acerca da possibilidade de os órgãos da Administração Pública reconhecerem, eles próprios, a

inconstitucionalidade de norma e deixarem de aplicá-la, é certo que é necessário evoluir a discussão, em especial no que toca ao Ministério Público, pois é justamente ele o encarregado de defender a ordem jurídica e não poderia ser obrigado a exercer seu mister com base em norma flagrantemente inconstitucional.

Além do mais, esse controle ministerial, que deverá ser logicamente prévio à tomada de providências extrajudiciais de seu mister, é necessariamente objeto de fiscalização e controle, seja pelo órgão de cúpula ministerial nos casos extrapenais, seja pelo próprio Poder Judiciário, quando da homologação dos acordos penais firmados.

É nesse sentido que defendemos possa o órgão ministerial justificar, por escrito e pormenorizadamente, as razões de seu convencimento acerca da inconstitucionalidade de determinada norma e, assim fazendo, prosseguir no exercício de seus poderes-deveres, sempre sujeito a controle posterior.

No caso que se discute no presente trabalho, caberia ao órgão ministerial, segundo nosso entendimento, ao receber o procedimento investigativo de crime envolvendo violência contra a mulher, investigar se na sua Comarca a resposta penal tem sido geradora de impacto desproporcional na proteção das vítimas, se tem gerado discriminação indireta. Assim reconhecendo, caberia ao órgão ministerial justificar, pormenorizadamente e por escrito suas razões, bem como tomar as medidas cabíveis a afastar a discriminação indireta verificada, no caso, propondo e firmando o acordo penal adequado que melhor atenda aos interesses de proteção da ofendida. Tal acordo, posteriormente, deverá ser levado à homologação judicial, cabendo, aí sim, ao Poder Judiciário, concordando com as razões ministeriais, confirmar a declaração incidental de inconstitucionalidade e homologar o ato. Do contrário, verificando abuso por parte do órgão ministerial, além de não declarar formalmente a inconstitucionalidade da norma e não homologar o acordo, poderia o Poder Judiciário inclusive encaminhar cópia do feito aos órgãos correicionais para apurar eventual falta funcional.

O que não se pode admitir, repete-se, é constranger o órgão do Ministério Público a agir em conformidade com lei que está causando, na prática, discriminação indireta – vale dizer, inconstitucional -, tampouco lhe vedar a utilização dos instrumentos legais colocados a ser cargo para a defesa dos direitos que tão gravemente a Constituição e as leis lhe incumbiu.

Por amor ao debate, contudo, registra-se que mesmo que o entendimento acima não seja acolhido, há que se registrar que o caso em debate comporta também *controle de convencionalidade*, e neste há nuances que precisam ser exploradas.

Com efeito, é certo que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu há muito a possibilidade do controle de convencionalidade, afirmando o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil internalizou, além do *status* de emenda constitucional àqueles aprovados segundo o rito especial de essa espécie normativa (STF, REs 349703 e 466343, julgados em 2008).

Contudo, assim como ocorre com o controle de constitucionalidade, também o controle de convencionalidade não é exclusivo do Poder Judiciário. Em obra sobre o tema do controle de convencionalidade pelo Ministério Público, Mazzuoli, Faria e Oliveira trazem uma teoria geral da matéria, explicitando importantes conceitos para a boa compreensão da matéria. Pela importância do tema, cumpre fazer alguns registros.

Inicialmente, apontam os autores citados que a partir do julgamento pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos dos casos *Cabrera García e Montiel Flores vs. México* (2010) e *Gelman vs. Uruguai* (2011), se “ampliou a competência de controle de convencionalidade aos demais órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis, como é, indubitavelmente, o caso do Ministério Público”⁴⁷.

Ainda de acordo com aqueles autores, em conformidade com a jurisprudência da Corte IDH, “tais órgãos de Estado devem exercer *ex officio* o controle de convencionalidade entre as normas internas e os tratados de direitos humanos, no âmbito de suas respectivas competências”⁴⁸.

Interessante notar que a compreensão da Corte IDH acerca do formato de se efetuar o controle de convencionalidade pelas instituições internas é bastante fluído, não havendo exigência de processos judiciais para tanto. Nesse sentido, colhe-se da obra citada:

47 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rorigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Controle de convencionalidade pelo ministério público. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 80.

48 *Op. cit.* p. 80.

Por ultrapassar pelos limites de atribuição (de todos os níveis) dos órgãos da administração da Justiça, o controle de convencionalidade não é providência que se aperfeiçoa a partir ou ao cabo de determinado marco processual ou mediante referendo de um órgão controlador em específico. Da forma como exigido pela Corte IDH, o controle de convencionalidade se realiza pelo sistemático atendimento das normas de direitos humanos na deliberação de deflagração (ou não) das funções institucionais definidas pela Constituição Federal, pelas leis ou, ainda, pelos próprios tratados e pela jurisprudência da Corte IDH, relativamente a cada uma das instituições vinculadas ao sistema de justiça⁴⁹.

Dessa forma, no que tange ao controle de convencionalidade, caberia ao Ministério Público, conforme a compreensão da Corte IDH não apenas a aferição da inconstitucionalidade que deverá posteriormente ser declarada formalmente por órgão judicial (como ocorre no controle de constitucionalidade), mas exercer, ele próprio, esse controle.

Com efeito, ao Ministério Público brasileiro é incumbido expressamente o dever de defender a ordem jurídica, nos termos do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal. É certo, por outro lado, que por ordem jurídica não se entende apenas o conjunto de normas nacionais, mas também as internacionais a que o país tenha ratificado e internalizado, de modo a competir ao Ministério Público defender a aplicação também das convenções internacionais, com os instrumentos que possui. Nesse sentido, aponta Mazzuoli, Faria e Oliveira:

É justamente quando o Ministério Público se depara com a necessidade de análise de um caso concreto, à vista do qual precisa deliberar quanto ao exercício (ou não) das suas funções institucionais por meio de instrumentos que as normas de processo lhe concedem, que ressurge o dever da instituição de exercitar o controle (agora, não mais aferição...) de convencionalidade nas normas relativas à resolução da causa, para garantir, concretamente, a proteção e a prevalência dos direitos humanos em questão⁵⁰.

Na realidade brasileira, contudo, isso não significa que a atividade controle de convencionalidade pelo Ministério Público será feita sem controles, o que ofenderia, no mínimo e diretamente, o princípio republicano. Com efeito, a depender do instrumento ou procedimento em que tenha que atuar, o órgão ministerial será objeto de controle, seja interno, seja externo. Por exemplo: se esse controle de convencionalidade se dá em despacho de arquivamento de um inquérito civil, haverá

49 Op. cit. p. 80-81.

50 Op. cit. p. 81.

o controle do órgão superior com atribuição para homologar o ato. Caso se dê em uma manifestação processual, o Poder Judiciário fará esse controle.

De todo modo, cumpre atentar que para se concretizar a proposta do presente trabalho, se mostra imprescindível esse controle, seja de constitucionalidade (nem que por mera aferição), seja de convencionalidade, diretamente pelo órgão do Ministério Público.

Com efeito, tratando-se de proposição de acordo penal, caberá ao órgão de execução do Ministério Público, previamente e diante de inequívoca discriminação indireta, reconhecer a invalidade da proibição dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais e mesmo do Acordo de Não Persecução Penal em casos de violência contra a mulher, sempre que preenchidos os requisitos legais, para, em momento posterior, efetivar a proposta.

É certo ainda que esse controle, de constitucionalidade ou de convencionalidade, deverá ser feito por escrito, seja em despacho prévio no procedimento investigativo ou no corpo da própria proposta de acordo, mas apontando-se concretamente as razões que levam, naquele caso e sob qual conjuntura, à conclusão de que as normas inculpidas no artigo 41 da Lei n.º 11.340/06 e no artigo 28-A, § 2º, inciso IV, do Código de Processo Penal estão a causar discriminação indireta, de modo a justificar o afastamento de sua aplicabilidade e ofertar o acordo cabível. Esse dever de fundamentação do controle ministerial decorre não só do princípio republicano, e o respectivo dever dos agentes públicos de prestar contas de seus atos, mas também expressamente da lei orgânica do Ministério Público⁵¹.

Assim, uma vez feito o controle ministerial e firmado o acordo, estará este sujeito, inclusive na parte que toca à (in)validade daqueles dispositivos legais, à homologação judicial, quanto então a conduta ministerial será chancelada, ou não.

No caso dos crimes de ação penal privada, entendemos que caberia ao membro do Ministério Público se manifestar por escrito e, entendendo viável a solução consensual como a mais adequada à tutela da vítima mulher, requerer a designação de audiência para a composição civil.

51 Lei n.º 8625/93

Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: [...] III - indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal;

Diante de tudo quanto exposto, convém repisar que a adoção do acordo penal pressupõe o controle de validade das normas que o proíbem (constitucionalidade ou convencionalidade). Esse controle, contudo, deverá ser aceito pelo investigado e seu defensor, também como pressuposto lógico da pactuação do acordo. Portanto, haverá acordo sobre a possibilidade jurídica do instrumento de solução negociada da lide penal e também sobre os termos do próprio acordo penal. Assim, nada obstante esse conjunto de confluências de vontades deva, ao final, passar pelo escrutínio do Poder Judiciário para ser homologado, é certo que representa, a uma, solução negociada – e portanto, não imposta –, e, a duas, que, inexistindo concordância por parte do investigado e seu defensor, simplesmente será dado seguimento ao caso com o oferecimento da inicial acusatória, não mais porque não caberia o acordo, mas, sim, porque este foi infrutífero.

Logo, não vemos qualquer prejuízo ao investigado quanto à adoção da solução ora aventada. Veja-se que nisso tudo está inserido um componente democrático, de diálogo e construção da solução adequada, permitindo-se, outrossim, a efetiva participação do investigado enquanto sujeito de direitos em procedimento tendente a ser mais eficaz na pacificação social, no desestímulo à reincidência, sem contar que as condições impostas deverão representar um nível superior de proteção à mulher vítima que obteria no sistema convencional.

Seja como for, mostra-se imprescindível que todos os agentes e instituições do sistema de justiça tenham clara a possibilidade de normas de ação afirmativa poderem gerar impacto desproporcional no grupo que visam proteger, e assim discriminação indireta, bem como tomem as providências de suas alçadas para evitar a ofensa à igualdade e a omissão do Estado frente a esse tipo de violação de direitos humanos.

Sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, bem assim fiscal da ação penal privada, o que fará enquanto tutor da ordem jurídica, é necessário conferir a ele essa função de controle de constitucionalidade e convencionalidade nos atos de sua atribuição, pois estará melhor habitado para reconhecer os efeitos deletérios que por vezes determinadas políticas públicas acabam por gerar e, assim, providenciar o necessário para a manutenção da higidez do sistema jurídico, a efetiva atuação em favor da mulher vítima de violência e a responsabilização adequada do agressor.

3.5 A solução proposta e a legalidade

A distorção atualmente existente na temática exposta nos parece evidente, assim como a necessidade de se propor soluções adequadas para que a discriminação indireta não apenas deixe de ocorrer, como seja alvo de constante vigilância e atenção pelos atores do Sistema de Justiça.

Também a aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional ao caso nos parece ser medida adequada para restabelecer a proteção mínima que as mulheres precisam ter contra a violência de gênero, eis que tal expediente terá o condão de adequar o procedimento e os instrumentos legais a realidades locais sempre que estas impuserem um impacto desproporcional à proteção jurídica daquele grupo vulnerável.

Todavia, não se desconhece que a solução proposta é inovadora na medida em que referida teoria tem origem estrangeira e, embora já reconhecida e aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, não faz parte do cotidiano forense nacional.

Como toda inovação, o expediente proposto poderá gerar perplexidades iniciais, especialmente se mal compreendido nosso sistema penal garantista, seus valores e princípios, destacadamente o princípio da legalidade.

Com efeito, a primeira indagação que nos fizemos e certamente poderá ser feita é: a solução proposta possui previsão legal? Afinal, em se tratando de direito penal, a observância do princípio da legalidade é algo essencial.

Para responder a essa questão, inicialmente precisamos fixar os contornos do princípio da legalidade. Com efeito, tal princípio possui base tanto constitucional⁵², como convencional⁵³ e legal⁵⁴, inclusive na seara específica do direito penal.

De maneira geral, as disposições normativas acerca do princípio da legalidade em matéria penal tem sido interpretadas no sentido de que ele se desdobraria em quatro subprincípios, a saber: [i] a necessidade de lei escrita (*lex scripta*); [ii] a necessidade de lei em sentido estrito, vedando-se a analogia para criar crimes (*lex stricta*); [iii] a necessidade de a lei ser taxativa, com clareza de conteúdo (*lex certa*); e [iv] a necessidade de a lei ser prévia, proibindo-se a punição por fato cometido antes da lei (*lex praevia*).

Em verdade, o princípio da legalidade pode ser considerado um meta princípio do Direito, já que é partir dele que nascem os Estados de Direito, a submissão do poder à lei, os direitos fundamentais enquanto limitação do poder soberano, bem assim a segurança jurídica sobre o que se pode e não pode fazer na vida social, bem assim as consequências de seu descumprimento.

Esse princípio é importantíssimo para o sistema garantista, tendo lugar de destaque no desenvolvimento dessa teoria. Com efeito, segundo o que nos diz Ferrajoli, garantismo pode trazer ao menos três concepções, de modo que *designa um modelo normativo de direito: precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”*; também pode designar *uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas*; e, por fim, garantismo também pode

52 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

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

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

53 Pacto de São José da Costa Rica

Artigo 9

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

54 Código Penal

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

designar *uma* filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou garantia constituem a finalidade⁵⁵.

As duas primeiras concepções nos interessa de perto, isso porque em um Estado Democrático de Direito o princípio de legalidade e o sistema de garantias se mostram especialmente importantes, ao passo que, na segunda concepção, a preocupação não só com a norma em si, mas o direito em sua aplicação prática é o que nos move para investigar o descompasso entre o microssistema de proteção da mulher em questão penal e o resultado prático dele, diante da ausência de condições materiais de sua efetivação pelo Estado.

Dos dez axiomas básicos elencados pelo garantismo, bem assim seus desdobramentos, se dará portanto especial atenção ao segundo deles (*A2 nullum crimen sine lege*), ou seja, ao princípio da legalidade.

Ainda dentro da seara da legalidade, no contexto do garantismo de Ferrajoli, deverá ser desdobrado nas concepções de *mera legalidade* e de *legalidade estrita*, mormente para se verificar se o procedimento de controle de validade (constitucional e convencional) proposto é conforme aqueles vetores e, portanto, compatível como nosso sistema garantista.

Pois bem. Tratando de forma geral, mas como os olhos voltados à legalidade penal, Ferrajoli trata de distinguir o que seria a mera legalidade, apontada como um dos axiomas do sistema garantista, da legalidade estrita, definindo-os da seguinte forma:

Enquanto o axioma da mera legalidade se limita a exigir da lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada.⁵⁶

Ainda sob esse enfoque, a diferenciação feita por Ferrajoli tem o condão de nos exibir a magnitude e importância desse princípio, mormente quando tomado sob a ótica da legalidade estrita por ele desenvolvida, a qual tem aplicação, nas suas palavras, própria no Direito Penal. Veja-se:

55 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684-685.

56 *Op. cit.* p. 76.

Acrescento agora que, enquanto o princípio da mera legalidade, ao enunciar as condições de existência ou de vigência de qualquer norma jurídica, é um princípio geral de direito público, o princípio da estrita legalidade, no sentido que tem sido associado até o momento de metanorma que condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos à decidibilidade da verdade jurídica de suas aplicações, é uma garantia que se refere só ao direito penal. Efetivamente, somente a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente as formas, senão também, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais, a substância ou os conteúdos dos atos que a elas se aplicam. Esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado 'de direito' do direito penal dos Estados simplesmente 'legais', nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei.⁵⁷

Sobre essa diferenciação, Ferrajoli também destaca que o princípio da legalidade estrita é dirigido em especial ao legislador, visando dar cobro às características próprias desse princípio, como já adiantado antes, a exemplo da taxatividade. Vejamos em suas palavras:

Basta aqui dizer que, enquanto o princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado com tal na lei, o princípio cognitivo da legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a *decidibilidade da verdade* de seus enunciados. No primeiro sentido (lato), o princípio da legalidade se identifica com a *reserva relativa de lei*, entendendo 'lei' no sentido formal de *ato* ou mandato legislativo e se limita a prescrever a *sujeição do juiz às leis vigentes*, qualquer que seja a formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos julgados. No segundo sentido (estrito), identifica-se, ao revés, com a *reserva absoluta de lei*, entendendo 'lei' no sentido substancial de *norma* ou conteúdo legislativo, e prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposição judiciais verdadeiras ou falsas. Disso resulta, assim, garantida a sujeição do juiz *somente* à lei.⁵⁸

De outro norte, cabe assinalar que o princípio da legalidade é perfeitamente compatível com o controle de constitucionalidade, senão dele decorrente, eis que é a própria Constituição que o prevê, de modo que a mera existência da lei não basta, devendo ainda ser conferido seu conteúdo e compatibilidade deste com as disposições constitucionais, das quais a lei extrai seu fundamento de validade. Vale dizer, não basta haver lei, deve ela ser compatível com a constituição.

57 *Op. cit.* p. 305

58 *Op. cit.* p. 76-77.

Assim sendo, verifica-se com facilidade que o princípio da legalidade, seja na acepção de Ferrajoli de *mera legalidade* (reserva de lei), seja na acepção de *legalidade estrita* (legalidade substancial), não é óbice ao reconhecimento do impacto desproporcional – e a consequente discriminação indireta – com a finalidade de se afastar a aplicação da lei (no caso, a proibição da utilização de instrumentos de justiça negocial trazida pelo art. 41 da Lei n.º 11.340/06 e art. 28-A, § 2º, inciso IV, do Código de Processo Penal) para, destaca-se, aplicar-se outra lei, ou seja, ainda em respeito à legalidade e, mais que isso, aplicar a lei que, no caso concreto, mostra-se consentânea com as disposições constitucionais e convencionais.

Cumprir lembrar que nosso sistema garantista é essencialmente constitucionalizado e depende, portanto, da fiel observância da própria Constituição para sua concretização. Não compactua o garantismo com inconstitucionalidades, tampouco inconveniências, tampouco ele é um sistema voltado a privilegiar um dos envolvidos na lide penal. Ao contrário, cuida-se de sistema lógico fundado na prevalência de princípios básicos para o desenvolvimento de um direito e um processo penal democrático e cientificamente justificado.

A confirmar o que se está a defender, cumpre citar a posição do próprio Ferrajoli, que confirma a impossibilidade de se aplicar a lei inválida. Veja-se:

O primeiro destes dois dogmas [referindo-se à obrigação de o juiz aplicar a lei] consiste na afirmação, que de Bentham até Kelsen forma o postulado teórico do juspositivismo, da existência de uma obrigação jurídica do juiz de aplicar as leis vigentes. Depois do que foi dito até agora, é evidente que esta tese, ao menos nos Estados de direito dotados de Constituição rígida, não é de todo verdadeira: quando as leis vigentes são suspeitas de invalidade, não existe sequer para o juízes – aliás menos ainda para os juízes – uma obrigação jurídica de aplicá-las.⁵⁹

Tampouco a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade (validade) do artigo 41 da Lei 9.099/96 impede que o juiz, fazendo a necessária distinção dos casos (lembrando que pelo STF a questão da proibição das medidas despenalizadoras em casos de violência doméstica contra a mulher foi analisada apenas implicitamente, já que não era objeto da ADI 4424, tampouco da ADC 19), bem como diante de subtrato fático diverso (a [in]existência de vagas adequadas para o cumprimento de pena e o impacto desproporcional no grupo vulnerável protegido), reconheça a invalidade daquele dispositivo legal, ao

59 *Op. cit.* p. 700.

menos no caso concreto e enquanto perdurar a conjuntura que sua aplicação redunde em discriminação indireta, para aplicar, ao menos, a legislação ordinária aplicável ao público masculino, eis que ela, nesses casos, mostra-se mais adequada para a tutela da mulher. Afinal, ainda nas palavras de Ferrajoli:

Que então uma lei tenha sido sempre aplicada quer dizer somente que é efetiva, e não também que é válida, dado que a validade e a invalidade são qualificações jurídicas de todo independentes do fato da aplicação. Nem sequer é relevante que ela não tenha nunca estado sob suspeita de invalidade, nem que tenha sido declarada válida em precedentes ocasiões: a invalidade não está, de fato, sujeita a prescrições, ma pode em verdade ser objetada e declarada em qualquer momento; e a validade não é nunca reconhecida de uma vez por todas.⁶⁰

Assim sendo, o controle de constitucionalidade proposto não ofende o princípio da legalidade, em qualquer de suas dimensões ou sentidos, estando em perfeita sintonia com esse axioma do garantismo, que exige, ademais, postura crítica dos operadores do Direito para não serem meros aplicadores autômatos da lei, porquanto vigente, mas sim investigadores de sua conformação constitucional e, ao menor sinal de invalidade, a denunciarem e promover o necessário para o restabelecimento da higidez do sistema normativo.

3.6 Considerações finais

Consoante se verificou nos itens e capítulos anteriores, a maior parte dos crimes contra mulheres (violência de gênero) no Brasil possuem penas que desafiam regimes de cumprimento aberto ou semiaberto.

Por outro lado, no Brasil há grande deficit de vagas nesses regimes, de modo que a pena é cumprida, em regra, em regime harmonizado (domiciliar, com ou sem monitoramento eletrônico).

Essa realidade de cumprimento da pena contraria os deveres de proteção da mulher contra a violência de gênero, fixados tanto em normas internacionais como nacionais, além das recomendações da Comissão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Maria da Penha.

Essa contrariedade à política afirmativa de proteção da mulher contra a violência de gênero ofende o princípio da igualdade em sua acepção material,

60 *Op. cit.* p. 700.

denotando impacto desproporcional e subproteção da categoria vulnerável que a norma visa privilegiar, ou seja, a mulher vítima de violência de gênero.

Por outro lado, viu-se que instrumentos de política criminal de justiça negociada e despenalizadora, como a composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo e o ANPP, permitidos para casos que não envolvam violência de gênero, se mostram mais efetivos na proteção do bem jurídico, especialmente nas Comarcas em que há deficit de vagas em estabelecimentos adequados para o regime semiaberto (quase metade, em âmbito nacional) e para o regime aberto (a quase totalidade, em âmbito nacional).

A proibição da utilização desses instrumentos para os casos de violência de gênero contra a mulher tem contribuído para a subproteção dessa classe de pessoas, indo de encontro ao dever de agir Estatal recomendado pela Comissão Interamericana.

De seu turno, é inconstitucional, por ofensa ao princípio da igualdade material e discriminação indireta quando da aplicação da norma (Teoria do Impacto Desproporcional), a proibição de aplicação de medidas despenalizadoras em crimes envolvendo violência de gênero contra a mulher, ao menos nas Comarcas desprovidas de vagas adequadas para cumprimento das penas e até que essa conjuntura não seja superada.

Ainda, deve ser garantido, em benefício da melhor proteção dos bens jurídicos protegidos pela norma penal, no mínimo o mesmo tratamento dado aos demais casos (isonomia formal), até que as condições reais de cumprimento da pena se alterem e haja efetiva possibilidade de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto ou semiaberto nos exatos termos em que previstos legalmente.

A aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional para, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma que veda a medida despenalizadora em caso de violência de gênero contra a mulher, tem lugar toda vez que na localidade em que se tenha que aplicar a lei penal haja deficit de vaga em regime aberto ou semiaberto e seja necessário aplicar o regime harmonizado.

A solução aventada não exclui a necessidade de se trabalhar para que o deficit de vagas nesses regimes seja sanado.

Uma vez desaparecida a conjuntura que gerava o impacto desproporcional, o regime legal mais gravoso ao agressor em situação configuradora de violência de gênero contra a mulher deve ser aplicado.

Cabe ao Ministério Público, titular da ação penal pública, aquilatar em cada caso e localidade se a aplicação literal da atual política de ação afirmativa em favor da tutela da mulher em casos de violência de gênero gera impacto desproporcional, cabendo, caso assim identificado, aplicar o regime geral (igualdade formal), propondo as medidas despenalizadoras que melhor se adéquem ao fato, desde que adequadas e suficientes para a tutela do bem jurídico protegido pela norma penal.

Consoante o atual desenho legislativo do ANPP, não seria ele cabível em casos envolvendo violência ou grave ameaça, o que afastaria o instituto nos casos de lesão corporal e ameaças graves contra mulheres em contexto de violência de gênero, reservando-se a medida apenas aos demais crimes. Todavia, mesmo nesses casos, verificando-se o impacto desproporcional no caso concreto, a medida ora defendida poderia ser aplicada, afastando-se essa causa de impedimento do ANPP e firmando-o sempre que, assim procedendo, seja mais adequado à tutela efetiva da mulher.

Essa conclusão se mostra ainda mais acertada quando se tem em mente projetos legislativos que visam ampliar o escopo de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal. Até que isso ocorra, contudo, o reconhecimento do impacto desproporcional no caso concreto poderá resolver, de *lege lata*, a questão.

O quanto decidido pelo STF na ADI 4424 não impede essa conclusão, a uma porque fundada em fatores que não foram levados em consideração pela Corte naquela oportunidade (*distinguishing*), e a duas porque, no caso do ANPP, ele sequer foi objeto daquela deliberação pela Suprema Corte.

A solução proposta não atenta contra o princípio da legalidade e o Direito Penal Garantista, eis que, a uma, este não compactua com a aplicação de norma reconhecida, mesmo que de forma limitada no tempo e no espaço, como inconstitucional, tampouco se funda em aplicação pura e literal de norma conjunturalmente mais branda quando de sua efetivação (eficácia social do Direito). Além disso, nos casos em que a proposta puder ser acolhida, a solução não se mostra necessariamente mais gravosa ao agressor, eis que se trata de medida

despenalizadora, fundada em Justiça Consensual, capaz de evitar a exposição ao processo e Sistema Prisional, preservando eventual primariedade do acusado.

5 CONCLUSÃO

Ao final da exposição, cumpre rememorar que o Brasil é signatário de diversos documentos internacionais de proteção da mulher contra a violência de gênero, reconhecida em muitos desses documentos como fator de discriminação.

Por outro lado, o caso Maria da Penha, levado ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, demonstrou perante a comunidade internacional, especialmente em âmbito regional, que o país é leniente com a violência contra a mulher, permitindo que caso grave de violação de direitos humanos passasse anos sem uma resposta penal efetiva pelo Estado brasileiro.

As recomendações emitidas pela Comissão, todavia, despertaram um intenso movimento da sociedade civil e engajar as instituições públicas para a causa, resultando na aprovação da Lei n.º 11.340/06, nominada Lei Maria da Penha.

Referido marco legal é absolutamente claro em buscar uma resposta penal mais incisiva, capaz de pôr a salvo os bens jurídicos por ela protegidos, notadamente a incolumidade física e psíquica da mulher ofendida.

Não obstante a clareza de seus dispositivos, diversos foram os questionamentos acerca de sua validade perante a Constituição Federal, às quais o Supremo Tribunal Federal deu resposta firme na ADI 4424 e na ADC 19. Dentre essas respostas, reafirmou o STF a constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, a impedir a adoção de medidas despenalizadoras em casos envolvendo violência doméstica contra a mulher, embora analisada a questão sobre outros enfoques (natureza da ação penal no crime de lesões corporais e a competência do Juizado Especial).

Em que pese o acerto jurídico da Suprema Corte e a sintonia entre a norma questionada e a Constituição Federal, verifica-se, passadas quase duas décadas de promulgação da lei, que em grande parte dos casos envolvendo esse tipo de violência é possível se reconhecer a ocorrência discriminação indireta, eis que por falta de estrutura estatal para o cumprimento das penas em regime adequado, os agressores acabam por ter uma resposta absolutamente branda e leniente, através do cumprimento de suas penas em regime harmonizado.

Essa resposta prática dada à violação dos direitos humanos das mulheres, além de fraca, é morosa, revelando, outrossim, nível de proteção inferior ao dado a

vítimas homens em casos análogos, mesmo que se aplicando os institutos despenalizadores da Lei do Juizado Especial.

É certo que tal circunstância, verificada na seara da eficácia social da norma, não pode passar despercebida, pois ao fim e ao cabo revela a continuidade da omissão e leniência estatal no combate a esse tipo de violação de direitos humanos próprios das mulheres.

Assim, cumpre às instituições de Estado, em especial ao Ministério Público, estar atento à ocorrência dessa inversão de valores quando da aplicação da lei, a essa discriminação indireta, e todas vez que verificada, agir, inclusive com a aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional, para restabelecer os rumos da política pública, ao menos até que se supere o substrato fático que a deturpa, sempre com os olhos voltados à solução que melhor proteja os direitos violados da mulher.

É certo que a proposta ora defendida demanda atenção especial ao conjunto de normas de direito internacional a que o Brasil é signatário, além das recomendações e decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambiente que ainda não é, infelizmente, dos mais familiares aos operadores do direito no Brasil.

Demandará, outrossim, forte compromisso com a avaliação local, em cada Comarca, da eficácia social da Lei Maria da Penha, de modo que a solução aventada não é geral e uniforme, senão dependente da análise caso a caso, embora o substrato fático que gere a discriminação indireta ora denunciada – a política pública cada vez mais deficitária de oferta de vagas, em quantidade e qualidade adequadas, para o cumprimento da pena em regimes semiaberto e aberto – tenda a ser duradouro, senão agravado com o passar do tempo.

Especialmente aos membros do Ministério Público que atuam na área, o compromisso com a defesa da ordem jurídica e dos direitos indisponíveis das mulheres vítimas de violência doméstica e de gênero deverá ser redobrado. Enquanto titular da ação penal, deverá o Ministério Público estar atento e preparado para tomar as medidas necessárias para o afastamento da discriminação indireta contra esse grupo vulnerável, inclusive, toda vez que se mostrar cabível e mais adequado a esse mister, afastar a incidência do artigo 41 da Lei n.º 11.340/06 e/ou do artigo 28, § 2º, inciso IV, do Código de Processo Penal, sempre de forma

fundamentada, para adotar medidas de justiça negociada que melhor atendam aos interesses envolvidos e a seu cargo tutelar.

Essa atuação, reconhecemos diferenciada e inovadora, deverá sempre ser norteada pelo sentido normativo – *a mens legis* – do arcabouço legal, convencional e constitucional de proteção da mulher e jamais banalizado, submetendo-se, outrossim, sempre, ao escrutínio do Poder Judiciário, a quem caberá, no exercício da jurisdição constitucional difusa, declarar efetivamente a invalidade da lei, ao menos naquele caso e sob as circunstâncias fáticas atuais, homologando-se o acordo penal, desde que este, evidentemente, atenda aos requisitos legais.

Por outro lado, cumpre o registro de que a solução aventada, a par de prestigiar o melhor interesse da proteção da mulher vítima de violência doméstica ou de gênero, também prestigia a justiça penal negociada, a efetiva e democrática participação do investigado e seu defensor na construção da solução, algo salutar para a pacificação social e combater a reincidência.

De seu turno, as providências acima delineadas, a serem tomadas apenas quando evidenciada a discriminação indireta, não afastam o dever de engajamento de todos os poderes, entes e órgãos que atuam no sistema de justiça para a efetiva solução da falta de vagas adequadas para o cumprimento de penas em regime aberto e semiaberto, mas impede que essa política pública deficitária fira ainda mais os direitos humanos das mulheres até que seja solucionada.

Por fim, nos parece evidente que a solução defendida, para além de buscar a efetiva obediência ao vetor de proteção delineado nos documentos jurídicos nacionais e internacionais de direitos humanos das mulheres, é adequado para afasta a pecha de leniência e tolerância do Estado brasileiro com esse tipo de crime, a qual, caso não se faça nada e persista, poderá gerar nova representação do país nos organismos internacionais.

O compromisso, pois, deve ser com a rotineira vigilância e proteção dos direitos humanos, não necessariamente com a legalidade fria e servil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Vilma Leite Machado. **Violação à igualdade de oportunidades – discriminação indireta de gênero nas relação laborais e a atuação do ministério público do trabalho**, 2013. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Sergipe. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/4397>. Acesso em 12.11.2024.

CORBO, Wallace de Almeida. **Por que não uma igualdade “pra valer? Reconhecimento, minorias e a vedação à discriminação indireta no Brasil**, 2015. Dissertação de Mestrado. Univerdidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/9778>. Acesso em 12.11.2024.

DANIELS, Bryce T. **Disparate impact: a failed remedy for discrimination**, *Creighton Law Review*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3921239. Acesso em 12.11.2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, teoria do garantismo penal**. 1. ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. 1. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HART, Melissa. **Disparate impact discrimination: the limits of litigation, the possibilities for internal compliance** (2007). Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/328>. Acesso em 12.11.2024.

HEEMANN, Thimotie Aragon. **Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos: uma necessidade na defesa de grupos vulneráveis**. Revista do Ministério Público da Paraíba, 2018. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.mppb.mp.br/jspui/bitstream/123456789/209/1/N.%2012%20%282018%29.pdf>. Acesso em 12.11.2024.

HERIOT, Gail L. **Title VII disparate impact liability makes almost everything presumptively illegal**, New Youk University, Journal os Law & Liberty. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3482015. Acesso em 12.11.2024.

JOHNSON, Olatunde C. **The agency roots of disparate impact**, *Harvard Civil Rigths-Civil Liberties Law Review* (2014). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1099. Acesso em 12.11.2024.

KING, Allan; HEMENWAY, Alexandra. **Blurred Lines: Disparate impact and disparate treatment challenges to subjective decisions -- the case of reductions in force**. Disponível em:

<https://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol12/iss2/5>. Acesso em 12.11.2024

LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Adaptação razoável: a correção dos efeitos da discriminação indireta no ponto médio entre igualdade e reconhecimento**, 2018. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/9848>. Acesso em 12.11.2024.

LOUDON, Joseph P; LOUDON, Timothy D. **Applying disparate impact to Title VII comparable worth claims: an incomparable task**. Indiana Law Journal: Vol. 61. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol61/iss2/3>. Acesso em 12.11.2024.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rorigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo ministério público**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Mateus Assis. **Proibição de discriminação e previdência complementar: um estudo de caso do tema 452/STF – 2023**. Dissertação de Mestrado, Univerdidade do Estado do Rio de Janeiro, disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/20724>. Acesso em 12.11.2024.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RUTHERGLEN, George. **Disparate impact, discrimination, and the essentially contested concept of equality**, Fordham Law (2006). Disponível em: Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol74/iss4/27>. Acesso em 12.11.2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “De Facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SEICSHNAYDRE, Stacy E. **Is the road to disparate impact paved with good intentions?: stuck on state os mind in antidiscrimination law**, Wake Forest Law Review. Disponível em:

https://www.wakeforestlawreview.com/wp-content/uploads/2014/10/Seicshnaydre_LawReview_12.07.pdf. Acesso em 12.11.2024.

SEINER, Joseph A. **Disentangling disparate impact and disparate treatment: adapting the canadian approach**. Yale Law & Policy Review, vol. 25:95, 2006. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/40239673>, acesso em 12.11.2024.

_____. **Plausibility and disparate impact**, Hastings Law Journal. Disponível em: <https://www.hastingslawjournal.org/wp-content/uploads/2014/04/Seiner-64.2.pdf>. Acesso em 12.11.2024.

SELMI, Michael. **Was the disparate impact theory a mistake?**, UCLA Law Review (2006). Disponível em: https://www.uclalawreview.org/wp-content/uploads/2019/09/24_53UCLALRev7012005-2006.pdf. Acesso em 12.11.2024.

SONGER, Michael J. **Decline of title VII disparate impact: the role of the 1991 civil rights act and the ideologies of federal judges** (2005). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjrl/vol11/iss1/11>. Acesso em 12.11.2024.

STEPHANOPOULOS, Nicholas. **Disparate Impact, unified law**, Yale Law Journal. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/Stephanopoulos_3rua1o85.pdf. Acesso em 12.11.2024.

TIWARI, Alisa. **Disparate-impact liability for policing**, The Yale Law Journal. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/TiwariNote_5crcy6vu.pdf. Acesso em 12.11.2024.

WALKER, Lenore. **The battered woman**. New York: Harper and How, 1979.

WAX, Amy L.. **Disparate impact realism** (2011). William and Mary Law Review, University of Pennsylvania Carey Law School. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/352. Acesso em 12.11.2024.

ZATZ, Noah D. **Disparate impact and the unity of equity**. Boston University Law Review. Disponível em: <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2017/09/ZATZ.pdf>. Acesso em 12.11.2024.