

09/02/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX : Senhor Presidente,

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

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

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

Analisando a filosofia de Kant, Michael Sandel, professor de Harvard, ensina que alguns preceitos básicos de justiça, como a igualdade, se utilizados indiscriminadamente, podem conduzir à barbárie e à ruína da dignidade humana. Nas suas palavras: “a ideia de que somos donos de nós mesmos, se aplicada de maneira radical, tem implicações que apenas um libertário convicto poderia apoiar; um Estado mínimo, o que exclui a maioria das medidas para diminuir a desigualdade e

promover o bem comum; e uma celebração tão completa do consentimento que permita ao ser humano infligir afrontas à própria dignidade” (SANDEL, Michael. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 135-136).

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

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

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

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

proporção.”

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

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

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

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

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.

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

“cumpre sinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo) , como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações, isto sem falar nas violações de bens fundamentais de caráter transindividual como é o caso do meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do Estado democrático

de Direito e das suas instituições, também no tocante às respostas para a criminalidade num mundo em constante transformação.

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

(SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3, 2003. p. 86 e segs.)

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

Longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da Constituição), a Lei nº 11.340/06 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social. Ao contrário do que se imagina, a mulher ainda é subjugada pelas mais variegadas formas no mundo ocidental. São mecanismos de opressão insidiosos, muito bem expostos por Nicla Vassallo e Concita De Gregorio em texto recente (*Donne e oppressioni tra Occidente, Oriente, Islam. Sui meccanismi di controllo dei corpi femminili. In: Ration Pratica, 37. Il Mulino, 2011. pp. 403-416*).

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

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

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

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

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

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

“Saber o que é uma razão suficiente para a permissibilidade ou a obrigatoriedade de uma discriminação não é algo que o enunciado da igualdade, enquanto tal, pode responder. Para tanto são exigíveis outras considerações, também elas valorativas. E é exatamente a esse ponto que são direcionadas as críticas fundamentais acerca da vinculação do legislador ao enunciado geral da igualdade. Essas críticas sugerem que uma tal vinculação faria com que o Tribunal Constitucional Federal pudesse impor sua concepção acerca de uma legislação correta, razoável e justa no lugar da concepção do legislador, o que implicaria um ‘deslocamento

de competências sistemicamente inconstitucional em favor do Judiciário e às custas do legislador’. Essa objeção, que, no fundo, sugere que o Tribunal Constitucional Federal se transformaria em uma corte de justiça com competências ilimitadas que decidiria sobre questões de justiça, pode, no entanto, ser refutada.

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

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

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

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

Discriminação contra a Mulher, dentre outros.

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

Do mesmo modo, os delitos de lesão corporal leve e culposa domésticos contra a mulher independem de representação da ofendida, processando-se mediante ação penal pública incondicionada. O condicionamento da ação penal à representação da mulher se revela um obstáculo à efetivação do direito fundamental à proteção da sua inviolabilidade física e moral, atingindo, em última análise, a dignidade humana feminina. Tenha-se em mente que a Carta Magna dirige a atuação do legislador na matéria, por incidência do art. 5º, XLI (*“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*) e do art. 226, § 8º (*“O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”*).

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

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