

4.3 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

4.3.1 Enfoques da inconstitucionalidade da Lei “Maria da Penha”



Cristiano Sales Caldeira Brant

Cristiano Sales Caldeira Brant

Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Leste de Minas Gerais – UnilesteMG. Ex-estagiário da 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Coronel Fabriciano – MG. Estagiário da Procuradoria Judicial e Extrajudicial da Prefeitura Municipal de Ipatinga - MG

O advento da Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, em vigência desde 22 de setembro de 2006, que cria mecanismo para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, coloca em risco o princípio maior da Supremacia da Constituição, eis que fere direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais.

acerca da discriminação, inclusive é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ainda, estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição, não podendo lei ordinária contrariar preceitos constitucionais.

Somente diferenças estipuladas no texto constitucional podem existir de forma válida. É exatamente o que vemos, por exemplo, na desigualdade no tempo de serviço para aposentadoria menor para as mulheres (artigo 40 § 1º, III e alíneas e artigo 201, § 7º e seus incisos, da CR/88), proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (artigo 7º, XX, da CR/88)

De início, a Constituição Federal prevê várias vedações

e tratamento diferenciado para os idosos, crianças e adolescentes (ECA). Ocorre que aqui estamos diante de disparidades válidas, situações que o próprio texto constitucional estabelece, o que inexistia para as situações da Lei “Maria da Penha”.

Sabemos que cada vez mais a mulher ganha seu espaço no mercado de trabalho, ocupando cargos importantes na estrutura estatal, cooperando na vida econômica dos lares e consequentemente no país. Não são, pois, frágeis que dependam de uma tutela estatal, de forma a considerar incapaz e inerte.

Segundo Mariângela Gama de Magalhães Gomes, citado por MOREIRA (2007), a igualdade *“ordena ao legislador que preveja com as mesmas consequências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam comparáveis, e lhe permite realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista uma causa objetiva – pois caso não se verifiquem motivos desta espécie, haverá diferenciações arbitrárias.”*

Outro argumento sustentado é a violação ao princípio da proporcionalidade, implicitamente previsto no artigo 5º, XLVI, 2ª parte, que impõe a adoção de regime mais gravoso para determinados delitos, em razão da gravidade da infração, tendo por base o bem jurídico tutelado ou a pena abstrata cominada.

A Lei 11.340/2006, no artigo 41, estabelece que não se aplicam os institutos da Lei nº. 9.099/95, e ainda no artigo 17 veda a aplicação de penas alternativas aos casos de violência doméstica e familiar praticados contra a mulher.

Desproporcionais as providências da lei, pois a aplicação de uma pena alternativa à pena privativa de liberdade deve ser considerada levando em conta a seriedade do crime, e não em razão do sujeito passivo de um crime. Note-se que a Carta Magna permite medidas despenalizadoras quando trata de infração penal de menor potencial ofensivo (artigos 5º, XLII, XLIV, XLIII e 98, I, todos da Constituição Federal).

A infração de menor potencial ofensivo é uma ordem constitucional, razão pela qual não é permitido a legislador infraconstitucional abolir um conceito pré-estabelecido por uma norma hierarquicamente superior, devendo ser aplicada todas as medidas despenalizadoras prevista na Lei nº. 9.099/95 (composição civil dos danos, suspensão condicional do processo e transação penal).

Diante do já mencionado, faço as seguintes indagações: a mulher que causar lesão corporal no marido, no filho e no pai, notada a pena mínima de três meses, com o acréscimo do concurso, seria beneficiária da suspensão condicional do processo, que a Lei nº. 9.099/95, no seu artigo 89, autoriza; enquanto o marido que ofende levemente a integridade física da mulher não pode ter o mesmo benefício, deve suportar pena criminal distinta em razão das restrições (art. 17 e 41 da Lei nº. 11.340/06) e está sujeito às diversas medidas chamadas protetivas, sendo presumidamente perigoso. A mulher que agride o filho recém-nascido, nele causando lesão com gravidade não alcançada pela definição mais grave, é beneficiada pela suspensão condicional; enquanto que, se a vítima de lesão levíssima for filha madura, tem incidência de todos os rigores da lei. Se o marido pratica vias de fato contra a mulher, sofre os rigores da lei com exclusão das benesses da Lei 9.099/95, mas se a mulher, que já foi beneficiada por transação penal, causa lesão corporal no marido pode ter suspenso condicionalmente o processo e não precisa temer as medidas protetivas. Estes são alguns exemplos que evidenciam que a Lei

11.340/2006 é inconstitucional.

Além do mais, importante ressaltar que o legislador pátrio cometeu um desacerto no intróito da lei, logo no primeiro artigo, quando se refere que a lei em comento tem a finalidade de regulamentar o § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, no que tange à criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher. Ocorre, que a Constituição não menciona o interesse em coibir a violência contra a mulher, mas fala claramente em coibir a violência no âmbito das relações familiares *“na pessoa de cada um dos que a integram”*, sem qualquer distinção, o que feita na Lei 11.340/2006.

Na seara jurisprudencial, começaram a surgir as primeiras decisões, algumas declarando a inconstitucionalidade da Lei nº. 11.340/2006, outras permitindo a aplicação da lei também aos homens que assim solicitarem: Nessa linha, são os entendimentos dos Tribunais Pátrios:

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DECLAROU INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE – DECISÃO MANTIDA – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – IMPROVIDO.

A lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está contaminada por vício de inconstitucionalidade, visto que não atende a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, da CF), bem como por infringir os princípios da igualdade e da proporcionalidade (art. 5º, II e XLVI, 2ª parte, respectivamente). Assim, provê-se o recurso ministerial, a fim de manter a decisão que declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 11.340/2006, determinando-se a competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar o feito.

TJ-MS – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N. 2007.023422-4/0000-00 – COMARCA DE IPAPORÃ – RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – RECORRIDO: PAULINO JOSÉ DA SILVA – RELATOR: EXMO. SR. DÊS. ROMERO OSME DIAS LOPES

LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06) - INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA PELO JUÍZO DE 1º GRAU COMO ÓBICE À ANÁLISE DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS REQUERIDAS - DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL QUE SE RESOLVE A FAVOR DA MANUTENÇÃO DA NORMA AFASTANDO-SE A DISCRIMINAÇÃO - AFASTAMENTO DO ÓBICE PARA A ANÁLISE DO PEDIDO.

A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226, § 8º, da Constituição Federal, não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, mas tão somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso, não sendo, portanto, possível a

simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de quaisquer das medidas nela prevista, porque o art. 5º, II, c/c art. 21, I e art. 226, § 8º, todos da Constituição Federal se compatibilizam e harmonizam, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres como para homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar. Inviável, por isto mesmo, a solução jurisdicional que afastou a análise de pedido de imposição de medidas assecuratórias em face da só inconstitucionalidade da legislação em comento, mormente porque o art. 33 da referida norma de contenção, acomete a análise ao Juízo Criminal com prioridade sendo-lhe lícito determinar as provas que entender pertinentes e necessárias para a completa solução dos pedidos. Recurso provido para afastar o óbice.

TJMG - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.07.240510-9/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): VIRGÍLIO PEREIRA DE BRITO - RELATOR: EXMO. SR. DES. JUDIMAR BIBER

Assim sendo, para que em um futuro bem próximo não corra o risco de serem declaradas inúmeras nulidades por vício de inconstitucionalidade, entendo que algumas correções/adequações devem ser feitas, tais como: A substituição do nome de “Lei de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher” para “Lei de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Pessoa”, e ainda que nos dispositivos onde está previsto a locução “proteção à mulher” ou “ofendida” passe a constar “proteção à pessoa” ou “à pessoa ofendida”. Já com relação a vedação a aplicação da Lei nº. 9.099/95, deveria o legislador apenas vedar a aplicabilidade dos institutos despenalizadores, trazidos pela referida lei, já que a incidência destes institutos são prerrogativas do legislador ordinário.

Concluindo, urge ressaltar que, com este entendimento, não se espera tornar inexecutível a aplicação da Lei 11.340/2006, mas, ao contrário, tenta-se é cessar o tratamento desigual, por ela estabelecido, atendendo as premissas fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006*.

COSTA, Ana Carolina Garcia; CORRÊA, Luciana Perpétua. *Breves Críticas e Comentários à Lei 11.340/06 e inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha*. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Nº 8, Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Trinais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 1ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JESUS, Damásio de; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *A inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006 (Lei da violência doméstica ou familiar contra a mulher)*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, out. 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br/>. Acesso em 27 de set. 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em: 25 set. 2008.