

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

FRANCISCO ILÍDIO FERREIRA ROCHA*

franciscoilidio@hotmail.com

OTTO WILLY BRANT SANTOS**

ottoaxa@hotmail.com

RESUMO

É manifesto que tanto o homem quanto a mulher podem, fática e juridicamente, serem vítimas de condutas criminosas no contexto das relações afetivas e domésticas. Entretanto, constitui-se em fato documentado pela moderna criminologia e pelos institutos de estatística criminal que a mulher torna-se vítima destas agressões na irrefutável maioria das vezes, tornando-se deveras, uma vítima em potencial de tais violências, ao passo que o homem, por sua vez, via de regra, se encontra no pólo ativo destas agressões, qual seja, como agressor. O motivo pelo qual a Lei Maria da Penha se tornou alvo de notória polêmica, no âmbito jurídico, se dá em virtude da criação de dispositivos inovadores de combate à violência, no âmbito doméstico e familiar, tendo como vítima, única e exclusivamente, a mulher. Colima-se com o presente estudo analisar a constitucionalidade da Lei Maria da Penha frente à Constituição da República Federativa do Brasil, mais precisamente no tocante aos princípios da igualdade, preceito basilar do ordenamento jurídico brasileiro, bem como o da proporcionalidade da pena e o da reserva legal, responsáveis por nortear e pautar a criação das normas jurídicas.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Constitucionalidade; Lei Maria da Penha; Violência de Gênero.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, muito se tem discutido a respeito da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, diploma legal responsável por conferir proteção especial ao sexo feminino. As árduas discussões que têm sido travadas nos palcos jurídicos de nosso ordenamento jurídico pátrio a respeito dessa lei são motivadas pelo

* Mestre em Direito Público. Professor do UNIARAXÁ. Orientador do artigo em referência.

** Aluno do Curso de Direito do UNIARAXÁ. Bolsista do Programa de Bolsas de Iniciação Científica – PROBIC/UNIARAXÁ.

conteúdo normativo nela contido, responsável por conferir proteção especial à mulher, vítima de violência no âmbito doméstico e familiar, em detrimento do homem, que se encontrando nestas mesmas circunstâncias não dispõe dos mesmos mecanismos protetivos outorgados a ela.

Colima-se com o presente estudo analisar a constitucionalidade da Lei Maria da Penha frente à Constituição da República Federativa do Brasil, mais precisamente no que tange ao princípio da igualdade, preceito basilar do ordenamento jurídico brasileiro, bem como aos da proporcionalidade da pena e reserva legal, responsáveis por nortear e inspirar a criação das normas jurídicas.

2 A LEI MARIA DA PENHA FACE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE

A Lei Maria da Penha, em seu capítulo II, que trata das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, afronta em uma de suas formas de violência o princípio da legalidade analisado, como se pode observar em seu inciso art. 7º, inciso II:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

(...)

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças ou decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação de direito de ir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Face ao princípio da legalidade e às normas vigentes que regulam a redação legislativa, apontamos sérios problemas com a redação do artigo supra citado.

Primeiramente, chamamos a atenção para a expressão “qualquer conduta que lhe cause dano emocional ou diminuição da auto estima”. O legislador, lançando mão de amplíssima redação, procurou proteger a mulher contra a violência psicológica em suas mais diversas formas; entretanto, tal zelo excessivo criou um

dispositivo normativo que, devido justamente ao amplíssimo alcance, pouco ou nada auxilia o operador do direito a precisar quais os efetivos limites entre a violência doméstica e o comportamento socialmente adequado.

É considerado violência o ato do pai chamar atenção das filhas, se essa crítica causar-lhes embaraçamento, vergonha ou diminuição da autoestima? É considerada violência psicológica quando o marido observa que a esposa está acima do peso e tenta convencê-la a iniciar uma dieta? Podem os pais, utilizar-se de meios de persuasão (manipulação) para convencer a filha a parar de fumar?

Poder-se-ia continuar esse rol de exemplos indefinidamente e ainda assim, uma interrogação quanto aos limites do dispositivo “violência psicológica” ainda permaneceria na mente do operador do Direito, criando um âmbito de incerteza que perigosamente afronta a segurança das normas jurídicas.

Este dispositivo ora analisado guarda muita semelhança com o art. 2º do Código Penal alemão modificado em 1935. Nele, o legislador determinou com digno de reprovação penal todo o comportamento que “de acordo com a ideia fundamental de lei penal e com o sadio sentimento alemão” merecesse castigo (MIR, 2007, p. 245). Ora, assim como o antigo dispositivo germânico, o amplo conteúdo da “violência psicológica” padece de indeterminação ferindo, pois, o princípio da legalidade e as normas básicas da adequada redação legislativa em um Estado Democrático de Direito.

Deve-se observar que não se nega aqui que a violência psicológica constitua fato juridicamente relevante e socialmente reprovável. O que se afirma é que o legislador, ao confrontar o problema, querendo proteger a mulher de forma extensiva, criou um tipo normativo indeterminado e, portanto, inconstitucional.

Claro que é possível lançar objeções sobre tal raciocínio, sustentando que a norma penal, assim como toda e qualquer norma jurídica, deve equilibrar-se entre a precisão e flexibilidade de seus conteúdos (HASSEMER, 2005, p. 338), em observância ao mandamento aristotélico de equilíbrio. Não se nega tal premissa. O que, porém, é verificado no disposto no art. 7º, II da Lei n. 11.340/2006, é que tal equilíbrio inexistente e o dispositivo legal, extrapolando os limites razoáveis de flexibilidade na descrição e exemplificação dos elementos típicos da violência psicológica, enuncia de modo excessivamente amplo e pouco esclarecedor, criando uma situação de extrema insegurança jurídica, intolerável face ao princípio da legalidade.

3 A LEI MARIA DA PENHA FACE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PERANTE A LEI

Qualquer investigação filosófica sobre os elementos essenciais de um conceito funcional de Justiça passa pela consideração de critérios de igualdade que balizam a distribuição de direitos e deveres em uma determinada sociedade. Tal entendimento, longe de ser novo, preocupa os filósofos e operadores do Direito desde a Antigüidade Clássica, dentre os quais, notadamente, destacamos Aristóteles (ALMEIDA, BITTAR; 2007, p. 117).

Antes de propugnar pelo igualitarismo, a noção de justiça distributiva proporcional ao mérito de cada indivíduo ressalta a relatividade da justiça, que deve obedecer ao princípio do igual aos iguais e do desigual aos desiguais. Assim é que, estabelecendo uma ordem de valores que se relativizam em consonância com as diferenças sociais, culturais, econômicas, políticas entre outras, que naturalmente colocam os homens em condições desiguais, dentro da própria variabilidade dos critérios eleitos pelas múltiplas comunidades políticas, abandona a idéia de reciprocidade e vem a se ancorar no conceito de proporcionalidade (BITTAR, 2003, p. 1048).

Para o mestre da filosofia grega, justiça e igualdade constituem-se em termos indissociavelmente relacionadas que formam uma sentença que pode considerada como um enunciado básico de um conceito de Justiça fundado na obrigação de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades.

Não por acaso, a Constituição Federal de 1988 reserva especial atenção aos enunciados de igualdade, em especial, quando tal princípio está relacionado com questões de gênero, dadas históricas injustiças que foram sofridas pelas mulheres em nossa sociedade tradicionalmente orientada em modelos patriarcais. Assim, além do art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, pugnar pela igualdade de todos “perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, também enuncia o art. 5º, I, do mesmo texto, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Uma interpretação superficial poderia, *ad initio*, entender que tal redação constitui-se em um pleonasma, o que não poderia estar mais distante da verdade.

Primeiramente, o legislador decidiu por tratar especificamente da igualdade de gêneros como uma declaração política que, mesmo que a discriminação e a opressão de gênero sejam ainda uma realidade neste país, o Direito não mais toleraria tais situações. Segundo, determina que apesar de considerar homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, não deixa de reconhecer que, excepcionalmente, determinadas diferenças entre eles demandam tratamento jurídico assimétrico que somente poderá ser autorizado nos termos de uma norma constitucional. Nestes termos, “só valem as discriminações contidas na própria Constituição, e.g., a aposentadoria da mulher, com menos tempo de contribuição e menor limite de idade do que o homem (art. 40, § 1º, III, *a e b*)” (BULOS, 2207, p. 421).

Surge, pois, a primeira questão de constitucionalidade da Lei Maria da Penha face ao princípio constitucional da igualdade. Ainda que a violência doméstica seja um problema de enorme significação social, ainda que a mulher, indubitavelmente, constitua-se na vítima de tais ilícitos, a Constituição Federal não prevê em seus dispositivos previsão de discriminação positiva em prol do gênero feminino nesta matéria especificamente considerada.

Nota-se que o problema da violência doméstica, em especial aquela ocorrida no cerne das relações familiares, é tema revestido de relevância constitucional, visto o nosso Texto Maior asseverar 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 de suas relações” (art. 226, § 8º, CF/88). Observando o referido disposto é de se notar que a Constituição Federal há muito demandava que o Estado brasileiro criasse ferramentas jurídicas eficazes para combater a violência doméstica, entretanto, o que é importante notar, é que a própria Carta Magna não autoriza, em nenhum momento, a tratar a violência no âmbito familiar de modo assimétrico, ou seja, considerando que a mulher necessita de proteção jurídica diferenciada.

Tal entendimento não somente se funda na ausência de autorização para a discriminação afirmativa do gênero feminino no art. 226, § 8º, CF/88, mas em outros dispositivos constitucionais que expressamente demandam a igualdade nas relações familiares, em especial o art. 226, § 5º, que trata das relações entre os cônjuges (“os direitos referentes à sociedade conjugal são exercidos pelo homem e pela mulher”) e o art. 227, *caput* que trata das relações que recaem sobre crianças e adolescentes (“é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito,

à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”).

É de se concluir, portanto, que além da norma constitucional não autorizar a discriminação de gênero no tratamento da violência familiar, em outros dispositivos ela protege a família contra tratamentos discriminatórios, o que nos leva a reafirmar a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, pois ela cria uma diferença entre gêneros sem a devida e prévia autorização da Constituição Federal.

Como destacado anteriormente, a Igualdade que se relaciona com a Justiça não é aquela absoluta, mas sim aquela relativa. É ela relativa, pois demanda em sua realização um juízo de proporcionalidade geométrica, tratando os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades. O legislador e o operador do Direito devem possuir a sensibilidade para reconhecer os problemas que pela semelhança demandam soluções semelhantes e aqueles problemas, que ainda que parecidos, exigem, pelo bem da Justiça, tratamento diferenciado.

O problema essencial da Lei Maria da Penha é que, ainda que superficialmente pareça se adequar à idéia de igualdade geométrica, a referida lei não trata igualmente os iguais nem desigualmente os desiguais no âmbito das relações de violência doméstica.

A Lei n. 11.340/2006 apresenta como fundamental motivo para a discriminação afirmativa em prol das mulheres o fato inegável que na maioria dos casos é o gênero feminino o que ocupa a posição de vítima nas relações de violência doméstica. Pode-se, assim, afirmar que a Lei Maria da Penha assevera a necessidade de uma especial proteção à mulher por considerá-la hipossuficiente para resguardar sua integridade física, moral, psicológica, sexual e financeira, dados anos de preconceito que ainda a oprimem e a submetem. No final das contas, a base sobre a qual se alicerça a necessidade de especial proteção da mulher não é, pois, o fato de simplesmente pertencer ao gênero feminino, mas o reconhecimento de que, dados determinados fatos sociais, existe uma situação assimétrica nas relações domésticas entre homens e mulheres e que esta se encontra vulnerável à opressão do primeiro. Em suma, o fundamento da proteção assimétrica é a vulnerabilidade do gênero e não o gênero *per se*.

A Lei Maria da Penha é, assim, inconstitucional porque não protege equitativamente as vítimas de relações domésticas que, igualmente vulneráveis, não merecem nos termos da lei a mesma proteção normativa. Exemplificando, um

filho de seis anos de idade não merecerá a mesma proteção jurídica de uma filha da mesma idade, ainda que ambos sejam igualmente hipossuficientes e vulneráveis à violência doméstica. Da mesma forma, a violência doméstica contra um idoso de setenta anos não será tratada juridicamente da mesma forma que seria se o ascendente fosse mulher.

Alguns, entretanto, poderiam afirmar que as crianças e adolescentes, bem como os idosos, não carecem da proteção da Lei Maria da Penha, vez que já se encontram especialmente amparados, respectivamente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003). Tal argumento não se sustenta, visto que nenhum destes diplomas (Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso) garantem aos seus tutelados uma ampla proteção contra a violência doméstica nos mesmos termos da Lei Maria da Penha. Ainda que aceite tal argumento, de que outros diplomas protegem crianças, adolescentes e idosos, restaria ainda o problema das pessoas com necessidades especiais, os gravemente enfermos, entre outros.

A inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha face ao princípio da igualdade não está centrada no fato de garantir um tratamento mais protetor à mulher, mas sim, ao fato de que não garante as mesmas proteções às pessoas vítimas de violência doméstica que se encontram tão ou mais vulneráveis do que as do gênero feminino.

Da mesma forma que a Lei Maria da Penha falha miseravelmente em tratar os igualmente vulneráveis equitativamente, ela ainda contradiz seus próprios fundamentos quando enuncia que a mulher será protegida amplamente em suas relações afetivas, independentemente da orientação sexual do parceiro (art. 5º, parágrafo único, Lei n. 11.340/2006). Primeiramente, é de se louvar que o legislador finalmente tenha começado a atentar para que a dignidade garantida constitucionalmente não esteja atrelada à orientação sexual, porém, surge uma contradição na fundamentação da Lei Maria da Penha.

O legislador alega que somente a mulher poderá ocupar a posição de vítima na violência doméstica sustentando tal diferenciação na vulnerabilidade de gênero feminino face ao masculino. Entretanto, a mesma Lei Maria da Penha reconhece que, ainda que somente a mulher possa ser especialmente protegida por seus termos, tanto homem como mulher podem ser considerados como agressores, uma vez que a orientação sexual não constitui fator relevante para afastar o alcance normativo da Lei Maria da Penha.

Uma pergunta imediatamente apresenta-se: Se a mulher merece especial

proteção, dada a sua vulnerabilidade face ao sexo masculino, como é possível justificar que esta mulher possa ser considerada como agressora pela mesma Lei Maria da Penha, se envolvida em um relacionamento homo-afetivo?

A justificativa se apresenta pelo fato que, nem sempre a violência é levada a cabo por um agente fisicamente superior e que a violência doméstica pode se apresentar de diferentes formas tão preocupantes quanto a agressão física.

O problema é: se a mulher é protegida em uma relação com outra mulher, qual a razão de negar esta igual proteção ao homem em relacionamento homo-afetivo? Tanto em um quanto em outro caso, a orientação sexual constitui-se em fonte de enormes preconceitos e perseguições sociais que vulneram os homossexuais de maneira absolutamente aviltante. Reconhecido que a violência vulnera mulheres em relacionamentos afetivos com outras mulheres, nenhum fundamento existe para afastar esta mesma proteção a homens relacionados com o mesmo gênero.

Em suma, a Lei Maria da Penha, ao proteger unicamente o sexo feminino contra agressões domésticas, fecha seus olhos para outras categorias de vítimas igualmente vulneráveis nas relações domésticas, alicerçando o reconhecimento de uma inconstitucionalidade por omissão.

4 A LEI MARIA DA PENHA FACE AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE PERANTE A TUTELA JURISDICIONAL E DA PROPORCIONALIDADE DA PENA

Pelo estudo do princípio da igualdade pode-se depreender que tal princípio perante a lei se reporta originariamente ao legislador, criando com isso a importância de uma igualdade no âmbito jurisdicional.

Em face dessa concepção exposta, a ilação a que se chega é que o princípio da igualdade em seu desdobramento concernente ao seu âmbito de aplicação tem como destinatários precípuos tanto o legislador, que ao elaborar as normas não pode criar diferenciações ou discriminações em seu conteúdo, como também o aplicador do Direito, que ao interpretar a norma deverá sempre dar à lei o entendimento que não crie distinções, de modo a beneficiar uns em detrimento de outros, em casos similares.

Nos ensinamentos do insigne doutrinador José Afonso da Silva “o princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas:

Como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei;

Como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça”. (1997, p.221)

Pelo princípio da igualdade jurisdicional, o magistrado, ao exercer o “*juris dictio*” no caso concreto levado à sua apreciação, deve-se ater ao tratamento igualitário ao aplicar a norma àquelas situações tidas por iguais, de sorte a não criar distinções.

Frente a essas ponderações atinentes ao princípio da igualdade jurisdicional, é possível asseverar que a Lei Maria da Penha não se coaduna com ele, haja vista que a sua *ratio* é a criação de distinções no âmbito jurisdicional.

Tal assertiva torna-se clara, a partir do instante que se faz uma análise minuciosa de alguns dos dispositivos legais contidos nessa lei.

Primeiramente, no art. 1º, do título I, que trata das Disposições Preliminares, tem-se a seguinte dicção: “Esta lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, [...]” Diante dessa redação fica constatada a afronta ao princípio em estudo, tendo em vista que de forma bem objetiva esta lei deixa clara a sua intenção de tutelar a violência existente no âmbito doméstico e familiar contra a mulher em detrimento do homem.

Posteriormente, no art. 7º que versa sobre as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, encontra-se uma gama de formas consideradas hábeis à prática dessas violências, de modo que as mulheres que forem vítimas de tais condutas descritas neste artigo poderão recorrer ao judiciário para verem seus agressores sendo punidos, enquanto que o homem que se encontrar nessas mesmas situações previstas pelo art. 7º não poderá invocar tal benefício, qual seja a punição de seu agressor.

Outro exemplo de descompasso da referida lei com o princípio da igualdade jurisdicional faz-se presente no art. 22, que traz algumas medidas de urgência que obrigam o agressor a determinadas condutas em face da ofendida, bem como os arts. 23 e 24 conferem determinadas medidas protetivas à mulher vítima de violência doméstica e familiar, em circunstâncias tidas como urgentes.

Como é de se notar, a Lei Maria da Penha, em seu conteúdo normativo, vai de encontro dos preceitos norteadores da igualdade perante a tutela jurisdicional, uma vez que a essência deste diploma legal é tratar de forma desigual pessoas que em determinadas circunstâncias deveriam litigar em igualdade de condições, criando, portanto, uma discriminação do homem em face da mulher, no âmbito jurisdicional.

4.1 A Lei Maria da Penha e o princípio da proporcionalidade da pena

Principalmente a partir do século XVIII, foi dada maior ênfase às discussões a respeito da proporcionalidade da pena em relação ao delito, através da obra: “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare Beccaria.

Pode-se afirmar que Beccaria foi a primeira voz a levantar-se, em nome da humanidade e da razão, contra a tradição jurídica e a legislação penal de seu tempo, sendo por isso, o precursor da tese de que a pena deveria ser proporcional à gravidade do delito, princípio que até então não era observado pela legislação penal vigente.

Historicamente, pode-se asseverar que o Código de Hamurabi foi aquele que primeiro deflagrou a idéia de proporcionalidade na aplicação da pena, em razão do “olho por olho, dente por dente”. Antes da existência deste código, a pena infligida na maior parte dos delitos cometidos naqueles tempos, se não em todos, era a pena capital, ou seja, a morte, sem que se ponderasse qual o grau de importância do bem jurídico violado pela conduta criminosa, bem como a quantidade de reprovação da qual ela era merecedora.

Consiste num trabalho árduo para o Direito penal, a produção de uma proposição exata que leve em conta que a severidade da pena deva ser proporcional ao delito, diante da existência exacerbada de tipos penais incriminadores existentes em nosso ordenamento jurídico, de tal modo que fica cada vez mais intrincado o juízo de proporcionalidade, em face da comparação de cada tipo existente ante a legislação penal vigente.

Segundo os destaques de Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar:

Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau da lesão que tenha provocado. Temos aí o princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão. Com esse princípio não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo e, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade, deixando passar as de menos conteúdo; o que ele não pode é admitir que essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual

sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela causou. (*apud* Greco, 2005, p.110)

Diante desse princípio, deverá o legislador, primeiramente, fazer um juízo de valor sobre a importância do bem jurídico violado pela conduta do agente, para que em um segundo momento ele tente descobrir a pena adequada a dissuadi-lo do ato criminoso, ou seja, uma pena capaz de desestimulá-lo da prática daquela conduta lesiva.

É importante salientar que, embora a afronta da referida lei a esse princípio se dê em função do descompasso da severidade com que ela trata as violências cometidas contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, este não é o único motivo.

A própria Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLIII, institui regimes tanto penais, quanto processuais mais severos, para os agentes que participam dos chamados crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, entre outros. Todavia, tal severidade por parte do legislador constituinte se justifica frente ao princípio da proporcionalidade da pena a partir do instante que esses delitos são mais graves, por lesionarem bens jurídicos de suma importância e indispensabilidade à manutenção da sociedade, sendo merecedores, portanto, de uma maior reprovação social.

Como é de se notar, em razão do princípio da proporcionalidade da pena, a norma, ao punir uma determinada conduta idônea a lesar um bem jurídico tem que levar em conta a importância daquele bem jurídico para a manutenção da sociedade. No entanto, a Lei Maria da Penha não se atém a tal preceito, uma vez que, diante de alguns de seus dispositivos, pune com maior severidade o agente que pratica violência contra a mulher, não em razão do bem jurídico que se pretende proteger, mas única e exclusivamente, em razão de a vítima ser mulher, implicando tal situação numa afronta expressa ao princípio ora em comento.

Como exemplo de tratamento mais severo conferido pela Lei Maria da Penha ao agressor da mulher, pode-se citar o art. 41 deste diploma legal, que tem a seguinte redação: “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

À guisa de elucidação, em um delito de lesão corporal simples em que o filho agrida seu pai idoso, a ele será concedida a possibilidade de ter seu processo suspenso por 2 a 4 anos (art. 89 da lei 9.099/95), enquanto que se este mesmo rapaz praticasse um delito de injúria contra a sua irmã, que é menos grave que o de

lesão corporal, não teria o benefício da suspensão condicional do processo, bem como outros dispostos na lei 9.099/95.

A aplicação do referido dispositivo da Lei Maria da Penha ofende de forma visível o princípio constitucional da proporcionalidade da pena, uma vez que como no caso supra citado, a lei de proteção de gênero trata com maior severidade o agente que agride o bem jurídico honra em detrimento daquele que agride o bem jurídico integridade física, que sem sombra de dúvida, se sobrepõe àquele ante a sua importância para a sociedade.

Como visto, a Lei Maria da Penha trata com maior rigor os crimes praticados no âmbito doméstico e familiar que têm como vítimas a mulher, independentemente da análise do bem jurídico que se pretende tutelar ou da gravidade do delito, haja vista que estes a priori nem são apurados, sendo a gravidade do delito presumida.

4.2 Lei Maria da Penha e o controle de constitucionalidade

A supremacia formal da Constituição, oriunda de sua rigidez, manifesta-se na sua primazia no que tange às demais normas infraconstitucionais. Todavia, para a manutenção dessa superioridade, necessário se faz certa vigilância por parte de determinados órgãos, bem como a utilização de determinados instrumentos hábeis a invalidar as possíveis normas que não coadunem com os comandos da *Lex Maxima*.

Sendo assim,

o controle de constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente a lei) à Constituição, envolve a verificação dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que a editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados sua edição – quanto os requisitos substanciais – respeito aos direitos e garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 34)

A inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo decorre de seus antagonismos com o comando constitucional, em razão de uma conduta positiva ou negativa, por parte do legislador. “Fala-se, então, em inconstitucionalidade por ação (positiva ou por atuação), a ensejar a incompatibilidade vertical dos atos in-

feriores (leis ou atos do Poder Público) com a Constituição e, em sentido diverso, em inconstitucionalidade por omissão, decorrente da inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada.” (LENZA, 2008, p.128)

A inconstitucionalidade por ação consiste na prática de uma conduta positiva contrária a um comando constitucional, significando dizer que nessa forma de inconstitucionalidade o legislador cria uma determinada norma que afronta expressamente um comando constitucional, resultando na não recepção pela Constituição dessa norma violadora. Ao passo que na inconstitucionalidade por omissão não são praticados por parte do poder legislativo atos indispensáveis para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais aos casos concretos, tornando-as, assim, carecedoras de legislação regularizadora.

Segundo Canotilho, a inconstitucionalidade por omissão ocorre não só quando o legislativo não cumpre o dever constitucional de emanar normas destinadas a preencher os comandos legiferantes estabelecidos pela Constituição, mas também quando o cumpre somente em sua parcialidade. Para sanar a inconstitucionalidade por omissão parcial resta ao legislador única e exclusivamente ampliar os efeitos da norma promulgada às partes que deveriam ser favorecidas pela imposição constitucional, mas jamais revogá-la do ordenamento jurídico, como ocorre na inconstitucionalidade por ação, tendo em vista que a classe de pessoas por ela tutelada é merecedora de dita proteção, havendo inconstitucionalidade unicamente na exclusão do outro grupo dessa regulamentação (p.969).

No caso da Lei n. 11.340/2006, observa-se uma incompatibilidade formal do legislador infraconstitucional, visto não estar autorizado a criar uma diferenciação entre o gênero feminino e o masculino, por tratar-se de matéria de ordem constitucional. Além disso, ofende frontalmente o princípio da igualdade, vez que atenta contra a isonomia formal e material que se constitui em pedra angular do sistema de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988. Entretanto, digno de nota que o problema fundamental de inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha é focado na omissão do legislador que ao enfrentar a violência doméstica, afastou do âmbito de proteção da norma o gênero masculino.

Assim, reconhecendo a necessidade da criação legislativa de ferramentas necessárias ao combate da violência de gênero, a inconstitucionalidade da referida Lei 11.340/2006 reside na omissão parcial, ou seja, na exclusão de um grupo de indivíduos (pessoas do sexo masculino) que, constitucionalmente, faz jus, em igualdade de condições, à mesma proteção reservada a mulheres agredidas nas relações domésticas, familiares e afetivas. O fato de a maioria das vítimas serem

mulheres não constitui razoável fundamento para negar a necessidade de uma proteção ampla a todos independentemente do gênero.

A solução para este problema é, via ação direta de inconstitucionalidade por omissão, demandar que o Poder Judiciário supra tal omissão legislativa estendendo a todos, independente de gênero, a proteção jurídica contra a violência doméstica.

Não se trata de transformar os Ministros do Supremo em legisladores. É uma questão de bom senso: evita-se que um direito inalienável, algo imprescindível à vida humana, que esteja dependendo de lei, a qual não se sabe se virá, não pereça pelo descaso ou desinteresse daqueles que têm o dever de legislar, mas não o fazem, seja qual for o motivo ou a justificativa (BULOS, 2007, p. 245).

No mais, difusamente, cabem aos magistrados brasileiros, reconhecendo a realidade da violência doméstica, não abster-se da aplicação dos dispositivos da Lei Maria da Penha; pelo contrário, a solução é ampliar sua aplicação para todos os gêneros, reconhecendo que a essência da inconstitucionalidade, encontra-se não na proteção das mulheres, mas, com acerto, na exclusão dos homens. Este entendimento já encontra precedente jurídico, conforme indicamos decisão do juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá em anexo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Maria da Penha confere tratamento diferenciado à mulher, vítima de violência doméstica e familiar, não o conferindo ao homem, que se encontrando nestas mesmas circunstâncias, não poderá ensejar os benefícios nela versados, tendo em vista que ele não se encontra albergado por este diploma legal, ofendendo deste modo o princípio constitucional da igualdade, insculpido no art. 5º, *caput*, I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Este diploma legal, responsável por versar sobre a violência de gênero, pune com maior severidade o agente que intenta contra a mulher algumas das formas de violência por ela versada. Mas isso ocorre não em razão da importância do bem jurídico que se pretende tutelar pela presente norma, que *a priori*, nem chega a analisar, e sim em virtude do titular do bem jurídico lesado ser do sexo feminino,

sendo presumida, portanto, a gravidade do delito, afrontando, assim, o princípio da proporcionalidade da pena, que leva em conta ao aplicar a pena ao delito praticado a importância do bem jurídico para a manutenção da sociedade.

A Lei em estudo tipifica como forma idônea à prática da violência psicológica a “manipulação”. Entretanto, se esquece de esclarecer o que seja manipular, criando assim, uma insegurança jurídica ao jurisdicionado, que se vê proibido de praticar uma determinada conduta, sem sequer saber o que ela significa ou em que consiste. Desta forma, tem-se que em razão dessa imprecisão legislativa em relação ao termo “manipulação”, a Lei Maria da Penha não se encontra em consonância com o princípio constitucional da legalidade, inserido no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Por estas razões, a ilação a que se chega consoante ao presente estudo é que a Lei Maria da Penha, embora vigente em nosso ordenamento jurídico, não é constitucional, pois padece de inconstitucionalidade por omissão parcial. Destarte, a melhor forma de corrigir essa inconstitucionalidade é ampliar os seus efeitos em relação aos seus destinatários, e não a revogar, uma vez que é evidente a necessidade de ferramentas eficientes para combater a violência doméstica que, ainda que recaia em sua maioria sobre vítimas do gênero feminino, oprime tanto mulheres quanto homens.

Consoante o presente estudo, faz-se necessário a ampliação desses benefícios também para o homem, tendo em vista que, observadas determinadas situações, no âmbito doméstico, afetivo e familiar, o homem pode se mostrar tão vulnerável e frágil quanto a mulher, sendo merecedor, portanto, de uma tutela especial por parte do Estado, tutela esta que o diploma legal ora em comento não confere, constituindo dessa forma uma discriminação de gênero.

Constitutionality of the Law Maria of the Penha

ABSTRACT

It is clear that both man as woman can, in fact and legally, be victims of criminal conduct in the context of emotional and domestic relations. However, it was actually documented by modern criminology and the criminal statistics institutes, the woman becomes a victim of aggression in fact, most of the times, it becomes a potential victim to such violence, while man, in turn, usually, is in the active center of these aggressions, which is as aggressor. The reason why Maria da Penha Law became the subject of controversy in the legal framework, is given by the establishment of innovative devices to combat violence in home and family

context, with the victim, and only, woman . The present study it's up to examine the constitutionality of Maria da Penha Law front of to the Constitution of the Federative Republic of Brazil, specifically in regard to the principles of equality, basic precept of Brazilian law, and the proportionality of the penalty and the legal reserve, responsible for guiding and pointing the creation of legal rules.

Key-words: constitutional law; constitutional; Maria da Penha Law; Violence Gender.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico**. Barueri: São Paulo, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

FERREIRA FILHO, MANUEL GONÇALVES. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIR, José Cerezo. **Derecho penal: parte general**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.