

## **Decisão referente à Lei Maria da Penha proferida pelo Juiz de Direito de Sete Lagoas/MG**

“DECISÃO

Autos nº 222.942-8/06 (“Lei Maria da Penha”)

Vistos, etc...

O tema objeto destes autos é a Lei nº 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”. Assim, de plano surge-nos a seguinte indagação: devemos fazer um julgamento apenas jurídico ou podemos nos valer também de um julgamento histórico, filosófico e até mesmo religioso para se saber se esse texto tem ou não autoridade?

No caso dos anencéfalos, lembro-me que Dr. Cláudio Fonteles — então Procurador-Geral da República — insistia todo o tempo em deixar claro que sua apreciação sobre o tema (constitucionalidade ou não do aborto dos anencéfalos) baseava-se em dados e em reflexões jurídicas, para, quem sabe, não ser “acusado” de estar fazendo um julgamento ético, moral, e portanto de significativo peso subjetivo.

Ora! Costumamos dizer que assim como o atletismo é o esporte-base, a filosofia é a ciência-base, de forma que temos de nos valer dela, sempre.

Mas querem uma base jurídica inicial? Tome-la então! O preâmbulo de nossa Lei Maior:

“ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundadas na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” — grifamos.

Diante destes iniciais argumentos, penso também oportuno — e como se vê juridicamente lícito — nos valer também de um julgamento histórico, filosófico e até mesmo religioso para se saber se esse texto, afinal, tem ou não autoridade. Permitam-

me, assim, tecer algumas considerações nesse sentido.

Se, segundo a própria Constituição Federal, é Deus que nos rege — e graças a Deus por isto — Jesus está então no centro destes pilares, posto que, pelo mínimo, nove entre dez brasileiros o têm como Filho Daquele que nos rege. Se isto é verdade, o Evangelho Dele também o é. E se Seu Evangelho — que por via de consequência também nos rege — está inserido num Livro que lhe ratifica a autoridade, todo esse Livro é, no mínimo, digno de credibilidade — filosófica, religiosa, ética e hoje inclusive histórica.

Esta “Lei Maria da Penha” — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta.

Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.

Deus então, irado, vaticinou, para ambos. E para a mulher, disse:

“(...) o teu desejo será para o teu marido e ele te dominará (...)”

Já esta lei diz que aos homens não é dado o direito de “controlar as ações (e) comportamentos (...)” de sua mulher (art. 7º, inciso II). Ora! Que o “dominar” não seja um “você deixa?”, mas ao menos um “o que você acha?”. Isto porque o que parece ser não é o que efetivamente é, não parecia ser. Por causa da maldade do “bicho” Homem, a Verdade foi então por ele interpretada segundo as suas maldades e sobreveio o caos, culminando — na relação entre homem e mulher, que domina o mundo — nesta preconceituosa lei.

Mas à parte dela, e como inclusive já ressaltado, o direito natural, e próprio em cada um destes seres, nos conduz à conclusão bem diversa. Por isso — e na esteira destes raciocínios — dou-me o direito de ir mais longe, e em definitivo! O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem! Á própria Maria — inobstante a sua santidade, o respeito ao seu sofrimento (que inclusive a credenciou como “advogada” nossa diante do Tribunal Divino) — Jesus ainda assim a advertiu, para que também as coisas fossem postas cada uma em seu devido lugar: “que tenho contigo, mulher!?”.

E certamente por isto a mulher guarda em seus arquétipos inconscientes sua disposição com o homem tolo e emocionalmente frágil, porque foi muito também por isso que tudo isso começou.

A mulher moderna — dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozoides — assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino. Tanto isto é verdade — respeitosa — que aquela que encontrar o homem de sua vida, aquele que a complete por inteiro, que a satisfaça como ser e principalmente como ser sensual, esta mulher tenderá a abrir mão de tudo (ou de muito), no sentido dessa “igualdade” que hipocritamente e demagogicamente se está a lhe conferir. Isto porque a mulher quer ser amada. Só isso. Nada mais. Só que “só isso” não é nada fácil para as exigências masculinas. Por isso que as fragilidades do homem tem de ser reguladas, assistidas e normatizadas, também. Sob pena de se configurar um desequilíbrio que, além de inconstitucional, o mais grave, gerará desarmonia, que é tudo o que afinal o Estado não quer.

Ora! Para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas desta lei absurda o homem terá de se manter tolo, mole — no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões — dependente, longe portanto de ser um homem de verdade, másculo (contudo gentil), como certamente toda mulher quer que seja o homem que escolheu amar.

Mas pode-se-ia dizer que um homem assim não será alvo desta lei. Mas o será assim e o é sim. Porque ao homem desta lei não será dado o direito de errar. Para isto, basta uma simples leitura do art. 7<sup>a</sup>, e a verificação virá sem dificuldade.

Portanto, é preciso que se restabeleça a verdade. A verdade histórica inclusive e as lições que ele nos deixou e nos deixa. Numa palavra, o equilíbrio enfim, Isto porque se a reação feminina ao cruel domínio masculino restou compreensível, um erro não deverá justificar o outro, e sim nos conduzir ao equilíbrio. Mas o que está se vendo é o homem — em sua secular tolice — deixando-se levar, auto-flagelando-se em seu mórbido e tolo sentimento de culpa.

Enfim! Todas estas razões históricas, folosóficas e psicossociais, ao invés de nos conduzir ao equilíbrio, ao contrário vêm para culminar nesta lei absurda, que a confusão, certamente está rindo à toa! Porque a vingar este conjunto normativo de regras diabólicas, a família estará em perigo, como inclusive já está: desfacelada, os filhos sem regras — porque sem pais; o homem subjugado; sem preconceito, como vimos, não significa sem ética — a adoção por homossexuais e o “casamento” deles, como mais um exemplo. Tudo em nome de uma igualdade cujo conceito tem sido prostituído em nome de uma “sociedade igualitária”.

Não! O mundo é e deve continuar sendo masculino, ou de prevalência

masculina, afinal. Pois se os direitos são iguais — porque são — cada um, contudo, em seu ser, pois as funções são, naturalmente diferentes. Se se prostitui a essência, os frutos também serão. Se o ser for conspurcado, suas funções também o serão. E instalar-se-á o caos.

É portanto por tudo isso que de nossa parte concluímos que do ponto de vista ético, moral, filosófico, religioso e até histórico a chamada “Lei Maria da Penha” é um monstro tenebroso. E essas digressões, não as faço à toa — este texto normativo que nos obrigou inexoravelmente a tanto. Mas quanto aos seus aspectos jurídico-constitucionais, o “estrago” não é menos flagrante.

Contrapondo-se a “Lei Maria da Penha” com o parágrafo 8º do art. 226 da C.F. vê-se o quanto ela é terrivelmente demagógica e fere de morte o princípio da isonomia em suas mais elementares apreciações.

“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” — grifos nossos.

Este é o que é o art. 226, parágrafo 8º, da Constituição federal de nossa República! A “Lei Maria da Penha” está longe de constitucionalmente regulá-lo, ao contrário do que diz, logo no seu art. 1º: “(...) nos termos do parágrafo 8º do art. 226 da Constituição federal (...)”. Ora! A clareza desta inconstitucionalidade dispensa inclusive maiores digressões: o parágrafo 8º diz — “(...) cada um” dos membros que a integram e não apenas um dos membros da família, no caso a mulher.

Esta Lei não seria em nada inconstitucional não fosse o caráter discriminatório que se vê na grande maioria de seus artigos, especialmente o art. 7º, o qual constitui o cerne, o arcabouço filosófico-normativo desta “Lei Maria da Penha”, na medida em que define ele o que vem a ser, afinal, “violência doméstica e familiar”, no âmbito da qual contempla apenas a mulher. Este foi o erro irremediável desta Lei, posto que continuou tudo — ou quase tudo — até os salutares artigos ou disposições que disciplinam as políticas públicas que buscam prevenir ou remediar a violência — *in casu* a violência doméstica e familiar — na medida em que o Poder Público — por falta de orientação legislativa — não tem condições de se estruturar para prestar assistência também ao homem, acaso, em suas relações domésticas e familiares, se sentir vítima das mesmas ou semelhantes violências. Via de consequência, os efeitos imediatos do art. 7º — e que estão elencados especialmente no art. 22 — tornaram-se impossíveis de ser aplicados, diante do caráter discriminatório de toda a Lei. A inconstitucionalidade dela, portanto, é

estrutural e de todas as inconstitucionalidades, a mais grave, pois fere princípios de sobrevivência social harmônica, e exatamente por isso preambularmente definidos na Constituição Federal, constituindo assim o centro nevrálgico de todas as suas supremas disposições.

A Lei em exame, portanto, é discriminatória. E não só literalmente como, especialmente, em toda a sua espinha dorsal normativa.

O art. 2º diz “Toda mulher (...)”. Por que não o homem também, ali, naquelas disposições? O art. 3º diz “Serão assegurados às mulheres (...)”. Porque não ao homem também? O parágrafo 1º do mesmo art. 3º diz “O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares (...)” (grifei). Mas porque não dos homens também? O art. 5º diz que “configura violência doméstica e familiar contra a mulher (...)”. Outro absurdo: de tais violências não é ou não pode ser vítima também o homem? O próprio e malsinado art. 7º — que define as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher — delas não pode ser vítima também o homem? O art. 6º diz que “A violência familiar e doméstica contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” Que absurdo! A violência contra o homem não é forma também de violação de seus “direitos humanos”, se afinal constatada efetivamente a violência, e ainda que definida segundo as peculiaridades masculinas?

Neste ponto, penso oportuno consignar o pensamento de uma mulher — a Dra. Elisabeth Rosa Baich (titular do 4º Juizado Especial de BH, por quem se vê que nem tudo está perdido) — que em artigo recentemente publicado vem ratificar esta nossa linha de raciocínio. Disse então a eminente juíza:

“A prática forense demonstra que muito embora a mulher seja a vítima em potencial da violência física, o homem pode ser alvo de incontestáveis ataques de cunho psicológico, emocional e patrimonial no recesso do lar, situações que se condicionam, por óbvio, ao local geográfico, grau de escolaridade, nível social e financeiro que, evidentemente, não são iguais para todos os brasileiros.

A lei, no entanto, ignora toda essa rica gama de nuances e seleciona que só a mulher pode ser vítima de violência física, psicológica e patrimonial nas relações domésticas e familiares. Além disso, pelas diretrizes da lei, a título de ilustração, a partir de agora o pai que bater em uma filha, e for denunciado, não terá direito a nenhum benefício; se bater em um filho, entretanto, poderá fazer transação”;

Enfim! O legislador brasileiro, como de hábito tão próspero, não foi feliz desta

vez!

E quando a questão que se passa a examinar é a da competência, aí o estrago é maior, embora, ao menos eu, me veja forçado a admitir que não há inconstitucionalidade na norma do caput do art. 33 da Lei nº 11.340/06 quando diz que “enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão competência cível e criminal para conhecer e julgar as causas (...)” – grifei. Contudo, volto a me valer da visão inteligente da Dra. Elisabeth Rosa Baich, pela qual se verifica que as disposições da “Lei Maria da Penha”, no que se refere ao tema da competência e do julgamento prático dos processos que lhe constituam o objeto, deixara o operador do direito em situação de quase intransponível perplexidade. Disse ela:

*“antes do advento da lei, por exemplo, os juizes das varas de família julgavam os processos de divórcio, separação e conflitos daí decorrentes, como pensão e guarda de filhos. O juiz titular da vara do júri julgava os homicídios dolosos contra a vida, e assim por diante.*

*A Lei da violência doméstica e familiar, no entanto, ignora todos esses critérios seculares ao determinar que os tribunais deverão criar varas específicas para a violência doméstica. E estabelece que enquanto essas varas não forem criadas, os juizes criminais deverão acumular competência cível e criminal para os casos da violência doméstica, com prioridade sobre todos os processos, sem excepcionar nem mesmo os réus presos (art. 33). Não explica (ainda) como, porém, os juizes criminais poderão julgar ações cíveis (o que sem dúvida constitui um grave e quase intransponível complicador, na prática forense, antes da efetiva criação dos Juizados da Violência contra a Mulher).*

*Ora, diante da multiplicidade das situações enquadradas como ofensivas, não há nem como prever quais serão as causas a serem julgadas nessa vara ou pelos juizes criminais porque enfim todo tipo de processo que tramita no fórum pode guardar um hipótese de violência doméstica ou familiar.*

*Assim, a prevalecer a falta de critério, o titular da vara da violência doméstica deverá processar causas totalmente dispares entre si como o júri, estupro, atentado violento ao pudor, separações e divórcios litigiosos, lesões corporais, ameaça, difamação e tudo o mais que couber no juízo de valor subjetivo das partes, dos advogados, dos juizes que poderão a qualquer momento declinar de sua competência se o tema da violência doméstica aparecer no decorrer do processo e até mesmo do*

*distribuidor do fórum, já que não haverá uma classe predeterminada de ações”.*

Pos bem! Como disse, e apesar do “estrago”, não vejo inconstitucionalidade propriamente dita nas regras de competência previstas da “Lei Maria da Penha” porque compete mesmo à União — e inclusive privativamente — legislar sobre direito processual (art. 22-I/C.F.) e, conseqüentemente, ditar as regras das respectivas competências, deixando para os Estados e o Distrito Federal (e ainda a própria União) apenas o poder de legislar, concorrentemente, sobre os procedimentos em matéria processual (art. 24-XI/C.F.) e ainda, aos Estados, o poder de iniciativa da lei de organização judiciária, isto é, que apenas organiza os seus juízos, podendo, é claro, propor lei sobre regras gerais de processo, mas desde que inexistia lei federal ou seja esta eventualmente lacunosa em algum aspecto relevante (§ 3º do citado art. 24), observado, é claro, o disposto no § 4º do mesmo art. 24.

(...)

Não podemos negar que uma lei específica — regulando a violência no âmbito doméstico (contra o homem também, é claro, embora principalmente contra a mulher, admitimos) — é salutar e porque não dizer até oportuna. Mas até que a inconstitucionalidade de determinadas disposições seja sanada — com algumas alterações imprescindíveis em todo o seu arcabouço normatizador — a mulher não estará desamparada, pois temos normas vigendo que a protegem, como as regras do Direito de Família, o Estatuto da Mulher, as Leis Penais e de Execução Penal, as normas cautelares no âmbito processual civil e porque não dizer até no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em virtude de tudo isso, e por considerar, afinal, e em resumo, discriminatório — e PORTANTO INCONSTITUCIONAIS (na medida em que ferem o princípio da isonomia, colidindo ainda frontalmente com o disposto no § 8º do art. 226 da Constituição Federal) — **NEGO VIGÊNCIA DO ART. 1º AO ART. 9º; ART. 10, PARÁGRAFO ÚNICO; ART. 11, INCISO V; ART. 12, INCISO III; ARTS 13 E 14; ARTS. 18 E 19; DO ART. 22 AO ART. 24 e DO ART. 30 AO ART. 40, TODOS DA LEI Nº 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”.**

**OS DEMAIS ARTIGOS** — ora não mencionados por este juízo — **O TENHO POR CONSTITUCIONAIS**, pois muito embora dêem tratamento diferenciado à mulher, não os considero propriamente discriminatórios, na medida em que diferencia os desiguais, sem contudo extremar estas indiscutíveis diferenças, a ponto de negar, por via oblíqua ou transversa, a existência das fragilidades dos homens pondo-o em flagrante

situação de inferioridade e dependência do ser mulher, em sua mútua relação de afeto.

Há disposições — como, por exemplo, o inciso V do art. 22, o § 1º desse artigo, dentre alguns outros (os quais também inseri na negativa de vigência da declarada) — devo ressaltar que assim o fiz em virtude da forma pela qual fora contextualizados no arcabouço filosófico-normativo desta Lei. Contudo, as disposições que estes artigos encerram já têm amparo em outras instâncias legislativas, podendo, até, ser decretada a prisão cautelar do agressor nos autos do respectivo I.P., se assim o entender a digna autoridade policial ou mesmo o Ministério Público, e desde que, para tanto, representem perante este juízo.

Preclusa a presente decisão — DETERMINO o retorno dos autos à Depol para a conclusão de suas investigações ou o apensamento destes autos aos do respectivo IP.

As medidas protetivas de urgência ora requeridas deverão ser dirimidas nos juízos próprios — cível e/ou de família — mediante o comparecimento da ofendida na Defensoria Pública desta Comarca, se advogado particular não puder constituir. Para tanto, intime-se-a, pessoalmente ou por seu patrono, se já o tiver.

Acaso haja recurso desta decisão, forme-se traslado destes autos e os encaminhe, por ofício, à digna e respeitada autoridade policial e em seguida venham os originais imediatamente conclusos para o regular processamento do eventual recurso.

Intimem-se ainda o M.P. e cumpra-se.

Sete Lagoas/MG, 12 de fevereiro de 2007

Edílson Rumbelsperger Rodrigues

Juiz de Direito”



**Decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que entende inconstitucional a Lei Maria da Penha.**

“MATO GROSSO DO SUL, Tribunal de Justiça. *Recurso em Sentido Estrito – N. 2007.023422-4/000-00.*

Relator - Exmo. Sr..  
Recorrente - Ministério Público Estadual.  
Prom. Just. - Wilson Canci Júnior.  
Recorrido - Paulino José da Silva.  
Advogado - Não consta.

**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 A 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”.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da **Erro!**  
**Fonte de referência não encontrada.** do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso.

– Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr.

Segundo consta, Paulino José da Silva foi indiciado pela prática do crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, envolvendo violência doméstica contra a mulher, porque teria, no dia 26 de março de 2007, na residência localizada na Rua Antonio João, s/n, Distrito de Piraporã, comarca de Itaporã/MS, ofendido a integridade corporal de sua filha e de sua esposa.

Tendo em vista que o feito envolve violência doméstica contra a mulher, o Ministério Público requereu a designação de audiência especial para que as supostas vítimas ratificassem, ou não, a representação ofertada perante a autoridade policial, nos termos do art. 16 da Lei 11.340/06.

O MM. Juiz, analisando o requerimento do Ministério Público, declarou, de forma incidental, em decisão interlocutória, a inconstitucionalidade integral da Lei 11.340/06.

Inconformado com a r. decisão de fls. 36/45, o *parquet* recorreu a fim de que o feito tenha regular trâmite perante a justiça comum, observando as normas previstas na Lei Maria da Penha, por entender que a lei está em total conformidade com o texto constitucional.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso interposto.

V O T O (EM 19.9.2007)

O Sr. (Relator)

Antes de adentrar no mérito do recurso propriamente dito, faz-se mister esclarecer que não foram apresentadas pelo recorrido as contra-razões ao recurso em sentido estrito ofertado pelo Ministério Público Estadual.

É bem verdade que a jurisprudência é no sentido de que, da decisão que rejeita a denúncia (podendo ser aplicado à decisão que concluir pela incompetência do juízo, já que em ambas não há instância instaurada, formando-se a relação jurídica processual), não há falar em contra-razões.

No entanto, contrariamente a esse entendimento, Damásio leciona, *verbis*:

*“Cremos, entretanto, que, aplicando-se por analogia o disposto no art. 296 e parágrafos do CPC, permitida pelo CPP (art. 3º), cumpre ao juiz, quando da interposição do recurso em sentido estrito da rejeição da denúncia, intimar o réu para, querendo, apresentar as contra-razões. Como diz Alcides de Mendonça Lima, a norma processual civil ‘deve ser aplicada, por analogia, com muito mais importância e relevo do que nos casos que lhe são peculiares, pela finalidade do processo criminal, em que está em jogo um dos bens morais mais sagrados do homem – a liberdade. Mais do que o próprio juiz, o réu é o maior interessado em que seja mantida a decisão que rejeição a denúncia liminarmente, mesmo ignorando ele a propositura da ação penal.”*

E o STF entendeu ser direito do indiciado produzir as contra-razões nesses casos, preservando-se, com isso, o contraditório e a ampla defesa.

No caso vertente, como será mantida a declaração de inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, de modo que o recorrido não sofrerá nenhum prejuízo com essa decisão, a falta das contra-razões em nada alterará a dinâmica dos fatos.

Feitas essas considerações, passo à análise do mérito recursal.

No mérito, o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual deve ser improvido, mantendo-se a decisão que declarou inconstitucional a Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Percebe-se que a Lei Maria da Penha procurou criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica no seio da unidade familiar. Todavia atropelou importantes preceitos constitucionais.

Primeiramente, o texto constitucional é permeado de vedações sobre discriminação, inclusive a sexual, que está expressa como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, entre os direitos e garantias fundamentais, que a Constituição estabelece, está o de que o legislador está proibido de estabelecer diferenças entre homens e mulheres, pois o art. 5º, inciso I, prescreve que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, **nos termos da Constituição**. Portanto, não cabe à lei ordinária contrariar preceito constitucional ainda que provida de boas intenções.

Tal discriminação é descabida, pois os homens também podem ser vítimas de violência doméstica e familiar. Aliás, este entendimento é plenamente condizente com a realidade, uma vez que se inclui no tipo penal violência psíquica, o que é muito noticiado pelos meios de comunicação.

De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao se analisar o princípio da igualdade, deve-se vislumbrar três questões:

*“a primeira se refere ao elemento tomado como fator de desigualação, a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado, a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. Esclarecendo melhor, tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada”.* (Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade – Celso Antônio Bandeira de Mello, p.21.2003).

No caso em debate, não há nenhum valor constitucional que consubstancie a discriminação criada pela Lei 11.340/2006, ao contrário, vai de encontro a vários deles como dito anteriormente.

A tese do Ministério Público seguido pela Procuradoria consiste em dizer que essa discriminação estaria amparada pela chamada “ação afirmativa” ou “discriminação positiva”, mas é de longa data as críticas lançadas a esse desdobramento que deram ao princípio da igualdade, uma vez que tal instituto caracteriza discriminação na contramão ou no atacado. Conforme estudos realizados por sociólogos da USP, as ações afirmativas são, na verdade, incentivo à discriminação. (SOARES, E. V.; BRAGA,

M.L.S.; COSTA, D.V. A. O dilema racial brasileiro: de Roger Bastide a Florestan Fernandes ou da explicação teórica à proposição política, p. 51).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em recente decisão (07.08.2007), sinalizou a existência de tal inconstitucionalidade, mas preferiu decidir permitindo a aplicação da lei também aos homens que assim solicitarem. Não obstante o TJMG tenha permitido estender a aplicação desta lei aos homens que requerem tal processamento, a lei continua prejudicada por vício de inconstitucionalidade, com outro fundamento, como se verificará a seguir.

Abaixo, transcreve-se a ementa do referente julgamento em que se verifica a intenção de se declarar a inconstitucionalidade da Lei, mas timidamente conclui-se pelo exposto linhas acima.

*“EMENTA: 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, 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 previstas, porque o art.5, II, c/c art. 21, I e art.226, § 8º, todos da Constituição Federal, compatibilizam-se e harmonizam-se, 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 do pedido de imposição de medida 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.”*

A Carta Magna também possui em seu texto um princípio bastante importante para o Direito Penal. O princípio da proporcionalidade, implicitamente contido no art. 5º, XLVI, 2ª parte, estabelece que a adoção de regime mais gravoso para determinados crimes se justifica pela própria gravidade do delito (aferida pela pena abstratamente cominada ou pelo bem jurídico tutelado).

A lei em comento, em seu art. 17, veda a aplicação de penas alternativas aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher inadequadamente, pois a exclusão de tal benefício deve ser prevista em razão da gravidade do delito, e não em razão de determinado sujeito passivo de um crime. Por que proibir a aplicação de uma pena alternativa à pena privativa de liberdade em razão de o sujeito passivo ser mulher em situação de violência doméstica ou familiar? V.g., um pai que agride fisicamente o filho (do sexo masculino) faz jus aos benefícios da Lei 9.099/95, enquanto se agredir a filha não terá o mesmo tratamento.

Note-se que a Constituição Federal, razoável e proporcionalmente, estabelece regimes penal e processual mais gravosos para autores dos chamados crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo, o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; ao passo que permite medidas despenalizadoras quando se trata de infração penal de menor potencial ofensivo (arts. 5º., XLII, XLIII e XLIV e 98, I, ambos da Constituição Federal).

Como, então, tratar diferentemente autores de crimes cuja pena máxima aplicada não for superior a quatro anos, se atendidos os demais requisitos autorizadores da substituição (art. 44 do Código Penal)? Assim, acusados por crimes como furto, receptação, estelionato, apropriação indébita, peculato, concussão, etc., podem ser beneficiados pela substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária ou multa. Já um condenado por injúria ou ameaça (pena máxima de seis meses), estará impedido de ser beneficiado pela substituição, caso tenha praticado aqueles delitos contra uma mulher, em situação de violência doméstica e familiar. Convenhamos tratar-

se de um verdadeiro despautério. A violação ao referido princípio constitucional salta aos olhos.

A vedação de se aplicar as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº. 9.099/95 (composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo), bem como da medida “descarcerizadora” do art. 69 (Termo Circunstanciado e não lavratura do auto de prisão em flagrante, caso o autor do fato comprometa-se a comparecer ao Juizado Especial Criminal) está em total desacordo com o princípio da proporcionalidade, configurando vício de inconstitucionalidade.

Para Pedraz Penalva:

*“a proporcionalidade é, pois, algo mais que um critério, regra ou elemento técnico de juízo, utilizável para afirmar conseqüências jurídicas: constitui um princípio inerente ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, enquanto sua devida utilização se apresenta como uma das garantias básicas que devem ser observadas em todo caso em que possam ser lesionados direitos e liberdades fundamentais.” (Apud Mariângela Gama de Magalhães Gomes, O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, p. 60. 2003).*

Portanto, ainda que se altere a expressão “*violência doméstica ou familiar contra a mulher*” por “*violência doméstica ou familiar contra a pessoa*”, a lei em comento continuará prejudicada por vício de inconstitucionalidade.

Ademais, a referida lei é um grande engano. Estabelece a obrigatoriedade do caminho penal quando se sabe que a mulher vítima de violência doméstica – exceto a sexual e de lesões graves – não quer que seu companheiro ou marido seja preso, muito menos condenado criminalmente. A solução não está no Direito Penal, mas na criação de políticas públicas com compromisso de recuperar o respeito mútuo que deve imperar no seio familiar. A condenação do agressor só piora a relação familiar. A vontade da mulher agredida é de que as agressões cessem, não porque o marido foi preso, mas porque de alguma forma o Estado interveio para apaziguar o problema familiar.

Apesar de este relator estar conceituando genericamente, outra situação não é a dos autos (vide depoimento da própria vítima às fls. 09/10). A rigidez da lei acaba destruindo a unidade familiar em vez de tentar harmonizá-la.

Esta lei é inócua, injusta, anti-social e retrógrada, pois volta a ter a pena privativa de liberdade como principal sanção quando todo direito penal caminha para fuga da prisão com aplicação de penas alternativas. A pena privativa de liberdade data de 1814, o que nos faz refletir e constatar que, depois de quase 200 anos, é inaceitável continuar insistindo no encarceramento. Outros meios mais eficazes precisam ser aplicados para coibir a criminalidade; a pena alternativa, onde é efetivamente aplicada, tem se mostrado um sucesso (Rio Grande do Norte, Paraná e Ceará; em São Paulo a aplicação de penas alternativas tem tido um índice de reincidência que não chega a 5% – Entrevista de Miguel Reale Jr. concedida à Revista Visão Jurídica, n. 15, p. 12).

Outrossim, o direito penal deve ser a última alternativa para tentar solucionar conflitos sociais, como bem assevera o princípio da intervenção mínima. Seu conteúdo jurídico sinaliza que o direito penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um. É um princípio constitucional implícito fundamentado no Estado Democrático de Direito, pois a idéia de um direito penal intervencionista iria de encontro a toda sistemática defendida pela Constituição. É errado acreditar que o direito penal seja a solução para a criminalidade.

A existência de leis penais com deficiência de técnica jurídica é resultado da elaboração de leis em momento de grande clamor público, o que só atrapalha, visto que caberá ao Poder Judiciário, já assoberbado, corrigir suas inconstitucionalidades. Por conseqüência acarreta a vulgarização do direito penal que, por excessivo, fica desacreditado. As chamadas leis de ocasião, que enodoam a figura do legislativo dão voz ativa a população manipulada por inconstitucionais meios de comunicação responsáveis não pelo clamor público, mas pelo “clamor publicado”, como bem salientou o Des. Claudionor M. A. Duarte em brilhante voto proferido nesta Segunda Turma Criminal.

Frise-se, ao final, a propósito do que foi dito acima, que não deixamos de estar sensibilizados com a tragédia que vitimou a Sra. Maria da Penha, que, por um horrível drama familiar, emprestou o nome à lei em comento. O que não podemos aceitar é uma lei travestida de vingança social com sérias conseqüências no cotidiano de milhares de outras pessoas, como soe acontecer com esta e outras que “respondem” ao apelo momentâneo e emporcalham o sistema por vários anos.

Por fim, louva-se o cuidado e a proteção utópica que o legislador dispensou às vítimas de violência doméstica e familiar ao estabelecer as medidas protetivas e as que



obrigam o agressor, bem como a criação de eventuais equipes de atendimento multidisciplinar, quer na área jurídica, quer nas áreas psicossociais e da saúde; chegou ao ponto de provocar a interferência do Conselho Nacional de Justiça e este, na esteira da busca de soluções sociais via furor legislativo, como se tais questões assim fossem resolvidas, chegou a sugerir (via resolução) que fosse criada uma Vara Especializada nos Estados, no que foi prontamente atendido em Mato Grosso do Sul.

Destarte, consoante os argumentos ora expostos, a Lei 11.340/2006 desrespeita um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV), fere o princípio da igualdade, bem como o princípio da proporcionalidade, devendo, portanto, ser mantida a declaração de inconstitucionalidade proferida no juízo *a quo*, tal como a incompetência da Justiça Comum e a competência do Juizado Especial Criminal.

Por tais motivos, nego provimento ao recurso ministerial.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O 2º VOGAL AGUARDA.

V O T O (EM 26.9.2007)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL interpôs Recurso em Sentido Estrito, objetivando a reforma da decisão que reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei n.º 11.340/06, bem como declarou a incompetência da Justiça Comum para julgar o feito, determinando sua distribuição ao Juizado Especial Criminal da comarca de Itaporã, devendo-se ser observado o rito processual da Lei n.º 9.099/95.

O magistrado de instância singela fundamentou a decisão recorrida (fls. 36/45), aduzindo, em suma, que a Lei n.º 11.340 “*criou discriminação, pois coíbe a violência contra a mulher e não que porventura exista contra homens.*” Sendo que “*a Constituição não estabelece que homens e mulheres são iguais nos termos da lei, mas sim ‘nos termos desta constituição’. Entendo impossível uma interpretação honesta desse texto que permita à lei discriminar entre homens e mulheres*”.

O ilustre Desembargador relator, ao analisar a questão, houve por bem manter integralmente a decisão recorrida, sustentando, em apertada síntese, que:

*“A lei n.º 11.340/2006 desrespeita um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV), fere o princípio da igualdade, bem como o princípio da proporcionalidade devendo, portanto, ser mantida a declaração de inconstitucionalidade proferida no juízo a quo, tal como a incompetência da Justiça Comum e a competência do Juizado Especial Criminal.”*

Após o exame pormenorizado da questão, verifiquei não haver divergência com relação aos posicionamentos adotados, pedindo vênha, apenas, para tecer breves considerações que reforçam a inconstitucionalidade da malfadada “Lei Maria da Penha”.

A efetivação dos direitos e garantias fundamentais constitui-se em fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição Federal) e objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, III, da Magna Carta).

Isso significa dizer que:

*“A dignidade humana é o valor fonte para definir os direitos fundamentais, isto é, os direitos fundamentais são desdobramentos da dignidade da pessoa humana”, e que “reconhece-se aos direitos fundamentais a natureza principiológica constitucional de justificação do Estado. Tais direitos são fundantes, ou seja, são fontes de legitimação de todo o direito, condicionam a produção e interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais” .*

A Constituição Federal consagra (art. 5º, I), dentre os direitos fundamentais, o **“princípio da igualdade”**, declarando que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, sendo homens e mulheres iguais em direitos e obrigações.

Nessa esteira, ensina a melhor doutrina a interpretação adequada a ser aplicada ao dispositivo legal em comento:

*“Afirma o art. 5º. I, da Constituição Federal, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*

*A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrímen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito*

*de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis.”*

Ou seja, o “princípio da igualdade” será violado sempre que a lei gerar desequilíbrio antes inexistente nas relações entre homem e mulher.

Assim, de acordo com o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, todos os cidadãos possuem direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ou seja, tanto ao homem quanto a mulher são garantidos os direitos fundamentais, sendo estes, portanto, o parâmetro para a igualdade e, conseqüentemente, para as diferenças.

Tal se dá porque:

*“A igualdade jurídica na democracia nivela todos os cidadãos no plano da titularidade dos conteúdos normativos dos direitos fundamentais. Não há que se falar em desigualdade jurídica de direitos fundamentais, porque, uma vez que são cumpridos os direitos fundamentais, o que se tem são desníveis patrimoniais e de personalidade (identidades), sem que tal diferencial pudesse quebrar a igualdade entre as partes a ponto de recuperar a velha máxima de justiça do Estado Liberal – tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.”*

Nesse diapasão quando a Carta Magna, dentre o rol de direitos fundamentais, consagrou igualdade entre homem e mulher estabeleceu uma isonomia plena entre os gêneros masculino e feminino, de modo que a legislação infraconstitucional não pode – sob qualquer pretexto – promover discriminação entre os sexos em se tratando de direitos fundamentais, visto que estes já lhes são igualmente assegurados.

Bem explica o assunto ROSEMIRO PEREIRA LEAL:

*“Não há direito à diferença no plano dos direitos fundamentais já acertados constitucionalmente para todos, sob pena de romper o princípio da igualdade jurídica. A possível existência de direitos diferentes só ocorre no sobrenível da normatividade fundamental. Enfatiza ele que ‘direitos diferentes, na teoria da democracia, não geram diferenças jurídico-fundamentais entre pessoas a suplicarem tratamento discriminatório’. As desigualdades possíveis seriam apenas física, psíquica, cultural, estética, ideológica ou econômica. Portanto, o negro, o índio, o homossexual, a lésbica, o deficiente não são desiguais a ninguém quanto a direitos fundamentais na teoria da*

*constitucionalidade democrática. Tanto eles quanto os brancos, os amarelos, as mulheres, os heterossexuais: ‘homem ou mulher, são iguais em direitos fundamentais e titulares de igualdade processual (simétrica paridade – isonomia) no direito democrático.’*

A Lei n.º 11.340/2006 tem como fim específico combater a violência contra mulher e assegurar o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (art. 3º), ou seja, visa assegurar direitos fundamentais única e exclusivamente às mulheres.

Destarte, a denominada “Lei Maria da Penha” viola o direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres e, como já exposto, não existe direito à diferença em direitos fundamentais, razão pela qual não há outro caminho a seguir senão o de reconhecer a inconstitucionalidade da lei em análise.

Ante o exposto, **acompanhando o ilustrado relator** e, contrariando o parecer ministerial, **voto pelo conhecimento e improvimento do presente recurso.**

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (2º Vogal)

Também acompanho o relator, não somente pelos fundamentos expostos, mas porque entendo que nesse caso específico a Lei Maria da Penha seria inconstitucional, principalmente porque viola a competência dos Estados quanto à organização judiciária, já que a lei determina que cada Comarca deverá necessariamente ter uma Vara específica para violência contra a mulher.

Isso no Brasil inteiro não está sendo cumprido, mesmo porque se trata de lei de ocasião, feita ao afogadilho, e mesmo nas comarcas grandes, como Campo Grande, essa lei não é cumprida. Faz-se uma revolução, faz-se uma portaria, atribuindo-se competência àquele juiz, mas descumprindo a lei, que dispõe que essa competência é privativa dos Estados para legislar sobre organização judiciária.

Por isso, entendo que todos os Tribunais estão enfrentando essa questão, porque nenhum Tribunal do País está cumprindo essa lei.

Portanto, nego provimento ao recurso.

## **D E C I S Ã O**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, NEGARAM  
PROVIMENTO AO RECURSO.**

Presidência do Exmo. Sr.

Relator, o Exmo. Sr..

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores”.