



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha

Carlos Gustavo de França Messias Medeiros

Rio de Janeiro  
2009

CARLOS GUSTAVO DE FRANÇA MESSIAS MEDEIROS

A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>a</sup> Néli Fetzner

Prof<sup>a</sup> Mônica Areal

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2009

## A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

**Carlos Gustavo de França Messias Medeiros**

Graduado pela Universidade Candido Mendes  
– Centro.

**Resumo:** Um dos mecanismos adotado pelo Poder Constituinte Derivado em seu *mister* de promoção da igualdade substancial é a adoção das ações afirmativas. A Lei 11340/2006 constitui um de seus exemplos típicos, ao adotar medidas protetivas em favor da mulher no âmbito familiar. O núcleo do trabalho será trazer subsídios para uma melhor interpretação constitucional, teleológica e sistemática do tema. Ao longo da dissertação será demonstrada o melhor entendimento com relação à matéria, contrapondo-o às teses contrárias.

**Palavras-chaves:** Constitucional; Lei Maria da Penha; Constitucionalidade.

**Sumário:** 1- Introdução; 2- A Lei Maria da Penha; 3- Inovações; 4- Mens legis e a Igualdade Formal e Material; 5- Eficácia dos Direitos Fundamentais; 6- Questão Recursal; 7- Inconstitucionalidade Progressiva; 8- Conclusão; Referências.

### 1- INTRODUÇÃO

A Lei que regulou as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, longe de encontrar pontos de consenso, constitui um dos temas mais debatidos, polêmicos e instigantes no ordenamento jurídico hodierno.

Encontra-se, ainda hoje, apesar do lapso temporal desde a sua edição pelo legislador ordinário, pontos de atrito no âmbito jurisprudencial e doutrinário acerca de assuntos extremamente relevantes, notadamente quanto à análise equivocada dos preceitos e princípios que emanam da norma.

A grave consequência desse fato é que, fatalmente, argui-se-á a inconstitucionalidade da referida lei: um equívoco lamentável, mormente quando se pondera a verdadeira finalidade do legislador.

A Lei 11340/2006, comumente chamada de Lei Maria da Penha, trouxe em seu bojo inúmeras novidades para fins de proteção da mulher, e inovou em suas disposições ao causar enorme repercussão em diferentes ramos da ciência jurídica, ao abranger o direito processual penal e civil, além do direito constitucional e direito de família.

Trata-se, em verdade, de um tema extremamente rico nos seus diversos aspectos e, sobremaneira, bastante dinâmico, motivo pelo qual merecerá análise pormenorizada em seus mais relevantes aspectos.

O estudo abordou, especialmente, o tão debatido aspecto constitucional da Lei Maria da Penha, quando buscou, a partir de um cotejo histórico-sistemático e, integrado com interpretação eminentemente teleológica, a verdadeira *ratio* do texto normativo, aguçadas pelas necessárias ponderações de estilo.

Em termos gerais, esses são os aspectos a serem debatidos. Soma-se a isso, a exposição de divergências a despeito do tema por meio de estudo doutrinário, jurisprudencial e dados pesquisados objetivamente.

Merecerá enfoque especial a visão multidisciplinar sobre o tema, notadamente em virtude de sua abrangência, além, sobretudo, de uma abordagem atualizada e crítica de diversas passagens em torno do texto normativo.

Enfim, será demonstrada a importância da inovação legislativa para, ao final, concluir os benefícios trazidos ao seio social, refutando-se *in totum* os argumentos no sentido da inconstitucionalidade material da norma editada.

## 2- A LEI MARIA DA PENHA

Pode-se dizer, sem dúvida alguma, que o caso propulsor para a elaboração da Lei que objetiva reprimir as práticas de violência doméstica contra a mulher foi o *leading case* envolvendo a farmacêutica Maria da Penha Fernandes.

Maria da Penha Fernandes era casada e durante anos sofreu com práticas abusivas perpetradas por seu marido, dentre elas, tentativas de homicídio, o que culminou com o estado de paraplegia.

Inconformada com todos os atos praticados contra si e o intenso desrespeito à sua integridade física e psicológica, a farmacêutica procurou ajuda do Poder Judiciário para fins de proteção aos seus direitos inerentes ao Princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental e cláusula pétrea, expressamente contemplado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

No entanto, não obstante a reprimenda imposta pelo Poder Judiciário ao seu agressor, por meio de sentença condenatória transitada e julgada equivalente a oito anos de prisão, esta não ganhou contornos de efetividade, mormente quando dois anos após de cumprimento da pena privativa de liberdade aquele ganhou a liberdade.

A situação narrada não é peculiar somente a uma cidadã, mas sim a uma multiplicidade de pessoas, o que demonstrava a necessidade de mudanças.

Como muito bem frisado pela Ilustre Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e estudiosa da matéria Maria Berenice Dias (2008), a repercussão foi tamanha que o Centro pela Justiça e o Direito Internacional formalizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, em razão da desídia do Estado brasileiro no caso, o que resultou na sua condenação no ano de 2001.

Arremata a citada autora que, em razão da sua omissão, o Estado brasileiro foi condenado ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil dólares), em favor de Maria da Penha, em razão da negligência e omissão em relação à violência doméstica.

Insta salientar ainda, neste contexto, a recomendação de diversas providências a fim de sanar as falhas envolvendo o caso sob análise, para atribuir maior celeridade e efetividade para as hipóteses envolvendo violência doméstica e familiar.

Consigne-se, desde logo, que as recomendações solicitadas somente vieram à lume com a edição da Lei 11340/2006, ao trazer em seu bojo inúmeras providências de cunho protetivo para fins de proteção da mulher em seu seio familiar.

Conforme se depreenderá, críticas não faltaram no sentido de taxar esses privilégios conferidos para a mulher de inconstitucionais, o que, em última análise, não se vingará.

### 3- INOVAÇÕES

A partir do momento em que a Lei Maria da Penha trouxe uma nova disciplina a despeito da violência domiciliar contra a mulher, constitui ordem natural das coisas a adoção de mecanismos que até então eram novidades ou, então, mera proposição doutrinária para fins de uma futura intervenção legislativa.

Com efeito, pode-se dizer que as inovações foram inúmeras, assim como as respectivas refutações, que, não raras, reputam a inconstitucionalidade das mesmas.

Neste sentido, pode-se dizer que uma das mais importantes e referendadas alterações se dão nos aspectos procedimentais dos delitos acobertados pela nova lei, ao excluir do âmbito de incidência dos Juizados Especiais Criminais o processo e julgamento das demandas cujo objeto encontra-se reservado pela Lei 11340/2006.

O modelo instituído pela Lei 9099/1995, operou verdadeira alteração no tratamento de determinadas infrações penais, trazendo em seu bojo a competência e instituição dos Juizados Especiais para processo e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo.

A seu turno, trouxe ainda uma série de medidas despenalizadoras, ao fundamento de que a busca pelo consensualismo traria maior bem estar na sociedade, já que, ao transacionar e pôr fim a uma pretensão resistida, os ânimos se acalmariam, ao revés da imposição de um dever jurídico através da prolação de uma sentença, pois sempre teríamos o acolhimento de um pedido em detrimento de outro, o que causaria, por consequência, a insatisfação alheia.

Saliente-se que, a teor das premissas dispostas, a consensualidade nas relações familiares deve ser vista com a necessária ponderação, mormente quando se trata de questões que envolve um bem jurídico essencial para a formação da sociedade, a qual, como de curial sabença, é protegida constitucionalmente.

A intenção do legislador ordinário, longe de ser criticada em um primeiro momento, acabou causando inúmeras críticas com o passar do tempo, uma vez que os mecanismos implementados não elidiram a violência contra as mulheres.

Em razão da falta de efetividade outrora verificada, o legislador ordinário se utilizou do devido instrumento legislativo posto à sua disposição, ao trazer inúmeras medidas protetivas em

favor da mulher, bem como nova procedimentalização para o processo e julgamento das demandas cujo objeto esteja inserto no âmbito da Lei 11340/2006.

Uma das alterações oriundas da Lei mencionada se trata da possibilidade de aplicação das medidas protetivas sem a oitiva da outra parte, dado o caráter de emergencialidade das hipóteses tratadas pelo legislador infraconstitucional.

Não se alegue que a disposição em apreço feriria os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, mormente quando se analisa, através da ponderação de interesses, os bens em jogo. Ademais, não se pode deixar de olvidar que não se presume eventual má-fé da noticiante pelas infrações cometidas pelo agressor.

Consigne-se que, trata-se de nítida medida cautelar e busca a preservação do direito invocado, o que justifica suficientemente a sua adoção. Ora, ainda mais quando se trata da integridade física e psíquica da ofendida, dado a indisponibilidade dos direitos envolvidos nos casos.

Some-se a isso que a proteção almejada pelo legislador visa, antes de mais nada, a proteção da entidade familiar, o que infirma, sobremaneira, a concessão de medidas *inaudita altera parte*.

Nada obstante, não é demais salientar que os direitos constitucionalmente assegurados em aparente conflito devem ser interpretados à luz do critério hermenêutico da ponderação de interesses, com base nos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Logo, é evidente que o princípio do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal não devem prevalecer quando estamos diante de valores como direito à vida, bem como a integridade física e moral, sobretudo em situações fáticas regulatórias da entidade familiar, núcleo imprescindível da sociedade, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Outra inovação contida na Lei e objeto de refutações no seio doutrinário gira em torno da disposição constante no artigo 41 da Lei 11340/2006, o qual veda a aplicação da Lei 9.099/1995 nas situações envolvendo violência doméstica, o que abrange, a partir de interpretação literal, a vedação às medidas despenalizadoras, salvo no tocante à suspensão condicional do processo, aplicável para todos os crimes.

Assente-se que, a Lei não apenas excluiu do âmbito dos Juizados Especiais as causas envolvendo violência doméstica, como também dispôs a respeito da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

A intenção do legislador ordinário, como se depreende, foi a de retirar completamente as referidas causas do âmbito dos Juizados Especiais. Isso pelo simples motivo já explicitado, qual seja, não houve efetividade prática no sentido de diminuição das práticas de violência doméstica quando estas se submetiam ao rito disposto na Lei 9099/1995.

O objetivo torna-se ainda mais evidente quando se constata que, mesmo com a inexistência dos Juizados Especializados em Violência Doméstica e Familiar e Familiar contra a Mulher, os feitos não serão remetidos para os Juizados Especiais, mas sim devem tramitar junto às varas criminais.

Saliente-se que o afastamento relatado não contrariaria as disposições constantes na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 98, inciso I, por ter retirado dos Juizados a competência para julgar crimes de menor potencial ofensivo envolvendo as relações contra a mulher.

Cuida-se de mera opção legislativa e não provoca nenhuma alteração e contrariedade ao texto contitucional, razão pela qual as teses em sentido contrário devem ser rechaçadas.

Por outro lado, entendem alguns que o artigo 33 da Lei 11340/2006, ao atribuir competência cível e criminal para as Varas Criminais, enquanto não forem criados os Juizados Especializados, estar-se-ia se imiscuindo em matéria de organização judiciária.

Sobre a questão, Dias (2008, p. 59) comenta que “Como foi excluída a incidência do juízo especial, a definição da competência deixa de ser da esfera de organização privativa do Poder Judiciário. Desse modo, não há como questionar a constitucionalidade da alteração levada a efeito”.

Neste ponto, o melhor a ser defendido é a efetiva criação dos Juizados Especializados a fim de se evitar qualquer celeuma, seja na tramitação das causas, seja no que se refere à competência recursal.

Ninguém mais do que os respectivos Poderes estão aptos a julgar a conveniência da quantidade de Juizados Especializados em um local em detrimento do outro, mormente pela circunstância da maior intensidade de ocorrência de casos envolvendo violência doméstica em regiões interioranas do que em relação aos grandes centros urbanos.

Como solução para o equívoco cometido, logicamente, sem a necessidade de declaração de qualquer inconstitucionalidade do dispositivo, deve-se sugerir a criação dos Juizados Especializados o mais rápido possível, sob pena de criarmos situações desagradáveis, o que não revela a real vontade do legislador.

Outra inferência construtiva que se deve fazer gira em torno da competência para apreciação dos recursos, uma vez que não sofreu um detalhamento adequado por parte do legislador, circunstância esta, agravada pelos próprios tratamentos destoantes dado por parte da jurisprudência, sobretudo como se constata através da pesquisa de julgados no âmbito dos Tribunais, conforme se destacará no tópico específico.

#### 4- *MENS LEGIS* E A IGUALDADE FORMAL E MATERIAL

Sob o ponto de vista normativo-formal, o legislador conferiu verdadeira revolução no quadro constitucional e infralegal, instituindo no texto normativo verdadeiras regras e princípios que denotam a verdadeira *ratio* em torno de temas tão imprescindíveis em um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, o artigo 225, §5º, da CRFB/88, dispõe que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Outrossim, o artigo 5º, caput, do diploma constitucional, explicita que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

Por sua vez, nos termos do disposto no artigo 5º, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição”.

Os dispositivos em apreço trazem em seu bojo o princípio da igualdade formal, o que não significa, em última análise, que do ponto de vista prático o princípio constitucional esteja sendo respeitado pela Administração Pública, dada a possibilidade de existência de distorções entre diferentes classes sociais.

Significa dizer que, não obstante haja uma norma inserta no bojo da Constituição garantindo a igualdade entre homens e mulheres, esta não necessariamente produzirá seus efeitos nas relações sociais.

Neste contexto, adveio a idéia de igualdade material, que surgiu a partir da necessidade de cessar tais inconvenientes e com fim de assegurar os mandamentos contidos na carta constitucional, através da implementação de políticas afirmativas por parte do Poder Público.

Com efeito, de nada adiantaria a previsão no texto constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção quanto ao sexo, raça e idade, pois do ponto de vista prático aqueles grupos não estariam em efetiva igualdade perante os demais.

De fato, é o que ocorre com o tratamento entre homens e mulheres.

Sobre o tratamento isonômico entre homens e mulheres, Moraes (2005, p. 34) comenta que “a correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrimen* 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”.

Assim, subsume-se do exposto que se configura legítimo o tratamento diferenciado dado entre homem e mulher na medida em que ambos não se encontrem no mesmo nível. Ao revés, no caso de se encontrarem no mesmo patamar, estaria configurado o arbítrio, mormente quando não haveria situação justificada para eventuais práticas privilegiadas em favor de algum deles.

Neste viés, arremata Moraes (2005, p. 34) ao asseverar que “além dos tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos na própria constituição (art. 7º, XVIII e XIX; 40, §1º; 143, §§1ºe 2º; 201, §7º), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo”.

A respeito do tema, conclui Dias (2008, p. 59) que “Aliás, é exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe sejam tratados desigualmente os desiguais. Para as diferenciações normativas serem consideradas não discriminatórias, é indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável. E justificativas não faltam para que as mulheres recebam atenção diferenciada”.

Em consonância ao destacado, eis as razões motivadoras para a edição da Lei 11340/2006.

É oportuna a extração da verdadeira finalidade pela qual o legislador ordinário editou a lei em apreço, o que corroborará para a busca do seu fundamento de validade frente ao ordenamento jurídico hodierno, principalmente diante da análise das circunstâncias fáticas intrínsecas.

O estudo histórico dos fatos sociais ocorridos no País é imprescindível na busca das proposições pelas quais garantirão, ao menos do ponto de vista jurídico, a validade da Lei frente à Constituição.

É de curial sabença o passado recente da sociedade brasileira, a qual, apesar do crescente desenvolvimento ostentado por nosso Estado, principalmente diante da instituição de um Estado Democrático de Direito com a promulgação da República Federativa do Brasil de 1988, ainda assim, sofreu com práticas abusivas e arbitrárias de seus governantes.

O tratamento dispensado para as mulheres no passado foi um dos exemplos das práticas odiosas dispensadas pelo Poder Público e da própria sociedade, legitimado inclusive pelo próprio Código Civil de 1916, cujo teor previa em dispositivos esparsos verdadeira submissão daquela em relação ao poder marital dentro da sociedade conjugal.

Frise-se que, tais normas jurídicas, encontravam-se em plena eficácia até pouco tempo, isto é, até o início de 2003, momento em que entrou em vigor o Novo Código Civil e revogou expressamente tais dispositivos, ao trazer a isonomia de tratamento entre homem e mulher.

O Código Civil de 2002, ao introduzir no ordenamento jurídico nova visão na legislação infraconstitucional, corrobora com a linha de pensamento advindo da Carta Constitucional de 1988.

Vale consignar que, inegavelmente, as políticas públicas apregoadas no passado surtem efeitos maléficos no futuro de uma sociedade, o que vulnera ainda mais a classe prejudicada outrora, em razão da estagnação desenvolvimentista do setor.

Ao passo que o direito se encontra em constante evolução, não é diferente com a sociedade, parte integrante do sistema, sendo improvável que alcance o pleno desenvolvimento a partir do momento em que fatores extrínsecos inibem essa ordem natural das coisas.

Em suma, o que se quer dizer, é que a submissão da mulher praticada em um passado recente, ao impor tratamento diferenciado a uma classe, causou intensas práticas discriminatórias. De fato, contribuiu de forma indúvidosa para o atual panorama de nossa sociedade, isto é, uma classe mais fragilizada.

Assim sendo, não se teve outra alternativa senão a edição de medidas protetivas em prol da mulher, através da edição da Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006), cujas finalidades externadas revelam verdadeira tendência moderna, qual seja, a adoção de políticas públicas afirmativas.

Situação intimamente ligada ao tema diz respeito à tutela jurisdicional diferenciada, modernamente invocada para fins de justificação em torno da implementação de procedimentos mais condizentes com a efetividade jurisdicional.

A tutela jurisdicional diferenciada, que se encontra no Poder Judiciário, pode ser definida como a tentativa em se permitir uma prestação jurisdicional eficaz em situações especiais, mormente quando os mecanismos tradicionais postos à disposição dos administrados não resolvem satisfatoriamente a demanda pelos serviços públicos.

A idéia em enfoque, sobretudo por parte da doutrina processualista civil, traz uma tendência em todo o mundo, ao atribuir maior primazia aos direitos assegurados à população. Deve-se, neste viés, alterar o procedimento estabelecido em lei buscando um resultado efetivamente satisfatório.

Assim ocorreu com a Lei Maria da Penha. Antes de sua edição, os crimes praticados contra a mulher, desde que se enquadrassem no conceito de menor potencial ofensivo, eram remetidos para o Juizado Especial Criminal, sujeitando-se, por decorrência lógica, às medidas por ela elencadas.

Incluía-se neste contexto as medidas depenalizadoras, além, é claro, de um procedimento mais célere e informal. Enfim, por todo o organograma trazido pela Lei 9099/95, restou-se evidenciado a preferência por uma Justiça mais consensual.

Delitos antes reconhecidos como de ação penal pública incondicionada, onde não se averiguava a oportunidade e conveniência do ofendido ou de seu representante legal para fins de propositura de futura ação penal, com o seu advento passaram a se sujeitar a representação destes, ou seja, verificado um delito de menor potencial ofensivo, até mesmo para se instaurar inquérito policial, é *mister* tenha ocorrido autorização, sem a qual o Estado não poderá exercer o seu *ius puniendi*.

Pois bem, providências como estas não trouxeram efetividade quando o assunto se referia à violência doméstica, onde a mulher, em sua maioria das vezes, dependente financeiramente de seu marido ou companheiro, embora tivesse sofrido com os castigos de ordem moral ou física, sentiam-se impotentes para fins de cessação de práticas abusivas.

Transpondo a problemática para a prática, seria difícil de imaginar que a agredida, após, eventualmente efetuar a notícia crime e ofertar a consequente representação em face do marido, volte para o seu lar, ainda mais quando o outro é o responsável pelo sustento da família.

Neste caso, duas hipóteses poderiam ocorrer: ou a vítima voltaria para a sua residência e, provavelmente, seria expulsa, porquanto, certamente, o marido não continuaria vivendo sob o mesmo teto e, simultaneamente, processado, ou seria obrigada pelo marido a se retratar da representação ofertada para que continuasse com um lar, isto é, não detinha meios para fazer valer pelos seus anseios de punição ao seu ofensor.

Neste contexto adveio a Lei Maria da Penha, ao criar diversas medidas protetivas a favor da mulher no seio familiar e, por decorrência, trazendo eficácia aos comandos constitucionais até então inexecutáveis.

Cuida-se, assim, de mais uma tentativa de fazer cessar às desigualdades materiais existentes, com a adoção de uma ação afirmativa pelo Estado, através do legislador ordinário.

Não obstante a digressão pormenorizada da verdadeira *ratio* em torno da criação da Lei 11.340/06, ainda existem vozes no âmbito doutrinário e jurisprudencial defendendo veementemente a sua inconstitucionalidade, ao desconsiderar por completo o verdadeiro espectro inspirador de sua edição.

A título exemplificativo e para reforçar a tese então defendida, da mesma forma ocorreu com a escravidão, quando se constatou a total submissão de um segmento social em detrimento do poder dominante à época. Diante de interesses patrimoniais revelados, a massa social se submetia a poucos, privando aqueles dos direitos inerentes ao mínimo existencial e, dissociando-se, por completo, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, tal situação afastou-se de nosso ordenamento jurídico paulatinamente, após verdadeira luta de classes.

A partir do momento em que se torna incontornável as consequências causadas, com o fito de minimizar os prejuízos ocasionados, tornou-se imperiosa a formulação de políticas afirmativas, como ocorreu com a instituição do sistema de quotas nas Universidades Públicas e até mesmo com o incentivo de programas de financiamento educacional por parte do Poder Executivo.

A implementação da política de cotas nas universidades, bastante discutida e rebatida ao tempo de sua instituição, como dito, cuida-se de instrumento de política afirmativa por excelência, na medida em que procura aniquilar com a desigualdade material entre os segmentos da sociedade atingidos.

A partir do momento em que o sistema clássico não garantia aos governados os direitos e garantias previstas abstratamente, tornou-se imperioso a elaboração de leis afirmativas por parte do Governo.

Por sua vez, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, através da instituição da Lei 8.078/90, não se dissocia da sistemática mencionada. Trata, em verdade, de típica ação afirmativa do Estado com vistas a amparar os hipossuficientes, a saber, os consumidores.

Em virtude da massificação nos meios de produção e intensificação nas relações de consumo, tornou-se necessário a criação de um microssistema jurídico, com a finalidade de proteger um segmento social vulnerável aos que detinham os meios de produção.

O Código Civil era pautado na liberdade de contratar, consubstanciado na cláusula *pacta sunt servada*, em que se presumia que os contratantes se encontravam em par de igualdade. Contudo, esqueceu-se da falsidade de tal afirmação, porquanto havia um grande obstáculo entre uma parte vulnerável, o hipossuficiente, e a parte que detinha os meios de produção em massa, os industriais.

Na mesma esteira de raciocínio, deve-se buscar os elementos de legitimação e constitucionalidade para fins de justificar a edição da Lei Maria da Penha, justamente pelo fato de que as beneficiárias desta Lei terem gozado em outros tempos de situação vexatória e extremamente prejudicial, somado à conseqüente vulnerabilidade evidenciada cotidianamente.

Muito embora tenha havido a diminuição dos tratamentos discriminatórios em face da mulher e, do ponto de vista formal, mudança constitucional no sentido de se atribuir igualdade entre homem e mulher, a verdade é que, mesmo assim, as diferenças verificadas anteriormente ainda provocam efeitos nos dias atuais. É evidente a maior vulnerabilidade das mulheres diante de tais premissas.

Apesar de ser corriqueiramente constatado, através de pesquisas por meio da imprensa oficial, o crescimento do sexo feminino no mercado de trabalho, ao auferir remunerações equiparadas ao sexo oposto e condições melhores para exercerem o seu ofício, é nítido que a retratação dessa realidade atinge uma parcela ínfima da sociedade.

Outrossim, não se pode omitir a respeito desta parcela da população que em pleno século XXI, nos auspícios tempos da modernização, ainda sofre com práticas de violência familiar, ostentando *status* de intensa submissão.

Enfim, apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil trazer em seu teor, no artigo 226, parágrafo 5º, a igualdade entre homem e mulher, não significa que, do ponto de vista prático, tenha se findado os problemas sociais no tocante a esse aspecto.

## 5- EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão da eficácia dos direitos fundamentais é um tema complicado na seara do direito constitucional brasileiro, na medida em que, não obstante estejam previstos expressamente na Carta Constitucional, muitas das vezes não possuem a efetividade que se espera nas relações sociais.

A situação torna-se ainda mais contraditória e incompreensível a partir da leitura do preceito insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º parágrafo 1º.

O mencionado artigo assevera que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Surge daí a indagação a respeito do âmbito de abrangência e operabilidade do dispositivo narrado.

A vivência no mundo jurídico ensina que o alcance do texto normativo não necessariamente será o mais amplo possível, tal como os dispositivos literalmente enunciam, mormente diante da imprescindibilidade de alguma intervenção judicial ou legislativa, com o fito de tornar a norma efetiva do ponto de vista social.

O ideal seria, sem dúvida alguma, com base em uma leitura literal do texto, quando se tratar de direitos fundamentais, mesmo que se espelhem em normas de caráter programático, ensejar, em razão de sua imediata aplicabilidade, o direito subjetivo dos jurisdicionados, independente de qualquer intervenção legislativa.

Ocorre que, conforme se depreende, a norma insculpida no artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição da República Federativa do Brasil, não possui a capacidade de tornar os direitos fundamentais em normas aplicáveis de forma imediata.

## 6- ÂMBITO DE APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Após abordar a verdadeira inteligência em torno da edição da Lei Maria da Penha, a alegação de inconstitucionalidade em razão de violação ao princípio da igualdade cai por terra. Constitui em mera tentativa infrutífera de negar validade aos mecanismos criados em favor da mulher.

Como enfatizado, a argumentação exposta não se mantém quando se procede à análise perfunctória dos princípios e diretrizes do princípio da igualdade material. Enquadra-se, sem sombra de dúvidas, ao caso minuciosamente descrito.

Resta efetuar a indagação sobre o âmbito de aplicabilidade da Lei Maria da Penha, ou seja, se está circunscrita apenas à mulher ou pode ser aplicada também ao homem, por analogia.

Cite-se o entendimento sufragado pelo juiz de direito Mário Roberto Kono de Oliveira, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá, ao acatar os pedidos do autor da ação que disse estar sofrendo agressões físicas, psicológicas e financeiras por parte de sua ex-mulher.

Frise-se, por oportuno que, a Lei 11340/06, não pode ser aplicada por analogia aos homens, quando estes, porventura, sofram agressões físicas, psicológicas e financeiras por parte de sua mulher, no seio da sociedade conjugal.

Ao admitir o entendimento sufragado, ter-se-ia a configuração de inconstitucionalidade sob o ponto de vista material, por violação ao princípio da isonomia. Ora, como foi dito de forma elucidada, a adoção de uma política afirmativa visa tão-somente a aplicação diante de partes desiguais, mas nunca efetivar o tratamento desigual aos que estão no mesmo patamar.

Não merece guarida o argumento de que, a partir do momento em que um homem estivesse em situação de desigualdade em face da mulher, bem como ambos se inserissem dentro do núcleo familiar, as disposições protetivas deveriam ser aplicadas e extendidas aos respectivos maridos.

Assente-se que a tese suscitada, longe de trazer segurança jurídica, uma vez que traria um critério eminentemente subjetivo, não se enquadraria no espírito hermenêutico traçado pelo legislador ao instituir a Lei Maria da Penha. De fato, interpretação tão ampliativa traria situações díspares, onde, com a absoluta certeza, o princípio da isonomia ficaria vulnerado, mormente

diante da possibilidade de se encontrar situações idênticas disciplinadas de forma diversa, até mesmo em um mesmo ente federativo.

Ademais, é famoso o brocardo jurídico segundo o qual, em se tratando de regras restritivas de direitos, não é cabível interpretação ampliativa, sob pena de configuração de arbitrariedade.

Com efeito, enfatizou-se a verdadeira *ratio* em torno da edição da Lei Maria da Penha, qual seja, a necessidade de se buscar a igualdade substancial, uma vez que o legislador, através da edição de leis formais, não trouxe o resultado prático almejado.

Ora, a possibilidade de disponibilizar para a mulher os mecanismos protetivos da Lei baseia-se justamente na sua condição de estar em desigualdade em face dos homens, daí por que autorizou-se a elaboração de uma ação afirmativa.

Assim sendo, não se pode incluir nesse contexto as pessoas do sexo masculino, não obstante estejam no âmbito do núcleo familiar e sofram, porventura, alguma violência física ou moral de sua respectiva mulher.

Como foi exaustivamente ressaltado, a constitucionalidade da Lei 11340/2006 deve ser defendida, em razão de se tratar de uma hipótese excepcional. De fato, não foi possível estabelecer a igualdade entre homem e mulher a partir dos instrumentos legislativos usuais.

Ao contrário, tratando-se de agressão sofrida pelo homem por uma mulher, os artifícios utilizados pelo legislador antes do advento da Lei 11340/2006 eram suficientes para impor a reprimenda estatal, seja através do Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95), quando se tratar de crimes de menor potencial ofensivo, ou no procedimento excluído desta legislação.

Saliente-se que, nestes casos, em que o Magistrado reconheça a possibilidade de extensão das disposições para as pessoas do sexo masculino, tal entendimento configura contrário à Constituição da República Federativa do Brasil, o que autoriza a interposição de Recurso Extraordinário Constitucional, a ser dirigido para o Supremo Tribunal Federal.

Cuida-se de situação em que será imprescindível o controle da constitucionalidade pela via incidental, uma vez que efetivada *incidenter tantum*, em que a declaração de inconstitucionalidade estará contida não como pedido principal, mas sim causa de pedir da demanda.

Em que pese o controle de constitucionalidade pela via concreta não tenha efeitos *erga omnes* e, portanto, extensíveis para todos os casos concretos semelhantes, cuida-se de um

importante instrumento a ser utilizado em prol da salvaguarda do verdadeiro espírito constitucional, o qual, sem dúvida alguma, não é a aplicação da Lei Maria da Penha ao sexo masculino.

Admitir o entendimento sufragado seria subverter a ordem constitucional, além de trazer verdadeira insegurança jurídica para as decisões emanadas do Poder Judiciário, o que, sem dúvida, não compactua com a verdadeira *ratio* da ordem jurídica.

## 6- QUESTÃO RECURSAL

Questão não menos tormentosa que vem pairando sobre o Poder Judiciário fluminense gira em torno da natureza jurídica das medidas protetivas da Lei 11340/2006, o que, em última análise, influirá diretamente na fixação de competência para fins de análise de eventuais recursos interpostos.

Por conta disso, diversos julgados proferidos nas Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, suscitam conflito de competência negativo nos recursos interpostos quando se trata de aplicação das medidas protetivas dispostas na Lei Maria da Penha, ao entenderem que, diante de sua natureza penal, seriam incompetentes para apreciar tais matérias, daí por que a remessa para alguma das Câmaras Criminais do Tribunal.

Ressalte-se que os impasses se instauram justamente em razão da ausência de disciplina recursal clara no âmbito da Lei em questão, bem como em razão do aspecto multidisciplinar da matéria em apreço, o que corrobora sobremaneira para os conflitos de competência instaurados perante o Poder Judiciário.

As medidas a serem concedidas no bojo da Lei de Violência Doméstica possuem ora nítida feição cível, ora natureza criminal, o que leva à conclusões díspares entre as Câmaras do Tribunal local.

Isso traz uma tremenda insegurança em nosso ordenamento jurídico, mormente diante das consequências que o extremo rigor hermenêutico poderá ocasionar do ponto de vista prático.

No entanto, verifica-se que as decisões mais recentes sufragadas pelas Câmaras Cíveis do Poder Judiciário do Rio de Janeiro, com razão, têm sido no sentido de que as medidas protetivas

elencadas no âmbito da Lei 11340/06 possuem natureza criminal, razão pela qual a competência para a análise das matérias elencadas deveriam ser endereçadas para um das Câmaras Criminais, e não para as Câmaras cíveis, ao entendimento de que constituiria opção legislativa de se criminalizar conduta conjugal, outrora considerada mero descumprimento do dever conjugal.

Aliás, esse é o melhor entendimento que deve ser dado ao tema em questão.

A ciência jurídica é um ramo eminentemente interpretativo, o qual se deve dar ênfase ao estudo sistemático e teleológico da real intenção do legislador, daí a importância da hermenêutica em suas matérias.

Neste ponto, impõe-se uma inferência construtiva em torno da falibilidade do sistema recursal para as causas desta natureza. A partir do momento em que se cria um determinado procedimento, deve-se instituí-lo de maneira completa, aí incluindo diversos aspectos, inclusive os recursais, mas jamais desprestigiando o intuito exposto pelo legislador ordinário.

O que se verifica, longe de se tratar de questões de inconstitucionalidade, são problemas de operacionalização dos diversos instrumentos postos a disposição pela Lei, o que demanda, indubitavelmente, a cooperação recíproca entre os estudiosos da área, o que inclui a presteza e a boa vontade dos nossos Tribunais.

## 7- INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA

No decorrer do artigo científico foi visto que o tratamento desigual entre as pessoas do sexo masculino e feminino apenas se legitima na medida em que as duas classes não se encontrem no mesmo patamar jurídico.

Com efeito, os segmentos da sociedade que gozam do mesmo tratamento jurídico e social, ao exercer e usufruir de todos os direitos assegurados pelo ordenamento não podem ostentar privilégios não extensíveis a outros segmentos, sob pena de instauração e legitimação da arbitrariedade.

Em contrapartida, é lícito assegurar às partes mecanismos protetivos para que, somente desta forma, essa classe possa exercer os seus direitos de forma eficaz.

Assim ocorreu com a edição da Lei Maria da Penha, onde a partir da constatação de que o sistema anteriormente vigente não assegurava igualdade de tratamento a uma determinada classe perante a outra, partiu-se para a adoção de práticas assecuratórias.

Se de um lado é certo afirmar que tais medidas somente se legitimam a partir da constatação da desigualdade existente entre as partes, por razões de sincronia e coerência, não se deve deixar de admitir que, a partir da eliminação das discriminações existentes entre as partes, a legitimidade da Lei Maria da Penha, ao menos em tese, poderia deixar de existir.

Se assim acontecer, dúvidas não restariam de que o seu fundamento de constitucionalidade desapareceria, razão pela qual, por respeito ao razoável, dever-se-ia defender a sua inconstitucionalidade material.

A expressão inconstitucionalidade progressiva foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em precedente ao qual não se guarda pertinência temática, mas, respeitadas as devidas adaptações, não seria desarrazoada.

No entanto, não é esse o quadro atual. De fato, a lei é constitucional.

## 8- CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha, ao visar combater a violência doméstica e familiar contra a mulher, partiu de proposições práticas e principiológicas para a elaboração de um novo microsistema, com uma forma de disposição procedimental até então fora do contexto do ordenamento jurídico pátrio.

Amparada por fundamentos erigidos por preceitos constitucionais de grande valia, aliado a um sistema protetivo que lhe é peculiar, instituiu verdadeiras medidas até então desconhecidas em favor das mulheres, em razão do reconhecimento de sua maior vulnerabilidade perante às pessoas do sexo oposto.

A vulnerabilidade a que se refere foi causada pela implementação de práticas discriminatórias no passado, as quais, interromperam o ciclo desenvolvimentista da classe e acabaram por prejudicar o seu inteiro desenvolvimento.

Em razão do quadro exposto, tornou-se imperiosa a adoção por parte do legislador ordinário de políticas públicas afirmativas com a finalidade de sanar a ação/omissão outrora praticada por meio dos Governantes e da própria sociedade, a fim de consagrar a efetiva igualdade entre o homem e a mulher.

O princípio da igualdade substancial somente poderia ser consagrado do ponto de vista prático por meio da adoção de medidas protetivas a favor de um segmento que não se encontrava no mesmo patamar da outra classe.

A edição da norma em apreço, longe de descumprir os valores constitucionais insertos no bojo da Constituição da República Federativa do Brasil, cuida de assegurar as suas regras e princípios expressos e implícitos.

A seu turno, mesmo que se verifique alguma falha de procedimentalização/operacionalização tais infortúnios não devem ser resolvidos no sentido de ser declarada a sua inconstitucionalidade, mas sim na cooperação dos diversos segmentos da sociedade, principalmente, os estudiosos no assunto, à vista de buscar a efetividade total dos preceitos que emanam da *ratio* do legislador.

Até que se consiga alcançar a plena igualdade entre homem e mulher, os argumentos dos que defendem a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, não merecem prosperar, mormente a partir do momento em que se analisa a verdadeira intenção do legislador, bem como a realidade prática da classe prejudicada.

Admitir qualquer tese nesse sentido, seria o mesmo que fechar os olhos para a realidade social atual, ao excluir um segmento da sociedade da efetiva prestação jurisdicional na defesa de seus direitos fundamentais, incluídos no mínimo existencial para a sua sobrevivência e consagrados no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- DIAS, Maria Berenice, *A Lei Maria da Penha na Justiça*. Rio Grande do Sul: Revista dos Tribunais, 2007.  
GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, Vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Adriana Ramos. *Comentários à Lei de Violência e Familiar Contra a Mulher*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Guilherme Pena. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.