



ISSN: 2175-5493

X COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

28 a 30 de agosto de 2013

REFLEXÕES ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

José Ricardo de Souza Rebouças Bulhões*
(UESB)

RESUMO:

A violência contra o gênero feminino é um problema que sempre esteve presente na história da humanidade. A desigualdade entre homens e mulheres, antes de tudo, se constitui como sendo uma grave imposição cultural, perpetuada e perpassada de geração em geração. Desta forma, o objetivo deste artigo não é defender homens violentos ou contestar os horrores causados às mulheres no decorrer dos séculos que se passaram, mas refletir, acerca da inconstitucionalidade da lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), além da completa desnecessidade da supracitada norma.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher. Violência. Inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

A história da mulher ao longo dos anos foi pautada e construída por práticas abusivas e violentas, tanto no espaço público, como na esfera privada. Assim, em decorrência da pressão de organismos internacionais e do intenso clamor social, é que no dia 7 de Agosto de 2006, foi sancionada no Brasil pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a lei nº. 11.340, intitulada lei Maria da Penha, que visa proteger as mulheres vítimas de agressão no ambiente familiar.

* Advogado, Mestre em Memória: Linguagem e Sociedade pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Internacional de Curitiba. E-mail: jrsreboucas@yahoo.com.br.



ISSN: 2175-5493

X COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

28 a 30 de agosto de 2013

Fundamentada no parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição federal, a referida lei pretende prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, criando, ainda, mecanismos de proteção e outros tipos legais⁴⁸⁴.

Passaremos a analisar alguns aspectos da lei 11.340/2006, tentando compreender sua inconstitucionalidade, além de sua desnecessidade.

Antes de adentrarmos na temática proposta, é preciso compreender o que é, e qual a importância da Constituição Federal de um Estado. Uma Constituição é a Lei mais fundamental de uma nação. É a consolidação normativa dos elementos mais essenciais de um país. É a base legal para a existência de todo o ordenamento jurídico, sejam normas ou princípios. Assim, uma lei só pode surgir, se estiver absolutamente compatível com a carta maior do Estado.

Nas palavras de Junior (2009, p. 38):

A constituição é a *ordem jurídica fundamental da coletividade*: determina os princípios diretivos, segundo os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas estatais a serem exercidas; regula ainda procedimentos de pacificação de conflitos no interior da sociedade; para isso cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica.

Aduz ainda o autor que “os atos do poder legislativo não possuem caráter meramente discricionário, uma vez que são constitucionalmente vinculantes, vinculação essa feita por intermédio da fundamentação, ou seja, como exigência de conformidade material com a constituição dos atos do poder público”.

Importante dizer que a “supremacia constitucional” é o atributo que coloca a carta Magna em posição de comando, destaque e referência de toda a estrutura de um Estado, tornando nula e sem efeito todas as leis que lhe forem contrários.

⁴⁸⁴ Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.



ISSN: 2175-5493

X COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

28 a 30 de agosto de 2013

Ora, a Constituição federal, nossa carta maior e alicerce de todo o estado democrático de direito, estabelece vedações expressas acerca da discriminação, inclusive a sexual, se não vejamos:

Logo no preâmbulo⁴⁸⁵ da constituição cidadã de 1988, o sentimento de igualdade entre todos, independente de qualquer diferença física ou biológica, se faz presente quando estabelece que deve-se assegurar a “igualdade”, com valores supremos de uma sociedade “sem preconceitos”.

No inciso IV do artigo 3º da Carta Magna, está estabelecido como um dos objetivos do Estado brasileiro “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Em seu artigo 5º, que traz o rol dos direitos e garantias fundamentais a todo e qualquer cidadão, logo no inciso I, está estabelecido que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Inúmeros outros artigos constitucionais estabelecem de forma clara, direta e sem qualquer sombra de dúvidas que é completamente proibido estabelecer diferenças entre homens e mulheres.

Ao ser criado uma legislação só para mulheres, temos uma violação ao que estabelece a Constituição Federal, que proíbe, veementemente, a distinção, entre homens e mulheres, sejam na esfera pública, legislativo, executivo ou judiciário, ou na esfera privada.

Ainda analisando a constituição federal, em seu artigo 226, parágrafo 8º, a lei maior nos informa 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”.

⁴⁸⁵ PREAMBULO da CF/88 - 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.



ISSN: 2175-5493

X COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

28 a 30 de agosto de 2013

Ora, a Constituição fala em proteção familiar, em mecanismos de coibir a violência dentro do âmbito das relações. E pelo termo relações aferisse não só homens com mulheres, mas também homens com homens e mulheres com mulheres. Fundamentou a lei 11.340/2006 com o artigo 226 da CF, mas esqueceu-se dos demais membros da família, dando enfoque tão somente as mulheres. Mesmo o texto constitucional referindo-se expressamente a cada um dos membros das relações, a legislação infraconstitucional, numa tentativa de acabar com o mal que tem acometido durante muito tempo às mulheres, e dar uma resposta rápida à sociedade, acaba pondo em resguardo tão somente o gênero feminino.

Apesar de ser tão patente e visível a falta de resguardo constitucional da Lei Maria da Penha, a comunidade, de um modo geral, raramente se manifesta neste sentido.

Poucos são os tribunais ou estudiosos que percebem ou que pelo menos tem a coragem de se manifestar acerca da ilegalidade da Lei Maria da Penha. Em um raro precedente jurisprudencial entendeu a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

e m e n t a – 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 segunda turma criminal do tribunal de justiça, na conformidade da ata de



ISSN: 2175-5493

X COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

28 a 30 de agosto de 2013

julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso. (TJMS. 2ª Turma Criminal. RESE nº 2007.023422-4/0001-00; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes)

A esmagadora maioria da doutrina e jurisprudência entende, contrapondo este posicionamento, que a lei 11.340/06 possui base constitucional, embasando, principalmente, sua argumentação, que para garantir a igualdade prevista em nossa Carta Magna, a própria concede e permite tratamento diferenciado para homens e mulheres. Assim, mecanismos e leis são criados visando efetivar essa determinação constitucional.

Para esta corrente majoritária o Estado deve buscar uma isonomia material, tratando os desiguais na medida de suas desigualdades. Mas deve-se perguntar: onde incide a desigualdade entre homens e mulheres, se não nas, tão somente, diferenças biológicas? Não seria também a mulher um ser humano? Fazendo uma análise somente histórica, podemos facilmente visualizar que ao longo da história da humanidade, o principal ponto de defesa de mulheres e o que fundamentou os movimentos feministas e organismos de proteção dos direitos da mulher ao longo do tempo, independente do local, foi sem dúvida, a defesa de igualdade de tratamento e de direitos e garantias entre homens e mulheres. Lutou-se por muito tempo para que mulheres, independente de cor, classe social ou religião, fossem entendidas como “iguais”. Inúmeras mulheres deram suas vidas, não para que tivessem mais direitos ou que pudessem ser privilegiadas pelo Estado, mais que pudessem ser vistas como cidadãs, em igualdade de direitos e condições.

Combatem-se as regalias que homens por anos tiveram, mas não se contesta o privilégio oferecido às mulheres com a lei Maria da Penha. Vale dizer que a igualdade de tratamento foi efetivada no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do momento em que passou a vigorar a Constituição Federal de 1988. Assim, no Estado brasileiro, não se deve falar mais em diferenças entre homens e mulheres, pois elas não existem. Não no plano legal e de acordo com a carta Magna.



ISSN: 2175-5493

X COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

28 a 30 de agosto de 2013

Claramente distorcem e confundem-se os conceitos de igualdade com o de isonomia. Vale citar Junior (2009, p. 98) que de maneira bastante esclarecedora informa que “são inconstitucionais os dispositivos legais discriminadores, quando desigalam incorretamente os iguais, dando-lhes tratamentos distintos”.

Neste sentido, Portanova (2003, p.39) afirma que:

O princípio da igualdade, pela sua importância no direito brasileiro, está prevista já no preâmbulo da Constituição e em seu art. 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Não é demais admitir que se esta diante de princípio supraconstitucional, no sentido de que outras disposições da Constituição lhe devem obediência.

A doutrina costuma alertar que o princípio dirige-se a todos os poderes do Estado e que sua efetiva aplicação impõe o reconhecimento das desigualdades e sua igualização. Só existe igualdade jurídica na medida em que a capacidade do direito é a mesma para todos, nas relações de ordem privada, e, na maioria das vezes, também no que diz respeito à ordem pública (BEVILÁQUA, p. 45)

Por todos, vale a lição de José Afonso de Souza (1992, p. 195): “porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais”.

Trata-se de um princípio informativo, não só do processo civil, mas de todo o direito. É norma verdadeiramente constitucional. É indispensável que o interprete veja a necessidade do tratamento igualizador de forma mais abrangente do que a tão-só “igualdade perante a lei”. A amplitude do princípio é maior, não diz com a só questão formal da lei. a igualização deve dar-se não só perante a lei, mas perante o direito, perante a justiça, perante os escopos sociais, e político do processo. Perante, enfim, as dimensões valorativas do direito.

E a falta de constitucionalidade não é o único problema da Lei Maria da Penha. Com a lei acabou sendo criada uma categoria denominada “violência contra a mulher” passando-se a perceber a violência dentro do ambiente do lar como “coisa só de mulher”.



ISSN: 2175-5493

X COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

28 a 30 de agosto de 2013

Retirando da mulher o foco da violência dentro do lar, e deslocando o olhar para a relação afetivo-conjugal, percebe-se que as mulheres são protagonistas de inúmeros atos de violência, assim como os homens. Segundo a *teoria do ciclo da violência doméstica*, entendimento anglo-americano que foi desenvolvido por assistentes sociais que mantinham contato direto com mulheres espancadas, a violência deve ser entendida dentro dos vínculos afetivos, sendo que há uma circulação do poder no interior da relação e não uma divisão escalonada do mesmo.

Neste sentido afirma Grossi (1998, p. 304) “da mesma forma, este destratamento da violência do pólo masculino permite observar que as mulheres são co-participantes das cenas de violência doméstica”.

Outra vertente interessante para se analisar a violência conjugal é a desenvolvida a partir do conceito do *double bind* (duplo vínculo), em que se analisam os problemas de casais sob o prisma da comunicação humana. Assim, a violência decorre da falta de comunicação e diálogo, sejam homens ou mulheres.

Strey (2001, p.60), mesmo entendendo que foram as mulheres vítimas de abusos e maus tratos ao longo do tempo, afirma que estas também figuram no pólo ativo, cometendo atos de violência contra homens na esfera familiar:

A violência domestica não paira somente sobre as mulheres e/ou as crianças. Em alguns casos, é o marido que é vitima da violência de sua esposa, entretanto esse percentual é bastante reduzido.. A violência domestica cometida contra o homem quase não aparece em registros e há pouco reconhecimento publico de que ela existe. Se um homem é vitima da violência de sua mulher, o estigma e o esperado ridículo forneceria amplas razões para esconder o que aconteceu. É apenas de estudos de procedimentos de divorcio e de algumas poucas pesquisas atuais confiáveis, que tem sido obtidos dados sobre essa forma de violência.



MUSEU PEDAGÓGICO

ISSN: 2175-5493

X COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

28 a 30 de agosto de 2013

No Brasil pouco se fala em violência doméstica cometida por mulheres. Abordar, por exemplo, a *teoria da vítima*, retirando o enfoque da mulher é ideia rechaçada pela maioria dos estudiosos da violência de gênero.

Uma linha de raciocínio extremamente interessante é a corrente que relativiza a perspectiva dominação-vitimização sofrida pela mulher. O principal trabalho que exemplifica essa corrente é de Maria Filomena Gregori, publicado no início dos anos 90 sob o título *Cenas e Queixas*. A autora analisa as contradições entre as práticas e os discursos feministas na área de violência conjugal. Ela argumenta que o gênero feminino não é simplesmente “dominado” ou mera “vítima” da violência doméstica, propondo, ainda, que se faça uma leitura da violência no lar enquanto conjugalidade e não somente tendo como foco a mulher. Neste sentido, afirma Hirigoyen (2006,p. 29) que:

Mesmo sendo as mulheres as principais vítimas de violência no casal, reduzir a violência conjugal em relação à violência física, falar em pancadas, faz com que se arrisque a deixar de lado a violência das mulheres em relação aos homens. Na verdade, a violência não é apanágio dos homens: as mulheres sabem muito bem recorrer a ela. E, quando o fazem,recorrem preferencialmente à violência psicológica ou à manipulação perversa. Vamos ver que sua violência, tal como a dos homens, é um instrumento de dominação.

Entretanto, essa linha de pensamento é muito pouco propagada. Estudiosos e pesquisadores, em sua maioria, continuam a entender a violência doméstica como um fardo só de mulheres.

Apesar de todos os problemas e discussões que a Lei Maria da Penha tem provocado, através de um verdadeiro “jeitinho brasileiro”, tem surgido no ordenamento jurídico o entendimento de ser possível a extensão da referida lei aos homens, através da analogia jurídica.

Alguns poucos tribunais, já vêm decidindo que as medidas protetivas da lei 11.340/2006 podem e devem ser aplicadas em favor de qualquer pessoa, seja



ISSN: 2175-5493

X COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

28 a 30 de agosto de 2013

homem ou mulher, dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo. Neste sentido entendeu o tribunal de justiça do Mato Grosso:

habeas corpus. medidas protetivas, com base na lei nº. 11.340/2006, a chamada lei maria da penha, em favor do companheiro da paciente. possibilidade. princípio da analogia in bonam partem. afastamento das medidas protetivas e trancamento da ação penal. pedidos denegados, seja porque os atos da paciente são reprováveis, pois que contrários ao ordenamento jurídico, seja por ausência de justa causa. ordem denegada. decisão em consonância com o parecer ministerial. louve-se a coragem cívica do autor da representação, em procurar resolver a questão que lhe aflige, na justiça; louve-se o nobre advogado que teve o necessário discernimento para buscar na lei maria da penha, arrimado no princípio da analogia, a proteção de seu constituinte, mesmo quando todas as evidências indicavam que a referida lei não poderia ser invocada para proteger o homem. (tjmt; hc 6313/2008; segunda turma recursal; rel. des. sebastião barbosa farias; julg. 09/06/2009; djmt 24/06/2009; pág. 35).

Por este entendimento, a referida lei pode ser usada analogicamente em favor de outra pessoa, e não somente para mulheres. Isto porque vigora o princípio da proibição ao legislador de estabelecer diferenças entre homens e mulheres. Assim, a lei seria constitucional, podendo ser usada tanto para homens como para mulheres, desde que a violência seja doméstica. A lei é vista aqui para coibir e prevenir a violência doméstica e não só a violência doméstica sofrida só por mulheres.

Nucci (2009, p. 1165), notório especialista na área criminal, comentando a Lei Maria da Penha afirma que:

(...) todos os seres humanos merecem as mesmas garantias, oportunidades e facilidades. Se todos são iguais perante a lei, sem *qualquer distinção de sexo*, soa-nos despropositada a disposição encontrada nesta *nova* norma. É preciso findar, de vez, o mau vezo de editar leis que contêm palavras inúteis. A legislação



ISSN: 2175-5493

X COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

28 a 30 de agosto de 2013

brasileira mereceria uma *limpeza*, em homenagem, no mínimo, à lógica e à harmonia normativa.

Realizando uma análise histórica da mulher ao longo do tempo, facilmente se percebe que a violência contra o gênero feminino é um problema que sempre esteve presente na história da humanidade. A desigualdade entre homens e mulheres está muito distante de ser uma consequência natural, sendo, antes de tudo, uma tradição ou imposição cultural. Assim, a desigualdade de gênero, criada e perpetuada ao longo dos anos é um fenômeno construído e perpassado de geração em geração como algo normal.

Sendo assim, deve-se combater o que realmente seja incompatível com a dignidade humana, ou em outras palavras, defendendo a efetivação igualitária, em direitos e garantias, de homens e mulheres. O contrário, defender a permanência da lei 11.340/2006, é ir de encontro ao que por longos e longos anos foi combatido por inúmeras mulheres: que os sexos, feminino e masculino são iguais, merecendo por parte do Estado, tratamentos justos e não diferenciado.

É claro e evidente que o princípio constitucional da igualdade é violado, gerando desequilíbrio nas relações entre homens e mulheres. A legislação infraconstitucional não poderia e não pode, de forma alguma, tratar os sexos de maneira diferente, principalmente por ser, o direito a igualdade, fundamental de todo e qualquer cidadão.

Boa parte da doutrina e estudiosos distorcem os princípios da isonomia com o da igualdade, e, envoltos pela emoção e indignação com o sistema patriarcal que envolveu o gênero feminino por muitos e muitos anos, fecham os olhos, concebendo a lei 11.340/2006 como justa e constitucional.

Prática comum no Brasil, infelizmente, é esta de se criar leis para tudo, não se preocupando em dar efetividade às que já existem, como se ao inovar no ordenamento jurídico encontrasse saída para os problemas que afligem a população.



ISSN: 2175-5493

X COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

28 a 30 de agosto de 2013

Pensa-se sempre em ações imediatas para os “percalços sociais”. A verdade é que a violência dentro do âmbito do lar é uma crescente e se faz presente na maioria das casas brasileiras. Ao invés de criar legislações incompatíveis com a carta legislativa maior, o Estado deve se preocupar em efetivar e tornar real às garantias e direitos já conquistados de homens e mulheres.

Por fim, vale citar o professor Reale (1999, p. 47), que explanando acerca da necessidade de um discernimento necessário para se compreender a Constituição Federal, aduz que a falta de consciência constitucional “é um dos piores males que afligem o País”.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.
- GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e Queixas: Um Estudo sobre Mulheres, Relações Violentas e a Prática Feminista*. Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro – RJ, 1993.
- GROSSI, Miriam Pillar. *Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo-conjugal*. IN: PEDRO, Joana Maria. GROSSI, Miriam Pillar (org). Masculino, feminino, plural: gênero na interdisciplinaridade. Editora Mulheres, Florianópolis – RS, 1998.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *A violência no casal: da coação psicológica à agressão física*. Editora Bertrand Brasil, Rio de Janeiro – RJ, 2006.
- JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo – SP, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo – SP, 2009
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – RS, 2003.
- REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. Editora Saraiva, São Paulo – SP, 1999.
- STREY, Marlene Neves. *Violência e gênero: um casamento que tem tudo para dar certo*. IN: GROSSI, Patrícia Krieger. *Violência e gênero: coisas que agente não gostaria de saber*. Editora EDIPUCRS, Porto Alegre – RS, 2001.