

idp



**INSTITUTO BRASILIENSE
DE DIREITO PÚBLICO**

Uma visão Constitucional da Lei Maria da Penha
(Lei 11.340/06)

GUILHERME RODRIGUES ARANTES

Brasília - DF
2013

GUILHERME RODRIGUES ARANTES

Uma visão Constitucional da Lei Maria da Penha
(Lei 11.340/06)

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Núcleo de Trabalho de Conclusão de Curso (NTCC) da Escola de Direito de Brasília, EDB/IDP, como requisito obrigatório para a obtenção do grau de pós graduado em Direito Constitucional *lato sensu*.

Brasília – DF

2013

RESUMO

O tema a ser abordado se refere a interpretação da Lei 11.340/06 frente à Constituição Federal, fundamentalmente no tocante ao princípio da igualdade. Questiona-se o âmbito de aplicação da norma que, a princípio, guarda referência apenas quanto a mulher agredida no seio familiar, desmerecendo a conduta do homem agressor, punindo-o de forma mais severa. A proposta do trabalho é o estímulo à proteção, pela norma, de qualquer sujeito quando dela necessite, inclusive para homens, observada a vedação de prejuízo à mulher, haja vista a proibição de analogia *in malam partem*. Além do mais, propõe-se o afastamento do âmbito de aplicação da norma para o caso em que não haja efetivamente a desigualdade de gênero.

Palavras-chave: 1. Lei 11.340/06 2. Regras de interpretação 3. Princípio da Igualdade 2. Aplicação para homens 3. Interpretação Conforme.

Sumário

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1	8
1.1 CONCEITO DE INTERPRETAÇÃO	8
1.2 PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES INTERPRETATIVAS	8
1.3 MÉTODOS DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA – SAVIGNY	11
1.3.1 INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL	11
1.3.2 INTERPRETAÇÃO LÓGICA	12
1.3.3 MÉTODO SISTEMÁTICO	12
1.3.4 MÉTODO HISTÓRICO	13
1.4 MÉTODOS HERMENÊUTICOS CONSTITUCIONAIS	14
1.4.1 MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL	14
1.4.2 MÉTODO NORMATIVO-ESTRUTURANTE	15
1.4.3 MÉTODO TÓPICO PROBLEMÁTICO	16
1.4.4 MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR	17
1.5. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DE PRINCÍPIOS	17
1.6 CONTEXTO E SURGIMENTO DA LEI 11.340/06	18
CAPÍTULO 2	20
A LEI 11.340/06 FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL	20
2.1 MUDANÇAS COM O ADVENTO DA LEI 11.340/06	20
2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A LEI MARIA DA PENHA	21
2.3 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO	24
2.4 “VIOLÊNCIA DE GÊNERO” APONTADA PELA LEI (CONCEITO)	25
2.4.1 VIOLÊNCIA DE GÊNERO, ONDE RESIDE A DESIGUALDADE?	27
CAPÍTULO 3	31
DECISÕES JUDICIAIS E A PROBLEMÁTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	31
3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E VEDAÇÃO DA ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”	31
3.2 APLICAÇÃO DA LEI 11.340 NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS	34
3.3 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA NORMA NA RELAÇÃO DE TRABALHO DOMÉSTICO	36
3.4 APLICAÇÃO ENTRE IRMÃOS	37
3.5 POSIÇÃO DO STF QUANTO A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 41, LEI 11.340/06	38
3.6 APLICAÇÃO PARA HOMENS COMO VÍTIMAS	40

3.7 ADC – 19 E ADI – 4424.....	41
CONCLUSÃO.....	43
BIBLIOGRAFIA	46

INTRODUÇÃO

A Lei 11.340/06, objeto de análise, é popularmente conhecida como Lei Maria da Penha em virtude de homenagear a mulher que encorajou o projeto de lei e sua instauração no mundo jurídico, devido sua peculiar condição de maus-tratos e agressões, cometidas por seu cônjuge durante vários anos.

Com a vigência da lei, muitos dos casos antes considerados insignificantes foram levados à tona, resultando em altos índices de aplicação da nova lei. A demanda foi assustadoramente grande, capaz de justificar a criação de varas e núcleos especializados em processamento e julgamento desses feitos.

Nesse contexto, faz-se necessário apreciar a questionável constitucionalidade de alguns pontos relevantes da norma, tais quais: sua aplicação exclusivamente para pessoas do sexo feminino, a aplicação da norma para todo e qualquer caso em que a mulher seja vítima de violência doméstica e, ainda, a inaplicabilidade da Lei 9.099/95, no que tange aos institutos despenalizadores – suspensão condicional do processo e transação, nas demandas envolvendo a violência contra a mulher.

A escolha no enfrentamento do tema se deu em virtude de vários fatores, como a recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito de aspectos relevantes sobre a matéria; o crescente número de pessoas que, cotidianamente, vem requerendo a aplicação da norma para o seu caso; e, por fim, a viabilidade de alguma forma de extinção da ação penal, nos crimes de lesão corporal de natureza leve, pela vontade das partes, sobretudo frente ao Direito de Família e a manutenção do matrimônio.

A questão se torna ainda mais relevante sob a ótica da Defensoria Pública, ambiente onde se observa diariamente requerimentos para a tutela da lei em diversos e peculiares casos concretos, além das condições do agressor e da vítima, que muitas das vezes, após instaurado o processo penal, desejam, sem sucesso, por fim ao seu curso.

Muito embora não haja obras doutrinárias de grande expressão abordando as ideias aqui defendidas, o trabalho se mostra plenamente viável, eis que consubstanciado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e mesmo na doutrina, que traz ideias e conceitos fundamentais para que se possa chegar à

exegese pretendida.

CAPÍTULO 1

1.1 CONCEITO DE INTERPRETAÇÃO

Hermenêutica é sinônimo de interpretação? Nela deve-se buscar valoração do intérprete? Deve-se levar em conta as condições históricas vivenciadas? Faz-se importante a subjetividade ou a objetividade do hermenauta?

Estes quesitos serão todos analisados no decorrer desse trabalho, que prima pelo estudo dos métodos de interpretação, sua aplicação no mundo jurídico e, sobretudo, a concretização do que for analisado, aplicando nos artigos 5º, 16 e 41 da Lei 11.340.

Desde logo cabe apresentar o conceito de hermenêutica para o dicionário Silveira Bueno: “hermenêutica consiste em interpretação do sentido das palavras; interpretação dos textos sagrados; arte de interpretar leis; exegese”¹ .

Muito embora a definição do instituto pareça simples, a verdade é que a dimensão de aplicação, os métodos da exegese e o momento histórico vivenciado acabam por tornar a análise um pouco mais estimulante.

Vale ressaltar, ainda, as palavras do brilhante doutrinador Carlos Maximiliano que, ao trabalhar com o tema, afirma “o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama de interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”² .

1.2 PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES INTERPRETATIVAS

Sabe-se que a importância da hermenêutica nos dias atuais não é a mesma dada há alguns anos atrás. Isto, pois, historicamente as Constituições, anteriores a norte-americana de 1787, se apresentavam de forma meramente costumeiras, não escritas e, portanto, difícil falar em interpretação neste caso.

São com as revoluções liberais que começam a surgir as primeiras Constituições escritas e a necessidade de interpretação. Neste contexto, as formas iniciais de hermenêutica aplicada às Constituições eram as mesmas utilizadas para

¹ BUENO, Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. Ed. Ver. E atual. São Paulo: FTD. 2000.

² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p 1.

a compreensão das leis infraconstitucionais, desenvolvidas por Savigny e de aplicação fundamentalmente no Direito Privado.

Note que a necessidade faz com que sejam desenvolvidos outros métodos para que se chegue à interpretação mais fiel, concreta e justa. Além do mais, por ser norma fundamental, a Constituição, que possui espírito e estrutura muito diferente das demais normas existentes, é merecedora de meios próprios de interpretação.

Gilmar Mendes, com o brilhantismo que lhe é peculiar, traduz perfeitamente o aludido em sua obra, ao expor que :

Nessa perspectiva, não passa de romantismo a ideia de um simplificador “retorno a Savigny”, cujos elementos ou métodos de interpretação, certamente, seriam insuficientes para decifrar uma realidade jurídica que se vai tornando cada vez mais complexa.³

Em outras palavras, não se pode utilizar os mesmos métodos interpretativos legais para entender uma norma Fundamental que, apesar de haver semelhanças formais entre elas, tem suas essências jurídicas muito destoantes.

De qualquer sorte, é com o advento do neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo para alguns, iniciado pós Segunda Grande Guerra, que se passa a perceber a insuficiência dos métodos hermenêuticos tradicionais para interpretação de uma norma tão complexa e extraordinária como a Constituição.

Pois bem, cumpre apontar, desde logo, os motivos ensejadores para a criação de novos métodos de interpretação constitucional, encontrado, sobretudo na coerente obra de Marcelo Novelino:

Dificultam a interpretação constitucional, ainda, a variedade do objeto e da eficácia de suas normas; a proximidade com os fatos políticos e a rebeldia destes perante os quadros lógicos da hermenêutica; a origem compromissória das Constituições, marcadas por princípios diferentes e até discrepantes; e, a influencia da ideologia ou pré-compreensão de cada interprete.⁴

³ Kaufmann, Arthur. apud. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 99.

⁴ Miranda, Jorge. apud. NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3º ed. São Paulo: Método, 2009. p. 152.

Voltado os olhos para a atualidade, sabe-se que a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo grande carga principiológica, o que acaba por conferir certa flexibilização à interpretação de suas normas. Embora sua modificação a classifique como uma Constituição rígida (processo de alteração da Constituição é mais dificultoso se comparado com o das demais leis), seu conteúdo acaba por ser flexibilizado no momento de interpretação e aplicação das normas constitucionais. Tal característica é fundamental para que não ocorra o engessamento do ordenamento constitucional, devendo ser modificado diante das alterações sociais.

O papel dos princípios é fundamental, uma vez que são capazes de aproximar o conteúdo normativo com a realidade fática, e, com isso, a maior aceitação social das disposições legais, tornando-as cada vez mais efetivas.

Por certo que um ordenamento jurídico não pode ser composto apenas por princípios, para que se evite a manipulação e subjetivismo exacerbado do intérprete, o que cabalmente resultaria na utilização da norma para justificar qualquer atrocidade, destoante da vontade popular emanada das leis.

Nesse contexto, as regras, por serem mais rígidas, sem grande possibilidade de flexibilização, fazem com que o sistema jurídico possua o equilíbrio necessário para ser duro/imutável, e ao mesmo tempo justo, com os princípios.

É de se notar que apenas por esses fatores, já se fazia compreensivo a instituição de novos meios de interpretação, formulados apenas e tão somente com o propósito de verificar a exegese Constitucional; contudo, os motivos não cessam por aí.

A Constituição Federal abarca em seu conteúdo diversos dispositivos referentes a vários ramos do Direito, seja público – administrativo, tributário, previdenciário etc., seja privado – civil, comercial; assim como matéria processual relacionada a competência, atribuições dentre outras.

A importância da Constituição é tamanha que, na visão clássica de Ferdinand Lassalle, pode ser diferenciada das demais normas por abranger a essência de determinado povo e, talvez por isso, haja maior estabilidade, menores alterações. Veja.

Todos esses fatos demonstram que, no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum (...).

Constituição não é uma lei como as outras, é uma lei fundamental da

nação.⁵

Ou seja, muito longe de ser comparada com as demais leis, que possuem, como regra, conteúdo específico/homogêneo, a interpretação constitucional exige balizas específicas para si.

Por fim, cumpre destacar que, além de tudo quanto exposto, a variedade de eficácia dada aos dispositivos Constitucionais são discrepantes das demais normas, haja vista que as primeiras são dotadas de eficácia plena, contida e limitada, na visão clássica de José Afonso da Silva, o que não se aplica ao conjunto normativo infraconstitucional.

Em conclusão, caso se aplique somente os métodos clássicos/convencionais de interpretação à Constituição geraria no mínimo uma exegese falha, sem atribuir a norma suprema sua devida importância e sugar todas suas preciosas garantias, deveres, mandamentos, preceitos etc. Seria dar ineficácia plena a uma lei superior, igualando-a com as demais previsões normativas estabelecidas no ordenamento jurídico. Um cruel e indevido rebaixamento da Norma Maior.

1.3 MÉTODOS DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA – SAVIGNY

Passamos a compreensão dos Métodos Clássicos desenvolvidos por Savigny, quais sejam: Gramatical, Lógico, Histórico e Sistemático.

1.3.1 INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL

Sem grandes questionamentos, a hermenêutica gramatical é a que mais gera segurança jurídica, pois prima pelo ideal de interpretar somente aquilo que está no texto normativo; seja isoladamente, seja no contexto em que se inserem.

Os defensores desse método entendem, por bem, que os destinatários da norma são aqueles desprovidos de qualquer conhecimento técnico-jurídico, ou seja, o povo. Eis que a interpretação das mesmas não devem ser robustas.

A crítica é feita de forma sutil pelo escol doutrinador Paulo Bonavides “Era

⁵ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p 8.

então da essência desse método uma servidão absoluta à letra da lei”⁶.

Um segundo julgamento pode ser feito sobre esse método, é que a interpretação literal pode gerar injustiças, apesar do que o conceito do que é ou não justo revela-se de grande subjetivismo. Para a doutrina mais positivista, fazer justiça é cumprir a lei, o que sabemos nem sempre ser coerente.

1.3.2 INTERPRETAÇÃO LÓGICA

Quanto ao método lógico, se de certa forma mostra-se inviável a utilização exclusivamente da interpretação gramatical, a hermenêutica da lógica é ainda mais difícil de ser alcançada.

Ocorre que neste momento, o almejado é a vontade/intenção do legislador ao formular a norma objeto de compreensão. Para isso, são utilizados a investigação das condições históricas; origem, conexão com as demais normas, isto é, tudo aquilo que levou o legislador a elaborar a norma estudada.

A crítica mais contundente na doutrina é referente a impossibilidade real e concreta de se chegar a citada intenção. Verdadeira utopia.

1.3.3 MÉTODO SISTEMÁTICO

Partindo do pressuposto de que as normas não estão isoladas e sim formam um conjunto harmônico (sistema – ordenamento jurídico), o método sistemático impõe que, para haver a devida interpretação, deve-se buscar a harmonização entre todas as normas existentes.

Considera-se de especial relevância ao trabalho aqui apresentado, haja vista que o principal objetivo é demonstração de como se deve interpretar a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) em conformidade/ a luz de tudo quanto preconiza os mandamentos da Lei Maior.

Nas mesmas pegadas está o entendimento de Paulo Bonavides.

A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada,

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p 441

individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema.⁷

Note que no Brasil este método interpretativo ganhou espaço com a Constituição Federal de 1988, passa-se a observar a norma fundamental sempre. Mostra-se difícil realizar a aplicação de uma norma sem a observância dos preceitos constitucionais.

1.3.4 MÉTODO HISTÓRICO

Para concluir, o último método da hermenêutica clássica foi denominado de histórico. Com a finalidade de buscar a compreensão de tudo quanto foi necessário para a instituição da norma estudada, o intérprete deve buscar a origem, o contexto histórico de sua criação. Justificativa plausível uma vez que se sabe que a história está em constante modificação, interferindo diretamente sobre os fatos, o Direito e as relações humanas.

Segundo a técnica de interpretação histórica a legislação não deve ser interpretada como se fosse presa às suas fontes originárias. Ao contrário, o intérprete deve buscar o sentido da lei, analisando-a de acordo com a evolução do social.⁸

Não bastasse a dificuldade em conhecer o momento histórico de cada norma do ordenamento jurídico, a aplicação do referido método tornaria inviável sua aplicação nos dias atuais.

Como pode a exigência de conhecimento histórico para a interpretação normativa? Na verdade, a norma há de ser perfeita, completa, não ensejadora de mudanças exegética a cada momento histórico vivido. Portanto, cai por terra a utilização deste meio. Não que seja ruim, apenas de difícil aplicação.

Além do mais, questiona-se, como pode o governo dos mortos reinar sobre os vivos⁹? Em outras palavras, seria mais interessante a adaptação da norma à realidade social ao invés de ir à busca de justificativas históricas para a aplicação da norma tal qual ela originariamente fora desenvolvida.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 445.

⁸ MAIA, Cledilson. **Técnica de interpretação histórica**. <http://www.repensandodireito.blogspot.com>.

⁹ Augusto Comte.

1.4 MÉTODOS HERMENÊUTICOS CONSTITUCIONAIS

Compreendida a fase hermenêutica pré-Constitucional, passamos a abordagem dos meios específicos propostos por estudiosos do porte de Rudolf Smend, Rudolf Smend, Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle.

1.4.1 MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL

Este modo de interpretação Constitucional, desenvolvido fundamentalmente por Rudolf Smend, consiste em análise do espírito da constituição, seu valor fundamental, objetivo de criação da norma Suprema.

Cumprir ainda ressaltar a importância do método. É que, muito além do corpo material da Constituição Federal, existe aquilo motivador da criação desta norma fundamental, algo abstrato, mas sem o qual a norma não seria vista da maneira como é.

Como não poderia deixar de ser, esses motivos inspiradores de observância necessária são consagrados no preâmbulo Constitucional, o qual expressa as seguintes palavras:

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.¹⁰ **(grifo nosso)**

Uma crítica interessante é apontada por Canotilho, grande conhecedor da matéria, ao dizer que o erro deste método é querer dar muita atenção aos valores sociais ao realizarmos a interpretação. A problemática reside na insegurança jurídica, haja vista que, com diferentes valores sociais tomados em consideração, tem-se a indeterminação e a mutabilidade dos resultados.

Por fim, cumpre destacar a conclusão a qual chega Inocêncio Mártires Coelho em sua relevante obra sobre o tema.

¹⁰ Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Preâmbulo.

Em síntese, para os adeptos do método científico-espiritual (...), tanto o direito quanto o Estado e a Constituição são vistos como fenômenos culturais ou fatos referidos a valores, a cuja realização eles servem de instrumento.¹¹

Instrumentos estes, referido pelo autor, consistem na instrumentalidade dada a todo o sistema para que se chegue a um resultado, qual seja: a satisfação social. Quer dizer que, mesmo em prejuízo ao indivíduo considerado singularmente, deve-se dar preponderância às condutas que sejam mais benéfica a toda sociedade.

Em outras palavras, a história tem ao menos a função de ensinar, para que não possamos cometer os mesmos erros de outrora. Assim, colocar de lado o indivíduo singularmente considerado em prol da sociedade vai de encontro às regras da democracia, cria-se um Direito das maiorias e viola-se cláusulas fundamentais estabelecidas pela Constituição da República. Não por outro motivo que a Carta Magna separa seu maior capítulo, dentro do título II, para abordar direitos e deveres individuais e coletivos.

1.4.2 MÉTODO NORMATIVO-ESTRUTURANTE

Encabeçado por Gadamer e Heidegger, foi desenvolvido fundamentalmente pelo conhecido Friedrich Müller. O objetivo deste meio de interpretação é a concretização da norma jurídica.

Sabe-se que as normas, de uma forma geral, são instrumentos abstratos, situações hipotéticas. A proposição do método normativo-estruturante é em retirar do mundo abstrato as normas diante da situação fática apresentada. Caracteriza verdadeira tipicidade para os penalistas ou subsunção para os doutos do ramo tributário.

Seria, por assim dizer, nada mais do que o enquadramento dos fatos às normas existentes reguladoras daqueles. Percebe-se que o ideal aqui não é falar apenas em interpretação da norma analisada e sim em concretização da mesma.

Importante ainda é a análise feita pelo ilustre professor Gilmar Mendes ao abordar o tema, ao lembrar que neste método não interessa apenas a interpretação gramatical/literal da norma interpretada e sim o estudo de todos aqueles que participam seja da criação seja da interpretação da lei. Exemplificando, o órgão

¹¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 91.

legislativo ao criar a norma, judiciário ao aplica-la ao caso concreto e até mesmo o executivo no momento de sanção ou criação de decretos.

Mais ainda, continua Muller, não é o teor literal de uma norma (constitucional) que efetivamente regulamenta um caso concreto, mas sim o órgão legislativo; o órgão governamental; o funcionário da administração pública; os juízes e tribunais, enfim, todos aqueles que elaboram, publicam e fundamentam a decisão reguladora do caso [...].¹²

Com essa integração e participação de todos os Poderes no momento de exegese é evidente que se vise o controle de um pelo outro, restando como consequência a efetivação do Sistema de Freios e contrapesos (Check and balance system) desenvolvido por Montesquieu.

1.4.3 MÉTODO TÓPICO PROBLEMÁTICO

Para a solução de um dado caso, busca-se a norma regulamentadora. Este é, em síntese, o ideal para aqueles que trabalham com o método tópico problemático, ou *topoi*.

Há aqui, sem dúvida alguma, prestígio ao problema apresentado, buscando sua solução através de normas pré-constituídas. Sua aplicação não é somente quanto a melhor solução ao caso, e sim àquela que melhor tem a força de convencer.

Nas mesmas pegadas, Marcelo Novelino preconiza em sua obra que:

Há um processo aberto de argumentação entre vários intérpretes na busca da adequação da norma ao problema, entendido como toda questão que aparentemente permita mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar¹³ (...)

Por fim, não há como deixar de perceber que este método não pode ser utilizado sem critérios. Há maior incidência sempre que estivermos em um terreno aonde prevalece a flexibilidade/abstração, como ocorre com os princípios, mostrando-se difícil a aplicação em relação as regra, onde ou são aplicadas ou não são (regra do tudo ou nada).

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 107 .

¹³ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3º ed. São Paulo: Método, 2009. p 154 .

1.4.4 MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR

Sabe-se que historicamente o grande nome responsável por desenvolver este método foi Konrad Hesse. Autor que ensinava que a interpretação não poderia se ver longe da aplicação, isto é, só se pode falar em interpretar uma norma ao aplicá-la no caso concreto, por isso “concretizador”.

Muito embora este modo de interpretação possa gerar dúvidas no leitor, se comparado com o anterior, com ele não se deve confundir, pois seus propósitos são certamente diferenciados. Na linha de raciocínio de Gilmar Mendes, o que os diferencia basicamente é a pré-compreensão do intérprete que neste deve existir.

O ponto de partida dos que recomendam essa postura hermenêutica, de resto pouco diferente do método tópico-problemático, é a constatação de que a leitura de qualquer texto normativo, inclusive do texto constitucional, começa pela pré-compreensão do intérprete/aplicador (...).¹⁴

Com essas observações fica fácil a conclusão de que o intérprete deve sempre observar o texto da norma analisada, evitando interpretação contra *legem*, e, ainda, as peculiaridades de cada caso concreto, vez que há exigência da concretização.

1.5. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DE PRINCÍPIOS

De acordo com a antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei N° 4.657/42) a função primordial dos princípios gerais do direito era o preenchimento de lacunas jurídicas, ao lado da analogia e dos costumes, conforme o artigo 4°.

Hoje, muito além de servirem como norma complementar de utilização apenas em momentos de lacunas legislativas, os princípios assumem papel fundamental na interpretação do sistema jurídico de uma forma global.

É que, os princípios tem por característica própria o poder de flexibilização do severo e rígido Ordenamento Jurídico instituído, em sua grande parte, por normas-regras.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2° ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 103.

Passa-se, então, a utilizá-los como normas de observância necessária para uma boa interpretação das leis, sobretudo em relação a visão Constitucional e a justiça no caso concreto.

De certo que não há mais espaço para um Mundo Jurídico, ao menos no contexto pátrio, constituído apenas com regras. Não se pode negar a utilização de norma-princípio a todo o momento, e não apenas ao se falar em lacunas legislativas.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade (...), porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹⁵

Como leciona o ilustre autor, a figura dos princípios talvez supere a importância das regras, não só em razão de sua utilização prática, mas também quanto a estruturação do Direito em si.

1.6 CONTEXTO E SURGIMENTO DA LEI 11.340/06

A lei nº 11.340 ganha espaço no ordenamento jurídico tendo por propulsora Maria da Penha Maia Fernandes, mulher sofrida, que durante muitos anos de matrimônio se vê lidando com inúmeras tentativas de homicídio e maus-tratos em sua própria residência e por quem menos esperava, seu cônjuge.

Conta a aguerrida mulher que a primeira vez que sofreu o atentado resultou em paralisia permanente dos membros inferiores, devido a tiro que recebeu enquanto dormia. É o que conta os relevantes sites que apoiam a causa.

Em 1983, Maria da Penha recebeu um tiro de seu marido, Marco Antônio Heredia Viveiros, professor universitário, enquanto dormia. Como seqüela, perdeu os movimentos das pernas e se viu presa em uma cadeira de rodas.¹⁶

Após recuperação em hospital, Maria volta para o local onde habitava e

¹⁵ MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. ed. 21. São Paulo: Malheiros. p 913.

¹⁶ <http://www.mariadapenha.org.br/a-lei/a-historia-da-maria-da-penha>, acessado em 26/05/13.

se vê novamente sendo atormentada pelo inescrupuloso marido. Desta vez, o mesmo tenta ceifar sua vida de um meio mais cruel e covarde ainda, eletrocutando-a enquanto tomava banho.

Não obstante tantos atos repudiosos, Maria da Penha acaba por sobreviver e, impelida por motivos nobres, como o de impedir que outras mulheres passassem mesmo sofrimento e punir mais severamente aqueles que cometem tais atos, encontra apoio em certas comunidades internacionais.

Resulta assim, em apertada síntese, da colaboração de Órgãos, ONG's e da Comissão interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, para uma pressão política interna onde se objetivava a tomada de alguma providência.

Neste contexto, após 23 anos da primeira agressão é sancionada a Lei 11.340 pelo Presidente da República – a época Luiz Inácio Lula da Silva. Percebe-se algumas peculiaridades na aplicação e interpretação desta lei, as quais serão apresentadas em momento futuro.

CAPÍTULO 2

A LEI 11.340/06 FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nesse capítulo será abordada a questão das mudanças advindas com a Lei 11.340/06, suas consequências mais severas, para maior proteção da mulher e, conseqüentemente, a tentativa de inibição de qualquer conduta lesiva a sua dignidade física e psíquica no âmbito familiar.

Além disto, será exposto o tema da interpretação constitucional da norma, uma vez que a solução trazida pela jurisprudência mais atual é a no sentido de realizar uma interpretação da Lei 11.340/06 conforme a constituição.

2.1 MUDANÇAS COM O ADVENTO DA LEI 11.340/06

Com o surgimento da Lei Maria da Penha, temos por certo que as alterações trazidas foram para dar maior proteção jurídica àquelas mulheres que se encontram nas situações apresentadas pela norma, em verdadeira desigualdade de gênero.

Com isso, *exempli gratia*, se no contexto familiar uma mulher causa lesões corporais graves em seu marido, lhe é aplicada a norma geral (Código Penal – artigo 129, parágrafos); contudo, se no mesmo contexto agora o homem causando lesões corporais graves na mulher, não restaria alternativa senão aplicar o disposto na Lei 11.340/2006 (lei específica).

Note que para uma mesma situação fática, mas com vítimas diferentes, a norma em abstrato regula o caso de maneira diferenciada. É, no mínimo, de se estranhar que a mesma hipótese tenha sido abordada de maneira diversa somente por causa dos sujeitos envolvidos.

Há, sem sombra de dúvidas, um tratamento desigual. Porém, aqui cabe fazer uma observação. Verificando, o legislador, que existem pessoas em situação de desigualdade, o tratamento desigual se impõe, com o fim de conferir igualdade. A isso se denomina de ações afirmativas, ou seja, igualar os desiguais e, por certo, que não há ofensa ao princípio da igualdade material, ao contrário, é o espelho de sua própria interpretação, tornando, assim, a norma materialmente Constitucional.

Contudo, se concluirmos pelo descabimento da distinção feita pela norma,

visto que a própria Constituição Federal impõe que não existe desigualdade entre homem e mulher, não resta alternativa senão a declaração de inconstitucionalidade da Lei ora estudada. Ou melhor, a declaração de inconstitucionalidade é medida extremada, razão pela qual a mais sensata opção seja aplicar a teoria da interpretação conforme a Constituição.

De toda sorte, é preciso ter em mente sempre o princípio da igualdade que “o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”.¹⁷

Nesse diapasão, a conclusão firmada é a de que o Princípio da Igualdade tem por destinatário fundamental o Poder Legislativo, que, ao elaborar a norma, deve se atentar à realidade fática, promovendo a igualdade entre os sujeitos. Após a edição da norma, cumpre ao Poder Judiciário, em última palavra, pautado na isonomia, aplica-la, interpretá-la.

É justamente nessa atividade hermenêutica e com o intuito de salvaguardar a vontade popular, representada pelas leis, que surgem teorias contrapostas à declaração de inconstitucionalidade da norma que fatalmente leva a sua extinção. É o caso da teoria da interpretação conforme, que, diante duas ou mais interpretações possíveis, deverá prevalecer a que mais se amolda às diretrizes constitucionais.

Há quem diga, sobretudo nos casos do uso excessivo dessa teoria, que esse método interpretativo, revela-se como verdadeira burla ao sistema do controle de constitucionalidade. Preferimos acreditar que, em homenagem à vontade popular, quer-se aproveitar ao máximo os atos legislativos. De resto, até mesmo por questões políticas, no mais das vezes é interessante haver norma viciada regulamentando determinada matéria a ter uma lacuna jurídica.

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A LEI MARIA DA PENHA

Logo de início, em seu artigo primeiro, a Lei aponta o sujeito passivo de proteção a qual se destina a norma, a mulher, mas não toda e qualquer pessoa do sexo feminino, apenas aquela que for vítima de violência no âmbito familiar. Não é

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3º ed. Malheiros: São Paulo, 2005. p 09.

por acaso que, em um mesmo dispositivo, é utilizada diversas vezes a palavra mulher. Note que em um comando normativo sucinto aparecem cinco vezes tal expressão.

No que se refere a aplicação do artigo 1º, é citado como fundamento de existência da lei o § 8º do artigo 226 da Carta Magna. Devido sua importância será citado na íntegra:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º - 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.

Aparentemente, é nobre o espírito do legislador que cria a Lei para proteção da mulher. É lamentável que se levada à interpretação literal não poderá subsistir por faltar-lhe base normativa-constitucional.

Antes mesmo de adentrar na polêmica propriamente dita, é garantia constitucional, estabelecida no art. 5º do texto normativo da constituição, todos serem iguais perante a lei, não cabendo distinção por motivos de cor, raça, religião, sexo etc. Trata-se do Princípio da Igualdade no seu sentido formal.

Ocorre que a outra face do Princípio citado é denominada de material. Por esta, é pacífico na doutrina que cabe ser feita uma distinção, mas apenas e tão somente no sentido de igualar as partes da relação jurídica que estão em desigualdade fática. Em outras palavras, todos são iguais perante a lei (igualdade formal) na medida de suas desigualdades (equidade material).

Humberto Ávila tenta explicar quando seria possível uma diferenciação respeitado o princípio da igualdade.

Duas pessoas podem ser consideradas iguais ou diferentes segundo critério do sexo: devem ser havidas como diferentes para obter licença-maternidade se somente uma delas for do sexo feminino; devem ser tratadas igualmente para votar ou pagar impostos, porque a concretização dessas finalidades é indiferente ao sexo.¹⁸

A proposição imposta pelo autor, em outras palavras, significar traduzir que só se pode falar em diferenciação, sem desrespeito o princípio da igualdade,

¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 7º ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p 150 .

quando as finalidades justificarem. É certo que haverá casos em que não se deve, absolutamente aplicar a norma em questão, noutros, a aplicação é evidentemente plausível. Contudo, em determinadas situações, a questão passa a ser dúbia, estando numa zona cinzenta, turva, onde a subjetividade reina.

É que, em certos casos não se pode aferir com grau de certeza se se faz necessária a diferenciação proposta, causando dúvidas quanto ao emprego ou não do referido princípio.

Há, aparentemente, uma tendência em igualar no mundo jurídico os sujeitos que são desiguais no mundo fático. A grande questão consiste em saber até quando é possível fazer distinção sem perder a trilha traçada pela Constituição, protegendo desnecessariamente quem não precisa deste manto protetor.

É de se observar, na visão proposta por este trabalho, que muitas vezes a mulher na relação conjugal não necessita de maior proteção. Ou seja, há igualdade ou até mesmo superioridade da figura feminina frente à seu companheiro. O que fazer? Adotar a regra geral exposta pelo Código penal? Utilizar a Lei 11.340/06 também para proteção do homem?

Questiona-se ainda, ora, como não se aplicar uma norma ao indivíduo que dela necessita? Que demonstra visivelmente, no caso concreto, que é o sujeito carecedor de proteção. Não importando se se trata de homem ou mulher, haja vista que todos são iguais perante a lei, como já abordado. E mais, como a questão é tratada nas relações homoafetivas?

A explicação para tantas dúvidas só pode se dar por uma solução: a análise do caso concreto. É compreensível que o leitor esteja pensando na segurança jurídica, na concentração excessiva de poderes nas mãos dos magistrados, aplicadores do Direito. Contudo, a priori, não é de se concluir pela crítica ao proposto.

Um sistema normativo deve ser composto, indubitavelmente, por normas gerais e abstratas. Não seria possível criar uma norma para as peculiaridades de cada caso em particular, tentativa esta que historicamente restou prejudicada pela confirmação de absoluto fracasso no período do positivismo jurídico.

Tendo em vista que a primordial lição tomada do passado é a de não repetir os mesmos erros, e com isso evolução, não seria adequada a cogitação de criação de nova norma para proteger aqueles homens que se encontram em situação de hipossuficiência. Ou mesmo para a regulamentação de aplicação aos

casais homoafetivos. Significaria cometer os mesmos equívocos de doravante.

É justamente nesse ponto que há maior interesse nesta obra, em como resolver a problemática muito discutida e ainda que caminha a passos curtíssimos nos Tribunais Superiores, no sentido da pacificação.

Não foi por outro motivo que preferimos por iniciar este trabalho tratando dos métodos de interpretação de uma norma e dos princípios Constitucionais.

Cabe agora o detalhamento e enquadramento das teorias à prática.

Pois bem, em síntese, partindo do pressuposto que a Lei 11340/06 afronta diretamente dispositivos Constitucionais resta, ao aplicador da norma, duas soluções: ou se declara a inconstitucionalidade, fulminando o vício no ordenamento com a exclusão da lei viciada do sistema jurídico; ou prefere-se pela manutenção da lei, contudo, realizando uma interpretação conforme a Constituição. Nesta, deve-se entender que a Lei Maria da Penha, apesar do nome atribuído e da função essencial de sua criação, é plenamente aplicável aos homens que se encontrem na mesma situação, mas não quando o ofensor for do sexo feminino, sobretudo por ausência de disposição legal nesse sentido, como será melhor detalhado adiante.

2.3 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Em se tratando de interpretação conforme a Constituição, não é demais expor os brilhantes ensinamentos de quem, pela prática, usualmente lida com a questão: Gilmar Mendes.

Com efeito, ao recomendar (...), que os aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura.¹⁹

Lembra ainda o autor que não se tem aceitado que a Corte Constitucional atue como legislador positivo, pois sua função está mais para a retirada de normas inconstitucionais do sistema (legislador negativo). Com isto, assegura-se a devida

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 119 .

separação dos Poderes e retira do Supremo a faculdade de criação de normas gerais e abstratas no exercício de seu Poder judicante.

Contudo, note que, muitas vezes, ao se dar uma interpretação conforme a constituição, na verdade, o Supremo estaria, de certa forma, além de delimitando o âmbito de aplicação de uma norma, também atuando como legislador positivo, revelando o sentido normativo exato da norma, o que acaba por restringir o âmbito de interpretação dos demais aplicadores da lei.

Sem embargos, demonstrada a problemática e a forma de solução, cabe agora apresentar o entendimento da jurisprudência com relação a aplicação nas seguintes casuísticas: irmão x irmã; casais homoafetivos; agressões familiares da mulher contra o homem. Contudo, em uma sequência lógica, se faz necessário abordar um conceito vago trazido pela Lei: “Violência de Gênero”.

2.4 “VIOLÊNCIA DE GÊNERO” APONTADA PELA LEI (CONCEITO)

A Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, deduz que certos sujeitos tem tratamento diferenciado, e, portanto, aplica-se esta norma no caso de violência de gênero praticada no âmbito familiar.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. (grifo nosso)

O que se deve entender por “gênero” no contexto apontado pela Lei 11.340/06? Talvez aqueles que consigam definir o campo de abrangência dessa única palavra sejam capazes de solucionar qualquer problemática em relação a aplicação da referida norma.

Antes de tudo, é preciso apresentar a crítica feita pela doutrina quanto ao grau de indeterminabilidade do caput deste dispositivo, abordado com riqueza pelo ilustre Guilherme de Souza Nucci.

O conceito é lamentável, pois mal redigida a norma e extremamente aberta. Pela interpretação do texto, seria violência doméstica e familiar praticar qualquer crime contra a mulher, pois certamente isso lhe causaria, no mínimo, um sofrimento psicológico. Aliás, o simples fato de a pessoa ser mulher não pode torna-la passível de proteção

penal especial, pois violaria o princípio constitucional dos sexos.²⁰

Com estas breves palavras, mostra o autor sua indignação pelo conceito excessivamente aberto apresentado pela norma, a crítica se fundamenta no temor quanto tais expressões por serem características do repudiado Direito Penal do inimigo.

É de se observar também a repressão feita quanto ao critério de distinção escolhido pelo legislador, não bastando apenas a diferenciação quanto ao sexo para justificar proteção maior ou menor para da tutela jurisdicional.

A tarefa aqui, apesar de direcionar o leitor para um pensamento de facilidade no tema, requer elevado esforço intelectual, vez que a definição foge, de certa forma, da competência da seara jurídica.

É que, no próprio dicionário, ao pesquisar a definição desta palavra, encontra-se traduzida na seguinte afirmação: “conjunto de seres ou coisas que apresentam qualidades semelhantes[...]”.²¹

Pois bem, a língua portuguesa nos mostra contundentemente que o conceito de gênero é o conjunto de seres ou coisas que apresentam qualidades semelhantes, no caso específico da norma, deve ser entendido como gênero masculino e feminino, não há diferenciação, em razão da opção sexual. Tanto que o parágrafo único do artigo 5º da Lei 11.340/06, expressamente, afirma a aplicação da norma protetiva, independentemente, da orientação sexual.

Isso, a princípio, nos leva a verificar a aplicação da norma, quando a vítima for do gênero feminino, mas não toda e qualquer pessoa deste sexo, apenas aquelas que sofrerem violência no âmbito doméstico, familiar ou de afeto, sem que leve em consideração a orientação sexual, ou seja, o autor do fato pode ser tanto do gênero masculino quanto feminino.

Ora, se a aplicação da norma é voltada, consoante artigo 5º, a violência baseada no gênero, em uma perspectiva literal, seria incongruente a existência do caput e seu parágrafo único.

Forçoso concluir, por conseguinte, que o critério discriminador, aqui entendido como aquele que permite o tratamento desigual entre vítimas do sexo

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p 1263 .

²¹ BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. ed. Revisada e atualizada. São Paulo: FTD,2000. p 385 .

feminino, não é a violência de gênero, mas outro, o da vulnerabilidade concreta, da hipossuficiência.

Hipossuficiência esta que deve ser analisada, historicamente, na perspectiva patriarcalista, machista, ou seja, no aspecto de dominação do homem sobre a mulher e que apresenta, como critério diferenciador, a vulnerabilidade física, econômica e psicológica.

Pode-se chegar à conclusão, portanto, de que se existem pessoas semelhantes, que enquadram-se na perspectiva adotada pela norma, de maior proteção, deve-se aplicar a medida sancionatória mesmo que mais grave. Isso quer dizer que o foco para onde se deve olhar, ao preferir ou não pela aplicação da Lei 11.340/06, é o da semelhança entre os sujeitos hipossuficientes.

É possível classificar os sujeitos envolvidos em dois gêneros: aqueles que são hipossuficientes e da norma específica necessitam; e os que não guardam a características de fragilidade na relação, não se aplicando a norma especial e sim a geral: Código Penal.

Assim sendo, a norma interpretada trata não de situações envolvendo homem contra mulher de forma genérica. O que se quis aqui proteger é a situação concretamente apresentada onde se tem nítida hipossuficiência de uma das partes da relação, não importando se possuidor de características femininas ou masculinas, apenas quanto a desigualdade fática merecedora de regulamentação distinta com a finalidade de igualar os sujeitos.

2.4.1 VIOLÊNCIA DE GÊNERO, ONDE RESIDE A DESIGUALDADE?

Após verificadas as peculiaridades de “violência de gênero” apontada pela Lei 11.340/06, compete explorar o tema sob a ótica Constitucional. A grande problemática, nesse ponto, é detectar o âmbito de aplicação e a justificativa de tratamento legal diferenciado, dada certa situação.

Não se deve perder de mente, a todo o momento, que a norma diferenciadora não exige somente um requisito para a sua aplicação, ou seja, que a violência seja praticada por um homem e contra a mulher. Também, é necessária que esta seja direcionada no âmbito familiar.

O que nos pode causar estranheza é o fato de que se a agressão ocorrer entre marido e mulher a legislação aplicada é uma, contudo, se o sujeito ativo

(homem) dirige sua conduta (causar lesão) a qualquer mulher desconhecida, a aplicação do Código Penal é a acertada, afastando a legislação Maria da Penha.

Sabe-se que historicamente a mulher foi subjugada pelo homem que, sob a guarida do machismo, se achava superior a mulher, seu proprietário e no direito de causar-lhe agressões, danos físicos e psicológicos.

Com a evolução da sociedade, a mulher ganha espaço no mundo, seja na política, na economia, no mercado de trabalho, no esporte, enfim, em todos os campos de atuação antes tomados somente pela figura masculina.

Houve, sem sombra de dúvidas, mudança na mentalidade de toda a sociedade, inclusive, e mais importante, da própria mulher que passa a ter consciência de seu fundamental papel na vida social.

Aprofundando, a criação da Lei Maria da Penha impõe certas medidas mais severas para aqueles homens que causam algum tipo de agressão à mulher no contexto familiar, e não a qualquer uma.

Deve-se, guiados pelos postulados da interpretação teleológica, buscar a finalidade desta diferenciação. A primeira vista, não seria adequada a utilização de uma norma quando se der lesões corporais homem contra mulher que mal se conhecem, e de outra entre os mesmos sujeitos que futuramente venham a casar, constituir família e reincidir no delito.

Ora, para a compreensão e justificativa de tal tratamento diferenciado resta uma única perspectiva. É que, a família, pelo conceito que lhe é próprio tem como fundamental característica a união pelo vínculo afetivo.

[...] o Direito de Família assume o papel de setor do Direito Privado que disciplina as relações que se formam na esfera familiar [...]. Tais relações que se concretizam na vida familiar podem ter origem no casamento, na união estável, na família monoparental e em outros núcleos fundados no **afeto** e na **solidariedade**.²² (*grifo nosso*)

Nota-se, com isso, que aqueles com quem menos deveríamos nos preocupar com relação a segurança, são os que vivem conosco. Não se deve ter medo, insegurança, desconfiança das pessoas com quem vivemos, pois elas são as que menos esperamos qualquer tipo de agressão. No aconchego do lar é que o indivíduo tenta esquecer-se da criminalidade, do mundo ruim, desumano, cruel e

²² FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 1º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p 12.

violento que o aguarda do lado de fora.

Acontece que muitas vezes o mundo do lado de fora consegue penetrar no ambiente familiar, no convívio pacífico do lar e acaba por atormentar as pessoas que ali convivem. Quebra-se a expectativa de viver pacificamente, pois muito diferente do perdão judicial é aquele realmente dado pelos envolvidos na situação.

Esquecer e perdoar. É isso que dizem por aí. É um bom conselho, mas não muito prático. Quando alguém nos machuca, queremos machucá-los de volta. Quando alguém erra conosco, queremos estar certos. Sem perdão, antigos placares nunca empatam, velhas feridas nunca fecham. E o máximo que podemos esperar é que um dia tenhamos a sorte de esquecer.²³

É certo que a justificativa do tratamento desigual entre pessoas no equilíbrio familiar e sujeitos que não se conhecem foi o motivo determinante para a questão da diferenciação trazida pela norma.

A quebra de confiança/expectativa dos sujeitos envolvidos no contexto familiar talvez justifique o tratamento diferenciado. Quem sabe até mesmo em se tratando do *venire contra factum proprium*, eis que o casamento, na concepção mais lógica, não é nada mais do que um contrato, com peculiaridades próprias. E como contrato que é, deve respeitar a boa-fé.

Muitos consideram o casamento um contrato *sui generis*, isto é, um contrato diferente, com características especiais, ao qual não se aplicam as disposições legais dos negócios patrimoniais.²⁴

Em se tratando de “venire” é possível que entendamos que ninguém está obrigado a manter relações afetivas com outrem, faz porque o quer. Com isso, ao celebrar o casamento, cria-se na outra parte a expectativa de que se agirá conforme o estabelecido no início do pacto, atos como agressões e lesões são antagônicos ao conceito de relação afetiva.

Nesse sentido, as sábias palavras de Cristiano Chaves que trabalha com o tema com a clareza que lhe é peculiar.

Pois bem, a vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter

²³ Meredith, Grey. <http://pensador.uol.com.br/frase/NjQ3NjA1>. Acessado em 06.03.2013.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p 141.

produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa [...].²⁵

Diante de tudo quanto foi exposto, é suficiente para concluir que perante uma situação especial – violência de homens praticada contra mulheres - no contexto familiar, por se proteger a boa-fé, preferiu o legislador regular por norma específica tais fatos.

Não se deve perder de vista o que foi abordado no tópico anterior, ao apontar a definição de violência de gênero. Apesar de a norma falar em aplicação apenas quando o sujeito passivo do delito for a mulher, o mais adequado é compreender que há nítido equívoco legislativo, aplicando-se a Lei 11.340/06 quando, diante do caso concreto, observar a existência de hipossuficiência entre os sujeitos envolvidos. Afinal de contas, regra básica da exegese é que se deve interpretar de forma extensiva a norma quando apresenta maior proteção/garantia ao indivíduo.

Será visto em momento oportuno que há óbice de aplicação de norma apenas em detrimento a mulher, ou seja, mesmo que atue como sujeito ativo do delito, jamais haverá incidência da lei Maria da Penha para prejuízo dos interesses da mulher.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 1º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p 69.

CAPÍTULO 3

DECISÕES JUDICIAIS E A PROBLEMÁTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Após o relatado, é de suma importância apresentar o tema no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e, ainda, o posicionamento da doutrina, apontando algumas reportagens jornalísticas e o pensamento social que paira perante os indivíduos.

Notará que muitas vezes o nível de estudo, as condições econômicas, a criação do indivíduo, entre outras, são motivos determinantes para que se chegue a um resultado ou outro quanto aos benefícios da Lei 11.340/06.

O que mais causa discussão é o fato de os Tribunais Superiores não terem entendimento pacificado quanto ao tema, ou seja, dificilmente consegue-se abordar de forma clara os motivos justificadores da desigualdade apontada pela norma, como será visto logo em seguida.

Será demonstrado, ainda, decisões quanto a aplicação de Lei Maria da Penha em casos de violência doméstica com vítimas homens; assim como entre irmãos, casais homoafetivos, namorados etc, todos no seio familiar.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E VEDAÇÃO DA ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”

Antes de tecer maiores comentários a respeito dos julgados, é preciso esclarecer um ponto obscuro no tratamento da matéria. Existe uma norma (Lei 11.340/06) em que gera duas problemáticas, a saber: primeiro, sua aplicação para proteção dos homens quando vítimas de agressões familiares por suas esposas; e, segundo, a possibilidade de negar vigência à norma quando demonstrado, no caso concreto, que não há qualquer relação de hipossuficiência em que se exija sua aplicabilidade.

A questão em que não ocorre grande controvérsia se refere ao afastamento na norma quando os sujeitos passivos dela não necessitem, isto é, quando há igualdade formal e material entre o homem agressor e a mulher agredida no âmbito familiar.

Nesse caso, há presunção de observância da legislação mais protetiva, que só é afastada no caso de prova no sentido contrário. Trata-se de presunção

relativa, cujo ônus da prova deve ser atribuído ao homem agressor, cumpre a ele demonstrar a inexistência de desigualdade naquele caso e, conseqüentemente, a inaplicabilidade da lei 11.340/06.

No que se refere a aplicação da norma para a proteção do homem, surge duas possibilidades: quando o sujeito ativo do delito for outro homem (*exempli gratia*, filho que agride pai; companheiro que agride o outro etc.) podemos chegar à conclusão de aplicação da lei, isso se a interpretação da lei Maria da Penha ganhar aplicação mais lata, incluindo não só a mulher. Afasta-se uma errônea interpretação literal.

Não por outro motivo é que alguns tribunais vem aplicando a referida norma nas relações homoafetivas, sobretudo para a proteção do homem agredido pro seu companheiro, como será visto mais a frente.

Contudo, uma segunda possibilidade salta aos olhos, é o caso de aplicação da lei ora abordada, em benefício ao homem, mas em detrimento à mulher agressora. Neste caso, se faz importante abordar o princípio da legalidade e a vedação de analogia *in malam partem*.

De qualquer sorte, temos que deixar exposto a necessidade de observância de alguns preceitos fundamentais, quais são: a vedação de *analogia in malam partem* no processo penal e, mais importante, o princípio da legalidade estrita. Como bem observa Rogério Greco.

Tudo aquilo que não for expressamente proibido é permitido no Direito Penal.

Se não há previsão expressa da conduta que se quer atribuir ao agente, é sinal de que esta não mereceu atenção do legislador (...).
é terminantemente proibido, em virtude do princípio da legalidade, o recurso à analogia quando esta for utilizada de modo a prejudicar o agente.²⁶

Assim, surge a seguinte indagação: Não há que se falar em analogia *in malam partem* na aplicação da lei Maria da Penha quando seu emprego for utilizado para a proteção do homem frente à mulher agressora, vez que a norma não prevê tal possibilidade?

De fato sim. Não podemos estender a previsão legal ao sujeito que dela não faz parte de modo a interferir em seu bem jurídico, por se ter como

²⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p 49 .

consequência atos indiscutivelmente mais prejudiciais aos indivíduos que não foram ali regulados. Fere frontalmente o princípio da legalidade. Gera, sobretudo, insegurança jurídica e prestigia o mal quisto Direito Penal do inimigo, ceifando as garantias constitucionais conquistadas.

Vejam as brilhantes palavras de Fernando Capez ao abordar o tema: “A aplicação da analogia em norma penal incriminadora fere o princípio da reserva legal, uma vez que um fato não definido em lei como crime estaria sendo considerado como tal.”²⁷

Perceba que há exigência de expressa cominação legal para que se possa considerar um fato como crime e, com isso, punir aquele que o pratica. Esta garantia advém do princípio da legalidade, abordado no artigo 5º, XXXIX, CF.

Art. 5º 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, nos termos seguintes:
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Pois bem, diante da expressa disposição constitucional de que só é considerado crime o que a lei defina como tal, não podemos utilizar de uma interpretação analógica com a finalidade de estender a proteção exposta na lei Maria da Penha em favor de homem agredido em face da mulher agressora. E isto se deve a simples constatação de que, como a lei não prevê essa possibilidade, não cabe ao intérprete fazê-lo, sob pena de violar a Constituição Federal.

Contudo, não é o que ocorre. Será exposto a seguir algumas decisões marcantes a respeito da aplicação em casos que envolva homens. Note, desde já, que em alguns casos há decisões que utilizam a aplicação da norma em detrimento da mulher, sendo fundamentada principalmente pela presença de desigualdade nos casos concretos. Mas vale advertir que tal posicionamento acaba por ferir princípios basilares do Direito Penal. Por essa razão, deve-se ter cuidado para não deixar o sentimentalismo prevalecer sobre a técnica exigida pela interpretação.

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva. 2004. 39 p.

3.2 APLICAÇÃO DA LEI 11.340 NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Partindo do pressuposto que a união homoafetiva é considerada forma de família, eis que por uma interpretação sistemática e científico-espiritual do ordenamento resultaria nessa afirmação, é possível chegar à conclusão de que a lei em análise é perfeitamente cabível nas relações homoafetivas.

Nesse ponto é fundamental entender que, a relação homoafetivas pode se dar entre duas mulheres ou entre dois homens. Aqui, em se tratando de agressões, nos termos da lei, contra a mulher não resta dúvidas de que se possa aplicar o sistema normativo rígido da Lei Maria da Penha.

Mesmo porque, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da lei, há aplicação da norma independente da orientação sexual dos envolvidos, abarcando legalmente a violência homoafetiva entre mulheres. Observe.

Art. 5º: Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Diante disso, ao realizar interpretação literal do dispositivo legal, chega-se a conclusão de que nas relações homoafetivas onde a vítima seja mulher e a agressora também seja do sexo feminino haverá a incidência da norma, mesmo que em desfavor da mulher, agressora.

Ora, como justificar o uso da norma mais protetiva nesse caso, se, ao menos em tese, não há violência de gênero? Deve pairar a dúvida sobre qual seria o motivo determinante adotado pela norma que, ao menos no campo teórico, seria a desigualdade existente entre os sexos. Note que na relação homoafetiva protegida expressamente pela norma não há de se vislumbrar, a priori, desigualdade existente cuja aplicação da Lei 11.340/06 se faça necessária.

Com isso, percebe-se que o falso motivo que levou a instituição da norma (desigualdade fática entre homem e mulher) cai por terra ao se deparar com a situação acima exposta, eis que no caso, como regra, desigualdade de gênero não há.

E quando a vítima for uma pessoa do sexo masculino dentro de uma

relação homoafetivas? Pois bem, nesse ponto é que devemos tomar cuidado, pois é aqui que o trabalho se torna relevante.

Pelo seguimento de tudo quanto foi trabalhado no desenvolver dos capítulos, lembramos que, para a aplicação da norma protetiva, não se deve voltar os olhos para a distinção feita entre sexo masculino ou feminino e sim do gênero, como nos mostra a relevante obra de Carmen Hein de Campos.

O gênero constitui-se como conceito sociológico na década de 60 e, muito recentemente, vem sendo empregado como uma categoria analítica (Scott, 1995) que reconhece que as diferenças entre homens e mulheres são constituídas socialmente e se fundam em relações de poder. Por intermédio das relações de gênero, papéis sociais diferenciados são atribuídos ao feminino e ao masculino com sobrevalorização do sexo masculino. Essa sobrevalorização social do masculino hierarquiza as relações entre sexos, criando diferenciações culturais que são justificadas socialmente, através de vários mecanismos de integração social, tais como o Direito ²⁸.

Com esse pensamento, e levando em consideração que o legislador, para que a Lei 11.340/06 não desafie a Constituição Federal, teve em mente a ideia de que deve-se utilizar a norma não quando encontrar, no caso concreto, a violência entre sexos e sim entre gêneros, não importando as características dos sujeitos envolvidos. Tal processo intelectual resulta não apenas na devida aplicação da Lei estudada, mas, sobretudo, da não declaração de inconstitucionalidade da mesma.

Não por outro motivo, há casos em que os magistrados vem aplicando, esse entendimento, não negando aplicação da norma quando se tratar de casais homoafetivos, bastando que haja violência de gênero conjugada com a hipossuficiência, demonstrada no caso concreto.

É o caso da decisão proferida no estado do Rio de Janeiro na qual o ilustre magistrado entende que a proteção destinada à mulher pode e deve ser estendida ao homem naqueles casos em que ele também é vítima de violência doméstica e familiar, isso porque a relação homoafetiva entre dois homens, também requer a imposição de medidas protetivas de urgência, até mesmo para que seja respeitado o princípio constitucional da isonomia.²⁹

Em sentido oposto, ou seja, pela não aplicação da Lei a homem algum,

²⁸ CAMPOS, Carmen Hein de, **Violência Doméstica** – Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar. Lumen Juris Editora. 2ª Tiragem. p 23 -24 .

²⁹ www.tjrj.jus.br, processo número 0093306-35.2011.8.19.0001.

tem-se decisão proferida pelo TJDFT.

A mens legis da Lei 11.340/2006 foi coibir e reprimir toda ação ou omissão contra o gênero mulher capaz de causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico. A criação das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher objetiva facilitar a aplicação das medidas de assistência e proteção da lei 11.340/2006, que protege exclusivamente a vítima de sexo feminino, não abrangendo as agressões contra pessoas do sexo masculino, mesmo quando originadas no ambiente doméstico ou familiar³⁰.

Como se percebe, há nítido desprestígio ao princípio da igualdade, negando aplicação da lei 11.340/2006 sem mesmo se questionar quanto a possível hipossuficiência apresentada no caso concreto. Nesse tocante, a diferenciação trazida pela norma não se justificaria, não restando outra opção senão a fulminação do ato legislativo por vício de inconstitucionalidade.

3.3 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA NORMA NA RELAÇÃO DE TRABALHO DOMÉSTICO

A princípio, para aqueles que fazem uma leitura mais apressada, conclui-se pela aplicação da lei Maria da Penha na relação entre patrão e empregada doméstica. É o caso de Fabrício da Mota Alves que afirma o seguinte.

Essa discussão abrange, inclusive, os empregados domésticos, ou seja, os “esporadicamente agregados” – assunto, aliás, muito debatido no Congresso Nacional. O termo “esporadicamente” aqui dá uma noção de relacionamento provisório, típica da relação emprego doméstico.³¹

Contudo, o melhor entendimento para a situação seria a tomada de outra providência. É que não conseguimos visualizar, no caso concreto, situação de vínculo entre o patrão e a empregada doméstica, senão aquele jurídico-contratual. E, a finalidade legislativa apresenta a necessidade de ocorrência de violência de gênero no seio familiar conjugado com o vínculo afetivo, o que, certamente, não existe na relação patronal.

É o mesmo que ocorre em se tratando de um assaltante que invade uma

³⁰ CAMPOS, Carmen Hein de. **Violência Doméstica – Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar**. Lumen Juris Editora. 2ª Tiragem. p 23 -24.

³¹ Magistrado Alcides da Fonseca Neto. 11ª Vara Criminal - Rio de Janeiro. Processo nº 0093306-35.2011.8.19.0001.

residência, com a finalidade de roubar os bens ali guarneçados e, ao adentrar no imóvel, se depara com um senhora.

Assustado, o criminoso, do sexo masculino, acaba por desferir socos e empurrões na mulher e, depois, foge.

Nesse caso, assim como na relação de trabalho, não se deve visualizar a aplicação da Lei 11.340/06 por uma só justificativa: falta requisito obrigatório para a incidência da norma, qual seja, a afetividade entre os sujeitos.

Veja que o tema não é pacífico, no que tange a aplicação da norma ora estudada, podendo firmar entendimento em vários sentidos, apesar da escolha de um deles nos parecer sempre a mais adequada a atender o as determinações do constituinte originário.

3.4 APLICAÇÃO ENTRE IRMÃOS

Ao abordarmos este tópico o leitor verá como a discordância da doutrina reflete nas decisões jurisprudenciais, acarretando verdadeira desordem e insegurança jurídica.

É que como se vê no julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina a seguir apresentado.

Conflito negativo de jurisdição – Lesões corporais dever decorrentes de briga entre irmãos, senão a vítima do sexo masculino-inaplicabilidade da Lei 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (...). A Lei 11.340/2006, também conhecida por “Lei Maria da Penha”, visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, não se incluindo nesse conceito lesões corporais dever decorrentes de briga entre irmãos, com vítima do sexo masculino, competindo, nessa hipótese, o processo e julgamento do feito ao Juizado Especial Criminal.³²

Assim, nesse caso específico onde ocorreu lesões corporais em decorrência de violência de um irmão praticado contra o outro, ambos do sexo masculino, não foi aplicado a legislação mais severa (Lei Maria da Penha) em razão da vítima ser do sexo masculino. O que, a nosso ver, se justificaria de outra maneira, deixando de lado a inconstitucional tese de diferenciação com base simplesmente no sexo dos envolvidos.

³² TJSC, CJur 2006.048360-4, j. 10.04.2007, rel. João Eduardo Souza Varella.

Sobretudo nos casos em que há vítima e agressor do sexo masculino, no acontecimento, a fundamentação adequada para afastar a incidência da lei 11.340/06 seria a simples inexistência de desigualdade fática que justificasse a aplicação da norma.

A problemática seria ao imaginar a situação de um irmão que agride sua irmã, ambos maiores de idade, na residência em que vivem. Existem grandes diferenças que justifiquem a condenação do irmão agressor nos moldes da Lei Maria da Penha se comparado ao caso anterior? Em tese sim, há o preenchimento de todos os requisitos legais estabelecidos para a aplicação da norma, ou seja, vítima mulher e violência de gênero.

A hipótese de briga entre irmãos – que ameaçaram a vítima de morte – amolda-se àqueles objetos de proteção da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). In casu, caracterizada a relação íntima de afeto familiar entre os agressores e a vítima, inexistente a exigência de coabitação ao tempo do crime, para a configuração da violência doméstica contra a mulher.³³

Como se percebe, o Superior Tribunal de Justiça já possui jurisprudência firmada que autoriza aplicação da Lei Maria da Penha até mesmo nas relações entre irmãos, conforme informativo supracitado.

3.5 POSIÇÃO DO STF QUANTO A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 41, LEI 11.340/06

O aspecto mais relevante deste tópico é entender que, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, no habeas corpus (HC) 106212, não se afasta a polêmica trazida nesta obra. Nesse julgado o Supremo declarou a constitucionalidade do artigo 41 da lei 11.340/2006, negando aplicação, no caso concreto, tanto da lei 9.099/1995 (juizados especiais) quanto do Decreto Lei 3.688/1941 (contravenções penais). Observe a ementa da decisão.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato.
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE.

³³ STJ, informativo 0499. Habeas Corpus 184990/RS, Min. OG FERNANDES. STJ.

Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.³⁴

Note que, nesse contexto, não há grande relevância para este trabalho, vez que pugnamos pela constitucionalidade das medidas processuais adotadas pela Lei Maria da Penha, seguindo o entendimento do STF. O que se discute é o aproveitamento dessas medidas mais protetivas também em relação aos homens, quando delas necessitarem; o que resulta na aplicação da Lei 11.340/06 independentemente do sexo dos indivíduos envolvidos.

De toda sorte, importante é fixar o entendimento da Suprema Corte, que se dá no sentido de afastar a aplicação dos preceitos da Lei 9.00/95 ao crimes definidos na Lei 11.340/06, independentemente da pena cominada em abstrato.

Lembrando mais uma vez que, em razão dos preceitos Constitucionais, jamais se deve utilizar essas medidas mais severas, trazidas pela Lei Maria da Penha, para prejudicar a figura da mulher, haja vista que não há disposição legal nesse sentido.

Outro aspecto discutido na referida ADI, seria a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei. É que, via de regra, as ações penais dos delitos previstos na Lei Maria da Penha tem natureza jurídica de ação pública incondicionada, pautada, portanto, pelo princípio da indisponibilidade da ação.

Nada obstante isso, nos casos expressos em que a ação é perseguida de forma pública condicionada à representação, será cabível a retratação da representação, mas apenas em juízo, em audiência designada especialmente para esse fim. Nota-se certa mitigação ao direito de retratação da representação apresentada.

Com isso, a Corte Constitucional assentou entendimento de que a norma estudada obedece aos ditames constitucionais, sobretudo em face do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais. Fundamento amparado, ainda, em fatores físicos, morais, psicológicos que distinguem o homem da mulher.

³⁴ Habeas corpus 106212/MS, Relator Min. Marco Aurélio, STF.

3.6 APLICAÇÃO PARA HOMENS COMO VÍTIMAS

Em síntese do que foi apresentado até então, temos por certo que a Lei Maria da Penha foi desenvolvida para a proteção da mulher no seio familiar contra agressões do homem, vinculados pelo critério afetivo.

Contudo, sabe-se que, nos dias atuais, a homogeneidade das relações afetivas tornaram cada vez maiores o leque de possibilidades de arranjos familiares, sobretudo no que se refere a família monoparental e homoafetiva.

Nesse contexto, apesar de a regra ser a utilização da lei 11.340/06 para a proteção exclusiva da mulher, se faz necessário a observância das situações sociais fáticas existentes, o que torna também a figura masculina, em muitos casos, carecedora da proteção trazida pela lei.

Assim, fundamentalmente pelo princípio da isonomia entre os sexos, garantia constitucional, poderia se falar em abrangência do homem às proteções especiais da norma em questão. Não se pugna pela indistinta incidência da Lei 11.340/06 em todos os casos que envolvam homens como vítimas de tais delitos, assim como acontece com as mulheres.

O adequado, na verdade, e justificador de qualquer distinção que possa ser legítima e constitucional, seria averiguar a hipossuficiência dos sujeitos envolvidos nas agressões. Se se conclui pelo patamar de desigualdade fática, é necessário, também, a desigualdade legal para que se resulte na igualdade jurídica.

Note que não é sempre que haverá disparidade entre a mulher e o homem na relação familiar, basta considerar o desenvolvimento acelerado do crescimento da figura feminina na sociedade, ultrapassando os homens seja no âmbito econômico, seja profissional, cada vez mais capacitadas e menos subjugadas aos ditames tiranos de muitos homens.

De outro lado, em alguns casos, ao afastar a incidência da norma estudada à mulher, por não ser desigual, faz surgir a necessidade de aplicação da Lei 11.340/06 para aqueles homens que dela careçam.

Não se pode perder o foco de que só caberá o amparo mais evasivo quando o sujeito ativo do delito for materializado na figura masculina, isto pois, é o que se exige para a devida observância do princípio da legalidade e da vedação em analogia *in malam partem* como visto doravante.

Em outras palavras, é terminantemente proibida a utilização da Lei Maria

da Pena em desfavor de qualquer mulher, haja vista que a lei não abarca situações previstas para atuar como sujeito ativo do crime o sexo feminino.

Contudo, como visto nas decisões supracitadas há aquelas que erroneamente aplicam a referida lei em detrimento aos interesses da mulher agressora, gerando, sem sombra de dúvidas, afrontamento aos ditames constitucionais e, assim, não podendo sobreviver no mundo jurídico.

Apesar da louvável intenção dos magistrados ao querer dar a devida proteção àqueles que realmente necessitam, no caso concreto, seu sentimento de justiça pode afetar o correto método interpretativo, acabando por gerar uma decisão incompatível com o sistema jurídico.

3.7 ADC – 19 E ADI – 4424.

Pois bem, para finalizar o presente trabalho, nada mais adequado do que apresentar a visão do Tribunal competente para ditar, em última palavra, sobre a constitucionalidade ou não de uma norma.

Nesses julgados, importantíssimo foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a alguns aspectos, vejamos.

Em primeiro lugar, a Suprema Corte firmou entendimento de que nos crimes de aplicação da Lei Maria da Pena é vedada a utilização da Lei 9.099/95, ou seja, por expressa disposição legal (art. 41, Lei 11.340/06), há vedação de aplicação da lei dos juizados especiais, sendo esta regra proibitiva em consonância com a Constituição Federal de 1988, ao menos na posição do STF, que é o que nos interessa.

O segundo ponto relevante é quanto a natureza da ação penal. O STF firmou entendimento de que os crimes praticados com violência à mulher serão de ação penal pública incondicionada, assim sendo, independe de representação da vítima para que o Estado possa punir o agressor. Note que a violência aqui tratada pode ser até mesmo de grau ínfimo, como nas lesões corporais leves; ou mesmo a título de culpa (lesões culposas).

Por exclusão, quando o crime for praticado sem violência à mulher, a natureza da Ação Penal será Pública Condicionada à representação da vítima. São os casos de furto ou mesmo ameaça.

Interessante notar que a Suprema Corte entendeu que os crimes contra a

dignidade sexual também são de ação penal pública condicionada, ora, difícil aceitar, com base nos princípios da intervenção mínima do direito penal e da fragmentariedade, que um soco fraco na mulher, por exemplo, dado pelo seu marido, que em seguida a estupra, seria perseguido por ação penal pública incondicionada, enquanto o crime sexual poderia deixar de ser punido apenas com base no não oferecimento de representação, ou pela retratação da vítima.

Por certo que nesses casos, em nome da unidade do ordenamento jurídico, em que se busca a conexão e congruência com todas as normas do sistema, a consequência só poderia ser uma: ou atribui-se a natureza pública incondicionada a todos os crimes em que há violência contra a mulher, ou opta-se pela natureza pública condicionada, até mesmo em razão do princípio da razoabilidade.

Talvez a justificativa para tamanha falta de congruência, nos mesmos moldes do que ocorre no Código Penal, seja a preservação da intimidade da mulher ofendida, uma vez que o processo penal poderia gerar maiores constrangimentos à vítima, do que o próprio crime. Contudo, em nome do interesse público, muito aceito do âmbito administrativo, a individualidade, vida privada, deve ceder espaço quando o interesse público reclama.

Assim, o interesse em punir o indivíduo que comete o crime de estupro não é individual, mas sim coletivo, justificador de mais severidade quanto à persecução penal, não por outro motivo a natureza da ação nesses casos, mesmo no âmbito familiar, deveria ser pública incondicionada.

CONCLUSÃO

Em síntese, com o trabalho procurou-se demonstrar que existe uma norma que beneficia o sexo feminino em determinadas situações, aplicando medidas mais severas aos homens e mulheres que praticam atos de violência contra a mulher, tendo por fundamentação normativa a desigualdade material e fática dos sujeitos envolvidos, em relações familiares afetivas e no âmbito da unidade familiar. É a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

A princípio, a referida Lei encontra-se perfeitamente válida e eficaz no ordenamento jurídico, sobretudo a luz das normas constitucionais. O que fundamenta este trabalho de pesquisa é apenas quanto ao método de diferenciação utilizado pela norma, eis que não pode, em abstrato, ser aplicada para maior proteção do homem frente as agressões domésticas femininas.

Partindo do pressuposto de que a lei infraconstitucional não pode restringir direitos e garantias fundamentais, como a isonomia, partilhamos do entendimento de que, constatada a desigualdade fática existente no seio familiar, a Lei Federal deve ser aplicada. Independe, portanto, de se averiguar se a hipossuficiência se deu por parte da mulher ou do homem. Ressalvado previsão Legal.

Não fechamos os olhos para a relevante constatação de que, nos dias atuais, ainda há maiores casos de violência doméstica praticada pelo homem em face da mulher. Reconhecemos ainda, que a estrutura biológica feminina é desigual, se comparada com a masculina, sobretudo no quesito força.

Percebemos que foi nobre o espírito legislativo ao criar norma de abrangência protetiva a determinadas situações frente a desigualdade hipotética existente, é, contudo, de se observar que nem sempre a realidade fática se amolda perfeitamente à previsão legal.

Em suma, constatada violência de gênero praticada pelo homem contra a mulher no âmbito familiar deve incidir os preceitos da Lei 11.340/2006. A lei fará com que o homem, caso entenda pela não desigualdade no campo fático, deve comprovar tal situação perante o juízo, a fim de que afaste a incidência da norma. É, em outras palavras, a inversão do ônus da prova.

Caso o exegeta opte sempre por uma interpretação literal, sem

observância do ordenamento jurídico como um todo, sua interpretação certamente ferirá o espírito constitucional, traduzido pelo princípio da igualdade/isonomia.

Contudo, não podemos ser hipócritas ao ponto de inadmitir a ocorrência de violência doméstica perpetrada pela mulher em face do homem. Contudo, nem mesmo nesses casos, em que há nítida desigualdade, poderá ser aplicada a Lei 11.340/06 para prejudicar a mulher. Essa conclusão também é obtida facilmente ao lembrar do princípio da legalidade penal, que prima, conforme artigo 1º, Código Penal, não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal.

Vimos que existem duas possíveis soluções a ser dada à problemática apresentada: a primeira seria a declaração de inconstitucionalidade da norma e, por consequência, sua retirada do ordenamento jurídico; a segunda, e que melhor atende aos anseios sociais, seria fazer interpretação conforme a Constituição da República, entendendo pela aplicação da Lei Maria da Penha também para proteção do homem, quando dela necessitar no caso concreto, mas desde que haja previsão legal para tanto, não bastando, para tanto, que se identifique a hipossuficiência.

A questão ainda é nova, não pacificada no âmbito doutrinário e tão pouco jurisprudencial, existem aqueles, mais conservadores, legalistas, positivistas que negam aplicação da lei quando se trata de aplicação aos homens agredidos na situação exposta pela norma. Fundamentam seu posicionamento, sobretudo, na desigualdade existente entre homem e mulher, utilizando o princípio da igualdade material para justificar o tratamento desigual apontado pela Lei 11.340/06. Nega-se, portanto, a ocorrência de qualquer vício.

Para a corrente mais constitucionalista, moderna e, ao meu sentir, a dotada de razão, apresenta a tese de, a priori, a norma analisada ser inconstitucional, ferindo o princípio da igualdade, contudo, deve permanecer no mundo jurídico por questões de política legislativa, privilegiando interpretação extensiva para aplicá-la para homens, em prol da hermenêutica gramatical. Mesmo que essa espécie de interpretação viole texto legal exposto.

Ocorre tal fato por as normas estarem ligadas entre si, em perfeita simetria. Devem ser harmônicas e não seriam, neste caso, se dado o sentido mais restrito e a aplicação somente quando a mulher for a agredida, subtraindo aplicação no caso de hipossuficiência do sexo masculino agredido.

Note que um mesmo princípio é utilizado como fundamento embasador

das duas correntes. A problemática, ao que tudo indica, se resolve pela hermenêutica jurídica, considerando valores como justiça, igualdade, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana.

Com a discordância da doutrina, na jurisprudência também não poderia deixar de ser diferente. Apresentamos decisões em todos os sentidos, seja pela aplicação da norma, seja por negar sua vigência ao se tratar de aplicação para homens.

Por óbvio, talvez a solução mais adequada para atenção das necessidades de amparar, de uma forma mais repressiva, algumas situações nos leve a optar pela utilização da norma para situações que não estão regulamentadas.

Claro, não podemos perder o foco de observar os preceitos constitucionais, e isto implica na vedação de aplicação da Lei Maria da Penha em detrimento de mulher agressora, mesmo que nos moldes da lei, isto é, no âmbito familiar. Isto para que se observe o princípio da legalidade.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 7º ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 150 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20º ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. Ed. Ver. E atual. São Paulo: FTD. 2000.

CAMPOS, Carmen Hein de, **Violência Doméstica – Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar**. Lumen Juris Editora. 2ª Tiragem. 23-24 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva. 2004. 39 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 91 p.

Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Preâmbulo.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 1º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 12p.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. 49 p.

<http://www.mariadapenha.org.br/a-lei/a-historia-da-maria-da-penha>.
acessado em 26/05/13.

KAUFMANN, Arthur. apud. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p 8.

MAIA, Cledilson. **Técnica de interpretação histórica**.
repensandodireito.blogspot.com.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3° ed. Malheiros: São Paulo, 2005. 09p.

MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. ed. 21. São Paulo: Malheiros. p 913.

MEREDITH, Grey. <http://pensador.uol.com.br/frase/NjQ3NjA1>. Acessado em 06.03.2013

MIRANDA, Jorge. apud. NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3° ed. São Paulo: Método, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3° ed. São Paulo: Método, 2009. 154 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 5° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1263 p.