

# A LEI MARIA DA PENHA ENQUANTO INSTRUMENTO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

DIOGO BASILIO VAILATTI<sup>1</sup>

GUILHERME PICCININ DE OLIVEIRA<sup>2</sup>

**SUMÁRIO.** Introdução. 1. Breve histórico da origem da Lei Maria da Penha. 2. Abrangência e novos panoramas. 3. A Lei Maria da Penha e o princípio da isonomia 3.1 Algumas considerações sobre os princípios. 3.2 Constitucionalidade ou inconstitucionalidade? Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## Introdução

O presente artigo busca analisar a Lei 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, a qual adentrou no ordenamento jurídico com o intuito de aumentar as medidas protetivas nos casos de violência doméstica, bem como ampliar a punição daqueles que agredissem domesticamente a mulher. O estudo, ao analisar a referida legislação, busca verificar se ela estaria em consonância com o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Carta Maior, bem como se seria possível alterá-la para incluir o homem em seu texto.

Com a inserção da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, no ordenamento jurídico brasileiro, houve uma mudança radical do panorama feminino nos casos de violência doméstica. Os crimes nestes casos, até então anteriormente vistos sob o prisma da igualdade no ponto punitivo, passaram a receber um novo enfoque pelo legislador, aumentando-se as possibilidades de sanção existentes.

A entrada em vigor da Lei Maria da Penha foi muito festejada por diversos setores da sociedade em função do maior rigor pelo qual o agressor passou a ser tratado. Todavia, desde a sua concepção, iniciou-se um forte processo de discussão a respeito de sua constitucionalidade, pois em seu texto menciona-se, apenas, a mulher, o que poderia contrariar o princípio da isonomia consagrado no *caput* do artigo 5º da Carta Maior.

O presente artigo utilizou do método hipotético-dedutivo para analisar o histórico da Lei Maria da Penha, bem como a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade e a possibilidade de sua alteração para incluir o homem em seu texto.

## 1. Breve histórico da origem da Lei Maria da Penha

Todos os dados históricos constantes no presente tópico foram extraídos da obra de Maria Berenice Dias (2007). Quando não foram, existe menção ao autor da obra.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Especializando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Pesquisador e bolsista CAPES/PROSUP. Advogado.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogado.

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, surgiu, após um período de grande discussão social, em decorrência dos horrores sofridos pela biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, na constância de seu casamento.

Em 1983, Maria da Penha sofreu, de seu então marido, Marco Antonio Heredia Viveros, colombiano naturalizado brasileiro, professor universitário e economista, duas tentativas de homicídio. No dia 29, do mês de maio de 1983, Marco simulou um assalto durante a noite e, enquanto sua esposa dormia, acabou atirando nela com uma espingarda.

Após uma semana, durante o banho, Marco tentou eletrocutá-la. Após todas as agressões, Maria da Penha tornou-se paraplégica.

Em função dos diversos tipos penais cometidos, Marco foi denunciado em 1984. Em 1991, o tribunal do júri o condenou a oito anos de prisão. Em sequência, após recurso formulado, o julgamento foi anulado. Posteriormente, passada já mais de uma década dos fatos, em 1996, houve sua condenação. Após recorrer em liberdade, acabou preso em 2002, cumprindo, apenas, dois anos de sua sentença em regime fechado.

A repercussão negativa do caso foi tão grande que o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa da Mulher (CLADEM) formalizaram a denúncia contra o Brasil, após o relato realizado Maria da Penha Maia Fernandes.

Posteriormente ao julgamento, o Estado brasileiro foi condenado no valor de 20 mil dólares pela negligência e omissão em relação aos casos de violência doméstica. O valor, muito embora significativo no plano de demonstrar a necessidade de mudança de postura, não foi suficiente para arcar com os custos do processo. Ademais, ordenou-se que se adotassem medidas que dessem celeridade ao andamento de tais processos.

Apenas após mais de duas décadas dos fatos narrados, em função da pressão internacional sofrida e do clamor popular em relação ao caso, a Lei de violência doméstica acabou sendo sancionada, em 7 de agosto de 2006, pelo presidente Luis Inácio “Lula” da Silva, e entrou em vigor a partir de 22 de setembro de 2006.

Logo após a entrada em vigor da lei Maria da Penha, as denúncias nas delegacias cresceram consideravelmente. (SALLES, 2009).

A grande divulgação da mídia sobre o tema, em meados de 2006, pode ser destacada como um dos principais aspectos responsáveis pelo aumento dos registros. O maior acesso à informação resultou em uma perda considerável de medo em relação à situação pós-denúncia, uma vez que se veiculava que o agressor poderia receber uma ordem de manter distância da vítima, o que apenas demonstra como é necessário que o tema continue a ser explorado de forma constante.

## **2. Abrangência e novos panoramas**

O artigo 7º da Lei nº 11.340/06 procurou proteger as mulheres de qualquer forma de violência sofrida. Para tanto, ao enumerar violência física, psicológica,

sexual, patrimonial e moral, o fez em rol aberto, de modo que se poderia ampliá-lo conforme o que fosse constatado no caso concreto.

Como forma de garantir a proteção de maneira mais abrangente possível, o artigo 5º da referida Lei, ainda, estendeu o conceito de violência doméstica, considerando que a Lei aplicar-se-á mesmo que não exista coabitação, bastando apenas que exista uma relação de afeto. Desta forma, sua aplicação é possível nos mais variados casos, não só no vínculo entre marido e mulher, mas também na relação entre namorados, pais, irmãos, primos, dentre outros.

Ademais, ao enunciar em seu artigo 5º, Parágrafo Único, que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”, o legislador buscou que a lei fosse utilizada nas relações entre lésbicas, travestis, transexuais e outros, desde que mantenham relação afetiva. (BRASIL, 2006).

Percebe-se, portanto, que a abrangência da Lei Maria da Penha, desde que constatada violência contra a mulher, dá-se de forma mais ampla possível, em virtude do seu caráter essencialmente protetivo.

Nesta toada, é de se destacar a mudança relacionada à espécie de ação penal prevista na Lei 11.340/06. A referida legislação prevê em seu artigo 16 que a renúncia da até então ação penal pública condicionada pela representação da vítima só poderia ser feita em frente ao juiz, em momento anterior ao oferecimento da denúncia e ouvido o ministério público. (BRASIL, 2006).

Em decorrência do referido dispositivo legal, muitas mulheres, coagidas pelo ofensor, ou até resignadas com a situação e temerosas pelo que porventura poderia vir a ocorrer em âmbito penal com seus agressores, desistiam da representação, tornando o crime impune e movimentando inutilmente a máquina Estatal.

Diante da situação atestada, foi proposta pelo então Procurador Geral da República, Roberto Gurgel, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424, no sentido de declarar inconstitucional o aludido dispositivo, afastando, no tocante à representação, a incidência da Lei do Juizado Especial Criminal (regido pela lei 9.099/95) e tornando pública e incondicionada a ação penal dos crimes previstos na Lei Maria da Penha.

O relator da ADI, ministro Marco Aurélio de Mello, se perfez claro em seus motivos:

Deixar a carga da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.

Publicado o resultado do seu julgamento no Diário de Justiça Eletrônico ao primeiro dia de agosto de 2014, a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi, por maioria de votos, julgada procedente, sendo voto vencido o ministro Cezar Peluso, o qual proferiu voto no sentido de que, sendo a ação pública incondicionada, a vítima se sentiria deveras intimidada em dar a notícia-crime.

Não obstante a posição do ministro Peluso, tal argumento, caso prevalecesse, enfraqueceria sobremaneira a dimensão e o espírito da Lei Maria da Penha. Passar-se-ia a dar conotação diversa àquela pretendida pelo legislador, por possuir a indigitada lei indubitável intuito de proteger e afastar o agressor da vítima e estabelecer punições efetivas ao agente criminoso, sendo certo que com a inconstitucionalidade do dispositivo declarada pelo Supremo Tribunal Federal, há a direta inserção de freios inibitórios pessoais, preventivos para o agressor, evitando assim o cometimento de novos casos de violência.

Percebe-se, portanto, uma verdadeira mudança de paradigma com o advento da Lei Maria da Penha, uma vez que suas proteções abarcam os mais variados casos possíveis, bem como, ao ser julgada a ADI 4424, sua espécie de ação penal passou a ser a pública incondicionada, o que aumenta o caráter protetivo do diploma em debate e impossibilita que o agressor exerça pressões externas para sair impune ao delito cometido.

### 3. A Lei Maria da Penha e o princípio da isonomia

O presente capítulo objetiva analisar a compatibilidade entre o princípio da isonomia e a Lei Maria da Penha. Para tanto, analisar-se-á as funções dos princípios, bem como o da isonomia, de forma que se possibilite verificar se a Lei Maria da Penha desrespeita tal princípio constitucional.

#### 3.1 Algumas considerações sobre os princípios

O vocábulo princípio traz em seu bojo diversas conotações, sendo certo que sua análise é imprescindível para entender o tema em exposição.

Allaôr Caffé Alves (2011, p. 150) tece a seguinte definição:

Princípio, no sentido *ontológico*, é aquilo pelo que *a coisa existe*, e, no sentido *lógico*, é aquilo que nos dá a conhecer os conceitos, as proposições e as inferências de modo coerente,  *numa articulação ideal correta ou válida*. Os princípios, lógicos, portanto, bem refletidos, a par de sua natureza estruturadora do pensamento formal, são *dirigentes do conhecimento*. (grifos no original).

Em análise próxima de tal pensar, temos que os princípios, no ramo jurídico, são os carros-chefes, os pontos a serem alcançados por todo o ordenamento. Devem ser vistos como o eixo-motriz que impulsiona o processo legislativo e, via reflexa, enquadram-se e tornam-se os anseios, objetivos e perspectivas da sociedade.

Já em relação às funções dos princípios, pontua Robert Alexy (1994, p. 14):

[...] Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não depende só de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está determinado por meio de princípios e regras que jogam em sentido contrário.

Desta forma, uma vez que também está previsto dentro do ordenamento jurídico, tem-se que princípio é uma norma, igualmente às regras, porém com aplicações diversas.

Diferenciando regras e princípios, explicita o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2014, p. 85):

Os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto do que as regras. Próximo a esse critério, por vezes se fala também que a distinção se assentaria no grau de determinabilidade dos casos de aplicação da norma. Os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata.

Podemos concluir, assim, que enquanto as regras têm efeito imediato, certo e sabido frente à determinada situação, o princípio tem valor ponderativo sobre o tema, podendo ser a ele dado valor imensurável ou ínfimo, ainda que em conflito com outros princípios, diante do caso concreto.

A liberalidade do uso e apuração do valor do princípio é infinitamente maior do que o da regra, a qual por si só é fechada, restando-lhe a hermenêutica para seu melhor entendimento e aplicação.

Neste sentido, os princípios são os guias dos institutos jurídicos, devendo servir de parâmetro para a edição, interpretação e aplicação doutras normas jurídicas.

Nota-se que a atuação do princípio é de ser o objetivo valorável maior em um sistema jurídico, perfazendo meta sistêmica seu conjunto, em consequente inviabilidade das regras que contrariem seus preceitos.

Tais entendimentos serão essenciais para, no tópico adiante, verificar a compatibilidade da Lei Maria da Penha com o princípio da isonomia.

### 3.2 Constitucionalidade ou inconstitucionalidade?

Com o advento da Lei Maria da Penha iniciou-se uma forte discussão a respeito de sua inconstitucionalidade. Porém, antes de entrarmos nesse embate, devemos, primeiramente, saber o que é uma lei inconstitucional. Segundo José Joaquim Gomes Canotillo (2007, p. 878) “inconstitucional é toda a lei que viola os preceitos constitucionais”.

Tendo em vista o conceito em questão, surge uma dúvida. Ao tratar homense mulheres de maneira diversa, a Lei Maria da Penha iria contra o preceito constitucional do princípio da isonomia previsto no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna?

Essa pergunta, enquanto realizada sobre diversos valores presentes no bojo do princípio da isonomia, pode levar às mais variadas respostas.

Caso argumente-se que o homem também pode ser vítima da violência, neste caso, existiria a possibilidade de considerá-la inconstitucional, uma vez que tutelaria a mesma situação, em função apenas da inversão de papéis dos agentes, de forma diversa.

Construir um discurso eloquente no qual o princípio insculpido na Constituição Federal considera homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, o que impossibilitaria que a Lei Maria da Penha em sua redação tutelasse apenas o direito das mulheres, é simples, contudo, superficial.

Todos os direitos fundamentais, o que inclui o próprio princípio da isonomia, são interpretados e moldados conforme os anseios e necessidades sociais na busca por uma sociedade mais fraterna.

Neste sentido, ao visualizar a possibilidade de caráter discriminatório, ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p.17), que “[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.”

É certo que o princípio da igualdade tem como objetivo precípua prover os anseios da sociedade para a promoção de uma sociedade mais justa e fraterna, não sendo outra a razão da necessidade da Lei Maria da Penha.

O Estado não poderia continuar cego às agressões sofridas por milhares de mulheres, historicamente subjulgadas por seu gênero, conforme, aliás, narrado no início da exposição.

Contrariar fatos discriminatórios históricos, desta forma, sem punição efetiva àqueles que viessem a cometer crimes de violência doméstica contra a mulher, criaria um Estado cada vez mais afastado da sociedade, e um Estado longe da sociedade torna-se oco, engessado e ineficaz.

Não obstante tais afirmações, Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p.21) assevera que existem três questões para a “identificação do desrespeito à isonomia”, *in verbis*:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Desta feita, é necessário analisar: a) a necessidade do critério discriminador;

b) a ligação direta entre o supracitado critério e as consequências de sua não- instauração e; c) o ordenamento jurídico dá azo para que o critério discriminador seja efetivado?

Surge, então, o critério discriminador pela lógica exceção da generalidade, devendo ser tal critério erigido com base nas diferenciações de uma coletividade que a tornam, por fatores únicos e determinados (no tema em apreço, o gênero feminino) hipossuficientes perante situações pré-concebidas (a agressão doméstica).

Falar em igualdade não significa, portanto, apenas e tão somente, pressupor sua existência, mas, na verdade, buscar instrumentos que a concretizem e possibilitem sua existência no plano formal e material.

A Lei Maria da Penha é apenas um instrumento na busca de tal igualdade, assim como também são os Estatutos do Idoso e o da Criança e do Adolescente. Em função de todas as barreiras que estes grupos ainda enfrentam na sociedade e da peculiaridade dos seus interesses envolvidos, tais legislações nada mais são do que instrumentos de concretização do princípio da isonomia, assim como também é a Lei 11.340/06.

Ao visualizar a Lei Maria da Penha sob o prisma que até aqui foi traçado, significa também perceber a impossibilidade de sua aplicação analógica aos homens.

A seara penal não admite a utilização da analogia para agravar a situação do acusado. Portanto, uma vez que a Lei Maria da Penha possua punições mais graves que o Código Penal, não pode ser utilizada quando a mulher for a agressora.

O primeiro argumento, até para quem entenda pela inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, parece válido, uma vez que a seara penal busca sempre as interpretações mais benéficas para o réu.

Olvidar da necessidade e da constitucionalidade do *discrímen* utilizado na Lei Maria da Penha, ofenderia não só o princípio da igualdade, mas desprestigiaria sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em função das considerações aqui traçadas, não seria possível inserir o homem no bojo da Lei Maria da Penha, uma vez que tal legislação materializa o princípio da isonomia. Caso tal hipótese seja, algum dia, realizada, enquanto não exista um modelo social que possibilite uma verdadeira igualdade entre homens e mulheres, estaria eivada de inconstitucionalidade, uma vez que não vislumbraria os valores históricos que originaram o diploma em análise.

### **Proposições conclusivas**

A Lei Maria da Penha surgiu para tentar proteger a mulher vítima de violência dentro de uma relação afetiva, mesmo que inexistia coabitação, procurando protegê-las, independentemente da opção sexual.

Em função deste caráter extensivo e do aumento da punição para os homens, a Lei 11.340/06 poderia ser considerada inconstitucional por supostamente violar o princípio da isonomia. Todavia, diferentemente desta primeira impressão, deve-se perceber que tal legislação apenas busca consagrar a igualdade tanto no plano material quanto formal, de forma que está em consonância com os preceitos previstos dentro do ordenamento.

Ademais, em função do caráter histórico que levou ao seu surgimento, não seria possível, enquanto não exista um modelo social que possibilite uma verdadeira igualdade entre homens e mulheres, a ampliação da legislação para inserir o homem em seu bojo.

### **Referências bibliográficas**

ALEXY, Robert. **Derecho y razon practica**. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ALVES, Allaor Caffé. **Lógica. Pensamento Formal e Argumentação**. 5. ed. São Paulo:Quartier Latin, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria daConstituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed., 19. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PELICANI, Rosa Benites. A Lei Maria da penha e o princípio da igualdade - interpretação conforme a Constituição. **Revista da Faculdade de Direito.** 2009.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Comentários à nova lei de tóxicos e lei Maria da Penha: violência doméstica.** São Paulo: Imperium Editora, 2007.