

Enfoques sobre o Julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 2007.023422-4
(Inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha)

No dia 26 de Setembro de 2007 a 2º Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade, declarou por via incidental a inconstitucionalidade da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei “Maria da Penha.”

Para os leigos da área jurídica, convém esclarecer que a lei em comento tem os seguintes objetivos: “criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher (...); e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar” (art.1º).

O acórdão de relatoria do eminente Desembargador Romero Osme Dias Lopes, magistrado reconhecido publicamente pela inteligência e pelos dotes intelectuais que possui, veio amparado por respeitáveis fundamentos que embasaram a tese de inconstitucionalidade, porém, com a devida vênia, não podemos concordar.

Noticia a ementa do aresto: “A lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está contaminada por vício de inconstitucionalidade, posto que não atende a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art.3º, IV da CF), bem como por infringir os princípios da igualdade e proporcionalidade (art.5º, II e XLVI, 2º parte, respectivamente).”

Antes de entrarmos no cerne da questão, cumpre-nos apontar vícios formais, que na nossa ótica, maculam a eficácia do *decisum* e que, caso não sejam sanados antes da abertura dos prazos recursais, culminará em nulidade absoluta do julgamento.

Institui o art. 97 da Constituição Federal a chamada cláusula de reserva de plenário: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

A leitura do dispositivo supra é clara e dispensa pormenores, atribuindo competência ao plenário do Tribunal ou órgão especial para julgar questões relativas à inconstitucionalidade de lei. Esse é justamente o caso do Recurso em sentido estrito nº 2007.023422-4, onde se auferiu que a lei 11.340/06 é inconstitucional. Pergunta-se: o julgamento da 2º Turma Criminal teria eficácia caso o órgão plenário do Tribunal não se manifestasse acerca da matéria?

Entendemos que a resposta inclina-se pela negativa, de sorte que a Turma Criminal não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da Lei em questão, assim deveria o órgão fracionário, acolhendo a referida incompatibilidade da lei ordinária com os preceitos constitucionais, remeter a questão ao Tribunal Pleno para que os 25 integrantes do TJ/MS se manifestassem, e somente após um *quorum* de 13 Desembargadores (maioria absoluta) optando pela inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, é que esse aresto da 2º Turma produziria os efeitos jurídicos pretendidos.

Nesse sentido, leciona Alexandre de Moraes: “*A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada de órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão ao art.97 da Constituição Federal.*”¹

¹ Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. Ed. Atlas. 2006. pg.638

Da mesma forma, Uadi Lammêgo Bulos: *“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é forte ao prospectar que o desrespeito à cláusula de reserva de plenário acarreta a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, partindo de órgão meramente fracionário, tenha declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal”* (STF, RTJ, 135:29, RTJ 58/499; RTJ 71/233; RTJ 110/226, entre outras).²

O autor supra ainda cita o caso do RE 140.948/PE, recurso extraordinário que foi interposto contra acórdão proferido por turma do Tribunal Regional Federal da 4º Região que, com base em declaração de inconstitucionalidade considerou determinado dispositivo de lei inconstitucional, sem que houvesse prévia manifestação do plenário do TRF 4º Região. “O recurso extraordinário foi conhecido e provido para determinar que o acolhimento da alegação de inconstitucionalidade fosse submetido ao Tribunal Pleno.”³

Somente em duas hipóteses poderia a 2º Turma do TJ/MS declarar a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha por si, ou seja, sem a análise do Tribunal pleno, casuísticas excepcionais previstas no § único do art.482 do CPC quando: o próprio plenário do Tribunal já houver apreciado a questão em outro processo ou o pleno do STF já tenha decidido sobre o assunto.

No que tange à alegada agressão ao princípio da igualdade, não podemos concordar que a lei 11.340/2006 possa estar maculada de inconstitucionalidade como pretende o comando decisório do acórdão.

O art. 5º da Constituição Federal denuncia o mais belo dos princípios constitucionais: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, em seguida o inciso I elucida: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Pergunta-se, a lei 11.340/06 que assegura um tratamento diferenciado para mulher que sofrer violência doméstica e familiar, estabelecendo medidas especiais à tutela do sexo feminino, fere o princípio da isonomia?

Uma leitura perfunctória do art. 5º aparentemente indicaria que a famigerada lei Maria da Penha privilegiaria a mulher em detrimento do homem, lesionando uma igualdade formal entre os sexos, já que o inciso I reza que “homens e mulheres são iguais”.

Para o direito, isonomia tem uma conotação muito mais ampla que a simples leitura do termo igualdade. Como todo operador do direito sabe, em termos de isonomia, se invoca a célebre lição de Rui Barbosa inspirado em Aristóteles “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade”, tal é o conceito de igualdade substancial.

Para assegurar a dita igualdade substancial de forma efetiva o legislador regulamenta, de forma abstrata e genérica, fatos que porventura possam desequilibrar a relação de igualdade existentes entre as pessoas, já que o Estado deve cumprir os preceitos do ordenamento jurídico e impedir que as partes mais fracas sucumbam.

Todos sabem que a mulher a cada dia ganha seu espaço no mercado de trabalho e já ocupa cargos importantes na estrutura estatal, mas será que ela já está em condições de igualdade com o sexo oposto?

Mais uma vez cremos que a resposta é negativa. Constata-se que ainda há uma péssima distribuição de renda entre os sexos. Em pesquisa rápida feita no *site* “google” constatamos que o salário da mulher equivale a apenas 65% do salário do homem.

² Bulos, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. Saraiva. 2005. pg.961.

³ idem.

Assim, deve o direito intervir toda vez que a balança da justiça estiver pendendo para um dos lados. Um exemplo clássico da tentativa de equilibrar a relação homem e mulher é o art.100, inciso I do Código de Processo Civil que atribui competência de foro do domicílio da mulher para a ação de separação e anulação de casamento, dispositivo soberbamente reconhecido pela doutrina que de inconstitucional nada tem.

Com a palavra o Professor da PUC/SP Nelson Nery Jr: “No caso do CPC, item I, há presunção *iuris tantum* de que a parte débil é a mulher, presunção essa que pode ceder diante de prova em contrário, o que deverá ser feito pelo marido-réu”. E ainda: “a hipótese é de tratar desigualmente partes desiguais, vale dizer, de discriminação justa, permitida pela CF, 5º, I.”⁴

No entanto, a lei declarada inconstitucional pela 2º Turma do TJ/MS tutela a violência doméstica que sofre a mulher. Como estamos nos utilizando do método socrático, mais uma vez indaga-se: Na relação familiar, fisicamente falando, quem é mais forte, o homem ou mulher?

A pergunta dispensa resposta. A disparidade física entre os sexos é tão notória que a própria Constituição Federal reconhece a hipossuficiência física da mulher ao estabelecer para ela prazos mais exíguos para efeitos de aposentadoria proporcional com relação ao homem. (CF/88 art. 40, § 1º, item III, alíneas “a” e “b”).

O mesmo raciocínio se extrai quanto ao Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) que protege a situação dos maiores de sessenta anos, ao Código de Defesa do Consumidor que defende o consumidor nas relações consumeristas frente ao fornecedor etc.

Assim, há uma presunção *iuris tantum* - que admite prova em contrário, que a mulher é mais frágil na relação doméstica e familiar e que, partindo desta premissa, a Lei Maria da Penha é uma ação afirmativa do legislador para conter esse desequilíbrio que é notável pelos fatos ordinários que vemos no cotidiano da sociedade brasileira, haja vista as freqüentes notícias de espancamento às mulheres de camada social mais baixa.

Por fim, a inconstitucionalidade só poderia ser averiguada caso a caso e não da maneira genérica como pretende o aresto, e aqui não estamos falando de controle de constitucionalidade abstrato por via de ação ou concreto por via de exceção. Os dispositivos da lei 11.340/2006 são constitucionais e ao invés de agredir a isonomia vem para dar-lhe substância.

Só seria inconstitucional a aplicação da lei 11.340/2006 em situações concretas que a dita hipossuficiência visada pelo legislador não exista e a parte protegida não necessita de tratamento legal diferenciado. Como no exemplo a seguir: Resolvo me casar com a judoca Edinanci, lógico que nessas horas o bom senso humano deve prevalecer e não ousaria contrariá-la, mas se assim o fizesse e ela entrasse em luta corporal comigo, havendo notícia do fato delituoso, existindo agressão contra ela (quase impossível diante do meu porte físico), eu seria processado no juizado especializado em violência à mulher ou vara criminal (enquanto não existir os juzados especializados), poderia, em tese, ser afastado do meu lar, impedido de ver meus filhos, ter uma prisão preventiva decretada e ainda, caso condenado, não poderia gozar das penas restritivas de direito.

Nessa casuística a lei é inconstitucional e não pode ser aplicada.

Stheven O. Razuk
Advogado.

⁴ Junior, Nelson Nery. Código de Processo Civil Comentado. Ed.Revista dos Tribunais. 2006. pg.308