

**Violência doméstica - Lei Maria da Penha -
Discriminação - Princípio da isonomia -
Garantia constitucional - Lei nº 11.340/2006 -
Aplicação extensiva - Admissibilidade -
Inconstitucionalidade afastada**

Ementa: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Inconstitucionalidade suscitada pelo Juízo de 1º grau como óbice à análise de medidas assecuratórias requeridas. Discriminação inconstitucional que se resolve a favor da manutenção da norma, afastando-se a discriminação. Afastamento do óbice para a análise do pedido.

- A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, I, c/c o art. 226, § 8º, da Constituição Federal não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, mas tão-somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso, não sendo, portanto, possível a simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de quaisquer das medidas nela previstas, porque o art. 5º, I, c/c o art. 22, I, e art. 226, § 8º, todos da Constituição Federal se compatibilizam e se harmonizam, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres como para homens em situação de risco ou de violência decorrente da relação familiar.

- Inviável, por isso mesmo, a solução jurisdicional que afastou a análise de pedido de imposição de medidas assecuratórias em face da só inconstitucionalidade da legislação em comento, mormente porque o art. 33 da referida norma de contenção acomete a análise ao Juízo Criminal com prioridade, sendo-lhe lícito determinar as provas que entender pertinentes e necessárias para a completa solução dos pedidos.

Recurso provido para afastar o óbice.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.07.240510-9/001 -
Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Ministério Público
do Estado de Minas Gerais - Apelado: Virgílio Pereira de
Brito - Relator: DES. JUDIMAR BIBER**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,

incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2008. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Inconformado com a decisão que afastou providências pretendidas de aplicação de medida, com base na incidência da Lei Federal 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), apelou a acusação, a fim de afastar o fundamento de inconstitucionalidade decorrente da decisão que se afastou da aplicação da referida norma de contenção, para obter as medidas suscitadas no Juízo, decorrentes dos arts. 1º ao 9º; 10, parágrafo único; 11, V; 12, III; 13; 14; 18; 19; 22; 23; 24; 30 ao 40; todos da referida norma de contenção.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado, às f. 47/52.

Nesta Instância Revisora (f. 56/58), a douta Procuradoria-Geral do Estado opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Passo ao voto.

De início, em preliminar, ressalto que o pretendido conhecimento do recurso, com base no art. 593, II, do Código de Processo Penal, suscitaria decisão definitiva, ou com força de definitiva, a respeito do tema objeto do recurso, e, malgrado o pronunciamento do ilustre Magistrado não tenha colocado fim ao processo, mas simplesmente determinado a sua devolução à autoridade policial para prosseguimento do inquérito, o fato é que afastou, definitivamente, a vigência das disposições constantes da Lei Federal 11.340/2006, por considerar inconstitucionais suas disposições, de modo que não há dúvida de que afastou, definitivamente, a possibilidade não apenas das medidas assecuratórias, mas das próprias imposições decorrentes da referida norma de contenção.

Portanto, não há dúvida de que o recurso de apelação se mostra viável para obter o conhecimento da medida assecuratória, mesmo porque, afastada a virtual inconstitucionalidade suscitada pela decisão, restaria ao Juízo a análise das medidas assecuratórias requeridas, que foram afastadas com base na sustentada inconstitucionalidade.

Por outro lado, a sustentação declinada na culta decisão hostilizada suscita a possibilidade de obtenção da mesma medida no Juízo Cível, de modo a contrariar a competência fixada no art. 33 da Lei Federal 11.340/2006, expressamente acometida ao Juízo Criminal, ficando patente que o silêncio a respeito do tema neste Tribunal suscitará a completa impossibilidade de obtenção daquela medida, porque, seja como for, o só acometimento da competência ao Juízo que suscita a inconstitucionalidade tomaria foros de decisão definitiva.

Logo, seja como for, conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade, nos termos do art. 593, II, do Código de Processo Penal.

No mérito, pretende o representante do Ministério Público afastar a inconstitucionalidade sustentada pelo culto Juízo de 1º grau, a fim de obter um provimento jurisdicional sobre os pedidos de medidas assecuratórias urgentes à vítima.

A pretensa invalidade da Lei Federal 11.340/2006, que é denominada Lei Maria da Penha, a meu aviso, não suscita qualquer inconstitucionalidade formal, mas tão-somente cria uma discriminação inconstitucional capaz de ser resolvida de forma escorreita pela equiparação das situações entre homens e mulheres.

É que não há dúvida de que o art. 226, § 8º, da Constituição Federal impõe ao legislador a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, de modo a dar sustentação à própria existência da legislação editada.

As ponderações preliminares do culto Juízo de 1º grau a respeito de condições religiosas, históricas, filosóficas, éticas e morais a darem sustentação às disposições legisladas não me parecem próprias como fundamentos a justificarem o afastamento da própria disposição legislada.

Na verdade, a Constituição Federal, ao adotar a liberdade religiosa como conteúdo emblemático de suas disposições, não autoriza o aplicador da lei a buscar como fundamento válido para a sustentação da norma jurídica um específico fundamento religioso a afastar uma determinada imposição legislativa, mesmo que entenda o Magistrado que tais considerações teriam sustentação histórica, filosófica ou moral.

De outro lado, não me parece conveniente que a invocação preambular de Deus na norma constitucional possa suscitara a condição herética de uma determinada postura legislativa, até porque não vislumbro como seja possível adotar as virtuais condições bíblicas para dar sustentação às normas produzidas pelo Estado brasileiro, que, na verdade, não possui um alinhamento religioso específico a dar condução às disposições do direito constitucional positivo.

Não há uma lógica religiosa intrínseca a sustentar uma visão a respeito da igualdade entre homens e mulheres, porque o contexto histórico, em que foram forjadas as condições bíblicas, já desautorizaria a invocação de virtuais descompassos da norma de contenção criada com os ensinamentos seculares religiosos, uma vez que a igualdade jurídica só foi forjada após milênios de lutas.

A só diversidade do momento em que se forjaram determinadas verdades de prevalência do elemento masculino sobre o feminino já justificaria a idéia de que as considerações religiosas, filosóficas ou históricas não dariam qualquer justificativa para a dominação declinada como condição naturalmente aceita e querida por

Deus, porquanto há muito já não mais se aceita a idéia de que o Estado tenha uma efetiva escora ou sustentação religiosa, se não sustentação na própria ordem jurídica que lhe dá lineamento e forja um sistema de freios e contrapesos para que o poder seja uma possibilidade limitada e respeite um mínimo de direitos dos cidadãos.

As modernas justificações constitucionais não se fundam nas disposições religiosas, mas no próprio ordenamento jurídico positivo, cujo lineamento é feito pela lei em sentido formal.

Não seria mesmo possível sustentar como fundamento válido uma posição religiosa, muito menos a religião cristã a única a suscitar o lineamento da ação humana.

As virtuais tendências religiosas do aplicador da lei, nesse contexto, são literalmente irrelevantes para fins de aferir a conformação entre a norma produzida e a norma fundamental.

Não posso deixar de anotar que a conotação de prevalência do universo masculino sobre o feminino, declinada no despacho produzido, é a mais pura negação do direito de igualdade jurídica entre homens e mulheres e literal afronta à própria condição constitucional positivada, não havendo mesmo uma sustentação filosófica, lógica ou axiológica, capaz de justificar tal predomínio.

Na verdade, pedindo escusas ao Juízo, o despacho exarado é impregnado de preconceitos religiosos absolutamente inconsistentes, porque forjados por uma visão cristã do início dos tempos, cujas verdades estão literalmente ultrapassadas pelas conquistas históricas e justificações filosóficas a respeito da igualdade formal dos direitos entre homens e mulheres, de modo a não justificar, sequer, a idéia de que haveria fundamento a sustentar as improdutivas considerações que se extraem daquela decisão.

Não me parece que o ilustre Magistrado tenha efetivamente tentado alcançar o espírito da norma constitucional que firmou a condição de igualdade jurídica entre homens e mulheres, pelo contrário, o que vejo do despacho produzido é a literal negação dessa mesma igualdade e a sustentação de uma posição axiológica sobre a mulher um tanto canhestra, mesmo porque procura sustentação de um domínio masculino na própria condição da mulher, quando a norma de contenção procura a igualdade formal de direitos entre ambos.

Penso que tais considerações, cujo conteúdo repeto de ordem pessoal, não serviriam, de forma alguma, para sustentar, ou mesmo justificar, a virtual inconstitucionalidade da norma produzida, antes pelo contrário.

Acredite ou não na igualdade de direitos entre homens e mulheres, ao Juízo não é dado interpretar a lei fundamental com bases religiosas ou direções internas, mas com base na ordem jurídica vigente, e essa ordem jurídico-constitucional é específica em declinar a condição de igualdade de direitos entre homens e mulheres, no art. 5º, I, da Constituição Federal.

Não me parece justificativa plausível, para o afastamento legislativo, a existência de razões religiosas, históricas ou filosóficas a darem sustentação a uma verdade que estaria expressamente prevista na norma constitucional, porque ao magistrado não se confere o poder de subtrair-se ao ordenamento jurídico, se não nas hipóteses discricionárias ou de colisão da norma com o modelo constitucional vigente, devendo aplicá-las, ainda que não concorde com o conteúdo normativo dela latente ou iminente, mesmo que não se alinhe intimamente à posição axiológica que dela decorra e mesmo que suas próprias convicções religiosas recomendem aplicação diversa.

Nesse contexto, o que resta saber é se a inconstitucionalidade declinada como motivo determinante para afastar o pedido de medidas assecuratórias requerido teria sustentação jurídico-formal, porque a assertiva de que a discriminação criada entre homens e mulheres na norma em comento seria óbice absoluto para sua aplicação parece conflitar com a idéia de que a norma constitucional, ao criar uma discriminação, possa manter efeitos gerais de seu conteúdo sem discriminação possível quando outorgar benesse legítima.

É que não há dúvida de que o art. 226, § 8º, da Constituição Federal autorizou a criação de mecanismos capazes de coibir a violência no âmbito das relações familiares, de modo a autorizar a conclusão de que conferiu ao Poder Legislativo a possibilidade de criação de uma norma específica capaz de garantir as condições de cancelar determinadas situações cautelares a serem providas pelo Poder Judiciário.

Desse modo, não há dúvida de que a Lei Maria da Penha - Lei Federal 11.340/2006 - teria outorgado, de forma legítima, os mecanismos capazes de coibir a violência no âmbito das relações familiares, restringindo, no entanto, tais benefícios às mulheres, incidindo, portanto, em virtual inconstitucionalidade em virtude do princípio da isonomia.

Nesse contexto, não vejo dúvida, assim como o culto Juízo, de que a norma em cotejo suscitaria uma situação de discriminação de direitos entre homens e mulheres, ao fixar o âmbito subjetivo a gerar a violência doméstica às mulheres, por afastamento de sua aplicação aos homens em igual situação, o que fica patente já no art. 1º da Lei Federal 11.340/2006, cuja redação é a seguinte:

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

A referência do âmbito da aplicação legislativa, no entanto, sugere a existência de uma inconstitucionalidade formal de fácil solução, porque não há dúvida de que a norma constitucional possibilita a criação de mecanismos capazes de coibir violência nas relações familiares ou domésticas, cuja competência foi cometida ao Poder Legislativo particularmente, de modo a possibilitar o seu exercício para cancelar legitimamente o benefício previsto para análise do Poder Judiciário.

Entretanto, se vislumbro a discriminação inconstitucional, não me ponho de acordo com as ponderações do culto Juízo de 1º grau, no sentido de que a inconstitucionalidade referenciada conduziria ao afastamento da própria legislação do ordenamento jurídico.

Defendo, aliás, a lúcida posição do mestre José Afonso da Silva, que pontifica:

Há duas formas de se cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. Contudo, o ato é constitucional, é legítimo ao outorgar o benefício a quem o fez. Decretá-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso (*Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 208).

Ora, se a norma constitucional garante não apenas a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5º, I), cria a necessidade de o Estado coibir a violência no âmbito de relações familiares (art. 226, § 8º) e confere competência legislativa à União para legislar sobre direito penal e processual penal (no art. 22, I), não há dúvida de que a Lei Federal 11.340/2006 deve ser interpretada, afastando-se a discriminação criada e não negando vigência à norma por inconstitucionalidade que é facilmente superada pelo só afastamento da condição pessoal de mulher nela existente.

Basta ao intérprete afastar a condição pessoal de mulher em situação de risco doméstico, suscitada na sua criação, para que não haja qualquer inconstitucionalidade possível, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças.

A leitura da Lei Federal 11.340/2006, sem a discriminação criada, não apresenta qualquer mácula de inconstitucionalidade, bastando afastar as disposições qualificadoras de violência doméstica à mulher para violência doméstica a qualquer indivíduo da relação familiar, a fim de que sejam plenamente lícitas suas disposições.

Nesse contexto, inexistente a condição de inconstitucionalidade decorrente da discriminação produzida, mas tão-somente uma imposição inconstitucional, que deve ser suplantada pelo intérprete, equiparando as condições de homem e mulher, de modo a permitir a análise da pretensão, que é da competência do Juízo que afastou a incidência da norma.

Isso porque, conquanto o ilustre Juízo pretenda afastar a competência criminal para o conhecimento e deslinde do tema proposto, o art. 33 da Lei Federal 11.340/2006 é taxativo em consignar a prevalência da competência criminal para a análise e deslinde do tema, até que venham as varas especializadas, ao firmar:

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar [...], as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar [...], observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente (supressões nossas).

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no *caput*.

Logo, não vejo como manter a decisão hostilizada, sendo o caso de dar procedência à pretensão para que o Juízo avalie a possibilidade, ou a necessidade das medidas assecuratórias pretendidas pela vítima, sob pena de estar o Poder Judiciário se furtando ao próprio monopólio jurisdicional que lhe foi cometido na norma constitucional.

Aliás, o meio de acatamento previsto na referida norma de contenção busca, como razão teleológica, afastar exatamente a absoluta inércia do Estado para com os riscos inerentes da proximidade das relações familiares e suas conseqüências violentas mais imediatas, propiciando meios capazes de tornar a jurisdição meio eficaz para arrostar o mau que invariavelmente acometia as vítimas de violência doméstica, não mais sendo possível cruzar os braços para se esperar uma efetiva ação do agente contra seus familiares, o que presidia a análise dos pedidos de acatamento antes da existência da Lei Federal 11.340/2006.

Poder-se-ia objetar que a decisão aqui produzida deveria, por reconhecer a constitucionalidade da norma de contenção, fixar os virtuais direitos dela decorrentes, mas o fato é que a negativa da prestação jurisdicional de 1ª instância não habilita o julgamento, sob pena de supressão de instância.

Se o óbice material para a análise do pedido foi afastado, o caso será de devolver ao Juízo de 1º grau a sua plena jurisdição para o deslinde da possibilidade ou não de acatamento das medidas pretendidas com base na própria Lei Federal 11.340/2006, porque, de outra forma, estará o Tribunal avançando na competência jurisdicional de 1º grau.

De outro lado, mais prudente será aguardar a decisão de 1º grau, porque mais próximo aos fatos e às circunstâncias que derivam do processo, não me parecendo qualquer afronta à independência jurisdicional o só afastamento da inconstitucionalidade que propiciaria a análise do pedido acautelatório, até porque é sempre possível que o Juízo determine estudos e provas antes da análise da pretensão postulada, o que seria inviável neste Tribunal.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ministerial, para afastar o óbice de inconstitucionalidade à análise das medidas assecuratórias pretendidas pela vítima, com base na Lei Federal 11.340/2006, determinando a devolução dos autos ao Juízo Criminal competente para que exerça sua jurisdição após a determinação dos estudos e provas que entender convenientes à análise da pretensão postulada.

Custas, pelo apelado, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDELBERTO SANTIAGO e MÁRCIA MILANEZ.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...