


2.f

ADC 19 - 3/610


SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenação de
Processamento Juicial
19/12/2007 18:52 207581


EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA-PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“Segundo dados da Unicef, ‘no Mundo faltam cerca de 60 milhões de mulheres que foram abortadas por serem seres femininos, assassinadas quando bebês pelo mesmo motivo ou morreram vítimas de maus-tratos’. Em 79 países, a violência contra as mulheres não é punida. No contexto Europeu, apenas cinco por cento dos casos chegam à polícia, mas estima-se que uma em cada cinco mulheres seja agredida pelo parceiro masculino. Aliás, 25% de todos os crimes violentos registrados na União Européia foram cometidos por um homem contra a sua mulher ou companheira. Os dados tornam-se ainda mais catastróficos quando o Conselho da Europa, na Recomendação n.º 1582/2002, indica que ‘a violência contra as mulheres no espaço doméstico é a maior causa de morte e invalidez entre mulheres dos 16 aos 44 anos, ultrapassando o cancro, acidentes de aviação e até a guerra’.”¹

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, representado pelo Advogado-Geral da União (art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995, com a redação dada pela MP nº 2.216-37, de 2001), com fundamento no disposto no art. 103, I, da Constituição Federal, bem como na Lei nº 9.868, de 1999, vem, perante essa Suprema Corte, ajuizar

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

com pedido de medida cautelar, tendo por objeto os artigos 1º, 33 e 41 da Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida por “Lei Maria da Penha”; fazendo-o pelos fundamentos a seguir expostos.

¹ Texto disponível em http://www2.dce.ua.pt/caipi/DOCU/Violencia_Domestica.pdf. Acesso em 20/11/2007.



I. DO OBJETO DA AÇÃO

A presente ação tem por objeto a declaração de constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em consonância com o § 8º do art. 226 da Constituição Federal, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres² e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher³; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e dá outras providências. Os artigos mencionados possuem o seguinte teor:

“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.

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

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

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

² Promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

³ Ratificada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

II. DO CABIMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A legitimidade para a propositura da presente ação encontra fundamento no art. 103, inciso I, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45.

Além disso, cabe demonstrar a controvérsia judicial sobre a aplicação da norma, uma vez que a ação declaratória de constitucionalidade visa resguardar a ordem jurídica constitucional, de modo a afastar o estado de incerteza ou insegurança jurídica sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, nos termos do art. 14, III, da Lei nº 9.868/99⁴.

Assim, cumpre salientar que alguns juízos e Tribunais têm afastado a aplicação da “Lei Maria da Penha”, por reputá-la inconstitucional, supostamente em virtude de afronta (i) ao princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF⁵); (ii) à competência atribuída aos Estados para fixar a organização judiciária local (art. 125, § 1º c/c Art. 96, II, “d”⁶); e (iii) à competência dos juizados especiais (art. 98, I, da CF⁷).

⁴ Lei nº 9.868/99:

“Art. 14. A petição inicial indicará:

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.”

⁵ CF/88:

“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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

⁶ CF/88:

“Art. 96. Compete privativamente:

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.”

⁷ CF/88:

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:



5f

Nesse sentido, recentemente a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul declarou a inconstitucionalidade da supracitada lei, sob alegação de ofensa ao princípio da igualdade entre homens e mulheres. Confira-se:

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE – DECISÃO MANTIDA – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – IMPROVIDO.

A Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está contaminada por vício de inconstitucionalidade, visto que não atende a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, da CF), bem como por infringir os princípios da igualdade e da proporcionalidade (art. 5º, II e XLVI, 2ª parte, respectivamente). Assim, provê-se o recurso ministerial, a fim de manter a decisão que declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 11.340/2006, determinando-se a competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar o feito.”⁸ (Negritou-se).

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁹ afirmou a inconstitucionalidade do artigo 33 da Lei nº 11.340/2006, por suposta afronta ao art. 125, § 1º, da Constituição Federal, *verbis*:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Competência racione materiae. Juízo da 2ª Vara Cível (com competência criminal adjunta) x Juízo da 1ª Vara Cível (com competência exclusivamente extra-penal). Separação de Corpos c/ pedido de afastamento do companheiro em virtude da prática de Violência Doméstica. Lei

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

⁸ TJMS, Segunda Turma Criminal, Recurso em Sentido Estrito nº 2007.023422-4/0000-00, Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, acórdão proferido em 26.9.2007.

⁹ TJRJ, Oitava Câmara Cível, Conflito de Competência nº 2007.008.00568, Des. Orlando Secco, Julgamento: 01/11/2007.



6A

11340/06 (Lei Maria da Penha Arts. 22,II e 23,IV). Prerrogativa legal para a prática de ato jurisdicional de natureza cível (família), fundado na prática de infração penal regulamentada em Lei Especial que prevê norma transitória relativa à organização judiciária, determinando a competência provisória dos Juízos criminais para o exame e julgamento da matéria enquanto não instalados os Juizados Especiais próprios (Art. 33, Lei 11340/06). Aviso 42/2006-TJERJ que propõe a invalidade da norma em função do vício de inconstitucionalidade frente ao disposto no Art. 125,§1º,CF, que prevê competência estadual para a matéria. Separação de Corpos que se consubstancia em provimento jurisdicional preventivo de nítida natureza cível, ainda que fundado na prática de infração penal. Art. 33, Lei 11340/06 que, além da aparente inconstitucionalidade, preconiza subversão dos critérios lógico-sistemáticos de fixação da competência dispostos no CODJERJ. Conflito negativo manifestamente procedente, inclusive, pelo fato de que a norma de transição em tela (Art. 33 da Lei 11340/06) já se encontra superada no que toca à estrutura organizacional deste estado, em função da criação e instalação dos Juizados de Violência Doméstica. Inteligência conjunta dos Arts. 84, caput e 85, I, g c/c 149, IV, CODJERJ, que aponta expressamente a competência do Juízo da 1ª Vara Cível para a matéria sub examen. Competência do Juízo suscitado (1ª Vara Cível de Saquarema). Provimento liminar do Conflito.” (Negritou-se).

A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁰, por sua vez, afastou “a condição pessoal restritiva de sua aplicação às mulheres, 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 saber:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06) - JUIZADO ESPECIAL E JUSTIÇA COMUM - ART. 33 E ART. 41 DA LEI 11.340/06 - INCONSTITUCIONALIDADE - INEXISTÊNCIA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. Se o art. 198, I, da Constituição Federal, estabelece a competência do Juizado Especial para os crimes de menor potencial ofensivo que foram definidos pela Lei Federal 9.099/95 e suas modificações posteriores, seria mesmo um contra-senso argüir a inconstitucionalidade da Lei Federal 11.340/06 na parte que afasta o menor potencial aos delitos cometidos com violência doméstica

¹⁰ No mesmo sentido, confira-se: TJMG, 1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0672.07.244893-5/001(1), Relator Des. JUDIMAR BIBER, acórdão publicado em 14/08/2007.

Biber

ou familiar, porque ambas são normas de igual hierarquia, a primeira geral e a segunda derogante para excepcionar o âmbito de atuação do Juizado, sendo certo que a só exceção já importaria na distribuição da ação à Justiça Comum, mesmo quando o delito noticiado seja contravenção penal, porque o contexto do art. 41, só pode ser interpretado no âmbito da atuação da própria norma de contenção, dentro da tutela suscitada pelo art. 7º, I a IV, da própria Lei Maria da Penha que abarca todos os tipos de violência. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL - TUTELA LEGÍTIMA - APLICAÇÃO GERAL - SOLUÇÃO. Se a norma constitucional garante não apenas a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5º, I), mas 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 11.340/06 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 restritiva de sua aplicação às mulheres, 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. Competência do Juízo Suscitante.¹¹ (Negritou-se).

Nota-se, no precedente acima, que, embora não se tenha declarado de forma direta e incisiva a inconstitucionalidade da norma, aquela Câmara Criminal adotou medida equivalente, ao estender os efeitos da lei aos homens, o que somente seria possível em “*interpretação conforme a Constituição*”, desde que houvesse dúvida acerca do sentido da expressão “mulher”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no que se refere às contravenções penais, afastou a aplicação da Lei nº 11.340/2006¹², *verbis*:

“PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. LEI MARIA DA PENHA. CONTRAVENÇÃO PENAL.

¹¹ TJMG, Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.0000.07.458416-0/000, 1ª Câmara Criminal, Relator Des. Judimar Biber, acórdão publicado em 28/08/2007.

¹² Conflito de Competência Nº 70019035179, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 11/04/2007.

8 f.

Malgrado tenha a L. 11.340/06 concentrado as jurisdições cível e criminal em um juizado integrado, para a apreciação de todas as "causas" afetas à violência doméstica e familiar contra a mulher, ressalvou, em seu art. 41, que a aplicação da L. 9.099/95 só não ocorreria aos crimes praticados sob o manto de incidência da nova lei, deixando claro, a 'contrario sensu', ser a L. 9.099/95 ainda aplicável às contravenções penais. À unanimidade, julgaram procedente o conflito suscitado." (Negritou-se).

No precedente supracitado, o Desembargador Relator assim se manifestou:

"Ademais, é até mesmo duvidoso se poderia o legislador acabar com o conceito de 'menor potencial' no âmbito da Lei Maria da Penha. Basta ver que a competência dos JECRIMs emerge da Constituição Federal – e, por tal, não pode ser derogada por lei ordinária –, ao dispor que:

'Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.'

O conceito de menor potencial ofensivo, é bem verdade, foi delegado ao legislador ordinário, que o estabeleceu no art. 61 da L. 9.099/95. Para se manter fiel aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tal conceito foi atrelado à categoria de infração penal (contravenções ou crimes, sendo as primeiras sempre de menor potencial ofensivo) e à quantidade de pena cominada (crimes de pena igual ou inferior a 02 anos).

Pergunta-se, então: poderia a Lei Maria da Penha definir critérios diferentes de 'menor potencial', um geral, e outro somente no âmbito da Lei Maria da Penha? Ou, ainda, poderia ela afastar por completo a incidência do conceito de 'menor potencial' dos crimes deste gênero?

Quer me parecer, data vênia, que o caminho menos tortuoso ao afastamento das disposições da L. 9.099/95 dos crimes relacionados à violência doméstica contra a mulher seria o agravamento das penas de tais delitos, de modo a torná-las, em seu limite máximo, superior a dois anos.

Semelhante fenômeno aconteceu na vigência da L. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, porém com conceito diverso daquele estabelecido aos crimes da



competência da Justiça Estadual. Naquela época, doutrina e jurisprudência, maciçamente, entenderam que não havia razão para o discrimen (violação aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia), além do que o constituinte originário delegou ao legislador a função de estabelecer um conceito de 'menor potencial ofensivo' e não diversos.

É claro que ao legislador era dado revogar expressamente o art. 61 da L. 9.099/95 e arrolar, um a um, os crimes de menor potencial ofensivo, por sua espécie, circunstâncias, tipo de vítima, etc. Poderia assim obrar, já que a Super-lei não estabeleceu qualquer diretiva a ser seguida na definição do conceito de 'menor potencial'.

O que me parece de duvidosa proporcionalidade, contudo, é manter em vigência os dois critérios, um geral (vinculado ao quantum de pena e à categoria do delito), e outro específico (âmbito de incidência da Lei Maria da Penha), cujo resultado – aqui se vislumbra claramente a desproporção – é ter-se como de 'maior' potencial ofensivo a presente contravenção de vias de fato (apenada com 15 dias a 03 meses de prisão simples), enquanto delitos de lesão corporal (03 meses a 01 ano de detenção), constrangimento ilegal (03 meses a 01 ano de detenção) e assédio sexual (01 a 02 anos de detenção) continuam sendo de menor potencial ofensivo.

E como o novo diploma legal não alterou a definição do art. 61 da L. 9.099/95 – ou, quando muito, alterou-o implicitamente, deixando a salvo as contravenções penais –, **não vejo como afastar da competência do JECRIM – constitucional, insisto – para processar e julgar a contravenção ora em apuração, que é de menor potencial ofensivo (L. 9.099/95, art. 61) e assim se manteve em face da nova Lei (L. 11.340/06, art. 41).**

Pelo exposto, julga-se procedente o conflito negativo de jurisdição, para o efeito de fixar a competência do JECRIM da Comarca de Pelotas para processar e julgar o presente feito.” (Negritou-se).

Além disso, foram publicados os enunciados aprovados no III Encontro dos Juizes de Juizados Especiais Criminais e de Turma Recursais – Armação dos Búzios –, 01 a 03 de setembro de 2006 (III EJJETR¹³), que negam validade parcial à “Lei Maria da Penha”, *verbis*:

¹³ Disponível em:

http://www.tj.rj.gov.br/juizados_especiais/sumario/enunciados_consolid_iii_encontro_jecr.htm. Acesso em: 21/11/2007.

“82 - **É inconstitucional o art. 41 da Lei nº 11.340/06** ao afastar os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 para crimes que se enquadram na definição de menor potencial ofensivo, na forma do art. 98, I e 5º, I da Constituição Federal (III EJJETR).

83 - **São aplicáveis os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95** aos crimes abrangidos pela Lei nº 11.340/06 quando o limite máximo da pena privativa da liberdade cominada em abstrato se confinar com os limites previstos no art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.313/06 (III EJJETR).

84 - **É cabível, em tese, a suspensão condicional do processo** para o crime previsto no art 129 § 9º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/06 (III EJJETR).

86 - **É inconstitucional o artigo 33 da Lei nº 11.340/06** por versar matéria de organização judiciária, cuja competência legislativa é estadual (art. 125, § 1º, da Constituição Federal) (III EJJETR).”

Finalmente, entre as insurgências contra a “Lei Maria da Penha”, cabe destacar a decisão de um juiz de Sete Lagoas (MG), que, além de considerá-la inconstitucional, valeu-se de expressões ofensivas às mulheres. Diante da gravidade do caso, o plenário do Conselho Nacional de Justiça¹⁴ aprovou a instauração de Revisão Disciplinar contra o magistrado, conforme notícia abaixo:

“O plenário do Conselho Nacional de Justiça aprovou, nesta terça-feira (20/11), a instauração de Processo de Revisão Disciplinar contra o juiz Edilson Rumbelsperger Rodrigues da cidade de Sete Lagoas (MG), que negou a aplicação da Lei Maria da Penha. O corregedor nacional de justiça, ministro Cesar Asfor Rocha, votou pela revisão disciplinar contrariando o entendimento da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que arquivou o caso.

A corregedoria estadual recorreu ao argumento da cláusula de tutela da atividade jurisdicional, segundo a qual o juiz não pode ser punido por suas decisões. Em seu voto, o ministro Cesar Asfor cita jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que a imunidade da sentença judicial não é absoluta e sim parcial.

Cesar Asfor chamou atenção quanto à peculiaridade deste caso, no qual o juiz pode vir a ser punido devido ao excesso de linguagem em sua sentença, destacando trechos proferidos pelo juiz mineiro: ‘a

¹⁴ http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3447&Itemid=167. Acesso em 28/11/2007.

11/2

mulher moderna - dita independente, que nem pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozóides - assim só é porque se frustrou como mulher, como ser feminino'.

Durante o julgamento do caso, o conselheiro Oreste Dalazen defendeu a independência da atuação dos magistrados, mas ponderou que 'o exercício da magistratura não é um sinal verde para expressão de preconceitos e destemperança verbal'. O conselheiro Jorge Maurique complementou: 'o ato do juiz é um ato do Estado. Ao Estado não é reservado o rancor, a raiva e o preconceito'.

A instauração do Procedimento foi feita de ofício e aprovada por unanimidade. O caso será distribuído a um dos conselheiros que investigará e apresentará relatório ao plenário do CNJ."

Por outro lado, em sentido completamente diverso, de forma a evidenciar a controvérsia judicial, sobressaem **juílgados que consideram constitucional a Lei nº 11.340/2006.**

Nesse sentido, confira-se decisão monocrática proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa¹⁵, em que se afirma a validade da regra de competência dos Juizados de Violência Doméstica, inclusive nos crimes dolosos contra a vida:

"DECIDO. A Lei nº11.340/06 (denominada Lei Maria da Penha) adotou um conceito de violência doméstica bem amplo, de forma a abarcar diversos instrumentos legais para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nas instâncias administrativa, civil, penal e trabalhista. Assim, o art. 14 da aludida Lei autorizou a criação pela União ou pelos Estados, de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal. Diante disso, a Resolução nº 18/06 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina instituiu o Juizado de que trata a lei e, na Comarca da Capital, estabeleceu seu funcionamento junto à 3ª Vara Criminal, deslocando, nos casos de crimes dolosos contra a vida da mulher, a instrução do processo, até a fase do art. 412 do CPP, para a 3ª Vara Criminal da Capital, mantendo, contudo, o julgamento perante o Tribunal do Júri (conforme parecer do Procurador de Justiça no HC 2006.044235-4, do TJ de Santa

¹⁵ STF, HC 92538 MC/SC, Relator(a) Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 02/10/2007 PP-00032.

[Handwritten signature]

R.A.

Catarina, fls. 103). Não vejo ilegalidade na Resolução nº 18/06 do TJ de Santa Catarina, que em tudo procurou ajustar a organização judiciária ao novo diploma legal, sem conflitar com as normas processuais que atribuem com exclusividade ao Tribunal do Júri, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Entendo, assim, em juízo inicial, que o flagrante foi homologado pela autoridade competente e, por conseguinte, não padece de vícios.”

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também declarou a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher para julgar tais crimes, até a fase de pronúncia, a saber:

*“HABEAS CORPUS – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA PROCESSADO PELO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – LIBERDADE PROVISÓRIA – CRIME HEDIONDO – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA.
- Ressalvada a competência do Júri para julgamento do crime doloso contra a vida, seu processamento, até a fase de pronúncia, poderá ser pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em atenção à Lei 11.340/06.”¹⁶*

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, há precedentes explícitos declarando a constitucionalidade da lei, uma vez que atende ao princípio da igualdade material entre homens e mulheres, *verbis*:

“APELAÇÃO CRIMINAL - LEI 'MARIA DA PENHA' - OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - COMPETÊNCIA - ART. 5º DA RESOLUÇÃO Nº 529/2007 - PROVIMENTO PARCIAL. A política de repressão à violência contra a mulher, efetivada pela Lei 'Maria da Penha', está intimamente ligada à necessidade de concretização do princípio constitucional de isonomia, procurando diminuir a desigualdade de condições entre homens e mulheres na busca da dignidade da pessoa humana, diante do fato público e notório da quantidade de agressões sofridas pelas mulheres na intimidade doméstica. Nos termos do art. 1º da Resolução nº 529/07 deste Tribunal, é da competência da Vara Criminal a apreciação das matérias cíveis e criminais relativas à

¹⁶ STJ, HC 73161/SC, Rel. Ministra JANE SILVA [DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG], QUINTA TURMA, julgado em 29.08.2007, DJ 17.09.2007 p. 317.

[Handwritten signature]

13/8

Lei 11.340/06 enquanto não forem criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar.”¹⁷

Nota-se, portanto, estar caracterizada a controvérsia jurisprudencial, visto que existem significativas decisões em sentidos completamente opostos acerca da constitucionalidade da norma.

Dessa forma, resta patente a existência de controvérsia judicial apta a ensejar a admissibilidade da presente ação declaratória.

III. MÉRITO – DA CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA

Demonstrados os pressupostos de admissibilidade desta ação, cabe examinar a constitucionalidade dos artigos controvertidos, a saber: (a) art. 1º e o princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF); (b) art. 33 e a competência atribuída aos Estados para fixar a organização judiciária (art. 125, § 1º c/c Art. 96, II, “d”); e (c) art. 41 e a competência conferida aos juizados especiais para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo (art. 98, I, da CF).

Inicialmente, é oportuno salientar que a “Lei Maria da Penha”, como indicado no seu preâmbulo, foi editada para dar cumprimento à Carta Política, bem assim à Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – “Convenção Belém do Pará”, promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996¹⁸.

Na referida Convenção, o Brasil comprometeu-se a, entre outras medidas, “incorporar na sua legislação interna normas penais, civis,

¹⁷ TJMG, 4ª Turma Criminal, Apelação Criminal nº 1.0672.07.245610-2/001, Relator Des. WALTER PINTO DA ROCHA, acórdão publicado em 23/10/2007.

¹⁸ Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995.

[Assinatura]

14

administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher”. Confira-se:

“Artigo 7º:

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instruções públicos ajam de conformidade com essa obrigação;

b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra mulher;

c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeita a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeita a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;

*h) adotar as **medidas legislativas** ou de outra natureza **necessárias** à vigência desta Convenção.” (Negritou-se).*

O Brasil, por meio do Decreto nº 4.377/2002, promulgou Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a

[Assinatura]

mulher, de 1979, que também recomenda aos Estados pactuantes a adoção das medidas necessárias, a saber:

“Artigo 2º:

Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados a realização prática desse princípio;

b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proibam toda discriminação contra a mulher;

c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;

d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;

e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;

f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;

g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.” (Negritou-se)

Com tais considerações preliminares, observa-se que a “Lei Maria da Penha” está em conformidade com a diretriz internacional adotada por diversos países, a fim de coibir a violência doméstica ou familiar contra mulheres.

III.1) Princípio da igualdade (isonomia)

A primeira alegação de inconstitucionalidade diz respeito ao artigo 1º da “Lei Maria da Penha”, supostamente por **ofensa ao princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF¹⁹)**, em virtude de conferir especial proteção às mulheres, ao estabelecer “medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar”, não o fazendo em relação aos homens.

Nesse aspecto, é relevante salientar que a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história brasileira, consagra a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental. Apesar dessa igualdade, no entanto, o próprio Poder Constituinte Originário, ciente da realidade social a ser mudada, impôs ao Estado o dever de criar mecanismos inibidores da violência doméstica ou familiar, nos termos do § 8º do art. 226:

“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”.

Desse modo, editou-se a “Lei Maria da Penha” com vistas a inibir a violência doméstica ou familiar contra as mulheres, conferindo-se efetividade ao princípio da igualdade material, consoante determina a Carta Magna.

Nessa ótica, cumpre definir o sentido normativo do princípio da igualdade, daí porque é oportuna a lição de Alexandre de Moraes²⁰:

¹⁹ CF/88:

“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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

²⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª ed. atualizada, São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 35.

178

“O princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos; o tratamento diferenciado é admissível e se explica do ponto de vista histórico, também considerado pelo constituinte de 1988, já que a mulher foi, até muito pouco tempo, extremamente discriminada. O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas. (...) Daí o legislador prever, como no caso, regra específica de competência, para corrigir um defeito histórico de opressão do homem sobre a mulher.” (Negritou-se).

Na mesma linha, Pontes de Miranda²¹, à luz da Constituição pretérita, já lecionava sobre a relatividade do princípio da igualdade, a demandar intervenção no mundo fático de forma a gerar condições comuns a todos, a saber:

“A idéia de igualdade dos homens assenta em que todos eles são entes humanos – portanto, em semelhanças indiscutíveis.

Para se chegar, no direito, à maior igualdade entre os homens, é preciso criarem-se, no mundo fático, mais elementos comuns a todos. Maior igualdade não se decreta; se bem que se possa decretar redução de desigualdades artificiais, isto é, fora do homem.”

O mencionado autor afasta a presunção de inconstitucionalidade de todo e qualquer tratamento distintivo entre homens e mulheres, visto que há necessidade de se verificar a pertinência do *discrimen*. Confira-se:

“A primeira é a de se saber se a lei pode dar preferência, ou exclusividade, à mulher para direção ou para exercício de determinado cargo, em atenção à natureza do serviço ou da função.

Onde quer que se trate de atender a pressupostos próprios do sexo, como o fato de não poderem as mulheres carregar grandes pesos, a política de proteção passa à frente do critério apriorístico da igualdade.

Aliás, a própria constituição, mais de uma vez, ordena que se proteja a mulher em razão do seu sexo.

Onde a mulher, em virtude de qualidades próprias do seu sexo, é cientificamente indicada para determinado serviço, não há infração do princípio constitucional que proíbe a desigualdade perante a lei,

²¹ MIRANDA, Pontes de. Comentários à constituição de 1967. Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, 673-675.

ou de regra jurídica, que descesse, como o texto de 1934, à proibição de privilégio ou distinções por motivo de sexo, à semelhança do que ocorre com a preferência ou exclusividade, quanto aos homens, de que antes falamos.

(...) Também não ofende o texto constitucional dispor uma lei que, em igualdade de pressupostos apurados em concurso, se há de preferir, para a seção das mulheres, mulher e, para a seção dos homens, homem."

Celso Antônio Bandeira de Mello, em monografia específica sobre o princípio da igualdade, estabelece critérios para verificação de conformidade da lei com o sentido da Constituição. Confira-se:

"Para que um discrimen legal seja conveniente com a isonomia, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;*
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;*
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;*
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulta em diferenciação de tratamento jurídico fundado em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público"*²²

A partir de tais parâmetros teóricos, resta patente que a legitimidade do tratamento diferenciado entre homens e mulheres na citada lei decorre da realidade social brasileira. Nesse aspecto, confira-se trecho da Exposição de Motivos nº 016-SPM/PR, apresentada como justificativa da proposta legislativa, *verbis*:

"8. A necessidade de se criar uma legislação que coíba a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista tanto na Constituição como nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, é reforçada pelos dados que comprovam sua ocorrência no cotidiano da mulher brasileira.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: RT, 1990. p. 51

17

9. Dentre os inúmeros compromissos internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro em convenções internacionais, merecem destaque a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, além de outros instrumentos de Direitos Humanos.

10. Em abril de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, órgão responsável pelo recebimento de denúncias de violação aos direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Convenção de Belém do Pará, atendendo denúncia do Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), publicou o Relatório nº 54, o qual estabeleceu recomendações ao Estado Brasileiro no caso Maria da Penha Maia Fernandes. A Comissão concluiu que o Estado Brasileiro não cumpriu o previsto no artigo 7º da Convenção de Belém do Pará e nos artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Recomendou o prosseguimento e intensificação do processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra a mulher no Brasil e, em especial recomendou 'simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo' e 'o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera'.

11. Ao longo dos últimos anos, a visibilidade da violência doméstica vem ultrapassando o espaço privado e adquirindo dimensões públicas. Pesquisa da Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar - PNAD do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, no final da década de 1980, constatou que 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem nos espaços domésticos e são praticadas por pessoas com relações pessoais e afetivas com as vítimas. A Fundação Perseu Abramo, em pesquisa realizada em 2001, por meio do Núcleo de Opinião Pública, investigou mulheres sobre diversos temas envolvendo a condição da mulher, conforme transcrito abaixo:

A projeção da taxa de espancamento (11%) para o universo investigado (61,5 milhões) indica que pelo menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez. Considerando-se que entre as que admitiram ter sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período

dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país (ou em 2001, pois não se sabe se estariam aumentando ou diminuindo), 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minuto - uma a cada 15 segundos.

12. É contra as relações desiguais que se impõem os direitos humanos das mulheres. O respeito à igualdade está a exigir, portanto, uma lei específica que dê proteção e dignidade às mulheres vítimas de violência doméstica. Não haverá democracia efetiva e igualdade real enquanto o problema da violência doméstica não for devidamente considerado. Os direitos à vida, à saúde e à integridade física das mulheres são violados quando um membro da família tira vantagem de sua força física ou posição de autoridade para infligir maus tratos físicos, sexuais, morais e psicológicos.

13. A violência doméstica fornece as bases para que se estructurem outras formas de violência, produzindo experiências de brutalidades na infância e na adolescência, geradoras de condutas violentas e desvios psíquicos graves.

14. As disposições preliminares da proposta apresentada reproduz as regras oriundas das convenções internacionais e visa propiciar às mulheres de todas as regiões do País a cientificação categórica e plena de seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, a fim de dotá-la de maior cidadania e conscientização dos reconhecidos recursos para agir e se posicionar, no âmbito familiar e na sociedade, o que, decerto, irá repercutir, positivamente, no campo social e político, ante ao factível equilíbrio nas relações pai, mãe e filhos."

Soma-se a esses dados estudo do IPEA²³, relativo ao balanço da política federal na área dos direitos humanos, da justiça e da cidadania no período 1995-2005, que demonstra a disparidade circunstancial (social) entre homens e mulheres. Confira-se:

“As mulheres encontram-se mais concentradas, proporcionalmente, em trabalhos informais e precários do que os homens. Das ocupadas com 16 anos ou mais, 17% são trabalhadoras domésticas, apenas 3% são empregadoras e 25% têm carteira assinada.

Entre os homens, esses valores são, respectivamente, 0,9%, 5% e 35%. Por fim, destaca-se a maior presença proporcional de mulheres na ocupação de funcionárias públicas (9%, contra 5% dos

²³ IPEA - Políticas sociais – acompanhamento e análise | 13 | edição especial.

homens), o que se deve, sobretudo, à forma de acesso por concursos públicos, que garante condições mais igualitárias.

Grande parte desses processos de discriminação e desigualdade que são produzidos na esfera pública contribui para reproduzir e alimentar a realidade da violência contra as mulheres, em especial a violência doméstica e sexual. O Brasil não dispõe de dados oficiais – coletados periodicamente e sistematicamente – sobre a magnitude desse fenômeno.

No entanto, alguns estudos permitem perceber o quanto a violência doméstica está presente no cotidiano das famílias. Segundo informações da Fundação Perseu Abramo, uma em cada cinco mulheres brasileiras já foi vítima de algum tipo de violência por parte de um homem, a maioria de violência física. Quando são apresentadas diferentes formas de agressão, o índice de mulheres que declara já ter sido vítima de violência sobe para 43%, o que mostra as dificuldades ainda encontradas para se admitir a violência, em razão do medo, da vergonha ou da invisibilidade do tema. Na grande maioria das vezes, o marido é o autor da agressão, seguido por ex-maridos e namorados.” (Negritou-se).

Maria Berenice Dias²⁴ também elenca dados acerca da violência doméstica ou familiar contra mulheres, no Brasil e no Mundo, *verbis*:

“No Brasil:

1,9% do PIB é consumido em face da violência doméstica;
4 em cada 5 faltas ao trabalho das mulheres é por causa da violência doméstica;
Perfil das vítimas: 76% restam com lesões corporais, 40% das agressões resultam em lesões corporais graves, 24% sofrem agressão física e moral, em 17% dos casos há utilização de objetos, 76% têm filho com o agressor, 17% estão grávidas; 30% dos filhos também são agredidos; 75% são agredidas seguidamente, 7% uma única vez. Apenas 50% buscam auxílio policial por conta própria;
A cada 15 segundos uma mulher é espancada;
25% das mulheres são vítimas da violência doméstica;
33% da população feminina admite já ter sofrido algum tipo de violência;
Em 70% das ocorrências de violência contra a mulher o agressor é o marido ou o companheiro;
A violência doméstica é a principal causa de lesões em mulheres entre 15 e 44 anos;

²⁴ Fonte: http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=154&isPopUp=true. Acesso em 21/11/2007.

Os maridos são responsáveis por mais de 50% dos assassinatos de mulheres e, em 80% dos casos, o assassino alega defesa da honra; 1,9% do PIB brasileiro é consumido no tratamento de vítimas da violência doméstica; 80% das mulheres que residem nas capitais e 63% das que residem no interior reagem às agressões que sofrem; 11% das mulheres foram vítimas de violência durante a gravidez e 38% delas receberam socos e pontapés na barriga; São registradas por ano 300 mil denúncias de violência doméstica;

No mundo:

41% dos homens que agredem as mulheres também agredem os filhos; um terço das crianças que sofrem violência vão reproduzir o ciclo; 60 milhões de mulheres já foram mortas por questões de gênero; Nos Estados Unidos, 4 milhões de mulheres apanham por ano, a cada 12 segundos uma mulher é golpeada e ocorre um espancamento a cada 18 minutos; a cada 9 segundos uma mulher é fisicamente violentada por seu companheiro; Na Bolívia, em caso de lesões, o marido só é punido se a mulher ficar incapacitada por mais de 30 dias; O espancamento de filhos e os crimes passionais ocorrem na mesma proporção em todas as classes sociais."

Diante dessa realidade, é patente a necessidade de adoção de medidas afirmativas em defesa das mulheres, a fim de corrigir a distorção social existente na sociedade brasileira, ainda patriarcal, uma vez que o número de mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar, não obstante a falta de dados comparativos, é notoriamente superior ao dos homens.

Como sabido, não basta afirmar a igualdade formal, ignorando as disparidades sociais ainda existentes, visto que militaria contra a concretização da desejada igualdade material, negando-se, assim, o objetivo a que a Carta Política buscou atingir.

Com efeito, a distinção de tratamento revela-se, assim, plenamente justificada, tendo em conta **situação social** a que continuam sujeitas as mulheres, inexistindo, portanto, afronta ao princípio da igualdade.

É indubitável que, não obstante a igualdade substancial entre homens e mulheres (essência humana), remanesce a disparidade social autorizativa do *discrímen*.

Vale dizer, o tratamento distinto não se dá unicamente em razão do sexo, como pressuposto, mas em virtude das circunstâncias a que estão sujeitas as mulheres, inclusive em atenção à diferença de força física (em regra), que potencializa a violência.

Aliás, em virtude da notória diferença de força física entre homem e mulher, é comum alguns concursos públicos preverem regras distintas para realização de provas de capacidade física. Tal procedimento tem merecido a chancela do Poder Judiciário, em especial atenção ao princípio da igualdade. Nesse sentido, confira-se:

DECISÃO CONCURSO PÚBLICO - PROVA DE ESFORÇO FÍSICO - EXIGÊNCIA - IMPROPRIEDADE - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios confirmou a sentença que implicou a concessão da segurança requerida, ante fundamentos assim sintetizados (folhas 353 e 354): [...] 5 - MÉRITO: Conquanto se mostre revestida de legalidade a exigência de realização de exame de aptidão física para o ingresso, mediante concurso público, nos quadros da Polícia Civil do Distrito Federal, sobretudo em respeito à orientação emanada do princípio da eficiência, previsto no caput do art. 37, da Carta Política Federal, o certo é que a distinção existente entre os diversos cargos previstos no certame, que demandam a exigência de características diferenciadas para o exercício das respectivas funções, impõem a adoção de critérios distintos na avaliação dos candidatos, não se mostrando razoável, em consonância com o entendimento perflhado, estabelecer a Administração juízos idênticos de aferição da capacidade física, quando patente a desigualdade existente entre homens e mulheres. 6 - Fixando o Distrito Federal, quando da publicação do Edital regulamentar do certame, critérios de avaliação de aptidão física diversos dos constantes das instruções normativas que o precedem, pratica ato ofensivo ao princípio da legalidade, constitucionalmente consagrado. 7 - Recurso a que se nega provimento. 2. Na interposição deste recurso, foram observados os pressupostos gerais

*de recorribilidade. A peça, subscrita por procurador do Distrito Federal, restou protocolada no prazo em dobro a que tem jus o recorrente. Nem com um grande empenho, envolvido interesse próprio, é dado assentar a infringência à Constituição Federal. Ao contrário, o que decidido pela Corte de origem presta homenagem ao Diploma Maior. Coaduna-se com a razoabilidade a glosa da exigência de elevado esforço físico em concurso voltado a preencher cargos de escrivão de polícia, papiloscopista policial, perito criminal e perito médico-legista. A atuação destes, embora física, não se faz no campo da força bruta, mas a partir de técnica específica. Além dos princípios explícitos, a Carta da República abrange também os implícitos, entre os quais estão o da razoabilidade, o da proporcionalidade, aplicáveis ao caso concreto. 3. Nego seguimento ao extraordinário. 4. Publiquem. Brasília, 30 de agosto de 2007. Ministro MARCO AURÉLIO.*²⁵

(...) A aplicação de prova de barra fixa, na modalidade dinâmica, para mulheres, qualquer que seja o cargo de carreira da polícia federal, fere o princípio da isonomia, ainda que exigida para homens em critério diverso, visto que subsiste sensível diferença entre o homem e a mulher em sua constituição física e nos aspectos biopsicológicos. Tal diferença, notadamente no que tange à força física, justifica a disparidade de tratamento entre pessoas do sexo masculino e feminino como forma de dar efetividade ao preceito constitucional da isonomia (CF, art. 5º), de sorte a aquinhoar desigualmente os desiguais na medida em que estes se desigualam."

Ademais, a busca pela igualdade material entre homens e mulheres é diretriz traçada pelo Poder Constituinte, a despeito da regra contida no art. 5º, I, visto que a Constituição prevê tratamento diferenciado em relação à mulher, a exemplo do que ocorre com a licença à gestante (art. 7º XVIII); proteção ao mercado de trabalho (art. 7º, XX); e prazo menor para obter a aposentadoria por tempo de serviço (art. 40, III, a e b, e 201, §7º, I e II).

²⁵ RE 505654/DF, Relator(a) Min. MARCO AURÉLIO, DJ 25/09/2007 PP-00085.

25A

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁶, em relação ao princípio da isonomia, também ressalta a necessidade de o intérprete considerar as circunstâncias fáticas reguladas. Nesse sentido, confira-se:

“(...) A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. 4. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.”

Além disso, essa Suprema Corte²⁷ autoriza, em atenção ao princípio a igualdade, critérios diferenciados para a promoção de militares masculinos e femininos, ainda que ambos sejam oficiais, *verbis*:

“I. - A adoção de critérios diferenciados para a promoção de militares masculinos e femininos da Aeronáutica não ofende o princípio da isonomia, porquanto esses militares integram carreiras distintas, regidas por estatutos próprios. II. - Agravo não provido.”

Logo, tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem a constitucionalidade de tratamento diferenciado entre homens e mulheres, fundado em critérios razoáveis, a exemplo de diferenças naturais ou sociais, atende ao princípio da igualdade material.

Diante das considerações acima, o artigo 1º da “Lei Maria da Penha” é constitucional, uma vez que adota medidas necessárias, adequadas e proporcionais, na busca pela igualdade material entre homens e mulheres, no âmbito das relações domésticas ou familiares, de modo a conferir força normativa e não apenas semântica à Constituição Federal.

²⁶ ADI3305/DF, Relator(a): Min. EROS GRAU, DJ 24-11-2006, PP-00060.

III.2) Organização judiciária e Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

Outra inconstitucionalidade apontada por alguns juízos²⁸, refere-se à competência atribuída aos Estados para fixar a organização judiciária (art. 125, § 1º c/c Art. 96, II, “d”, CF), supostamente vulnerada pelo artigo 33 da Lei nº 11.340/2006²⁹, que dispõe sobre a competência das varas criminais para conhecer e julgar causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A alegação é improcedente, visto que compete privativamente à União legislar sobre Direito Processual (CF, art. 22, I), de forma a conferir tratamento uniforme a determinadas questões, em especial as que extrapolam os interesses regionais dos Estados, como é o combate internacional à violência doméstica ou familiar contra mulher.

Dessa forma, em virtude dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, não se pode deixar o regramento da matéria ao alvedrio das ordens locais, visto que a violação aos direitos das mulheres pode implicar responsabilidade, no âmbito internacional, do país.

No entanto, caberá ao Estado o detalhamento das peculiaridades locais, a exemplo da definição do número de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, desde que observe as diretrizes gerais traçadas pela União.

²⁷ RE-AgR 316882/PE, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, DJ 14-10-2005 PP-00021.

²⁸ Objeto inclusive de enunciados aprovados no III Encontro dos Juizes de Juizados Especiais Criminais e de Turma Recursais – Armação dos Búzios –, 01 a 03 de setembro de 2006 (III EJJETR).

²⁹ Lei nº 11.340/2006:

“Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

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

27A

Com efeito, a Lei nº 11.340/2006 não trata do detalhamento típico da organização judiciária do Estado, mas apenas regula matéria processual pertinente à necessária especialização do juízo, bem assim determina a acumulação das competências cível e criminal em Vara Criminal (até a criação dos Juizados), de forma a conferir celeridade à solução de questões sabidamente interdependentes e urgentes, como é o combate à violência doméstica, que, geralmente, envolve aspectos penais e cíveis.

Com efeito, outras leis com natureza processual foram editadas pela União, sem questionamentos acerca da constitucionalidade, a exemplo da Lei nº 9.938/99, que afastou aplicação da Lei nº 9.099/95 do âmbito dos crimes militares, bem assim da Lei nº 9.278/1996, que, ao regulamentar a união estável, definiu a competência do juízo da Vara de Família.

Além disso, como salientado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ao julgar o RE nº 141.209³⁰, relativo à validade do artigo 650 do Código de Processo Penal, que prevê competência originária por prerrogativa de função, inclusive na órbita da jurisdição dos Estados, impõe-se ao Estado observar “o raio mínimo imposto pela ordem central, e fixar-lhe a área total”. Confira-se:

"Habeas corpus: competência originária do Tribunal de Justiça de São Paulo: coação imputada a membro do Ministério Público Estadual. Da Constituição do Estado de São Paulo (art. 74, IV), em combinação com o art. 96, III, da Constituição Federal, resulta a competência originária do Tribunal de Justiça para julgar habeas corpus quando a coação ou ameaça seja atribuída a membro do Ministério Público local; nesse ponto, o preceito da Constituição estadual não ofende a competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual (CF, art. 22, I). Não é exaustivo o rol dos casos de habeas corpus de competência originária dos Tribunais de Justiça, constante do art. 650 CPrPen., porque a competência originária por prerrogativa de função, dita racione personae ou racione muneris, quando conferida pela Constituição da República ou por lei federal, na órbita da jurisdição dos Estados, impõe-se

³⁰ RE 141.209, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-2-92, DJ de 20-3-92.

como mínimo a ser observado pelo ordenamento local: a este, no entanto, é que incumbe, respeitado o raio mínimo imposto pela ordem central, fixar-lhe a área total. A matéria de que se cuida, relativa a competência material por prerrogativa de função, não é da área estrita do direito processual, dada a correlação do problema com a organização dos poderes locais, conforme já se entendia sob a ordem constitucional decaída (v.g., J. Frederico Marques), e ficou reforçado pelo art. 125 da vigente Constituição da República. Tanto mais se legitima a norma questionada da Constituição local quanto é ela que melhor se ajusta, ao correspondente modelo federal, no qual — com a única exceção da hipótese de figurar como coator um Ministro de Estado — o princípio reitor é conferir a competência originaria para o habeas corpus ao Tribunal a que caiba julgar os crimes de que seja acusado a autoridade coatora.” (Negritou-se).

Por fim, tanto a norma é constitucional que o Conselho Nacional de Justiça recomendou aos Tribunais de Justiça a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, através da Recomendação nº 9, de 06 de março de 2007.

Portanto, resta patente a constitucionalidade do artigo 33 da Lei nº 11.340/2006.

III.3) Competência dos Juizados Especiais (art. 98, I, da CF) e a não aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95

Argumenta-se que o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006³¹, ao vedar a aplicação da Lei nº 9.099/95 à violência doméstica e familiar contra a mulher, teria afrontado a competência estabelecida pelo artigo 98, I, da Constituição Federal, que prevê a criação dos Juizados Especiais, para processar e julgar as infrações penais consideradas de pequeno potencial ofensivo.

³¹ Lei nº 11.340/2006:

No ponto, inexistente inconstitucionalidade, uma vez que o Poder Constituinte não pré-selecionou o critério a ser valorado para definição de crimes de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais, ao contrário, cometeu ao legislador infraconstitucional a tarefa de concretizar o comando normativo (mediação legislativa).

Assim, cabe ao legislador infraconstitucional, observado o princípio da razoabilidade, selecionar um ou mais critérios para definição do que se considera “menor potencial ofensivo”.

Dessa forma, o fato de o legislado ter escolhido, em determinado momento, o quantitativo de pena, não o impede de estabelecer outros critérios qualitativos, como, por exemplo, não ter sido o crime praticado contra a pessoa, no caso, contra a mulher, com vínculo doméstico ou familiar.

Ademais, percebe-se que a consideração da violência doméstica ou familiar contra as mulheres como crime de menor potencial ofensivo choca-se com os dados estatísticos já colacionados, e ignora o desastroso efeito nocivo à sociedade.

A Lei Maria da Penha, ademais, afastou a aplicação dos institutos despenalizadores contidos na Lei nº 9.099/95, tais como transação e composição civil, tendo em vista a ineficácia de tais medidas para coibir a violência doméstica ou familiar.

“Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

Marcelo Lessa Bastos³² também defende a constitucionalidade da “redefinição” dos crimes de menor potencial ofensivo, especialmente ante a ineficácia da Lei nº 9.099/95. Confira-se:

“A violência de gênero é, talvez, a mais preocupante forma de violência, porque, literalmente, a vítima, nesses casos, por absoluta falta de alternativa, é obrigada a dormir com o inimigo. É um tipo de violência que, na maioria das vezes, ocorre onde deveria ser um local de recesso e harmonia, onde deveria imperar um ambiente de respeito e afeto, que é o lar, o seio familiar.

Um antecedente legislativo ocorreu em 2002, através da Lei nº 10.455/02, que acrescentou ao parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/95 a previsão de uma medida cautelar, de natureza penal, consistente no afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de violência doméstica, a ser decretada pelo Juiz do Juizado Especial Criminal. Outro antecedente ocorreu em 2004, com a Lei nº 10.886/04, que criou, no art. 129 do Código Penal, um subtipo de lesão corporal leve, decorrente de violência doméstica, aumentando a pena mínima de 3 (três) para 6 (seis) meses.

Nenhum dos antecedentes empolgou. A violência doméstica continuou acumulando estatísticas, infelizmente. Isto porque a questão continuava sob o pálio dos Juizados Especiais Criminais e sob a incidência dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Alguma coisa precisava ser feita: era imperiosa uma autêntica ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica, a desafiar a igualdade formal de gênero, na busca de restabelecer entre eles a igualdade material.

Veio, então, a Lei em comento – a Lei ‘Maria da Penha’ – cuja origem, não se tem dúvidas em afirmar isto, está no fracasso dos Juizados Especiais Criminais, no grande fiasco que se tornou a operação dos institutos da Lei nº 9.099/95, não por culpa do Legislador, ressalva-se, mas, sem dúvida, por culpa do operador do Juizado, leiam-se, Juizes e Promotores de Justiça, que, sem a menor cerimônia, colocaram em prática uma série de enunciados firmados sem o menor compromisso doutrinário e ao arrepio de qualquer norma jurídica vigente, transmitindo a impressão de que tudo se fez e se faz com um pragmatismo encomendado simplesmente e tão-somente para diminuir o volume de trabalho dos Juizados Especiais Criminais.”

Arremata o raciocínio:

³²Disponível

www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf
Acesso em 21/11/2007.

“Em resumo, não há o menor problema com o art. 41 da Lei ‘Maria da Penha’. Não se aplicam, portanto, os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Deste modo, em se configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja o crime e sua pena, não cabe transação penal, nem suspensão condicional do processo, nem composição civil dos danos extintiva de punibilidade, não se lavra termo circunstanciado (em caso de prisão em flagrante, deve ser lavrado auto de prisão em flagrante e, se for o caso, arbitrada fiança), deve ser instaurado inquérito policial (com a medida paralela prevista no art. 12, III, e §§ 1º e 2º da Lei nº 11.340/06), a denúncia deverá vir por escrito, o procedimento será o previsto no Código de Processo Penal, em se tratando de lesão corporal leve a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, etc.”

Ademais, a regra é razoável, visto que o legislador poderia majorar as penas dos crimes praticados contras as mulheres, com vínculo doméstico ou familiar, mediante inserção de qualificadoras, de forma a excluí-los do âmbito dos Juizados Especiais, a exemplo do ocorrido com a Lei n 9.839, de 27.9.1999, que determinou a inaplicação da Lei nº 9.009/95 à Justiça Militar³³. No entanto, em virtude de política criminal, preferiu a medida menos gravosa: apenas afastar as medidas despenalizadoras, sem aumentar as penas.

Portanto, é constitucional a redefinição pelo legislador infraconstitucional do conceito de crime de menor potencial ofensivo, notadamente por ser a “Lei Maria da Penha” de mesma envergadura da Lei nº 9.099/95.

IV. DO PEDIDO CAUTELAR

Para concessão de liminar em ação declaratória de constitucionalidade, como nas medidas cautelares em geral, é necessária a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

³³ Nesse sentido, confira-se: STF, RHC 80907/SP, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, DJ 29-06-2001 PP-00061.

O requisito do *periculum in mora* mostra-se presente por se tratar de normas com significativo conteúdo penal e processual, a exigir segurança na aplicação da lei, em especial atenção aos bens jurídicos envolvidos. Já a plausibilidade jurídica da constitucionalidade da norma foi amplamente demonstrada.

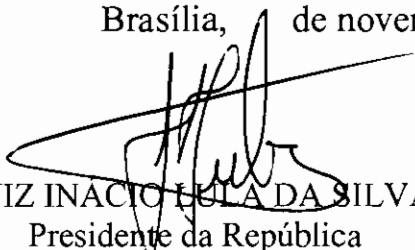
Portanto, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requer-se a concessão de medida cautelar, para que sejam suspensos os efeitos de quaisquer decisões que, direta ou indiretamente, neguem vigência à lei, reputando-a inconstitucional, até o julgamento final por essa Suprema Corte.

V. DO PEDIDO


Assim, demonstrada a constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”, bem como a presença dos requisitos autorizadores da concessão de medida acautelatória, requer-se, **liminarmente**, a suspensão dos efeitos de quaisquer decisões que, direta ou indiretamente, neguem vigência à lei, reputando-a inconstitucional; e, **no mérito**, uma vez colhidas as informações necessárias e ouvido o Procurador-Geral da República, seja declarada a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41, da “Lei Maria da Penha”.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, de novembro de 2007.


LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Presidente da República

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI
Advogado-Geral da União


GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso

CARLOS ALBERTO SILVA
Advogado da União