

# Lei Maria da Penha, só para mulher?

Patricia Manente Melhem<sup>1</sup>

Rudy Heitor Rosas<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho procura analisar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha (11.340/2006) a casais homoafetivos, constituídos de dois homens. A partir de uma decisão proferida por juiz do Rio de Janeiro, analisada sob o ponto de vista de princípios constitucionais e do Direito Penal, bem como da Criminologia, observa-se diversos equívocos ao ser utilizada a analogia como forma de suprir a lacuna de lei específica tratando de casais homoafetivos, destacando-se a questão da analogia vir em prejuízo do acusado, demonstrando a tendência punitivista adotada pelo julgador. Verifica-se que tais decisões vêm sendo tomadas em total desrespeito ao Princípio da Legalidade, pois só há incriminação quando expressamente prevista em dispositivos legais, o que não é o caso, bem como podem provocar situações anômicas, em que já não se sabe que valores devem ser aplicados perante determinados fatos.

Palavras chave: Lei Maria da Penha. Homoafetividade. Legalidade. Analogia. Anomia

## ABSTRACT

This paper seeks to examine the possibility of application of the Maria da Penha Law (11.340/2006) to homosexual couples, consisting of two men. From a decision by a judge from Rio de Janeiro, considered from the point of view of constitutional principles and the Criminal Law and Criminology, there are many misconceptions when used the analogy as a way to fill the gap of a specific law, highlighting the issue of analogy that came at the expense of the accused, demonstrating the trend punitivist adopted by the judge. It appears that such decisions are being taken in total disregard to the principle of legality, because there's only crime when it's expressly provided by the law, which is not the case, and can cause anomic situations, in which one no longer knows what values must be applied for certain facts.

Keywords: Maria da Penha Law. Homosexual couples. Legality. Analogy. Anomie

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como ponto de partida, decisão proferida pelo juiz Alcides da Fonseca Neto, da 11ª Vara Criminal do Rio de Janeiro<sup>3</sup>, em que o juiz aplicou a Lei Maria da Penha a um caso de lesões corporais envolvendo casal homossexual constituído de dois homens. O magistrado concedeu liberdade provisória, sem fiança, impondo ao réu o compromisso de manter distância de 250 metros de distância do companheiro, afirmando que “a presente medida, de natureza cautelar, é concedida com fundamento na Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), muito

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito do Estado (UFPR)

<sup>2</sup> Pós Graduando em Ciências Criminais (Faculdade Campo Real)

<sup>3</sup> Ressalta-se que não se tratou da primeira decisão neste sentido, a primeira foi proferida pelo juiz Osmar de Aguiar Pacheco, da comarca de Rio Pardo, Rio Grande do Sul. Consultor Jurídico. **Lei Maria da Penha é aplicada a dois homens**. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-fev-26/juiz-rs-usa-lei-maria-penha-protoger-gay-ex-companheiro> Acesso em: 12 ago. 2013.

embora esta lei seja direcionada para as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher. Entretanto, a especial proteção destinada à mulher pode e deve ser estendida ao homem naqueles casos em que ele também é vítima de violência doméstica e familiar, eis que no caso em exame a relação homoafetiva entre o réu e o ofendido, isto é, entre dois homens, também requer a imposição de medidas protetivas de urgência, até mesmo para que seja respeitado o Princípio Constitucional da Isonomia”<sup>4</sup>

A notícia leva à considerações jurídicas, suficientes para alimentar discussões acadêmicas e práticas. O objetivo é apontar os pontos nevrálgicos que tangem questões penais e processuais, usando a interdisciplinaridade, principalmente pelo enfoque constitucional.

## 2 BREVE REVISÃO DE LITERATURA

O primeiro ponto a ser comentado, refere-se às relações entre a Constituição Federal e nosso Processo Penal.

O juiz agiu de forma correta, com ressalvas, ao aplicar o Princípio Constitucional da Isonomia<sup>5</sup>. Partiu da notoriamente conhecida Pirâmide de Kelsen, que afirma a Constituição como superior às demais normas, devendo estas seguir os fundamentos daquela, sob pena de inconstitucionalidade, o que pareceria ser suficiente para amparar o posicionamento do juiz.

Kelsen criou vasta teoria de hermenêutica constitucional, colocando o juiz no papel de *intérprete autônomo do direito*<sup>6</sup>. Com isso, deu ao juiz a competência discricionária para interpretar a norma segundo seu entendimento, não fixando limites. Esta seria uma segunda forma de apontar a coerência na decisão do magistrado frente ao caso analisado.

---

<sup>4</sup> RIO DE JANEIRO (ESTADO). Assessoria de Imprensa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Lei maria da penha é aplicada em ação envolvendo casal gay**. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/14081:lei-maria-da-penha-e-aplicada-em-acao-envolvendo-casal-gay>. Acesso em: 26 jul. 2013.

<sup>5</sup> Art. 5º, caput - 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. BRASIL, Constituição (1988). **Códigos 3 em 1 saraiva: penal; processo penal e constituição federal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>6</sup> Kelsen denomina *interpretação não autêntica*, a realizada por pessoa que não possa se considerar aplicador do direito. Quanto aos aplicadores, Kelsen os agrupa em outro grupo de intérpretes que fazem *interpretação autônoma do direito*, em razão de no ato de aplicação de uma norma a uma dada situação concreta, eles explicitarem a interpretação que escolheram (já que discricionária). *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. *e-book, parte 1, capítulo 3.1.3.3*.

O que ocorre é que a hermenêutica constitucional evoluiu em relação à Kelsen<sup>7</sup>, devendo ser ampla, quando na atuação do judiciário, assim, ao observar somente a isonomia, agiu de forma incoerente, pois deveria pesar em sua decisão todo o corpo constitucional, inclusive o inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal, que traz o Princípio da Legalidade.<sup>8</sup>

Outro equívoco realizado pelo juiz foi na seara da tripartição dos poderes. É inconcebível um membro do judiciário alterar a literalidade de uma lei, pois estaria exercendo função atípica e ilegal, própria do legislativo, ferindo o artigo 2º da Constituição Federal<sup>9</sup>, bem como configuraria abuso. Neste sentido leciona MELLO, sobre a tripartição de poderes:

Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à ideia da tripartição. A saber: impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra os abusos e tiranias dos governantes.<sup>10</sup>

Quando dentro da hermenêutica constitucional correta, bem como contextualizando essa com o Processo Penal, a atuação judiciária vai no mesmo sentido do Estado Democrático de Direito, qual seja, a segurança jurídica e a defesa do ser humano, isso quer dizer, afastar os excessos. PACELLI comenta sobre o tema: “(...) em um Estado Democrático de Direito, a interpretação pautada pelos postulados da *vedação de excesso* (do poder) e da *máxima efetividade dos direitos fundamentais*, impondo, em tais situações, a não condenação”.<sup>11</sup>

O juiz não analisou a Constituição de forma correta, feriu a tripartição dos poderes e não observou a segurança jurídica, errou ainda na aplicação da Lei 11.340 em dois pontos: extensão do termo “mulher” ao homem e a inaplicabilidade de analogia em Direito Penal.

---

<sup>7</sup> Não é por menos que, após Kelsen, seguiu-se todo o movimento por revalorização da constituição, chamando a atenção para um novo conjunto de teorias hermenêuticas, que, necessariamente, vão afirmar que o juiz não está autorizado a escolher *como bem quer* – ou mais a “criar” – o direito a ser aplicado a um caso concreto. *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. *e-book, parte 1, capítulo 3.1.3.3*.

<sup>8</sup> Art. 5º, II, – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. BRASIL, Constituição (1988). **Códigos 3 em 1 saraiva: penal; processo penal e constituição federal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>9</sup> Art. 2º – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL, Constituição (1988). **Códigos 3 em 1 saraiva: penal; processo penal e constituição federal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 31.

<sup>11</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 34.

A Lei nº 11340/11 nasceu não somente por um caso emblemático de violência doméstica no Brasil, mas por força da ONU e da Convenção de Belém do Pará<sup>12</sup>. Somente isso já deixa clara a impossibilidade de incluir homem na lei, pois todos os motivos legislativos originários e uma interpretação histórica da lei, não corroboram para isso.

Outro aspecto é a impossibilidade de analogia em Direito Penal, conforme GRECO:

Mesmo que para determinado caso não haja norma expressa regulando-o, o juiz não pode eximir-se de julgá-lo, embora ocorra uma lacuna na lei. O mesmo não ocorre com o sistema jurídico-penal, que se tem por perfeito em suas normas incriminadoras. Tudo aquilo que não for expressamente proibido é permitido em Direito Penal. As condutas que o legislador deseja proibir ou impor, sob a ameaça de sanção, devem vir descritas de forma clara e precisa

13

Importante deixar em tela que o objetivo não é tratar da absolvição do agressor, mas somente mostrar que o juiz não estaria autorizado a julgá-lo usando a Lei Maria da Penha.

Sua analogia equivocada, além de ferir o ordenamento jurídico, trouxe uma série de implicações mais gravosas ao réu (*in malam partem*<sup>14</sup>), como a impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/95 e ressalvas quanto à aplicação do artigo 44 do Código Penal. O réu ao final da ação deveria ser condenado pelo já existente §9º, do artigo 129 do Código Penal, mas sem combinação com a Lei Maria da Penha, pois foi esta que “piorou” sua situação.

Por fim, trazendo ao debate breve contribuição da Criminologia, afirma-se que decisões assim ocasionam situações de anomia, tratadas por Durkheim, Merton, entre outros. Merton, ainda antes das contribuições trazidas por Cohen, Cloward e Ohlin<sup>15</sup>, explicitava a anomia como situação de ausência de normas<sup>16</sup>, ausência de consenso sobre a legitimidade das normas, com incerteza e insegurança nas relações sociais.<sup>17</sup> É como se já não se soubesse que regras são aplicadas ou que valores orientam a aplicação de tais regras.

No presente caso, a situação anômica não se dá apenas em face de ausência de

---

<sup>12</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v II. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 278.

<sup>13</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 43-44.

<sup>14</sup> Termo latino utilizado para dizer que o agente (réu) passou a sofrer uma situação mais gravosa que o normal.

<sup>15</sup> Que abordaram as questões subculturais e de interação social relativas à anomia.

<sup>16</sup> O que se trata de ideia durkheimiana. FERRO, Ana Luiza Almeida. **Robert Merton e o funcionalismo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 78.

<sup>17</sup> DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 321-342.

norma que trate especificamente da violência entre casais homoafetivos, mas sim em razão da ofensa ao Princípio da Legalidade. Ao ignorar o princípio, os juízes rompem a estrutura cultural no que se refere aos limites do rigor punitivo do Estado.

### **3 CONCLUSÃO**

A fase atual da dogmática penal é antagônica ao desenvolvimento das ciências sociais, tais como Filosofia, Sociologia e principalmente a Criminologia. O que se tem presenciado cotidianamente é a ampliação do aparato punitivo e a formação de operadores do Direito despreocupados com questões socioculturais.

Hoje as universidades não formam pesquisadores, mas assumem uma postura tecnicista, quer seja para aprovar os egressos no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, para preparar para concurso ou para atender as exigências do Ministério da Educação (MEC).

O caso do juiz que aplicou mal a analogia deflagra os dois problemas, tanto se despreocupa com o reflexo social de sua decisão como amplia deliberadamente o caráter punitivo da sanção.

E, ainda, um terceiro problema surge deste caso: a questão da homoafetividade e os novos modelos de família.irá o Estado tomar uma atitude sensata com relação aos constantes protestos dos grupos LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros), estudando a real necessidade em atender os protestos pró-criação dos crimes homofóbicos, ou aprovará a “toque de caixa” para agradar essa parcela específica da sociedade?

Não existe necessidade alguma em se criar uma lei específica, tudo que é necessário para a punição do injusto já está encampado no Código Penal. Uma prova disso foi o caso analisado, o crime seria punido pelo Código Penal, o uso da Lei Maria da Penha foi equivocado, mera perfumaria e flagrantemente inconstitucional.

Que isso não se revele de forma errônea (preconceituosa ou tendenciosa), é uma simples constatação, mas que a criação de mais uma lei vai só inflar o sistema, tornar o Estado ainda mais punitivista, isto é inegável.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal. **Códigos 3 em 1 saraiva: penal; processo penal e constituição federal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Código Penal. **Códigos 3 em 1 saraiva: penal; processo penal e constituição federal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. *e-book*.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Robert Merton e o funcionalismo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: parte especial**, v II. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.