

LUCAS CÉSAR COSTA FERREIRA

**A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: a necessidade de uma
ação afirmativa obtemperada pelo conteúdo jurídico do Princípio da
Igualdade**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Georges Seigneur

BRASÍLIA

2009

RESUMO

O presente trabalho monográfico aborda a repercussão jurídica gerada pela superveniência do tratamento legal disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/06 [Lei Maria da Penha], que estabeleceu discriminação inédita no ordenamento jurídico brasileiro consistente no afastamento da incidência da Lei nº 9.099/95 aos crimes perpetrados com violência contra a mulher em domínio doméstico e familiar. Sob um enfoque jurídico-dogmático, investiga-se a constitucionalidade de tal discriminação diante do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, que informa o caráter excessivo e injustificável da impossibilidade de aplicação das *benesses* processuais instituídas pela Lei dos Juizados Especiais. Por conseguinte, em caso de crimes de lesão corporal leve perpetrados contra mulher no seio doméstico e familiar, depreende-se a natureza condicional da ação penal, que também, por intermédio de uma investigação jurídico-histórica e jurídico-sociológica, transparece como hipótese mais adequada ao contexto da violência doméstica e familiar.

Palavras-chave: violência doméstica, princípio da igualdade, Juizados Especiais Criminais, direito de retratação à representação.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1 DO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR | 4 |
| 1.1 UM PROBLEMA SOCIAL | 4 |
| 1.2 UMA AÇÃO AFIRMATIVA EM CONTRAPOSIÇÃO À DOCTRINA DA “HARMONIA FAMILIAR” | 5 |
| 2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 POR AFRONTA AO CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE | 10 |
| 2.1 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE | 10 |
| 2.2 A ANÁLISE DO ARTIGO 41 DA LEI 11.340/06 À LUZ DO CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE | 14 |
| 3 DO CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE PERPETRADO CONTRA A MULHER NO DOMÍNIO DOMÉSTICO E FAMILIAR | 28 |
| 3.1 A POSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO EM CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE PRATICADOS CONTRA A MULHER NO SEIO DOMÉSTICO E FAMILIAR | 28 |
| 3.2 A NATUREZA CONDICIONAL DA AÇÃO PENAL PÚBLICA NOS CASOS DE LESÃO CORPORAL LEVE PRATICADA CONTRA A MULHER | 33 |
| 3.2.1 <i>A controvérsia doutrinária</i> | 36 |
| 3.2.2 <i>O retrocesso jurídico operado pela incondicionalidade da ação penal</i> | 41 |
| 3.2.2.1 <i>Um retrocesso jurídico experimentado in concreto</i> | 47 |
| 3.2.3 <i>A Lei Maria da Penha sob a égide de um direito penal equilibrado</i> | 50 |
| 3.2.4 <i>A inteligência do artigo 16 da Lei nº 11.340/06</i> | 54 |
| 3.3 O DIREITO DE RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR | 57 |
| 3.3.1 <i>O ciclo silencioso da violência doméstica e familiar</i> | 61 |
| CONCLUSÃO | 66 |
| REFERÊNCIAS | 69 |

INTRODUÇÃO

Editada no dia 07 de agosto de 2006, a Lei nº 11.340/06 [Lei Maria da Penha] introduziu disciplina discriminatória inédita no ordenamento jurídico brasileiro. O legislador infraconstitucional entendeu ser a violência doméstica cometida contra a mulher um fator de discriminação que deveria ser combatido com instrumentos próprios e específicos.

Para tanto, foi determinada a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher [artigo 14], que deverão constituir espaço de especialização da atuação do Poder Judiciário no trato da violência doméstica e familiar, a fim de que seja assegurada a completa aplicação dos preceitos consagrados na Lei nº 11.340/06.

Dentre outros institutos inovadores, a Lei Maria da Penha vedou a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados contra a mulher no seio doméstico e familiar. Isso porque a Lei dos Juizados Especiais foi mal utilizada pelo Judiciário, que, na maioria dos casos de violência doméstica em que a mulher figurava como vítima, aplicava a indigitada pena de “cestas básicas”, o que conferia um sentimento de impunidade quando praticados delitos de tal ordem.

Entretanto, considerando que a Lei Maria da Penha é, indubitavelmente, uma ação afirmativa de caráter discriminatório, impõe-se a análise da constitucionalidade de semelhante discriminação diante do conteúdo jurídico do princípio isonômico, consagrado no texto constitucional. Mais que isso, é forçosa a aferição da legitimidade do afastamento da Lei nº 9.099/95 em toda a sua extensão, bem como da repercussão jurídica gerada pela vedação de sua aplicação.

Diante do desafio proposto, o trabalho monográfico foi desenvolvido sob uma vertente jurídico-dogmática, tendo-se em vista precipuamente a disciplina oferecida pela Lei nº 11.340/06, a fim de que, por meio de uma investigação histórico-jurídica e jurídico-descritiva, pudessem ser identificadas as variáveis que envolvem a complexidade do fenômeno social da violência doméstica, bem como os instrumentos mais adequados para o seu combate.

Demais disso, valeu-se, ainda, de uma pesquisa teórica, com vistas a construir o arcabouço jurídico e teórico necessário para o reconhecimento do entendimento mais adequado para a solução do problema proposto, que foi analisado também sob um enfoque jurídico-sociológico, que viabilizou a percepção, por intermédio de um raciocínio hipotético-dedutivo, da real eficácia da Lei Maria da Penha sobre a sociedade e da atuação desta como instrumento de proteção integral da mulher.

Sendo assim, no primeiro capítulo do trabalho monográfico, discorreu-se acerca dos motivos e circunstâncias que tornaram viáveis a promulgação de uma legislação infraconstitucional afirmativa e discriminatória em prol da defesa da mulher.

No segundo capítulo, atentou-se aos mecanismos eleitos pela novel legislação e, em especial, ao disposto no seu artigo 41, a fim de que se perquirisse a pertinência lógica, abstrata e concreta do afastamento da disciplina oferecida pela Lei nº 9.099/95 diante do conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

Por fim, no terceiro capítulo, foi analisada a repercussão jurídica gerada pelo dispositivo supramencionado. Entretanto, restringiu-se a pesquisa, precipuamente, as balizas determinadas pela doutrina e pela jurisprudência, vez que, embora a Lei Maria da

penha tenha sido editada há mais de três anos, a sua aplicação tem gerado inúmeras controvérsias. No ponto, mereceu especial relevo a discussão acerca da natureza da ação penal em caso de crimes de lesão corporal leve perpetrados contra mulher no domínio doméstico e familiar.

Em síntese, neste trabalho monográfico propõe-se uma reflexão acerca das repercussões jurídicas e sociais propugnadas pela Lei nº 11.340/06, a fim de que sejam identificados eventuais excessos, bem como seja municiado o operador do direito com elementos necessários para o entendimento da complexidade da violência de gênero e para a correta aplicação da novel legislação.

1 DO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

1.1 Um problema social

A violência doméstica não é um fenômeno atual nem local; trata-se, em verdade, de um produto cultural¹, ocorrente desde os tempos mais remotos. Ao redor do mundo, uma em cada três mulheres já foi violentada, seja fisicamente, psicologicamente ou sexualmente, sendo que o agressor, no mais das vezes, é membro da família da própria vítima², consoante bem constata a advogada Carmen Hein de Campos, confira-se:

A violência doméstica ou praticada por parceiros íntimos como é definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), é um fenômeno global e de implicações trágicas não só na vida das mulheres, mas em toda a sociedade. É um problema mundial de saúde pública, em face do seu impacto na qualidade de vida, nas estatísticas sobre vida e morte, no desenvolvimento econômico-social e nos gastos do sistema de saúde. [...] é uma violência que ocorre em todo o mundo e atinge mulheres de todas as faixas etárias, e grupos sociais, econômicos, culturais ou religiosos³.

Nesse mesmo norte, a antropóloga da Universidade de Brasília Lia Zanotta Machado revela dados estatísticos que traduzem ocorrências incomensuráveis de violência física, psicológica, sexual e moral contra a mulher no Brasil, *in verbis*:

Dados da Fundação Perseu Abramo de 2001, nos falam do cálculo de uma mulher vítima de violência a cada quinze segundos, e de 2 milhões de mulheres agredidas anualmente. A Fundação Perseu Abramo entrevistou 2.502 mulheres com idade de 15 anos ou mais em 187 municípios. Pesquisa da Organização Mundial de Saúde realizada em 2005 em dez países, aponta

¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.15.

² ARAÚJO, Washington. Violência contra a mulher – Um ponto final. In: **II Seminário – Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica**. 3ª ed. Brasília, 2006, p.79.

³ CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: um Novo Desafio Jurídico. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Org.). **Violência Doméstica: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.21-22.

que, na cidade de São Paulo, 27% das mulheres declararam que já foram agredidas pelos seus companheiros e, na Zona da Mata em Pernambuco, 34%. Somente nas Delegacias Especializadas das Mulheres (que totalizam 391 unidades em 2006 e que se distribuem em apenas cerca de 10% dos municípios brasileiros), foram registradas mais de 860.000 ocorrências no ano de 2003, e mais de 820.000 no ano de 2004.

[...]

A categoria de “parceiro de relações amorosas e sexuais com alguma presumida estabilidade”, abarcando esposos, companheiros, amantes, namorados, noivos, ex-esposos, ex-companheiros, ex-amantes e ex-namorados, sozinha, demonstrou representar 66,29% do total dos agressores/acusados dos homicídios de vítimas femininas⁴.

Outra não é a constatação de pesquisa realizada em 2006 pelo Instituto Patrícia Galvão/IBOPE⁵, em que se verificou que 33% dos entrevistados apontaram ser a violência doméstica o problema de maior preocupação da mulher brasileira. Ao mesmo passo, 51% dos entrevistados afirmaram que conhecem pelo menos uma mulher que é ou foi agredida pelo companheiro.

Tais dados estatísticos e constatações tornam forçoso o reconhecimento do estágio alarmante atingido pela violência doméstica, o que evidencia a inadequação dos instrumentos até então utilizados para o combate a esse problema social. É justamente nesse contexto violento que emerge a Lei nº 11.340/06, conhecida comumente como Lei Maria da Penha, que objetiva, como medida de ação afirmativa do Estado, estabelecer uma disciplina de proteção integral à mulher.

1.2 Uma ação afirmativa em contraposição à doutrina da “harmonia familiar”

As ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos nos anos 60 com o fim

⁴ MACHADO, Lia Zanotta. Violência doméstica contra as mulheres no Brasil: avanços e desafios ao seu combate. In: **II Seminário – Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica**. 3ª ed. Brasília, 2006, p.15.

⁵ INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO/PESQUISA IBOPE. **Percepção e Reações da Sociedade Sobre a Violência Contra a Mulher**. Brasil, 2006. Disponível em: www.patriciagalvao.org.br. Acesso em: 15 set 2009.

de combater a discriminação experimentada por negros e mulheres. À época, recorreu-se à adoção de políticas tendentes a aumentar o acesso desses seres discriminados a determinados setores do mercado de trabalho, bem como a instituições educacionais⁶.

Contemporaneamente, as ações afirmativas são concebidas em caráter mais amplo, envolvendo políticas públicas delineadas com o propósito de estabelecer uma igualdade material na sociedade, de forma que pessoas discriminadas em razão da etnia, sexo ou nacionalidade possam alcançar e exercer os direitos fundamentais que a ela são inerentes. Assim, mais que um mero instrumento de proibição de regramentos segregadores, uma ação afirmativa demanda do Estado uma postura proativa, que atue em prol de grupos historicamente discriminados. Nesse contexto, torna-se oportuna a exposição da doutrina ministrada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, *in verbis*:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas[...]⁷.

Volvendo-se ao contexto da violência doméstica familiar, é incontestável a desigualdade de fato experimentada pelo homem e pela mulher no seio doméstico e familiar. Como é sabido, a cultura patriarcal, que vitimiza a mulher em situação de violência doméstica, está arraigada especialmente na sociedade brasileira. Tais conclusões são

⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.40.

⁷ *Ibidem*, p.40-41.

facilmente assimiladas pela observância dos estudos estatísticos que investigam a violência doméstica. Sempre preponderou, com efeito, a doutrina da “harmonia familiar”, que apregoa ser indevida a intervenção do Estado no domínio doméstico e familiar.

No entanto, tendo em vista a inadequação desse modelo, o ordenamento jurídico vigente cuidou de adotar uma postura proativa em relação à disciplina da violência doméstica e familiar. Decerto, a Lei Maria da Penha é, em larga escala, uma ação afirmativa e constitucional do Estado, posto que não se preocupa apenas em repreender os delitos cometidos em contexto de violência doméstica, mas busca, sobretudo, conferir uma proteção de cunho integral à mulher. A propósito, vale recorrer mais uma vez aos ensinamentos da advogada Carmen Hein de Campos, *in verbis*:

A violência praticada na intimidade não é mais um assunto ‘privado’, ou pertinente à família, ao contrário, é de interesse público e diz respeito à democracia e à cidadania. Esse entendimento requer o rompimento de padrões culturais enraizados no pensamento jurídico que têm negado às mulheres em situação de violência doméstica, o pleno exercício das garantias e de seus direitos⁸.

No ponto, a promotora de justiça mato-grossense Lindinalva Rodrigues Corrêa aduz que a adoção de políticas compensatórias em favor da mulher está atrelada a um processo de concreção célere do princípio da igualdade entre homens e mulheres, vez que “para garantia da igualdade não basta a proibição da ação discriminatória, efetuada por meio da legislação repressiva, sendo essenciais a implementação de políticas públicas capazes de incentivar a inclusão social dos grupos reconhecidamente vulneráveis”.⁹

⁸ CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: um Novo Desafio Jurídico. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Org.). **Violência Doméstica: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.21-22.

⁹ CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. A necessidade da Intervenção Estatal nos casos de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Org.). **Violência Doméstica: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.55.

Nesse mesmo diapasão, o promotor de justiça fluminense Marcelo Lessa Bastos destaca o papel de intervenção positiva do Estado, senão vejamos:

Nenhum dos antecedentes empolgou. A violência doméstica continuou acumulando estatísticas, infelizmente. Isso 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 desigualdade formal de gênero, na busca de restabelecer entre os sexos a igualdade material¹⁰.

Cuida-se, portanto, de um problema social a ser enfrentado pelo Estado; incumbência esta que foi reconhecida, inclusive, pelo poder constituinte originário, que obrigou o legislador infraconstitucional a criar os mecanismos necessários à coibição da violência no âmbito das relações familiares [artigo 226, §8º, CF¹¹].

Entretanto, é oportuno ponderar que essa ação afirmativa não pode ser imoderada, devendo ser resguardada a pertinência lógica, abstrata e concreta da discriminação para com o princípio isonômico. Em outras palavras, os mecanismos e instrumentos eleitos pela novel legislação, de índole eminentemente afirmativa, devem ser adequados e proporcionais à finalidade de estabelecer a igualdade material no seio doméstico e familiar, sob pena de ocorrência de flagrante inconstitucionalidade por afronta ao princípio da igualdade, consagrado no texto constitucional.

Nesse sentido, a mestre em Direito Roberta Fragozo Menezes Kaufmann ensina que uma política afirmativa só se coaduna com o princípio isonômico à medida que esta seja proporcional, de modo a instituir mecanismos adequados, necessários e ponderados

¹⁰ BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 15 set. 2009.

¹¹ Art.226, § 8º, CF - 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.

com os fins almejados, senão vejamos:

No sistema constitucional brasileiro, não há óbice à adoção de medidas afirmativas, em tese, desde que a criação dos programas seja efetivada a partir de critérios adequados, razoáveis e proporcionais aos objetivos a que se proponham realizar¹².

Sendo assim, por ser a Lei nº 11.340/06 uma ação afirmativa e discriminatória do Estado, torna-se oportuna a investigação da constitucionalidade dos instrumentos eleitos por essa lei especial diante do conteúdo jurídico do princípio isonômico.

¹² KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.294.

2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 POR AFRONTA AO CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.1 O conteúdo jurídico do princípio da igualdade

É cediço que a função precípua da lei é discriminar, é dispensar tratamento desigual às situações¹³. Nesse sentido, a Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha – foi editada a fim de que fosse conferido um maior rigor e eficácia na disciplina dos crimes cometidos contra a mulher no seio doméstico e familiar, visualizando o legislador um fator discriminatório e desigual na relação familiar, qual seja, a violência praticada contra a mulher. Nesse contexto, à luz do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, faz-se oportuna a análise da legitimidade e proporcionalidade de tal discriminação.

Para tanto, recorre-se à doutrina do professor Celso Antônio de Mello, que elaborou e fixou alguns parâmetros que tornam possível a verificação da adequação de uma determinada lei ao princípio da igualdade, confira-se:

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional¹⁴.

Esse entendimento é comungado pela jurisprudência do Supremo Tribunal

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.11.

¹⁴ *Ibidem*, p.21-22.

Federal, que, relativamente ao princípio isonômico, ressalta a necessidade de existência de pertinência lógica entre o elemento discriminatório e o tratamento jurídico desigualador, *in verbis*:

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 um tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio¹⁵.

Nessa ordem de ideias, cumpre, *ab initio*, identificar o critério discriminatório acolhido pela inovação legislativa. No tocante à Lei Maria da Penha, tem-se que, consoante já salientado, o elemento discriminatório motivador é a violência perpetrada contra a mulher no âmbito familiar. Assim, impende destacar que, no atinente a esse primeiro critério, a lei se coaduna com o princípio isonômico, haja vista que os estudos e estatísticas comprovam que a reiterada violação à integridade da mulher respalda tal *discrímen*. Esse é o entendimento da Ministra Eliana Calmon, que revela os seguintes dados estatísticos:

Afinal, ninguém ignora o grave quadro de inferioridade do gênero, conforme demonstram os poucos dados estatísticos existentes. A título exemplificativo, com números de maio de 2006, temos que a cada quinze segundos uma mulher é espancada ou violentada; a cada vinte e quatro horas nove ocorrências policiais são registradas; uma em cada cinco mulheres já foi agredida; mais de cinquenta por cento das agredidas não procuram ajuda; trinta e três por cento das mulheres já sofreram algum tipo de agressão física; setenta por cento dos incidentes acontecem dentro da unidade familiar e o agressor é o próprio marido; mais de quarenta por cento das agressões resultam em lesões corporais graves; o Brasil perde dez por cento do seu PIB em decorrência da violência contra a mulher, considerando-se os gastos da rede de saúde, a interrupção do mercado de trabalho pela paralisação da atividade da mulher agredida e o gasto com a mobilização do aparelho estatal repressivo, polícia e Justiça¹⁶.

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.305/DF. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 13 set. 2006. DJU de 24.11.2006, p.60.

¹⁶ ALVES, Eliana Calmon. A Lei Maria da Penha. **Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar**

Num segundo momento, o professor Celso Antônio indica que deve ser verificada uma correlação lógica, em abstrato, entre o elemento diferenciador adotado e a disciplina normativa discriminatória conferida pelo ordenamento jurídico. Na espécie, verifica-se que a nova disposição legal trouxe uma série de medidas inovadoras com fins de tornar efetiva a proteção e o combate à impunidade dos crimes atentatórios à integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial da mulher. Dentre tais medidas, destaca-se a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal [artigo 14], a proibição de aplicação de pena pecuniária, multa ou entrega de bens comuns [artigo 17], a possibilidade de renúncia à representação somente em audiência, perante o juiz [artigo 16] e a inaplicabilidade *in totum* da Lei 9.099/95 [artigo 41]. Constatase, por uma análise perfunctória, a existência da almejada correlação lógica abstrata, posto que é fácil se identificar um fim comum tutelar à mulher em todos os dispositivos legais supramencionados.

Por fim, o professor postula que, mesmo havendo a correlação lógica *in abstrato*, essa deve ser perceptível *in concreto*, a fim de que esteja coadunada com os princípios e valores consagrados no texto magno. Destarte, como terceiro critério de análise, deve-se indagar se a inovação legislativa discriminatória de uma situação está afinada ou não com a Constituição. No referente à análise da correlação lógica em concreto existente entre a Lei 11.340/06 e a Constituição, vale, primeiramente, destacar o entendimento da Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Maria Berenice Dias, *in verbis*:

[...] a Lei Maria da Penha não fere o princípio da igualdade estampado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, pois visa a proteção das mulheres que sofrem com a violência dentro de seus lares, delitos que costumam cair

na impunidade. Por este mesmo fundamento a Lei não fratura o disposto no inciso I, do mesmo dispositivo constitucional, porque o tratamento favorável à mulher está legitimado e justificado por um critério de valoração, para conferir equilíbrio existencial, social etc. ao gênero feminino. É a igualdade substancial e não só a formal em abstrato perante o texto da Constituição (art.5º, I). Portanto, a Lei Maria da Penha é constitucional porque serve à igualdade de fato e como fator de cumprimento dos termos da Carta Magna¹⁷.

Sob esse enfoque, a advogada Carmen Hein de Campos desenvolve o teste da igualdade sugerido por Celso Antônio, confira-se:

Aplicando-se esse teste da igualdade proposto por Mello, conclui-se que a Lei 11.340/06 não viola o princípio da isonomia e da não-discriminação porque: 1. elege um grupo de pessoas – as mulheres enquanto categoria – e não uma pessoa individualmente; 2. funda-se em fatos concretos pois a violência doméstica (fator discriminador) é dirigida, majoritariamente, contra as mulheres e atua como obstáculo ao exercício pleno da cidadania; 3. a proteção específica, que proporciona tratamento penal diferenciado às mulheres (norma discriminatória) guarda relação concreta e lógica com o *discrímen* (são as mulheres que sofrem com a violência doméstica (ou no espaço doméstico) e não os homens); 4. a tutela penal exclusiva visa garantir a dignidade e o exercício aos direitos fundamentais das mulheres, valores supremos do ordenamento jurídico-nacional, expresso no dever do Estado de proteger as mulheres contra toda forma de violência (art.226, §8º, da CF/88)¹⁸.

Desta sorte, poder-se-ia proclamar que a Lei Maria da Penha está em completa consonância com o princípio da igualdade. Todavia, *data máxima vênia*, deve-se inferir que os excertos destacados são oriundos de análises genéricas e perfunctórias do texto legal, que legitimam a ação afirmativa do Estado, mas não tornam constitucionais, por si só, os mecanismos eleitos pela novel legislação.

Consoante a doutrina ministrada pelo professor Celso Antônio, tem-se que o enunciado aristotélico que apregoa que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é insuficiente e não preenche o conteúdo jurídico do princípio

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.56.

¹⁸ CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha : mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.16, n.73, p.257/258, jul./ago. 2008.

isonômico. Dessa forma, é forçoso o estudo, em particular, dos institutos trazidos pela lei, a fim de que seja identificada, em cada um, a correlação lógica, abstrata e concreta para com o texto constitucional.

Neste presente trabalho monográfico, analisar-se-á a constitucionalidade da discriminação realizada pelo legislador no artigo 41¹⁹ da novel legislação, que proíbe *in totum* a aplicação da Lei 9.099/95 na seara da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher.

2.2 A análise do artigo 41 da Lei 11.340/06 à luz do conteúdo jurídico do princípio da igualdade

Primeiramente, deve-se pontuar que o tema ora em tela é objeto de vasta discussão doutrinária e jurisprudencial, sendo que, até o presente momento, tem-se entendido, majoritariamente, que o artigo 41 da Lei 11.340/06 é constitucional. Entretanto, ciente do desafio proposto, insta observar a análise da constitucionalidade do supramencionado dispositivo à luz dos ditames delineados pelo conteúdo jurídico do princípio isonômico.

É evidente, no entanto, que não merece prosperar o entendimento de que o afastamento operado por imposição do artigo 41 viola simultaneamente o artigo 98, I, da Constituição Federal²⁰ e o artigo 61, da Lei 9.099/95²¹. Isso porque o próprio texto constitucional atribui ao legislador ordinário a função de estabelecer critérios identificadores

¹⁹ 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.

²⁰ CF, 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; (...)

²¹ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

da menor potencialidade lesiva dos delitos. Outro não é o entendimento do promotor de justiça Marcelo Lessa Bastos, confira-se:

[...]cabe à lei infraconstitucional estabelecer quais as infrações penais sujeitas à transação e aos demais institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Aliás, é a própria lei infraconstitucional que define quais as infrações penais de menor potencial ofensivo e, portanto, da alçada do Juizado Especial Criminal: art. 61 da Lei nº 9.099/95[...].²²

Nesse mesmo sentido, José Antônio Dias Toffoli, então advogado-geral da União, sustentou, no seio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 a constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340/06, senão vejamos:

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 legislador ter escolhido, em determinado momento, o quantitativo de pena, não impede de estabelecer outros critérios quantitativos, como, por exemplo, não ter sido o crime praticado contra a pessoa, no caso, contra a mulher, com vínculo doméstico ou familiar²³.

De outro lado, porém, cumpre discorrer acerca da constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 tendo em vista especificamente o conteúdo jurídico do princípio da igualdade e o fim precípuo da lei de conferir proteção à mulher.

A opção legislativa extraída do artigo 41 da Lei 11.343/06 é fruto da proposta elaborada pela Deputada Relatora do Projeto de Lei nº 4.559/2004, que

²² BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>> . Acesso em: 26 mar. 2009.

²³ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Ação declaratória de constitucionalidade nº 19. Brasília, 19 dez. 2007.

confeccionou um substitutivo ao projeto de lei originário, entendendo ser necessário o afastamento por completo dos institutos e do rito sumaríssimo previstos na Lei 9.099/95. Para se evitar tautologia, transcreve-se o seguinte fragmento extraído do voto da relatora, *in verbis*:

Os Juizados Especiais Criminais (JECrims), criados pela lei 9.099/95, significaram uma conquista da sociedade para desafogar as diversas varas do Poder Judiciário e acelerar decisão sobre diversos delitos, mas não foram criados para tratar crimes de violência contra a mulher. Não têm na sua abrangência legal, competência para tratar de questões que envolvam direito de família e no âmbito criminal, trata especificamente de violações de menor potencial ofensivo. Já está consagrado em todas as convenções e tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, que a violência contra a mulher é uma violação aos direitos humanos.

Ao analisarmos dez anos de atuação dos Juizados Especiais vemos que os resultados reforçam a impunidade, permitindo a reincidência e agravamento do ato violento - 90% dos casos são arquivados ou levados a transação penal.[...] ²⁴

Inferre-se do trecho acima destacado que o legislador atribuiu, em larga parcela, a impunidade dos crimes qualificados pela violência doméstica contra a mulher aos procedimentos e institutos despenalizadores consagrados pela lei que rege os Juizados Especiais Criminais, julgando, dessa forma, ser indevida a inserção dos crimes em comento na seara da regulação proposta pela Lei nº 9.099/95. Em outros termos, o legislador entendeu haver um elemento discriminatório – a violência doméstica perpetrada contra a mulher – o que justifica a elaboração de uma disciplina específica que proporcione um tratamento desigual à mulher, de forma que possa ser efetivamente protegida a sua incolumidade física, psíquica e moral, diminuindo, portanto, a impunidade verificada nas estatísticas.

O texto magno constitucional consagra em seu artigo 5º, *caput*, a igualdade perante a lei, pelo que deve ser entendido que há o nivelamento dos cidadãos diante da norma

²⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Substitutivo apresentado pela Comissão de Seguridade Social e Família. Projeto de Lei n. 4559/2004. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=272058> . Acesso em: 13 set 2008.

posta, e, mais que isso, é vedada a sua edição sem a observância da isonomia. Desta feita, este é um preceito destinado não só à atividade do aplicador da lei, mas também à do legislador.

No caso, verifica-se que o legislador percorreu devidamente o primeiro passo exigido por Celso Antônio Bandeira de Mello para que seja verificada a correlação da discriminação com o princípio isonômico, sendo identificado, *in casu*, um elemento discriminatório, que, a princípio, justifica um tratamento desigual aos crimes cometidos com violência doméstica contra a mulher. Esse cenário de desigualdade tem respaldo em diversos estudos e pesquisas realizadas, dentre as quais se destaca o estudo promovido e apresentado às Nações Unidas pelas pesquisadoras Ana Flávia D'Oliveira e Lilia Schraiber, do qual se extrai os seguintes dados estatísticos, *in verbis*:

O maior e mais detalhado estudo já realizado em centros de serviços de saúde (Schraiber et al, 2003a) entrevistou 3193 mulheres, de idade entre 15 e 49 anos, em 19 centros de saúde que constituem meio de acesso do público ao serviço de saúde na região da grande São Paulo, utilizando o questionário do *WHO* Estudo Transnacional de Saúde da Mulher e de Violência Doméstica contra a Mulher. Foi constatado que 55% das mulheres disseram ter sofrido violência física e/ou psicológica por algum agressor em algum momento de suas vidas. Entre as 3089 mulheres que disseram já ter tido um companheiro, 52,8% relataram ter sofrido violência psicológica, 40,4% violência física e 21% violência sexual. Ademais, 61,1% dessa amostra de mulheres relataram ter sofrido algum tipo de violência.

[...]

A investigação baseada na população, a partir de amostra representativa desta, foi conduzida no Brasil em 2000-2001, como parte do *WHO* Estudo Transnacional de Saúde da Mulher e de Violência Doméstica contra a Mulher. A parte brasileira do estudo entrevistou 2645 mulheres em idade reprodutiva. Foi constatado que aproximadamente 41% das mulheres, tanto na cidade de São Paulo como no sertão do Estado de Pernambuco já teriam sofrido violência física ou sexual nas mãos de algum agressor durante as suas vidas (> 15 anos de idade). Entre as 2128 mulheres que já tiveram um parceiro, foi constatado que 27,2% na cidade de São Paulo disseram ter sofrido violência física cometido por um parceiro por pelo menos uma vez nas suas vidas, enquanto que essa hipótese foi de 33,7% para os residentes no sertão de Pernambuco. Com relação à violência sexual cometida por um parceiro íntimo, a prevalência foi de 10,1% em São Paulo e 14,3% em

Pernambuco²⁵.

De outro lado, entretanto, tem-se que o legislador parece não ter trilhado até o último passo, não se verificando, na espécie, nem ao menos a existência de uma pertinência lógica e abstrata entre o fator discriminatório e a distinção de regime jurídico estabelecida pelo artigo 41 da novel legislação. A propósito, os promotores de justiça Vladimir Brega Filho e Marcelo Gonçalves Saliba sustentam que “a desequiparação proposta pelo legislador, beneficiando apenas a mulher, é fortuita, não encontrando fundamento na Constituição”.²⁶

A referida disposição legal afasta os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, tornando-se assim inviável a possibilidade de realização da composição civil, da transação penal ou da suspensão condicional do processo. Neste aspecto, torna-se imperioso analisar o elemento discriminatório, a sua correlação lógica e abstrata e, por fim, em concreto, a sua pertinência constitucional.

O *discrímen* – a violência doméstica e familiar perpetrada contra a mulher – justifica racionalmente a elaboração de uma legislação mais rígida, que confira um tratamento legal que afaste as mazelas geradas pela disciplina legal anterior. É justamente esse o intuito de qualquer lei, desigualar relações de maneira que a finalidade precípua da disciplina legal seja atingida.

A discriminação proposta pela Lei Maria da Penha tem o intuito de proteger

²⁵ D’OLIVEIRA, Ana Flávia P. L.; SCHRAIBER, Lilia Blima. Violence against women: a statistical overview, challenges and gaps in data collection and methodology and approaches for overcoming them. Expert group meeting . Division for the Advancement of women. **Organização das Nações Unidas**. Tradução livre do autor desta Monografia. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw-stat-2005/docs/expert-papers/d_Oliveira.pdf>. Acesso em: 11 maio 2009.

²⁶ BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Juizados Especiais Criminais e violência doméstica e familiar**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/vladimirbregafilho/juizados.htm>>. Acesso em 28 jan 2009.

a mulher, resguardando a sua incolumidade física, psíquica e moral. Sendo assim, foram estabelecidas várias medidas protetivas de urgência [artigos 22, 23 e 24], foi determinada a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal [artigo 14], a “renúncia” à representação passou a ser admitida apenas em sede jurisdicionalizada [artigo 16], foi proibida a aplicação de sanções penais de caráter exclusivamente pecuniário [artigo 17] e, por fim, foi determinada a inaplicabilidade total da Lei nº 9.099/95 [artigo 41].

Analisando-se todas as disposições legais acima descritas, verifica-se que a superveniência da Lei nº 11.340/06 enrijeceu e endureceu o tratamento conferido ao agente de crimes que importam em violência doméstica à mulher, de modo que a impunidade e as recorrentes reincidências verificadas pudessem ser afastadas, sendo atingida, assim, a finalidade precípua do tratamento discriminatório oferecido pela Lei 11.340/06: proteção à mulher. Ao menos essa é a intenção precípua.

No entanto, o artigo 41 da referida lei representa um excesso injustificado, vez que, ao afastar os institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais, conferiu um tratamento desigual, mas injustificável. A propósito, destaca-se um exemplo ilustrado pelos promotores de justiça Vladimir Brega Filho e Marcelo Gonçalves Saliba:

Para ilustrar o caso, imagine as seguintes situações, não afastadas da cotidiana realidade brasileira: o marido que ameaça a mulher, não teria direito ao benefício da transação penal, mas a mulher que ameaça o marido teria direito; o companheiro que difama a companheira não poderia se beneficiar da lei 9.099/95, mas se ele praticar maus tratos contra o filho, poderia se beneficiar das medidas alternativas previstas naquele *códex*; o pai que ameaça a filha não teria direito à transação, mas se a ameaça fosse contra o filho, nada impediria o benefício.

Nessas situações, a não aplicação da transação penal viola claramente o princípio constitucional da isonomia porque não há justificativa para esse

tratamento desigual, deslegitimando, ainda mais, o sistema penal²⁷.

Nesse diapasão, tem-se que a disposição legal prevista no artigo 41 da novel legislação viola o conteúdo jurídico do artigo 5º, *caput*, da CF/88, haja vista que não há pertinência lógica e abstrata e nem sequer correlação em concreto com os valores consagrados pela Constituição, vez que o afastamento dos institutos despenalizadores desiguala, de maneira injustificável e desproporcional, a mulher das demais vítimas de violência doméstica e familiar, tais como o idoso, o filho homem, o próprio marido, dentre outros.

Alerta-se que não se está sustentando que a mulher não merece tratamento discriminatório, mas sim que esta, especificamente no tocante ao afastamento dos institutos despenalizadores, é tratada distintamente pelo simples fato de ser de sexo diverso, o que, na seara da violência doméstica, não justifica semelhante discriminação. Até porque o artigo 226, parágrafo 8º, da CF/88, consagrado no texto preambular da Lei 11.340/06, expressa o dever do Estado de criar mecanismos que combatam a violência doméstica e familiar em seu todo.

Outrossim, há que se apontar ainda que as mazelas causadas no passado recente pela má utilização do procedimento previsto na Lei 9.099/95 são combatidas diretamente tanto pela criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher [artigo 14²⁸] como pela proibição de aplicação exclusiva de penas de índole pecuniária [artigo

²⁷ BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Juizados Especiais Criminais e violência doméstica e familiar.** Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/vladimirbregafilho/juizados.htm>>. Acesso em 28 jan 2009.

²⁸ Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

17²⁹]; dispositivos estes absolutamente discriminadores e constitucionais, vez que, além de preencherem o conteúdo jurídico do princípio isonômico, perseguem a finalidade precípua da novel lei: proteger a mulher. Assim, tendo em vista a disciplina oferecida pelas disposições legais supracitadas, tem-se que se esvazia o intuito igualador da disposição prevista no artigo 41 do mesmo texto legal; tornando-se esta, por derradeiro, um excessivo e injustificável rigor técnico-jurídico.

Outro aspecto que simboliza o enrijecimento justificável da disciplina de tais crimes está no fato de que a Lei Maria da Penha, no tocante ao crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher, fixou a pena máxima em abstrato em 03 [três] anos. Dessa forma, o legislador, entendendo ser delito que importa em evidente violência à mulher, representando, por conseguinte, violação flagrante aos direitos humanos, majorou a pena máxima *in abstrato*, o que, além de afastar o supracitado delito da categoria de “crime de menor potencial ofensivo”, inviabilizou qualquer possibilidade de composição civil ou transação penal. Nesse contexto, o tratamento é isonômico, vez que a violência doméstica e familiar é desigualada em seu todo e não apenas quando cometida contra a mulher. No ponto, a advogada Carmen Hein de Campos aduz que “a incolumidade física da mulher não deve ser tratada como um bem de importância menor, de modo que a sua relevância traduz um critério legitimador para a majoração da pena”.³⁰

Nesse momento, torna-se oportuno enfrentar o fato de que não só a lesão corporal leve perpetrada contra mulher representa violência doméstica e violação aos direitos

²⁹ Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

³⁰ CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha : mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.16, n.73, p.262, jul./ago. 2008.

humanos, mas também toda a sorte de condutas delitivas previstas no artigo 7º da Lei 11.340/06³¹, em semelhança aos termos da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica. Assim, grande parcela da doutrina sustenta que, por envolver ofensa aos direitos humanos, seria inadmissível propugnar-se, ainda que preenchidos os parâmetros delimitados pelo conceito legal previsto no artigo 61 da Lei nº 9.099/95, um tratamento semelhante ao conferido a delitos de menor potencialidade lesiva, admitindo-se, dessa forma, a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95.

Ocorre que essa mesma doutrina, obstinada por enrijecer e endurecer o tratamento de tais crimes, não justifica a inaplicabilidade dos institutos despenalizadores no seio da violência doméstica contra mulher. O que se vê, em verdade, são demonstrações de ineficácia da disciplina legal oferecida pelo regime jurídico anterior, da qual não se ousa discordar. No entanto, tem-se que a simples categorização “violação aos direitos humanos” não pode obstaculizar, por si só, a adoção de medidas alternativas, até mesmo despenalizadoras, que possibilitem o alcance do fim almejado pela lei, qual seja, a proteção da mulher. Sob esse enfoque, destaca-se a doutrina da Ministra Eliana Calmon, que bem discorre acerca da finalidade perseguida pela Lei Maria da Penha, *verbis*:

³¹ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

[...] a Lei Maria da Penha é mais do que um diploma legislativo. Trata-se de uma lei que congrega um conjunto de regras penais e extrapenais, contendo princípios, objetivos, diretrizes, programa, etc., com o propósito precípua de reduzir a morosidade judicial, introduzir medidas despenalizadoras, diminuir a impunidade e, na ponta, como desiderato maior, proteger a mulher e a entidade familiar³².

Dentre essas medidas alternativas, a jurisprudência majoritária admite, por exemplo, a substituição da pena privativa de liberdade, aplicada após uma árdua e morosa persecução penal ao agressor, por uma pena restritiva de direitos [artigo 44, do Código Penal³³]. Todavia, é consabido que um dos pressupostos para a concessão dessa *benesse* processual é a inoccorrência de violência ou grave ameaça, o que, tendo em vista o disposto no artigo 7º da Lei Maria da Penha, desautorizaria a sua concessão na seara da violência doméstica cometida contra a mulher. No entanto, a própria jurisprudência flexibiliza o conceito legal e permite que o agressor usufrua desse benefício processual.

Em verdade, essa flexibilização foi operada pelo próprio legislador, que, inserindo um parágrafo único no artigo 152 da Lei de Execuções Penais³⁴, oportunizou o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação, quando lhe for aplicada pena restritiva de direitos consistente em limitação de fim de semana [artigo 43, IV, do Código Penal]. Dessa forma, o legislador, indiretamente, autorizou a concessão da substituição de penas nas hipóteses em comento. Do mesmo modo, o próprio artigo 17 da Lei

³² ALVES, Eliana Calmon. A Lei Maria da Penha. **Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**. Brasília, v. 18, n. 1, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SGL/servlet/IJMain?action=showit&seq_materia=72>. Acesso em: 5 jun. 2008.

³³ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
II - o réu não for reincidente em crime doloso;
III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

³⁴ Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.
Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

11.340/06, *a contrario sensu*, permite a substituição de pena, desde que essa não consista unicamente em pagamento de multa.

Referido impasse legal é bem retratado pela desembargadora Maria Berenice Dias, confira-se:

Tema que tem atormentado a doutrina é sobre a possibilidade desta substituição em sede de violência doméstica. O motivo da perplexidade é que um dos requisitos, para se admitir a substituição da pena, é a inocorrência de violência ou grave ameaça, e nos casos de violência doméstica – como o próprio nome diz – a violência faz parte da estrutura constitutiva do próprio ato. Portanto, se não houver violência, seja física, psíquica, moral, sexual ou patrimonial, não há violência doméstica. Assim, em tese, não haveria a possibilidade de substituição da pena.

É evidente que o instituto da substituição da pena não reproduz uma medida despenalizadora; trata-se, porém, de *benesse* processual criada pelo legislador originário para evitar que as mazelas da pena restritiva de liberdade atingissem o condenado que praticou delito não impregnado por violência ou grave ameaça. Entretanto, tendo em vista os benefícios trazidos pelo instituto da substituição penal [artigo 44 do CP] e a sua compatibilização com os fins almejados pela novel legislação, criou-se uma exceção legítima, viabilizando a concessão da *benesse*, não obstante os referidos delitos envolverem violência doméstica contra a mulher e ofensa aos direitos humanos, nos termos do artigo 7º da Lei nº 11.340/06.

De outro lado, no entanto, o legislador trilhou um caminho diverso ao vedar a aplicabilidade dos institutos despenalizadores nos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, *ex vi* do artigo 41 da Lei nº 11.340/06.

Nessa ordem de ideias, infere-se que o *discrímen* – violência doméstica

contra a mulher – não foi suficiente para afastar o benefício da substituição de pena, mas, por outro lado, parece bastante a justificar o afastamento dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95.

Sendo assim, é de se reconhecer que o elemento discriminatório – violência doméstica praticada contra a mulher – não pode figurar como um critério de aplicação dos institutos despenalizadores. Até poderia, haja vista que a Constituição delegou tal atribuição ao legislador infraconstitucional, que terá a faculdade de estabelecer critérios diversos, mas sempre coadunados com os valores consagrados no texto constitucional. *In casu*, porém, tem-se que o elemento discriminatório adotado viola o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, o que o torna, por si só, incapaz de determinar o afastamento das *benesses* processuais previstas na Lei nº 9.099/95.

Entretanto, a composição civil, independentemente de qualquer disposição legal, é, ainda assim, inaplicável no seio da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, pois este instituto despenalizador é absolutamente incompatível com a disciplina oferecida pela Lei nº 11.340/06. Com efeito, o artigo 17 deste texto legal veda a aplicação de qualquer pena de índole pecuniária, o que torna imperioso reconhecer que, diante desta norma imperativa, a possibilidade de composição civil dos danos se esvazia; tornando-se, portanto, inoportuna e impossível a sua aplicação em qualquer hipótese sobre a qual incida a Lei Maria da Penha.

Já no que toca à transação penal, alerte-se, desde logo, que a análise da sua aplicabilidade demanda um estudo mais complexo. Ora, é cediço que a transação penal importa em uma aplicação antecipada de uma pena restritiva de direitos. Neste ponto,

justifica-se, didaticamente, a exposição do teor do artigo 76 da Lei 9.099/95 que regula o benefício processual supracitado, confira-se:

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

É, com efeito, medida de economia processual, que visa solucionar os conflitos imediatamente, de maneira que o fantasma da impunidade possa ser afastado pela eficiência da prestação jurisdicional. Por isso, a fim de se reforçar o combate à banalização da disciplina e da punição de tais delitos, marcantes em passado recente, foi promulgada a Lei Maria da Penha que em muito inovou e enrijeceu o tratamento jurídico antes conferido.

Ressalte-se, desde logo, que, com fulcro no artigo 17 da Lei Maria da Penha, é inconcebível que a proposição ministerial sustente uma pena de índole pecuniária. Nesse contexto, cumpre salientar que o papel do magistrado singular não se reduz a mero intermediador, sendo que, consoante bem registra o promotor Marcelo Saliba, “o Ministério Público é o titular da proposta e há discricionariedade regradada em sua atuação, tanto que a mesma será apreciada pelo juiz”.³⁵

Noutro aspecto, inovou-se com a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher [artigo 14] e com a possibilidade de determinação de variadas medidas de urgência de proteção à mulher [artigo 22, 23 e 24].

Destarte, não se pode aduzir que o tratamento jurídico conferido aos crimes de menor potencial ofensivo cometido com violência doméstica contra a mulher é equivalente

³⁵ SALIBA, Marcelo Gonçalves. Descumprimento da transação penal e detração. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 44, p. 157-168, set./ dez. 2005. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/ripe/ripe_arquivos/ripe44.pdf>. Acesso em: 23 set. 2008.

à disciplina legal oferecida pela Lei nº 9.099/95. Diferentemente, a Lei nº 11.340/06 municiou a mulher, estabelecendo instrumentos e medidas que protegem a sua incolumidade física, psíquica e moral, e que afasta a impunidade registrada em passado recente. Conferiu-se, portanto, uma proteção adequada, proporcional, isonômica e, por conseguinte, constitucional.

Desta sorte, tem-se que, em princípio, os delitos ora em tela, que se enquadrarem no conceito legal imposto pelo artigo 61 da Lei 9.099/95, devem ser alcançados pelos institutos despenalizadores, a fim de que sejam atingidos os fins almejados pela lei.

Por todo o exposto, infere-se que o artigo 41 da Lei Maria da Penha não se coaduna com o princípio da igualdade; padecendo, assim, de flagrante inconstitucionalidade. Registre-se, por oportuno, que o tema é objeto de discussão em sede de controle direto e abstrato de constitucionalidade – Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19-3/DF –, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, que tem por objeto a declaração de constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/06. A ação está concluída ao ministro relator desde o dia 06 de março de 2009, tendo o Presidente da República requerido preferência no seu julgamento.

3 DO CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE PERPETRADO CONTRA A MULHER NO DOMÍNIO DOMÉSTICO E FAMILIAR

3.1 A possibilidade da suspensão condicional do processo em crimes de lesão corporal leve praticados contra a mulher no seio doméstico e familiar

Firmado o entendimento no sentido da inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, importa sublinhar que a Lei nº 9.099/95, editada sob a orientação dos princípios específicos a oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, seria, *prima facie*, passível de aplicação na seara da violência de gênero, sob pena de violação ao princípio magno da igualdade.

Com efeito, o legislador, no artigo 7º da novel legislação, estabeleceu diversas e variadas formas de violação doméstica e familiar contra a mulher, dentre as quais muitas são delitos que se enquadram, pelo menos em tese, na definição estabelecida pelo artigo 61 da Lei dos Juizados Especiais, o que autorizaria a utilização dos institutos despenalizadores e *benesses* processuais previstas nesta lei, ao arrepio do disposto no artigo 41 da Lei Maria da Penha. Nesse contexto, destaca-se a crítica tecida pelos promotores de justiça Valdimir Brega Filho e Marcelo Gonçalves Saliba, confira-se:

[...] o artigo 7º da Lei 11.340, ao estabelecer o que considera violência doméstica e familiar contra a mulher, permite que diversas condutas enquadrem-se nessa definição legal, inclusive crimes contra a liberdade individual, honra e patrimônio. Assim, prevalecendo o entendimento de que o artigo 41 impede a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar, aos crimes de perigo de contágio venéreo, ameaça ou injúria, por exemplo, não poderá ser aplicada a transação, a composição civil e a suspensão condicional do processo, benefícios

instituídos da citada legislação³⁶.

Entretanto, ainda que se ventile semelhante possibilidade, não se pode inferir que os crimes de lesão corporal leve, qualificados pela violência doméstica à mulher, mais condenáveis nesta espécie, sejam submetidos ao rito sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados Especiais, sendo, por conseguinte, viável a composição civil e a transação penal. Isso porque tais práticas delitivas representam ofensa patente e flagrante à dignidade humana³⁷, não podendo, assim, serem consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 61 da Lei 9.099/95.

Tanto é assim que, consoante já se asseverou, a Lei nº 11.340/06 cuidou de majorar a pena máxima em abstrato – 03 [três] anos – prevista para o crime de lesão corporal leve qualificado pela violência de gênero cometido no âmbito doméstico [art.129, §9º, do CP], o que afasta, em definitivo, qualquer dúvida que persista relativa à inexistência do caráter “menor potencial ofensivo” desta infração penal.

De tal sorte, inconcebível a realização da composição civil ou da transação penal no processamento dos crimes de lesão corporal leve acobertados pela disciplina da Lei Maria da Penha. Nesse aspecto, bem assevera o professor Marco Antônio de Barros, *in verbis*:

Tendo em conta a elevação para três anos da pena máxima atribuível ao crime de lesão corporal praticado contra a mulher, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, automaticamente tornou-se inaplicável a fase preliminar conciliatória e o próprio procedimento sumaríssimo previstos nos arts. 69 e seguintes da Lei nº

³⁶ BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Juizados Especiais Criminais e violência doméstica e familiar.** Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/vladimirebregafilho/juizados.htm>>. Acesso em 28 jan 2009.

³⁷ Nesse sentido, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, em seu texto preambular, manifesta uma preocupação com o fato de a violência contra a mulher envolver ofensa à dignidade da pessoa humana.

9.099/95³⁸.

De outro lado, porém, tem-se que, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha, torna-se imperioso admitir que a suspensão condicional do processo é um instituto aplicável aos crimes de lesão corporal leve praticados nas condições antes descritas, haja vista que a pena mínima *in abstracto* – 03 [três meses] – permite a concessão da *benesse*, nos moldes do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Com efeito, é cediço que o *sursis* antecipado é medida despenalizadora que se aplica não apenas aos delitos de menor potencial ofensivo, mas sim a toda e qualquer prática delitiva cuja pena mínima em abstracto seja igual ou inferior a 01 [um] ano. A propósito, cumpre exaltar a doutrina ministrada pelo professor Luiz Flávio Gomes, *in verbis*:

Desde logo cabe ressaltar que, diferentemente do que estatuído no art. 61, não fez o legislador aqui nenhuma ressalva quanto aos ‘procedimentos especiais’ previstos em lei. Não importa, destarte, se o delito tem ou não procedimento especial (envolve, portanto, em tese, crimes eleitorais, porte ilegal de droga para uso próprio etc.); não importa, de outro lado, se o delito está previsto no Código Penal ou em lei especial (envolve, portanto, em tese, sonegação fiscal – alguns crimes –, crimes falimentares, eleitorais, ecológicos etc.). O marco fundamental é a pena mínima cominada em abstracto (pena em abstracto)³⁹.

Destarte, estabelecer semelhante *discrímen*, relativo à singular vedação de aplicabilidade da *benesse* em comento, representa uma afronta ao princípio isonômico, vez que a violência doméstica, à luz da disciplina do artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, obstaculiza apenas e tão-somente a concessão dos benefícios próprios do rito sumaríssimo regulado pela Lei dos Juizados Especiais, quais sejam a composição civil e a transação penal. Ocorre que a suspensão condicional do processo, inserida pelo legislador em topologia

³⁸ BARROS, Marco Antônio de. **A nova lei que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher: um novo retrocesso jurídico?** Disponível em: <<http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=5319>>. Acesso em 12 maio 2009.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 210-211.

distinta na Lei nº 9.099/95 [Seção VI – Disposições Finais], seria, uma vez preenchidos os requisitos autorizadores, aplicável, ainda que o delito fosse qualificado pelo uso da violência doméstica praticada contra “ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido” o autor do crime.

Dessa forma, admitir-se que a violência doméstica perpetrada contra a mulher desautoriza a concessão dessa *benesse* processual, enquanto que esta é permitida se for praticada contra um menor ou contra um idoso do sexo masculino, é aceitar um tratamento desigual e desproporcional. Reafirma-se, portanto, a inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06.

A simples possibilidade ou não de suspensão condicional do processo em nada influencia o rigor legal e a consequente eficácia da disciplina do combate à violência doméstica, haja vista que são diversos e rigorosos os requisitos para sua admissibilidade. A propósito, vale recorrer mais uma vez aos ensinamentos do professor Luiz Flávio Gomes, que bem sintetiza os requisitos do benefício processual em tela, *in verbis*:

[...] podemos dizer que os requisitos de admissibilidade da suspensão condicional do processo são: a) inexistência de processo em curso; b) inexistência de condenação anterior por crime; c) presença dos demais requisitos do art.77 do CP, que são: a) que o condenado não seja reincidente em crime doloso; b) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.⁴⁰

Sendo assim, entendendo o magistrado que o autor da lesão corporal leve preenche os requisitos acima transcritos, é de rigor que lhe seja conferido o benefício da suspensão condicional do processo. Não é outro o entendimento do Professor da Faculdade

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais Criminais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.287.

de Direito do Mackenzie Marco Antônio de Barros, que assevera que “não se justifica a exclusão da concessão deste incontestável benefício a um autor do fato que seja primário, tenha bons antecedentes etc”.⁴¹

Entretanto, no presente contexto, demanda-se do magistrado singular uma especial atenção no tocante às condições a serem impostas ao agente do crime [art. 89, §1º e §2º, da Lei nº 9.099/95⁴²], de maneira que seja assegurado o resultado prático visado pela novel legislação. Outrossim, segundo as circunstâncias do caso, o magistrado deverá estabelecer condições que sejam idôneas a evitar a reincidência.

Nesse importante papel, podem-se destacar, de forma exemplificativa, as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor [artigo 22, da Lei nº 11.340/06⁴³] e a inserção do agressor em programas de educação e reabilitação [artigo 35, V, da Lei nº

⁴¹ BARROS, Marco Antônio de. *A Nova Lei que Coíbe a Violência Doméstica e familiar Contra a Mulher: Um Novo Retrocesso Jurídico?*. Disponível em: <http://direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=5319>>. Acesso em: 26 mar. 2009.

⁴² Art.89, § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

⁴³ Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da

o

Lei n^o 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

11.340/06⁴⁴]; condições essas que, além de se coadunarem com o fim precípua da lei, evitam as mazelas causadas pela privação da liberdade corporal do agressor.

Ademais, não se pode olvidar que tanto o Ministério Público, na proposta, como o juiz, no deferimento, haverão de considerar todos os pressupostos e requisitos exigidos pela legislação em vigor. Decerto, verificando-se que o agressor é reincidente ou que as circunstâncias do crime – presença de fatores de risco – não recomendam a concessão da *benesse*, deve o Ministério Público oferecer a denúncia, manifestando o motivo da negativa da proposta de suspensão condicional do processo⁴⁵. Não se trata, portanto, de banalizar ou gerar impunidade no seio da violência doméstica e familiar perpetrada contra a mulher, mas sim de viabilizar a utilização de instrumentos de alcance dos fins perseguidos pela lei.

3.2 A natureza condicional da ação penal pública nos casos de lesão corporal leve praticada contra a mulher

Antes do advento da Lei 11.340/06 [Lei Maria da Penha], era indiscutível o caráter condicional da ação penal pública em casos de lesão corporal leve, *ex vi* do teor do artigo 88⁴⁶ da Lei dos Juizados Especiais, que excepciona a regra geral [incondicionalidade da ação penal] prevista no artigo 100 do Código Penal. Nesse sentido, deve-se destacar a doutrina de Grinover et al , *in verbis*:

A transformação da ação penal pública incondicionada em ação pública condicionada significa despenalização. Sem retirar o caráter ilícito do fato, isto é, sem descriminalizar, passa o ordenamento jurídico a dificultar a

⁴⁴ Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

(...)

V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

⁴⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. *Habeas Corpus* nº 32.008/RS. Relator Ministro Paulo Medina. Brasília, DF, 20 abr. 2006. DJU de 13.11.2006, p. 299.

⁴⁶ Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

aplicação da pena de prisão. De duas formas isso é possível: a) transformando-se a ação pública em privada; b) ou transformando-se a ação pública incondicionada em ação condicionada. Sob a inspiração da mínima intervenção penal, uma dessas vias despenalizadoras (a segunda) foi acolhida pelo artigo 88 da Lei 9.099/95.⁴⁷

De tal sorte, ainda que o crime de lesão corporal leve fosse praticado contra a mulher, aplicavam-se as disposições previstas na Lei nº 9.099/95, oportunizando-se, dessa forma, a retratação da representação pela mulher e o arquivamento prematuro da persecução penal. Cumpre registrar quanto a esse aspecto que parcela da doutrina sempre criticou essa política criminal adotada pela Lei dos Juizados Especiais. Não é outro o entendimento da advogada Ana Paula Schwelm e do promotor de justiça Fausto Rodrigues de Lima, que asseveram ser a representação, então exigida das mulheres vítimas de violência doméstica, a responsável, em grande parte, pela impunidade registrada nos estudos estatísticos, “eis que 80% das ocorrências de violência doméstica têm sido arquivadas sob a alegação da ‘falta de interesse’ [representação] das vítimas”.⁴⁸

Com a superveniência da Lei nº 11.340/06, criou-se um impasse jurídico, haja vista que o artigo 41 da novel legislação afastou, *in totum*, a aplicação da Lei nº 9.009/95, que, como se vê, por expressa previsão legal, condiciona a ação penal à representação em hipótese de crime de lesão corporal leve. Assim, parte da doutrina e da jurisprudência passou a entender que o artigo 88 da Lei nº 9.099/95 tornou-se inaplicável no domínio da violência doméstico-familiar cometida contra a mulher, restando, por derradeiro, restaurada a natureza incondicional da ação penal, nos termos da regra geral prevista no artigo 100 do Código Penal.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 213.

⁴⁸ GONÇALVES, Ana Paula Schwelm; LIMA, Fausto Rodrigues de. A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8912>>. Acesso em: 12 maio 2009.

De outro lado, sob ponto de vista doutrinário diverso, argumenta-se que a Lei Maria da Penha regula, no artigo 16, a “renúncia” à representação, o que tem sido utilizado para se explicar, em parte, a permanência da natureza condicional da ação penal.

Por oportuno, saliente-se que essa controvérsia já é travada, inclusive, nos tribunais estaduais e superiores. No Superior Tribunal Justiça, a Quinta e a Sexta Turma já prolataram acórdãos em que se firmou entendimento no sentido de ser incondicional a ação penal em tela. De outro lado, porém, alguns tribunais estaduais, tais como o TJDF, bem como a Sexta Turma do STJ em acórdãos mais recentes, assentaram entendimento em sentido contrário.

A questão ganhou tal repercussão que o Ministro Napoleão Nunes Maia apresentou o Recurso Especial nº 1.097.042/DF à Terceira Seção da Corte Superior de Justiça como representativo da controvérsia em comento. Tal medida foi tomada tendo em vista a grande monta de recursos que ascendem ao STJ, versando sobre esse tema controverso, de modo que, com esse julgamento, a Corte Superior de Justiça busca uniformizar a interpretação e extensão do artigo 41 da Lei 11.340/06.

É evidente que a sustentação tecida no capítulo anterior – a inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340/06 – esvaziaria qualquer espaço para discussão acerca da polêmica ora apresentada, já que, em sendo reconhecida tal inconstitucionalidade, manter-se-ia, indubitavelmente, a natureza condicional da ação penal em comento. No entanto, as cortes estaduais e superiores, bem como a doutrina em sua maior parte, discutem o tema sob outro prisma, tendo como incontestes a eficácia e constitucionalidade do art.41 da Lei Maria da Penha.

Dessa maneira, neste capítulo da monografia, atentar-se-á às balizas determinadas pela discussão doutrinária e jurisprudencial, a fim de se perquirir, face à disciplina legal posta, a natureza da ação penal em casos de lesão corporal leve cometida contra a mulher no contexto doméstico e familiar.

Tendo em vista os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais timidamente expostos, exsurge-se a formação de um cenário bastante nebuloso e controverso, o que demanda um estudo minucioso à luz dos fins perseguidos pela lei e dos princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Antes, porém, torna-se imperiosa a exposição mais detalhada dos motivos e argumentos tecidos pelas duas correntes ora apresentadas.

3.2.1 A controvérsia doutrinária

A desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, cuidou de realizar um precioso levantamento bibliográfico⁴⁹, no qual identificou a existência de dois posicionamentos referentes à definição da natureza da ação penal em crimes de lesão corporal leve praticados em ofensa à mulher no seio doméstico e familiar.

Para uns⁵⁰, tem-se que a ação penal, *in casu*, é pública incondicionada, vez que o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 afasta *in totum*, sem quaisquer ressalvas, as disposições existentes na Lei nº 9.099/95, dentre as quais a disciplina despendida pelo artigo 88 desta. Assim, fala-se em um efeito repristinatório⁵¹, haja vista que, com a superveniência da vedação

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.116/126.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 117.

⁵¹ SUMARIVA, Paula Henrique de Godoy. A repristinação da ação penal nos crimes de lesão corporal. **Revista**

imposta pelo artigo 41 da novel legislação, a ação penal em tela retornou à sua natureza original. Em outros termos, a ação penal voltou a ter natureza pública incondicional [artigo 100, *caput* e §1º, do CP⁵²], assim como o era antes do advento da Lei 9.099/95.

Por derradeiro, segundo semelhante posicionamento doutrinário e jurisprudencial, o titular único e incondicional da ação penal é o Ministério Público que, tendo em vista o princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da persecução penal, deverá processar o agressor, não havendo como se cogitar de retratação da vítima ou de arquivamento prematuro do processo.

O delegado de polícia Eduardo Luiz Santos Cabette atribui esse rigor legal à impunidade e banalização verificada no tratamento e disciplina dos crimes cometidos em desfavor da mulher no âmbito doméstico e familiar⁵³.

Esse entendimento vinha sendo pacificamente veiculado pelo Superior Tribunal de Justiça, que é a Corte responsável pela uniformização da interpretação das leis infraconstitucionais, sendo unânime na Quinta Turma [Cf.: HC 84.831/RJ, DJe 05.05.2008; HC 91.540/MS, DJe 13.04.2009] e majoritário na Sexta Turma [Cf.: HC 1.050.276/DF, DJe 24.11.2008; HC 1.000.222/DF, DJe 24.11.2008; HC 96.992/DF, Informativo nº 0363; HC 108.098/PE, Informativo nº 0363; HC 106.805/MS, Informativo nº 0382, julgamento em 03.02.2009]. Quanto a este aspecto, vale expor o pensamento da desembargadora do Tribunal de Justiça mineiro Jane Silva, confira-se:

Jus Vigilantibus. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/22397>>. Acesso em 12 maio 2009.

⁵² Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

⁵³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1146, 21 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 14 ago 2008.

Há de se ressaltar que um dos princípios comezinhos de direito, no que tange interpretação da norma, preconiza que ela não utiliza palavras inúteis. Nesse diapasão, frisamos que o artigo 41 da Lei 11.340 diz claramente que não se aplica aos crimes praticados com violência doméstica, a Lei 9.099/1995.

Não disse a novel legislação que não se aplicam aos crimes praticados com violência doméstica apenas alguns mecanismos despenalizadores da lei dos Juizados, como a transação e a suspensão condicional da pena. Acaso o quisesse, o legislador assim teria procedido. Não. Na “Lei Maria da Penha” resta claro que a Lei 9.099/1995 não se aplica por inteiro, isso porque, o escopo de uma e de outra legislação são totalmente opostos. Enquanto a Lei dos Juizados procura evitar o início do processo penal, que poderá culminar com a imposição de uma sanção ao agente do crime, a “Lei Maria da Penha” procura punir com maior rigor o agressor que age às escondidas nos lares, pondo em risco a saúde de sua própria família⁵⁴.

Ainda nesse mesmo diapasão, os promotores de justiça Ronaldo Batista Pinto e Rogério Sanches Cunha sustentam que o recuo⁵⁵ da mulher, dependente econômica e emocionalmente, não pode prevalecer sobre o interesse público que, *in casu*, é patente, vez que o crime ora em tela representa uma forma de violação aos direitos humanos.

Noutro vértice, os referidos promotores aduzem que até mesmo o trâmite processual do projeto de lei originário reflete que a incondicionalidade é desejosa pelo legislador, *in verbis*:

[...] o projeto de lei originário (PL nº 4.559/2004), em seu art.30, previa, com todas as letras, que ‘nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher a ação penal será pública condicionada à representação’. Ora, se na redação final da lei foi retirado esse dispositivo, resta evidente a intenção do legislador em não exigir a representação da vítima como condição de procedibilidade.

Já quanto ao artigo 16⁵⁶ da Lei 11.340/06, que prevê a “renúncia” da representação, essa doutrina apregoa que o aludido dispositivo legal é restrito e referente

⁵⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. Recurso especial nº 1.050.276/DF. Relatora Ministra Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG). Brasília, DF, 23.09.2008, DJe 24.11.2008.

⁵⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

⁵⁶ Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

apenas aos crimes que, por expressa previsão legal, tenham a ação penal condicionada à representação, tais como os crimes contra a liberdade sexual, contra a honra e o crime de ameaça⁵⁷.

De outro lado, contrariando esse entendimento dominante, alguns doutrinadores e magistrados vêm sustentando que a ação penal pública em comento é condicionada à representação, inobstante o teor do artigo 41 da novel legislação. Isso porque a finalidade máxima da Lei nº 11.340/06 é proteger a mulher e não punir o agressor, de maneira que sejam apaziguados e harmonizados os vínculos familiares⁵⁸.

Ademais, esta corrente doutrinária e jurisprudencial ressalta que a retratação, além de constituir um poderoso instrumento de negociação da mulher⁵⁹, facilita a composição adequada do litígio existente entre o casal, o que contribui em muito para uma eventual separação consensual, com partilha de bens e definição de guarda dos filhos e alimentos. De se destacar, a propósito, os ensinamentos da promotora de justiça Carla Campos Amico sobre o tema, *in verbis*:

Na hipótese de lesão corporal de natureza leve ou culposa, o ilícito afeta imediatamente o interesse do particular e somente mediatamente o interesse público. Portanto, a instauração da investigação policial e posteriormente da própria ação penal, deve estar condicionada à vontade do ofendido. Esse é o contexto da Lei nº 11.340/2006, propiciar à vítima mulher a discricionariedade de avaliar a necessidade de intervenção do Estado em sua relação doméstica e familiar.⁶⁰

Noutro vértice, para esta última corrente, um traço que evidencia a

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Lei da violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1178, 22 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8965>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.126.

⁵⁹ *Ibidem*, p.120.

⁶⁰ AMICO, Carla Campos. Violência doméstica e familiar contra a mulher: necessidade de representação da vítima em caso de lesão corporal leve e culposa. In: **Boletim IBCCRIM**, v.14, n.170, p.18/19, 2007.

condicionalidade da ação penal é a previsão legal contida no art.12, I, da Lei nº 11.340/06⁶¹, que impõe à autoridade policial a coleta a termo da representação da ofendida quando do registro da ocorrência⁶². Nesse mesmo diapasão, sustenta-se que o artigo 16 do mesmo texto legal disciplina a “renúncia” à representação, que nada mais seria que a permissão legal da possibilidade de retratação da mulher.

Para Damásio de Jesus, atribuir a incondicionalidade à ação penal representaria um retrocesso jurídico inaceitável⁶³, posto que, em tempos atuais, prepondera o entendimento de que seja estabelecido um Direito Penal de intervenção mínima, de forma que sejam motivadas as composições e as transigências. Outrossim, comungando desse entendimento, sustenta Cabette⁶⁴ que há um irracionalismo contemporâneo de que o Direito Penal é instituição idônea a esgotar todas as mazelas da sociedade, o que proporciona à mulher, por conseguinte, um tratamento semelhante ao conferido a seres incapazes, cujo interesse e manifestação de vontade são, por muitas vezes, irrelevantes.

Esse entendimento doutrinário foi preponderante em acórdão mais recente da Sexta Turma da Corte Superior de Justiça [Cf.: HC 113.608/MG, Informativo nº 385], em que se aduziu que “a dispensa de representação significaria que a ação penal teria

⁶¹ Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

⁶² SOUZA, Celso Jerônimo de; CARVALHO, Ricardo Coelho de; EVANGELISTA, Samoel Martins. **Violência doméstica e a natureza jurídica da ação penal**. Disponível em: <<http://www.ampac.org.br/artigos/Viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica%20e%20a%20natureza%20jur%C3%ADica%20da%20a%C3%A7%C3%A3o%20penal.pdf>>. Acesso em 13 maio 2009.

⁶³ JESUS, Damásio E. de. Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei nº 11.340/2006. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1670, 27 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10889>>. Acesso em: 13 set. 2008.

⁶⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. Em ago 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 14 ago 2008.

prosseguimento e impediria a reconciliação de muitos casais”.⁶⁵

A par dos posicionamentos sustentados de forma quase que antagônica, afigura-se a análise do contexto da violência doméstica e familiar no país e a eficiência da resposta conferida pelo ordenamento jurídico em vigor.

3.2.2 *O retrocesso jurídico operado pela incondicionalidade da ação penal*

A determinação da natureza da ação penal em caso de crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher no âmbito doméstico e familiar envolve uma análise complexa e difícil, já que essa controvérsia é assentada sobre um conjunto de repercussões práticas que, à primeira vista, parecem não se coadunar entre si.

Com efeito, a incondicionalidade da ação penal em comento alimenta o anseio dos que temem pela ameaça do agressor à vítima. Assim, ao se atribuir a titularidade exclusiva da ação penal ao Estado, independente da vontade da vítima, evita-se o arquivamento prematuro da persecução penal, o que evidencia um tratamento mais rigoroso ao agressor.

Outrossim, a vítima não pode se retratar da representação já oferecida, ainda que tenha se reconciliado com o agressor. Nesse caso, o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, deve, à luz do princípio da obrigatoriedade, perquirir o agressor, a fim de que esse seja devidamente punido pela prática delituosa perpetrada.

Até a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, o crime de lesão corporal leve

⁶⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. *Habeas Corpus* nº 113.608/MG. Relator originário Ministro Og Fernandes. Relator para acórdão Ministro Celso Limongi (desembargador convocado do TJ/SP). Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nº 385. Brasília, DF, 05 mar. 2009.

era processado mediante ação penal pública incondicionada, *ex vi* do teor da regra geral inserta no artigo 100, §1º, do Código Penal⁶⁶.

De outro lado, no entanto, a condicionalidade da ação penal acolhe os que prezam pela possibilidade de reconciliação do casal e, por conseguinte, pela restauração da harmonia familiar. A Lei nº 9.099/95, impulsionada fortemente pelo contexto da violência doméstica, condicionou o início da persecução penal à representação da ofendida⁶⁷.

Dessa forma, o ordenamento jurídico vigente à época passou a permitir que a vítima poupasse o agressor, de maneira que a retratação era admitida como instrumento de preservação da harmonia familiar. A vontade da mulher passou a ser relevante, fruto da ascensão social por essa experimentada desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 [Cf.: art.5º, I⁶⁸ e art.226, §§5º e 7º⁶⁹, todos do texto magno].

Entretanto, é sabido que o tratamento legal então oferecido para disciplinar a violência doméstica de gênero foi mal utilizado pelo Judiciário. A crítica ao sistema culminou com o caso simbólico de Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica que foi agredida de forma desumana pelo ex-marido, que a deixou paraplégica. Muito se criticou a

⁶⁶ Art.100. A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

⁶⁷ MAHMOUD, M. A. H. Lei Maria da Penha: relativização da autonomia da vontade da mulher. **Correio Braziliense**, Brasília, 17 nov. 2008, caderno Direito e Justiça, p.1.

⁶⁸ 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;

⁶⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

(...)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

aplicação das penas alternativas – em sua maioria, cestas básicas – e a concessão de *benesses* processuais ao agressor, tendo sido combatida a postura conivente e omissa do Judiciário para com a violência doméstica de gênero.

A repercussão conferida ao caso “Maria da Penha” levou à condenação internacional do Estado brasileiro firmada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA [Organização dos Estados Americanos], que lhe recomendou o “prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil”.⁷⁰

Decerto, visualizou-se que a igualdade material entre os sexos, embora consagrada no texto magno, não era verificada *in concreto* nos lares das famílias brasileiras. Esse cenário é bem delineado pela Desembargadora Maria Berenice Dias, confira-se:

Apesar de a igualdade entre os sexos estar ressaltada enfaticamente na Constituição Federal, é secular a discriminação que coloca a mulher em posição de inferioridade e subordinação frente ao homem. A desproporção, quer física, quer de valoração social, entre o gênero masculino e feminino, não pode ser olvidada⁷¹.

De tal sorte, no afã de responder com eficiência às severas críticas tecidas ao tratamento legal então conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro, foi editada a Lei nº 11.340/2006, que em muito inovou e endureceu a disciplina legal dos crimes perpetrados contra a mulher no contexto doméstico e familiar. No entanto, como já se salientou, o novo texto legal não dispôs expressamente acerca da natureza da ação penal.

Não obstante se possa reconhecer pertinência na controvérsia suscitada,

⁷⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório anual 2000**. Capítulo III – Relatórios sobre casos individuais. Relatório nº 54/01. Washington, 2000.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.22.

afigura-se que os crimes de lesão corporal leve cometidos contra a mulher em domínio doméstico-familiar devem ser processados mediante ação penal pública condicionada à representação, sob pena de se constituir um inegável retrocesso jurídico no tratamento da violência de gênero.

Neste ponto, faz-se imprescindível o magistério do mestre Luis Roberto Barroso, *in verbis*:

[...] uma idéia que começa a ganhar curso na doutrina constitucional brasileira: *a vedação do retrocesso*. Por este princípio, que não é expresso mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.⁷²

Nessa ordem de ideias, o princípio da proibição do retrocesso jurídico impõe uma limitação ao legislador infraconstitucional, que, em determinadas situações, não poderá reduzir ou extinguir um direito ou uma garantia, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por violação a direito fundado na Carta Magna.

Não é outro o entendimento do juiz de direito Ingo Wolfgang Sarlet, que assevera que uma lei “não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade”.⁷³

É evidente, no entanto, que o princípio da proibição do retrocesso não pode ser aplicado de maneira indiscriminada. Nesse aspecto, Sarlet realiza uma construção

⁷² BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional brasileiro e a efetividade e suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.152.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. Princípio da proibição do retrocesso nos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal de 1988. In: ORTIZ, Maria Helena Rodriguez (Org.). **Justiça social: uma questão de direito**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p.68

doutrinária acerca dos critérios materiais que devem nortear o legislador infraconstitucional acerca dos limites de aplicabilidade do aludido princípio.

Sarlet ressalta que, como primeiro passo, deve-se perquirir o núcleo essencial dos direitos fundamentais que estejam relacionados ao objeto da inovação visada pelo legislador infraconstitucional. Prossegue o autor revelando que esse núcleo essencial dos direitos fundamentais está irremediavelmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que “atua como diretriz jurídico-material tanto para definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial”.⁷⁴

Volvendo-se ao contexto histórico do tratamento legal conferido à violência doméstica de gênero, tem-se que, inicialmente, prevaleceu a natureza incondicional da ação penal pública em comento. Posteriormente, tendo em vista a ascensão profissional e social da mulher, entendeu o legislador infraconstitucional ser necessária a modificação dessa natureza; conferindo, destarte, um poder de barganha à mulher, possibilitando a esta, a seu bel-prazer, retratar-se da representação antes oferecida.

Portanto, a Lei nº 9.099/95 conferiu um direito à mulher, direito este atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, a mulher, como ser capaz e equiparado constitucionalmente ao homem, deve ter a sua vontade protegida e relevada no ordenamento jurídico vigente. A propósito, destaca-se o posicionamento da juíza de direito aposentada Maria Lucia Karam, *in verbis*:

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela,

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Princípio da proibição do retrocesso nos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal de 1988. In: ORTIZ, Maria Helena Rodriguez (Org.). *Justiça social: uma questão de direito*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p.74.

formalmente dita ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade dos agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela [...].⁷⁵

Desta feita, a retratação da representação é um instrumento de exercício dos direitos fundamentais da mulher, ferramenta essa “que tem em vista privilegiar a pessoa e a vontade da vítima e não a figura do autor do fato”.⁷⁶

Com a superveniência da Lei Maria da Penha, é de se manter a natureza condicional da ação penal pública, uma vez que ao se retirar da mulher o poder de retratação, confere-se um tratamento retrocesso à disciplina da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. Nesse sentido, é o entendimento do mestre Mohamad Mahmoud, *in verbis*:

A recente interpretação da lei [incondicionalidade da ação penal] sonega da mulher um valioso filtro valorativo e político, mutila direito seu e somente seu de decidir a respeito do futuro de seu lar. Constitui tratamento paternalista, revelando, no fundo, duro golpe à autonomia da vontade feminina, a lembrar, em certa medida, a ideologia que empolgou a edição do Código Civil de 1916, por meio do qual a mulher casada era considerada relativamente incapaz (como é o caso, hoje do adolescente com idade entre 16 e 18 anos).⁷⁷

Ademais, insta observar, ainda, que eventual violação ao princípio da vedação de retrocesso jurídico incorre em flagrante inconstitucionalidade, haja vista que esse princípio está intimamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio máximo consagrado na Carta Magna.

⁷⁵ KARAM, Maria Lucia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. In.: **Boletim IBCCRIM**, v.14, n.168, p. 6-7, nov.2006.

⁷⁶ AMICO, Carla Campos. Violência doméstica e familiar contra a mulher: necessidade de representação da vítima em caso de lesão corporal leve e culposa. In: **Boletim IBCCRIM**, v.14, n.170, p.18/19, 2007.

⁷⁷ MAHMOUD, M. A. H. Lei Maria da Penha: relativização da autonomia da vontade da mulher. **Correio Braziliense**, Brasília, 17 nov. 2008, caderno Direito e Justiça, p.1.

3.2.2.1 Um retrocesso jurídico experimentado *in concreto*

Tramita no Superior Tribunal de Justiça o Recurso Especial nº 1.054.315/SC, interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, que aduz ser incondicional a ação penal pública em caso de crime de lesão corporal leve praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher. Na irresignação, o *Parquet* estadual pleiteia o prosseguimento da persecução penal do agressor, que teria sido indevidamente arquivada pelo juízo sentenciante.

Cinge a controvérsia, portanto, em se determinar a natureza da ação penal no caso supra transcrito, o que em muito se aproxima do objeto de discussão deste presente capítulo do trabalho monográfico.

Consoante se extrai dos autos do referido recurso ministerial, o agressor foi indiciado pela prática do delito tipificado no art.129, §9º, do Código Penal⁷⁸ [lesão corporal leve perpetrado contra a mulher na seara doméstico-familiar].

Realizada a audiência preliminar [artigo 16 da Lei nº 11.340/06⁷⁹], o magistrado sentenciante da Vara Única da Comarca local, ciente da existência de ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com alimentos movida pela vítima contra o indiciado, antecipou, em atitude de absoluta economia processual, a audiência conciliatória e homologou acordo travado entre as partes, extinguindo, dessa forma, a referida ação.

⁷⁸ Art.129, § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

⁷⁹ Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Ato contínuo, nessa mesma audiência, a vítima, satisfeita com o deslinde da ação civil, manifestou, ainda, o desinteresse em ver o indiciado ser processado criminalmente, vez que o agressor passaria a residir em outro município – o que demonstra a ausência de fatores de risco – e que dependeria do pagamento de pensão alimentícia para fazer jus às despesas de sustento dos filhos do casal. De tal sorte, o magistrado sentenciante declarou, presente o membro do Ministério Público, extinta a punibilidade do agressor nos seguintes termos, *in verbis*:

[...] O fato de a Lei n.º 11.340/06 constar em seu artigo 41 a inaplicabilidade da Lei n.º 9.099/95, a meu sentir, não possui o condão de afastar a exigência de representação nos crimes de lesão corporal leve, inclusive praticados no âmbito de residência familiar. (...) tenho como presentes, também a justificativa social de que, em momentos em que o sistema penal e o processual penal caminha para a conciliação entre as partes, quando há diversas iniciativas de justiça restaurativa e de multirões de conciliações, não resta razoável o Poder Judiciário determinar o processamento de ações penais em que a própria vítima, perante a autoridade judicial e ministerial, declara expressamente não ter o interesse em ver o agressor processado criminalmente, notadamente quando será este que arcará com o sustento dos quatro filhos do casal, através do pagamento de pensão alimentícia, como se dá no caso vertente. Alterar esta lógica, a meu sentir, é permitir que o Estado ingresse na esfera de intimidade e de disponibilidade, inclusive da vítima quanto ao fato de querer ou não ver o seu agressor processado criminalmente.⁸⁰

Neste caso, em que pese a irresignação ministerial e a manifestação do *Parquet* Federal, tem-se que a decisão singular, bem como o aresto combatido, não merecem reparos. Com efeito, a retratação da representação é um instrumento que impulsiona e viabiliza a solução conciliatória dos conflitos, a qual mais se coaduna com os fins perseguidos pela Lei n.º 11.340/06, que objetiva buscar a solução ótima de preservação dos interesses da mulher. A propósito, vale novamente recorrer à doutrina tecida pela desembargadora gaúcha Maria Berenice, *in verbis*:

⁸⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n.º 1.054.315/SC. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: D. G. Folha 37.

Certamente as chances de um acertamento do conflito entre as partes são muito maiores se a vítima tiver a faculdade de fazer uso, como instrumento de negociação, do direito de livrar o agressor do processo criminal. Esta arma, que pode ser utilizada para exercer pressão psicológica, assegura o equilíbrio das partes. Literalmente a sorte do varão está nas mãos da mulher. Invertem-se os papéis. Assim, com mais facilidade o juiz poderá obter sucesso e conseguir que as partes façam acordo e acertem a separação, alimentos, visitas e partilha de bens⁸¹.

In casu, a solução conferida pelo magistrado sentenciante parece ser mais propícia ao cumprimento do acordo homologado na esfera cível. Ou será que o indiciado, que à época encontrava-se preso, desejaria cumpri-lo, pagando a pensão alimentícia devida? Nem ao menos sequer teria condições de adimplir o acordo. Sendo assim, infere-se, por esse aspecto, que a tese no sentido da incondicionalidade da ação penal representa um incontestável retrocesso jurídico à disciplina da violência doméstica.

Noutro giro, é cediço que a vontade da vítima de violência doméstica é de extrema importância para o deslinde da persecução penal, já que a mulher atua de forma determinante para a produção probatória [pericial e testemunhal]. De outra maneira, contra a sua vontade, a mulher em nada contribui, de modo que se torna provável a absolvição do agressor por falta de provas. Até mesmo os promotores de justiça Rogério Cunha e Ricardo Pinto, defensores da incondicionalidade da ação penal, apontam essa “ressalva”, confira-se:

[...] sem embargo de sustentação teórica que embasa nosso posicionamento, fica, na prática, um tanto complicada a defesa do argumento no sentido de que a representação é desnecessária. A deflagração de um processo-crime, contra a manifesta vontade da ofendida, resultará, decerto, ineficaz. Isso porque a vítima, que não tem simpatia pelo processo e que, antes, não o deseja, tratará de dificultar a produção da prova, invocando situações fáticas que conduzam à absolvição do agente⁸².

Comungando deste mesmo pensamento, o mestre Mohamad Mahmoud

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.120.

⁸² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p.206.

sustenta que a admissão da retratação da representação é medida de economia processual, *in verbis*:

Ora, tornar obrigatório o processo nesses casos significa um retrocesso ao estágio anterior a 1995. Em tal período, não era raro deparar-se com o seguinte quadro: refeita as pazes, a mulher violentada não confirmava perante o juiz o relato fornecido à polícia, acarretando a conseqüente absolvição do acusado. Assim, nesse universo, resultava-se em inútil dispêndio de tempo das já assoberbadas instâncias formais de controle e em flagrante desperdício de recursos públicos.⁸³

Tendo em vista todo o exposto, depreende-se que a melhor interpretação é a que vê na ação penal uma natureza condicional, que respeita os limites delineados pela Carta Magna, de modo a se garantir o respeito a direitos fundamentais do ser humano.

3.2.3 *A Lei Maria da Penha sob a égide de um direito penal equilibrado*

É inegável que a Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha – tem como intuito recrudescer a disciplina dos delitos praticados com violência doméstica de gênero. Para tanto, o novel texto legal criou vários mecanismos legais que em muito inovaram a disciplina antes tecida pela Lei nº 9.099/95.

Dentre tais mecanismos, como já se salientou, emerge, para uns, a natureza incondicional da ação penal, que inibe a retratação da representação da mulher, vítima de violência doméstica e familiar. Quanto a este mecanismo, torna-se imperioso registrar – acaso admitida – a sua indevida eleição pela nova disciplina legal, já que representa uma afronta ao movimento contemporâneo do Direito Penal.

A doutrina moderna apregoa que o Direito Penal deve incidir e proteger

⁸³ MAHMOUD, M. A. H. Lei Maria da Penha: relativização da autonomia da vontade da mulher. **Correio Braziliense**, Brasília, 17 nov. 2008, caderno Direito e Justiça, p.1.

apenas e tão-somente “os bens necessários e vitais ao convívio em sociedade”⁸⁴; bens jurídicos que não podem ser tutelados de forma satisfatória e suficiente por outro ramo do ordenamento jurídico.

Outro entendimento não é o de Claus Roxin, que assim discorre acerca da natureza fragmentária do direito penal, *in verbis*:

O direito penal é, na verdade apenas o último de todos os cuidados necessários, podendo ser usado apenas se outros meios não conseguem resolver os problemas sociais - como as ações cíveis, a polícia - ou as relações de comércio e as sanções não-penais, etc -. Nós chamamos, portanto, a pena como a “*ultima ratio*” da política social cuja tarefa é a de atuar como uma fonte subsidiária da proteção jurídica. Na medida em que o direito penal apenas protege uma parte dos interesses jurídicos e estes geralmente nem sempre, mas muitas vezes (como o patrimônio) só protege contra alguns tipos de ataques, fala-se também da natureza fragmentária do direito penal⁸⁵.

Nesse mesmo contexto, o professor Rogério Greco tece uma preciosa crítica, confira-se:

Novas infrações penais são criadas a todo momento, penas são aumentadas, o recrudescimento no cumprimento das penas é mostrado à sociedade como o meio capaz de inibir a criminalidade organizada; enfim, a transformação do Estado social em um Estado penal faz emergir toda a sorte de mecanismos que tendem a limitar, cada vez mais e por tempo maior, a liberdade do cidadão, quando, na verdade, todos sabem que, pelo menos quanto à criminalidade aparente, não será o aumento do poder repressivo do Estado que fará com que os crimes violentos parem de ser praticados, mas sim quando o Estado efetivamente cumprir suas obrigações sociais para com seus administrados.⁸⁶

Na espécie, ao se adotar a natureza incondicional da ação penal, sugere-se, por conseguinte, que a Lei Maria da Penha tem uma estratégia fundada justamente nesse

⁸⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p.30.

⁸⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. Traduzido por: Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur. 4ª edição, Munique: C. H. Beck, 2006. p. 45.

⁸⁶ *Ibidem*, p.68.

poder punitivo do Estado, vez que, em sendo registrada a ocorrência da violência de gênero no âmbito doméstico e familiar, os agentes públicos devem compulsoriamente perseguir o agressor, ainda que a vítima não o queira.

Destarte, cabe indagar se a situação da violência doméstica e familiar no contexto brasileiro demanda uma intervenção estatal mais rígida, de maneira que o Direito Penal, em que pese o seu caráter subsidiário, tenha justificada a sua incidência no âmbito doméstico e familiar, independentemente da vontade da vítima.

Em recente trabalho desenvolvido na Delegacia Especial de Atendimento à Mulher [DEAM], localizada em Aracaju – SE, os sociólogos Maria Teresa Nobre e César Bandeira estudaram o funcionamento de um Núcleo de Mediação de Conflitos instalado naquele complexo policial⁸⁷, que tinha como foco prioritário a segurança da mulher, cuja autonomia e capacidade teriam sido enfraquecidas pela relação violenta.

Com a implantação dessa atividade extra-policial de mediação, registrou-se um aumento no número de queixas e uma diminuição de casos reincidentes, o que evidenciou o sucesso da atividade policial realizada naquela delegacia.

No entanto, os sociólogos relatam que essa experiência foi interrompida pela superveniência da Lei Maria da Penha, que inviabilizou a realização de atividades extra-policiais, conferindo à polícia apenas o exercício de atribuições de investigação e repressão. De tal sorte, os sociólogos apontam, em seu trabalho, a inadequação da adoção, pela Lei Maria da Penha, do sistema retributivo penal clássico em prejuízo do sistema consensual. Por

⁸⁷ NOBRE, M. T.; BANDEIRA, C. Controle Social e Mediação de conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica. In: **Sociologias**, Porto Alegre, ano 10, n. 20, jul./dez. 2008, p. 138-163.

oportuno, a fim de justificar essa assertiva, recorrem aos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini⁸⁸, que asseveram que, por intermédio do sistema retributivo clássico, dificilmente se condenará o marido agressor, posto que o sistema processual vigente envolve a interposição de inúmeros recursos e outros instrumentos de postergação da persecução penal; formando-se, assim, uma verdadeira “indústria da prescrição”, que em larga escala contribui para a consagração da impunidade do agressor.

Noutro vértice, em recente pesquisa oficial realizada pelo Senado, que analisa os reflexos da disciplina propugnada pela Lei Maria da Penha, registrou-se que, “na opinião de 62% das entrevistadas, o fato de a mulher não poder retirar mais a acusação após a queixa faz com que ela desista de denunciar o agressor”.⁸⁹

Dessa forma, consubstancia-se um aparente quadro paradoxal, haja vista que o endurecimento e “maior proteção” conferidos pela disciplina legal trazem temor à vítima, que se torna receosa em registrar a queixa em desfavor do agressor. Essa situação paradoxal é uma característica peculiar da violência doméstica, haja vista que a mulher, embora vítima, não quer, por vezes, ver o seu companheiro, marido ou parceiro processado criminalmente. Por muitas vezes, o que deseja, em verdade, é o restabelecimento, o resgate da harmonia familiar.

Assim, tendo em vista tanto a pesquisa do Senado como o trabalho sociológico ora expostos, infere-se que a atribuição da natureza incondicional à ação penal em

⁸⁸ GOMES, L. F.; BIANCHINI, Alice. Aspectos criminais da Lei de Violência contra a Mulher. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n.1169, 13 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8916>>. Acesso em: 14 ago. 2008.

⁸⁹ SENADO FEDERAL. SECRETARIA DE PESQUISA E OPINIÃO PÚBLICA DO SENADO FEDERAL. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Brasília, fev. 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/centralderelacionamento/sepop/pdf/relatorio01_2009.pdf>. Acesso em 05 abr. 2009.

casos de lesão corporal leve perpetrada com violência doméstica contra a mulher representa um injustificável rigor legal, haja vista que o Direito Penal, como instrumento rigoroso eivado de caráter subsidiário, obstaculiza o gozo de direitos fundamentais pela mulher. Esse é o entendimento da juíza de direito Maria Lucia Karam⁹⁰, senão vejamos:

É preciso buscar instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil, simplista e meramente simbólico apelo à intervenção do sistema penal, que, além de não realizar suas funções explícitas de proteção de bens jurídicos e evitação de condutas danosas, além de não solucionar conflitos, ainda produz, paralelamente à injustiça decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade, um grande volume de sofrimento e de dor, estigmatizando, privando a liberdade e alimentando diversas formas de violência.

Portanto, não só o texto constitucional, do qual emana o princípio da vedação do retrocesso jurídico, como o Direito Penal contemporâneo, reclamam uma intervenção menos incisiva do Estado no tocante aos crimes cometidos no âmbito doméstico e familiar contra a mulher. Assim, é forçoso o reconhecimento de que a ação penal, na hipótese, deve ser processada mediante ação penal pública condicionada, que encontra subsídios legais até mesmo no artigo 16 da novel legislação.

3.2.4 A inteligência do artigo 16 da Lei nº 11.340/06

Os dois posicionamentos doutrinários já esposados defendem que há argumentos e interpretações legais que viabilizam a identificação da real vontade do legislador. Parte da doutrina sustenta que, tendo o projeto de lei originário sido substituído [PL nº 4.559/04] e retirada a disposição que previa expressamente a condicionalidade da ação penal, revelou-se a intenção do legislador de que a ação penal fosse de natureza incondicional. Há, porém, aqueles que afirmam que a intenção foi outra. Argumenta-se que, tendo o Senado

⁹⁰ KARAM, Maria Lucia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. In: **Boletim IBCCRIM**, v.14, n.168, p.6, nov. 2006.

reformado o Projeto de Lei primitivo, em sua versão originária, omitindo a previsão consistente na condicionalidade da ação, só assim o fez porque foi excluído o procedimento detalhado previsto no documento original⁹¹.

Data máxima vênia, adivinhar o intuito do legislador com esteio no trâmite do projeto de lei que originou a Lei nº 11.340/06 não parece ser o melhor meio de se solucionar este impasse técnico-jurídico. Para tanto, deve-se analisar a inteligência da lei e dos institutos por ela trazidos.

Entre os doutrinadores e magistrados que sustentam a incondicionalidade da ação penal, comunga-se o entendimento de que o intuito enrijecedor da Lei Maria da Penha sinaliza o repúdio da possibilidade de retratação no seio da lesão corporal leve perpetrada contra a mulher. Todavia, tendo em vista a inteligência do artigo 16 da Lei Maria da Penha, entende-se que esse entendimento não merece prosperar.

De início, cumpre asseverar que o termo renúncia, inserto na redação do artigo 16 da Lei Maria da Penha, foi equivocadamente utilizado, vez que não há como se cogitar de renúncia pela mulher de um direito por ela já exercido. Em verdade, há que se falar em retratação da representação, haja vista que, uma vez exercido o direito de representação, a mulher só poderá deste se retratar. Configura-se, destarte, uma imprecisão técnico-jurídica.

Superada essa imprecisão, oportuniza-se a análise do verdadeiro rigor legal empreendido pela disciplina oferecida pelo artigo 16 da Lei 11.340/06.

Como já se pontuou, vasta parcela da doutrina e da jurisprudência aduz que

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.125.

o intuito enrijecedor do legislador impôs o afastamento da condicionalidade da ação penal em caso de lesão corporal leve cometida contra a mulher na seara doméstico-familiar [art. 41 da Lei nº 11.340/06]. Essa mesma corrente doutrinária afirma, de forma complementar, que a possibilidade de “renúncia” à representação, prevista no artigo 16 da novel legislação, é relativa a outros crimes que, por sua natureza [por imposição do Código Penal ou de outra legislação especial], tenham a ação penal condicionada à representação. A propósito, vale destacar a doutrina ministrada pelos mestres Luiz Flávio Gomes e Ana Bianchini, confira-se:

Não existe nenhuma incompatibilidade, de outro lado, entre o art. 41 e o art. 16. O primeiro excluiu a representação nos delitos de lesão corporal culposa e lesão simples. No segundo existe expressa referência à representação da mulher. Mas é evidente que esse ato só tem pertinência em relação a outros crimes (ameaça, crimes contra a honra da mulher, contra sua liberdade sexual quando ela for pobre etc). Aliás, nesses outros crimes, a autoridade policial vai colher a representação da mulher (quando ela desejar manifestar sua vontade) logo no limiar do inquérito policial (art. 12, I, da Lei 11.343/2006).⁹²

Todavia, em outro aspecto, tem-se que o “intuito enrijecedor” do legislador não se evidencia na disposição normativa existente no artigo 16 da Lei Maria da Penha.

O referido dispositivo legal permite o exercício da retratação até o advento do recebimento da denúncia pelo juiz. Sucede, porém, que o artigo 25 do Código de Processo Penal⁹³, que regula a retratação para todas as demais situações, admite-a apenas até o oferecimento da denúncia.

Desta sorte, infere-se que, neste ponto, a Lei Maria da Penha conferiu um tratamento mais benéfico e flexível, haja vista que concedeu uma oportunidade maior à mulher de se retratar da representação antes oferecida, tornando-se esta irretratável apenas

⁹² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Aspectos criminais da Lei de violência contra a Mulher. **Jus navegandi**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8916>. Acesso em 14 ago 2008.

⁹³ Art. 25. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.

após o recebimento da denúncia.

Assim, não se pode afirmar que o legislador repugnou a retratação. Diferentemente, o que se extrai, em verdade, é que o legislador visou oportunizar a composição, a reconciliação do casal, de forma a que sejam atingidos os objetivos traçados pelo artigo 226, §8º, da Carta Magna⁹⁴.

3.3 O direito de retratação da representação no âmbito da violência doméstica e familiar

Como se sabe, o artigo 16 da Lei nº 11.340/06 trata da possibilidade de retratação da representação pela mulher, admitindo-a apenas em sede jurisdicionalizada, em audiência especialmente designada para tal fim, sendo obrigatória a oitiva do Ministério Público⁹⁵. Dessa forma, verifica-se que o dispositivo legal ora em tela conferiu um tratamento mais rigoroso e burocrático, devendo o juiz percorrer algumas formalidades, de maneira que a vontade expressada pela mulher seja espontânea e inequívoca. Nesse sentido, votou o Desembargador do TJDFM Mário Machado no julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 2007.09.1.000878-7, *in verbis*:

O claro objetivo é que o Ministério Público e o juiz fiscalizem a retratação da representação, para evitar que ela ocorra por ingerência e força do agressor. Esse o ponto nodal da questão. Atentou a nova lei, precisamente, para que pode a mulher, vítima da lesão corporal, "desistir" do prosseguimento da ação contra seu marido ou companheiro, em face de coação ou violência deste. Daí a necessidade da audiência. Manifestada a retratação antes do recebimento da denúncia, deve designar o juiz audiência para, ouvido o Ministério Público, admiti-la, se o caso. Não se trata aqui de mera homologação da retratação. O objetivo da lei, dever do Ministério Público e do juiz, é perquirir, efetivamente, por todos os meios, a motivação

⁹⁴ Art.226, § 8º, CF - 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.

⁹⁵ Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

do pedido da vítima. Ouvido o Ministério Público e convencido o juiz de que a retratação é espontânea, tendo por fim a efetiva reconciliação do casal, a real preservação dos laços familiares, e havendo condições a tanto favoráveis, deve admitir o pedido, pondo fim ao processo. Caso contrário, não. **Na dúvida, é de recusar-se a retratação, pelo relevo que merece a proteção à vítima da violência doméstica e familiar. Reiteração da violência doméstica e familiar, maus antecedentes criminais do agressor, seriedade e gravidade das circunstâncias de que resultantes as lesões, apesar de leves, tudo isso milita contra a aceitação da retratação. Imprescindível, portanto, o exame de cada caso concreto**⁹⁶. [grifo nosso]

Decerto, é de extrema importância o papel do magistrado e do promotor de justiça na audiência de retratação, que deverão, a todo tempo, perquirir a motivação real do pedido de retratação, haja vista que é sabido que a mulher, por vezes, pede a retratação por ameaça, medo e imposição do companheiro, que acaba por reincidir na prática delituosa. Por isso, consoante bem salientado pelo ilustre desembargador, o magistrado singular deve ter como regra a recusa da retratação, cabendo à mulher e às circunstâncias do caso em concreto provar o contrário.

Nesse contexto, saliente-se que recente estudo estatístico realizado pelo Senado Federal⁹⁷ revelou que 78% das mulheres apontam que o medo do agressor é o maior obstáculo que impede a mulher de recorrer ao Estado para enfrentar a violência doméstica e familiar.

Em outro aspecto, impende destacar que a realização da audiência de retratação está adstrita tão-somente à vontade da vítima, que poderá, por manifestação de vontade inequívoca, requerer a sua designação ao magistrado sentenciante. Sendo assim, a

⁹⁶ DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Criminal. Recurso em sentido estrito nº 2007/091000878- 7. Desembargador Relator Mário Machado. Brasília, DF, julgado em 16 jul. 2007, DJ 22 ago. 2007.

⁹⁷ SENADO FEDERAL. SECRETARIA DE PESQUISA E OPINIÃO PÚBLICA DO SENADO FEDERAL. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Brasília, fev. 2009. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/sf/senado/centralderelacionamento/sep/pdf/relatorio01_2009.pdf](http://www.senado.gov.br/sf/senado/centralderelacionamento/sep/relatorio01_2009.pdf)>. Acesso em 05 abr. 2009.

realização da audiência de retratação não é obrigatória.

Outro não é o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que condena a prática de Varas locais que indagam a vítima, via contato telefônico, acerca do seu interesse no prosseguimento do feito criminal, consoante bem se observa no acórdão que espelha a seguinte ementa, confira-se:

RECLAMAÇÃO. ALEGADO ERRO DE PROCEDIMENTO. LEI MARIA DA PENHA. SUPOSTO CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES. VARA QUE PROMOVE CONTATO TELEFÔNICO COM A VÍTIMA A FIM DE INDAGÁ-LA SOBRE A SUBSISTÊNCIA DE INTERESSE NO PROSSEGUIMENTO DE AÇÃO PENAL CONTRA O SEU OFENSOR. DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ARTIGO 16 DA LEI N.º 11.340/2006 APÓS MANIFESTAÇÃO DE INTENÇÃO DE RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. ERRO DE PROCEDIMENTO CONFIGURADO. PROVOCAÇÃO POR INICIATIVA DA VARA DE MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA. PROCEDIMENTO NÃO PREVISTO EM LEI. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE INFLUÊNCIA NA DECISÃO DA VÍTIMA. ILEGALIDADE. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

1. Ainda que fosse recomendável averiguar se a vítima ainda possui interesse na persecução penal, tal solução seria de lege ferenda, uma vez que não é prevista pela legislação específica. E, em direito processual, não se pode dizer que o ato é válido já que a lei não o proibiu. Com efeito, o processo penal está sujeito à legalidade estrita, devendo ser observados os procedimentos determinados em lei. A adoção de procedimento, ato ou rito não previsto em lei - mesmo que não expressamente vedado - viola o princípio da legalidade e a competência privativa da União, a quem se atribui legislar sobre direito processual.

2. Ademais, se fosse intenção da lei inquirir a vítima sobre a persistência, ou não, de seu interesse no prosseguimento da ação penal, teria sido expressamente determinada a intimação da ofendida ou a obrigatoriedade da designação da audiência do artigo 16 da Lei n.º 11.340/2006, o que não ocorreu.

3. Esta Corte de Justiça já se manifestou no sentido de que a audiência do artigo 16 da Lei Maria da Penha não é obrigatória e só se justifica se houver prévia manifestação expressa ou tácita da vítima que evidencie a intenção de se retratar antes do recebimento da denúncia.

4. A realização de contato telefônico com a ofendida, promovida por iniciativa do Juízo, além não prevista em lei, pode constranger a vítima a proceder à retratação, sem que essa seja a sua real vontade. Outrossim, a utilização de ligação telefônica para a efetivação de ato tão relevante como a

retratação é temerária, pois não se reveste das garantias inerentes ao processo, uma vez que o exato teor da conversa entre o servidor que efetuar a ligação e a vítima pode ficar desconhecido e fora do controle do magistrado, do Ministério Público e dos advogados, podendo haver, inclusive, indevida influência na decisão da ofendida.

5. Reclamação julgada procedente para tornar sem efeito a realização de contato telefônico entre o Juízo e a ofendida e para cassar a decisão que designou a audiência do artigo 16 da Lei n.º 11.340/2006, determinando à dita autoridade reclamada que efetue o juízo de admissibilidade da denúncia, da forma como entender de direito⁹⁸. [grifo nosso]

Dessa forma, não se pode admitir que o Ministério Público requeira a realização da audiência preliminar ou que o juiz a designe *ex officio*, sob pena de se constranger a vítima à retratação da representação⁹⁹. Nesse mesmo sentido, vale ainda destacar o posicionamento do delegado de polícia Eduardo Luiz Santos Cabette, *in verbis*:

Muito embora esta pareça ser a melhor exegese do dispositivo sob comento, ela entra em conflito com o espírito da Lei 11.340/06, pois cria uma formalidade estéril que antes não existia, para o seguimento de uma ação penal com denúncia já formulada, atrasando inutilmente o procedimento e configurando uma certa insistência na proposta de que a vítima abra mão de seu direito de representação já exercitado e mantido até aquela fase.

Por isso, embora a lei seja silente nesse aspecto, entende-se que o melhor seria que tal audiência somente fosse designada excepcionalmente em caso de requerimento da ofendida ou a fim de confirmar sua retratação espontânea e anteriormente operada no curso do Inquérito Policial¹⁰⁰.

Comungando esse entendimento, o promotor de justiça Fausto Rodrigues de Lima assevera que a designação da audiência prevista no artigo 16 da Lei 11.340/06 é excepcional, senão vejamos:

⁹⁸ DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 2ª Turma Criminal. Reclamação nº 2008.00.2.014886-8. Desembargador Relator Roberval Casemiro Belinati. Brasília, DF, julgado em 16 abr. 2009, DJ 13 maio 2009, p. 107.

⁹⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha e suas Inconstitucionalidades**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/2770>>. Acesso em 19 mar 2009.

¹⁰⁰ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. Em ago 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 14 ago 2008.

É defeso à Justiça contatar a vítima através de oficial de justiça, por correspondência ou telefone ou por qualquer outro meio, sem a manifestação dela, espontânea e prévia, no sentido de renunciar. Quem deve procurar as autoridades para o encerramento do caso é a vítima, e não o Estado. Este deve apenas cumprir seu dever legal.

[...]

Alguns promotores e juízes estão promovendo audiências em todos os casos, mesmo sem o pedido das vítimas, para questioná-las sobre seu desejo de renunciar ao processo (?!). Com esse procedimento equivocados, confundem as disposições da Lei nº 9.099/95 com as da Lei nº 11.340/06, que são diametralmente opostas e incompatíveis entre si¹⁰¹.

Com efeito, o oferecimento da representação, por si só, preenche a condição de procedibilidade para a ação penal, o que faz presumir que a mulher, vítima da agressão doméstica, deseja o prosseguimento da persecução penal do ofensor. De tal sorte, caberá à mulher que assim não almeja manifestar o contrário; requerendo, destarte, a designação da referida audiência.

Em conclusão, a audiência preliminar prescrita pelo artigo 16 da Lei 11.340/06 só deve ser designada pelo magistrado singular se houver indícios de que a retratação é desejosa pela mulher. Caso contrário, não há que se falar em audiência preliminar de retratação.

3.3.1 O ciclo silencioso da violência doméstica e familiar

É consabido que a Lei Maria da Penha impõe uma ação afirmativa multifacetada, que demanda do operador do direito um conhecimento que vai além do viés jurídico da temática complexa da violência doméstica e familiar. Em várias oportunidades,

¹⁰¹ LIMA, Fausto Rodrigues. A Renúncia das Vítimas e os Fatores de Risco à Violência Doméstica: da Construção à Aplicação do Art.16 da Lei Maria da Penha. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Org.). **Violência Doméstica: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.84.

essa violência é praticada de forma silenciosa, o que em muito dificulta o combate e a análise desse tipo de crime. Outra não é a percepção dos sociólogos Maria Teresa Nobre e César Barreira, senão vejamos:

Este se tornou o ponto nevrálgico e desafiador do enfrentamento da violência doméstica, uma vez que esses crimes acontecem no interior das relações interpessoais, envolvendo questões afetivas, o que configura uma singularidade diante de outros crimes endereçados ao Poder Judiciário¹⁰².

Os motivos da agressão são diversos. Em recente pesquisa, concluiu-se que o ciúme, o “ser contrariado”, a ingestão de álcool e a traição são as categorias que mais se fazem presentes em um contexto de violência doméstica, de modo que os elementos socioeconômicos, por si sós, não explicam a totalidade das motivações e da persistência do ciclo de violência, o que torna o problema mais complexo e mais difícil de ser combatido¹⁰³.

É sabido, ademais, que a violência doméstica e familiar obedece, em geral, a um ciclo repetitivo composto por três fases¹⁰⁴. A primeira fase, consistente na construção da tensão na relação, é envolta pela ocorrência de incidentes de menor gravidade, tais como agressões verbais, crises de ciúmes, ameaças e destruição de objetos.

No segundo período do ciclo de violência, concretiza-se o descontrole e a “explosão da violência”, momento em que a tensão atinge um patamar mais intenso e ocorrem os ataques mais graves. É interessante notar, todavia, que dificilmente após as agressões a mulher recorre ao aparelho estatal, a fim de que este apure a responsabilidade penal do ofensor. A propósito, a desembargadora gaúcha Maria Berenice revela que “a violência é

¹⁰² NOBRE, M. T; BANDEIRA, C. Controle Social e Mediação de conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica. In: **Sociologias**, Porto Alegre, ano 10, n. 20, jul./dez. 2008, p. 138-163.

¹⁰³ DEEK, Leila Platt et al. *A dinâmica da violência doméstica: uma análise a partir dos discursos da mulher agredida e de seu parceiro*. In: **Saúde soc** [online], vol.18, n.02, p.248-258, 2009.

¹⁰⁴ SOARES, Bárbara Musumeci. *Violência contra a mulher: orientações para a ação policial*. Rio de Janeiro: 2002, p.9.

subnotificada, somente 10% das agressões sofridas por mulheres são levadas ao conhecimento da polícia”.¹⁰⁵

Por fim, na terceira fase do ciclo, denominada “lua de mel”, verifica-se o arrependimento do agressor, ocasião em que se revelam presentes as promessas de mudanças comportamentais para encorajar a mulher a manter a relação matrimonial. Normalmente, o agressor procura demonstrar ser vulnerável e manipulável pela mulher, de modo que esta passa a se sentir por ele responsável. Sucede que, eventualmente, durante essa terceira fase, sobrevêm novas tensões e pequenos incidentes de agressão, que caracterizam a primeira fase; reiniciando-se, assim, o ciclo de violência doméstica.

É justamente nessa última fase do ciclo de violência que a mulher mais teme abandonar o agressor, o que diminui a probabilidade de separação do casal e, por conseguinte, de registro da ocorrência policial. Ainda que já instaurado o inquérito policial para apuração dos fatos, a vítima frequentemente se retrata ou, se inviável a retratação, dificulta a produção de provas.

Daí se falar em uma violência silenciosa, que ocorre reiteradamente em prejuízo à integridade física e moral da mulher, que, inserida em um contexto de violência doméstica e familiar, parece ser inidônea a enfrentá-la, seja por forças próprias, seja pelos meios legais.

A identificação desse ciclo silencioso de violência já tem sido motivo de concernimento de operadores do direito, que verificam, em variadas hipóteses, a recorrência dos ciclos de violência doméstica. A propósito, a advogada Carmen Hein de Campos alerta

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.17.

para a importância da compreensão desse ciclo silencioso de violência, confira-se:

A Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) ao reconhecer o ciclo da violência doméstica representado pelas inúmeras tentativas de recomposição da relação conjugal feita pelas mulheres, a sua dinâmica diferenciada e a potencialidade de causar um dano irreversível situou a complexidade do fenômeno. Conhecer essa dinâmica é condição necessária para compreender que a violência doméstica não pode ser entendida com os mesmos pressupostos teóricos com que, até então, os operadores jurídicos vinham interpretando e julgando esses delitos¹⁰⁶.

Essa compreensão afigura-se relevante na realização da audiência prevista no artigo 16 da Lei nº 11.340/06. Com efeito, o entendimento do ciclo de violência doméstica pode servir de norte para o magistrado singular, que, identificando uma situação envolvida por fatores de risco, que caracterizam o ciclo de violência doméstica e familiar, deverá recusar eventual retratação da representação oferecida pela vítima, ainda que preenchidas as exigências do aludido preceito legal.

Demais disso, a presença ou ausência de fatores de risco também pode tornar recomendável ou não a concessão de *benesses* processuais, tais quais a transação penal e a suspensão condicional do processo, eis que tais benefícios só podem ser deferidos após a análise das circunstâncias e motivos do crime. Ademais, a identificação do ciclo de violência doméstica pode orientar o juiz na imposição das condições a serem cumpridas pelo beneficiário dos institutos despenalizadores, a fim de que a possibilidade de reincidência seja mitigada ou até mesmo afastada.

Pelo que se observa, a Lei Maria da Penha exige do seu operador uma atuação afirmativa multifacetada, que se atenha às questões que envolvem a violência

¹⁰⁶ CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: um Novo Desafio Jurídico. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Cláudia (Org.). **Violência Doméstica: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.27.

doméstica e familiar sob todos os seus aspectos, dada a sua complexidade e o seu carácter silencioso.

CONCLUSÃO

A ação afirmativa e discriminatória traduzida na proposta contida na Lei nº 11.340/06 é legítima e essencial para o combate à violência doméstica e familiar de gênero, que configura um incontestável problema social a ser enfrentado pelas sociedades contemporâneas.

Não obstante, a eleição dos instrumentos que serão manejados pelo Estado para semelhante tarefa não deve ser desmedida, mas sim ponderada pela imprescindibilidade e aptidão dos instrumentos selecionados para o embate efetivo à violência doméstica e familiar. Em outros termos, os mecanismos escolhidos devem guardar pertinência lógica, abstrata e concreta com o princípio isonômico.

Nesse sentido, é forçoso o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha, que não se coaduna com o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Com efeito, ao afastar a incidência da Lei nº 9.099/95 às hipóteses envolvidas pelo contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, o aludido dispositivo legal conferiu tratamento discriminatório injustificável e excessivo, vez que, por uma análise sistêmica da disciplina oferecida pela Lei nº 11.340/06, afigura-se dispensável e inócuo o referido afastamento.

Sendo assim, há que se admitir a possibilidade da concessão, ao menos em tese, das *benesses* processuais – transação penal e suspensão condicional do processo –

previstas na Lei dos Juizados Especiais, ainda que cometido o delito com violência contra a mulher, em domínio doméstico e familiar.

De conseguinte, esse raciocínio torna possível afirmar a natureza condicional da ação penal em casos de lesão corporal leve perpetrados contra a mulher no seio doméstico e familiar.

Entretanto, afigura-se que a discussão doutrinária e jurisprudencial, conquanto incipiente, agasalha como pressuposta a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, o que torna imperioso aduzir que a natureza condicional da ação penal, ainda que percebida sob as balizas determinadas pela doutrina e jurisprudência, resta incontestável, porquanto constitui modalidade que melhor se adequa aos anseios de um direito penal equilibrado. Até porque acolher tese em sentido contrário, consistente na incondicionalidade da ação penal, representaria inegável retrocesso jurídico.

Com efeito, o oferecimento da retratação da representação pela vítima goza de amparo legal mesmo sob a égide da disciplina preconizada pela Lei nº 11.340/06. De se reconhecer, à obviedade, que este direito não deve ser exercido pela vítima nos moldes do tratamento legal ordinário, mas sim segundo os ditames prescritos pelo artigo 16 da Lei Maria da Penha, que exige, após o requerimento espontâneo da vítima, a designação específica de audiência para a tomada, em juízo, da declaração da retratação.

Demais disso, resta obtemperar que o magistrado singular poderá não só admitir a retratação, como também recusá-la, determinando o prosseguimento da persecução penal em desfavor do agressor. Essa recusa poderá ocorrer ainda que haja o preenchimento das formalidades estabelecidas pelo artigo 16 da Lei nº 11.340/06, uma vez que o magistrado

deverá sempre atentar para todas as circunstâncias do caso posto [fatores de risco), de modo que possa ser adotada a solução legal que melhor privilegie a incolumidade física, psíquica e moral da mulher. Para tanto, faz-se imprescindível que os operadores do direito tenham pleno conhecimento acerca dos elementos e circunstâncias que caracterizam o ciclo silencioso da violência doméstica e familiar.

No esteio do raciocínio despendido, conclui-se que a Lei nº 11.340/06, à exceção do que dispõe o artigo 41, empreendeu disciplina inédita, adequada e necessária para o tratamento do fenômeno cultural da violência doméstica e familiar, que deve ser percebido não apenas sob a ótica jurídica, mas também sob o espectro da complexidade sócio-cultural que permeia essa espécie de violência praticada contra a mulher.

REFERÊNCIAS

ALVES, Eliana Calmon. A Lei Maria da Penha. **Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, DF, v. 18, n. 1, jan./jun. 2006. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SGI/servlet/IJMain?action=showit&seq_materia=72>. Acesso em: 10 fev.2009.

AMICO, Carla Campos. Violência doméstica e familiar contra a mulher: necessidade de representação da vítima em caso de lesão corporal leve e culposa. In: **Boletim IBCCRIM**, v.14, n.170, p.18/19, 2007.

ARAÚJO, Washington. Violência contra a mulher – Um ponto final. In: **II Seminário – Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica**. 3ª ed. Brasília, 2006.

BARROS, Marco Antônio de. **A nova lei que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher: um novo retrocesso jurídico?** Disponível em: <<http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=5319>>. Acesso em 12 maio 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional brasileiro e a efetividade e suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>> . Acesso em: 26 mar. 2009.

BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Juizados Especiais Criminais e violência doméstica e familiar**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/vladimirbregafilho/juizados.htm>>. Acesso em 28 jan 2009.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1146, 21 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 14 ago 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Substitutivo apresentado pela Comissão de Seguridade Social e Família. Projeto de Lei n. 4559/2004. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=272058>. Acesso em: 13 set 2008.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.16, n.73, p.257-258, jul./ago. 2008.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: um Novo Desafio Jurídico. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Org.). **Violência Doméstica: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. A necessidade da Intervenção Estatal nos casos de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Org.). **Violência Doméstica: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

D'OLIVEIRA, Ana Flávia P. L.; SCHRAIBER, Lilia Blima. Violence against women: a statistical overview, challenges and gaps in data collection and methodology and approaches for overcoming them. Expert group meeting . Division for the Advancement of women. **Organização das Nações Unidas**. Tradução livre do autor desta monografia. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw-stat-2005/docs/expert-papers/d_Oliveira.pdf>. Acesso em: 11 maio 2009.

DEEK, Leila Platt et al. A dinâmica da violência doméstica: uma análise a partir dos discursos da mulher agredida e de seu parceiro. In: **Saúde soc** [online], vol.18, n.02, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 2ª Turma Criminal. Reclamação nº 2008.00.2.014886-8. Desembargador Relator Roberval Casemiro Belinati. Brasília, DF, julgado em 16 abr. 2009, DJ 13 maio 2009.

DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Criminal. Recurso em sentido estrito nº 2007/091000878- 7. Desembargador Relator Mário Machado. Brasília, DF, julgado em 16 jul. 2007, DJ 22 ago. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais Criminais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Lei da violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1178, 22 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8965>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

GONÇALVES, Ana Paula Schwelm; LIMA, Fausto Rodrigues de. A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8912>>. Acesso em: 12 maio 2009.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO/PESQUISA IBOPE. **Percepção e Reações da Sociedade Sobre a Violência Contra a Mulher**. Brasil, 2006. Disponível em: www.patriciagalvao.org.br. Acesso em: 15 set 2009

KARAM, Maria Lucia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. In.: **Boletim IBCCRIM**, v.14, n.168, p. 6-7, nov.2006.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Fausto Rodrigues. A Renúncia das Vítimas e os Fatores de Risco à Violência Doméstica: da Construção à Aplicação do Art.16 da Lei Maria da Penha. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Org.). **Violência Doméstica: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACHADO, Lia Zanotta. Violência doméstica contra as mulheres no Brasil: avanços e desafios ao seu combate. In: **II Seminário – Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica**. 3ª ed. Brasília, 2006.

MACHADO, MARIO. Violência doméstica: a face boa da retratação. **Correio Braziliense**, Brasília, 20 ago. 2007, caderno Direito e Justiça.

MAHMOUD, M. A. H. Lei Maria da Penha: relativização da autonomia da vontade da mulher. **Correio Braziliense**, Brasília, 17 nov. 2008, caderno Direito e Justiça.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha e suas Inconstitucionalidades**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/2770>>. Acesso em 19 mar 2009.

NOBRE, M. T; BANDEIRA, C. Controle Social e Mediação de conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica. In: **Sociologias**, Porto Alegre, ano 10, n. 20, jul./dez. 2008, p. 138-163.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório anual 2000**. Capítulo III – Relatórios sobre casos individuais. Relatório nº 54/01. Washington, 2000.

PINTO, Emanuel Lutz. Brevíssimas considerações sobre a (in)exigência da representação. Violência doméstica. Lei Maria da Penha. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1249, 2 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9229>>. Acesso em: 13 set. 2008.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. Traduzido por: Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur. 4ª edição, Munique: C. H. Beck, 2006. p. 45.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. Descumprimento da transação penal e detração. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 44, p. 157-168, set./ dez. 2005. Disponível em: http://www.ite.edu.br/ripe/ripe_arquivos/ripe44.pdf . Acesso em: 23 set. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Princípio da proibição do retrocesso nos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal de 1988. In: ORTIZ, Maria Helena Rodriguez (Org.). **Justiça social: uma questão de direito**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

SENADO FEDERAL. SECRETARIA DE PESQUISA E OPINIÃO PÚBLICA DO SENADO FEDERAL. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Brasília, fev. 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/centralderelacionamento/sepop/pdf/relatorio01_2009.pdf>. Acesso em 05 abr. 2009.

SOARES, Bárbara Musumeci. *Violência contra a mulher: orientações para a ação policial*. Rio de Janeiro: 2002.

SOUZA, Celso Jerônimo de; CARVALHO, Ricardo Coelho de; EVANGELISTA, Samoel

Martins. **Violência doméstica e a natureza jurídica da ação penal**. Disponível em: <<http://www.ampac.org.br/artigos/Viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica%20e%20a%20natureza%20jur%C3%ADdica%20da%20a%C3%A7%C3%A3o%20penal.pdf>>. Acesso em 13 maio 2009.

SUMARIVA, Paula Henrique de Godoy. A repriminção da ação penal nos crimes de lesão corporal. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/22397>>. Acesso em 12 maio 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. Recurso especial nº 1.050.276/DF. Relatora Ministra Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG). Brasília, DF, 23.09.2008, DJe 24.11.2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. *Habeas Corpus* nº 32.008/RS. Relator Ministro Paulo Medina. Brasília, DF, 20 abr. 2006. DJU de 13.11.2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. Recurso especial nº 1.054.315/SC. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: D. G.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.305/DF. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 13 set. 2006. DJU de 24.11.2006.