



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

FERNANDA MAROCCOLO ANTUNES

**A RETIRADA DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA DA MULHER NA
DECISÃO (IN) CONSTITUCIONAL DA ADI 4.424 DO STF**

Brasília
2012

FERNANDA MAROCCOLO ANTUNES

**A RETIRADA DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA DA MULHER NA
DECISÃO (IN) CONSTITUCIONAL DA ADI 4.424 DO STF**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. José Carlos Veloso Filho

Brasília

2012

Ao meu avô Douglas, que está conosco em cada conquista e a cada minuto em nossas vidas e sei que estaria orgulhoso pela conquista dessa neta que lhe tem muito amor.

À minha tia Pona, que se faz presente a cada encontro, a cada momento de alegria e de felicidade, com suas palavras de sabedoria e compreensão.

São pessoas como vocês que nos motivam a viver e a querer ser uma pessoa melhor, em um crescimento constante. E, é a saudade e o amor que nos faz acreditar que o nosso encontro ainda há de chegar, e muito se perdurará, já que a nossa ligação não é apenas dessa vida.

Por isso, essa vontade de evoluir, aqui concretizada, eu dedico a vocês.

Agradeço, primeiramente, a minha mãe Enedina e ao meu pai Gerardo, pelo amor incondicional que tenho recebido, pelo carinho, pela fé depositada em mim e por me proporcionarem o caminho do saber. Espero que eu possa corresponder a todas as expectativas.

Ao meu irmão Eduardo, pelos abraços e por me descontraír nos momentos mais inusitados.

Ao meu namorado Karlúcio pela compreensão, pela colaboração e pelo afeto que recebi durante todo o curso.

Às minhas amigas Marina e Renata, pelas nossas risadas e gargalhadas, pelas nossas conversas diárias e por me ajudarem na minha vida acadêmica. Vocês estarão sempre no meu coração e na minha história.

À minha amiga Alessandra, pelas suas ligações e preocupações comigo, além das suas palavras que me deram forças para ultrapassar todas as barreiras, e por reservar um lugarzinho para mim nesse coração.

Às minhas avós Leonidas e Teresa pelo amor e dedicação para com essa neta que tanto lhes ama.

Enfim, à todas as pessoas, familiares e amigos, pelo apoio e pela confiança, que me fizeram continuar nessa caminhada.

*“O fim do Direito não é abolir nem restringir,
mas PRESERVAR e AMPLIAR a liberdade.”*

- John Locke

RESUMO

Esta monografia tem como objeto de estudo a Lei Maria da Penha – Lei n. 11.340/06. Objetiva-se a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 9 de fevereiro de 2012, que julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424, referente a Lei Maria da Penha – Lei n. 11.340/06, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 12, inciso I, 16 e 41, ambos da Lei específica. A partir desse entendimento, nos casos em que houver agressão corporal leve, no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, a ação penal não será mais condicionada à representação, como era antes, mas incondicionada à representação. Todavia, o principal foco é traçar um entendimento crítico doutrinário sobre o efeito desse julgamento. Ao determinar que a ação penal será pública incondicionada, examina-se os argumentos favoráveis e os argumentos contrários à decisão. E mais, se há a retirada da capacidade postulatória da própria vítima com a intervenção do Estado dentro do ambiente doméstico da vítima.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade. Capacidade Postulatória.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. DA LEI MARIA DA PENHA	11
1.1. DA ORIGEM DA LEI MARIA DA PENHA	11
1.1.1. Nomenclatura da Lei n.11.340/06	11
1.1.2. Evolução Histórica da Lei Maria da Penha.....	13
1.1.3. Objetivos da Lei Maria da Penha.....	15
1.2. Dos CONCEITOS RELEVANTES	17
1.2.1. Violência Doméstica.....	17
1.2.2. Unidade Doméstica	20
1.2.3. Família	20
1.2.4. Relação Íntima de Afeto	21
1.2.5. Modalidades de Violência	21
1.3. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	23
1.4. DA COMPETÊNCIA	23
1.5. DA INAPLICABILIDADE DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS	26
1.6. DOS DELITOS E DAS SUAS PENAS	27
2. DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.424.....	34
2.1. DA PROPOSITURA DA AÇÃO	34
2.2. DA DECISÃO DO STF.....	35
2.2.1. Do Voto do Ministro Relator Marco Aurélio.....	35
2.2.2. Do Voto do Ministro Presidente Cezar Peluso.....	40
2.2.3. Das Novas Mudanças da Lei Maria da Penha.....	43
2.2.3.1. Da Natureza Condicionada à Representação antes da Decisão	43
2.2.3.2. Da Alteração na Natureza Penal Incondicionada da Ação	46
3. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DA ADI 4.424.....	49
3.1. Dos ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À CONSTITUCIONALIDADE	49
3.1.1. Das principais fundamentações expostas pelos Ministros.....	49
3.1.1.1. Ministro Relator Marco Aurélio.....	49
3.1.1.2. Ministro Ayres Britto.....	50

3.1.1.3. Ministro Celso de Mello.....	50
3.1.1.4. Ministro Luiz Fux.....	51
3.1.1.5. Ministra Rosa Weber.....	52
3.1.2. Das principais fundamentações expostas pelos Doutrinadores.....	54
3.1.2.1. Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto.....	54
3.1.2.2. Ana Paula Schwelm Gonçalves e Fausto Gonçalves de Lima.....	54
3.1.2.3. Eduardo Luiz Santos Cabette.....	55
3.1.2.4. Maria Berenice Dias.....	55
3.2. Dos ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À CONSTITUCIONALIDADE.....	57
3.2.1. Da Principal Fundamentação Exposta pelo Min. Presidente Cezar Peluso.....	58
3.2.2. Das principais fundamentações expostas pelos Doutrinadores.....	59
3.2.2.1. Pedro Rui da Fontoura Porto.....	59
3.2.2.2. Fernando Célio de Brito Nogueira.....	60
3.2.2.3. Maria Lúcia Karam.....	61
3.2.2.4. Damásio de Jesus.....	62
3.3. DA CONSEQUENTE RETIRADA DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA DA VÍTIMA.....	62
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

Não se sabe ao certo a partir de quando, na história, a mulher se tornou inferior ao homem. Em Roma, por exemplo, a mulher era vista como um objeto, algo que podia ter para si. A sociedade criou um modelo onde prevalece como característica do homem a autoridade, e da mulher, a submissão. Com o casamento, sacramento indissolúvel, a capacidade da mulher passou a ser relativa, pois ela ainda precisava da autorização do marido para exercer qualquer atividade. Neste período não havia a possibilidade de reconhecer filhos de outros relacionamentos, que não o casamento e por isso, impossível tê-los como herdeiros.

O progresso foi demorado e os direitos adquiridos a longo prazo, mas a partir da Lei do Divórcio, em 1977, é que surgiram valores no universo feminino, os quais ainda não eram reconhecidos, como a dignidade, autonomia, liberdade e privacidade na sua sexualidade. Com Constituição Federal de 1988, foi estabelecida plena igualdade entre os gêneros, e a mulher teve os seus direitos constitucionalmente garantidos.

Frisa-se, entretanto, que o auge da garantia dos direitos da mulher, foi em 7 de agosto de 2006, a Lei 11.340/06, com o advento da denominada de Lei Maria da Penha, que está em vigor desde o dia 22 de setembro de 2006. Esta Lei criou mecanismos para coibir toda e qualquer forma de violência praticada no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, de modo a resgatar a sua cidadania e punir o seu agressor de forma mais rigorosa.

A violência doméstica praticada contra a mulher ao ser afastada do âmbito dos Juizados Especiais, modificou consideravelmente a forma com que a Justiça via a mulher e a forma com que as pessoas viam os efeitos da lei penal no âmbito da violência doméstica. Antes, a agressão corporal leve era considerada um crime de menor potencial ofensivo, e os conflitos podiam ser solucionados consensualmente. Devido ao excesso de trabalho, levava os juízes, de algum modo, a forçarem as vítimas a desistir e impunham acordos, o que acabou por banalizar as penas restritivas de direitos, popularizando-as e tornando-as inefetivas, além da consequente insegurança à mulher.

A partir da vigência da Lei Maria da Penha, a mulher, vítima da agressão pode denunciar, sem correr o risco de ser descartada, como forma de otimizar e agilizar o excesso de trabalho judicial. A sua palavra passa a ser levada a sério, instalando-se para tanto, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

No Superior Tribunal de Justiça, a quantidade de processos penais referentes a violência doméstica e familiar contra a mulher é crescente. Em 2006, foram 640

processos. Já em 2011, o número de processos autuados no mesmo Tribunal, até 18 de setembro foi de aproximadamente 1.600 processos, ou seja, 15% (quinze por cento) a mais.¹

Assim, este trabalho monográfico objetiva esclarecer o funcionamento e os direitos garantidos pela a Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha, à mulher, vítima de violência doméstica e as suas recentes alterações.

O objeto do estudo é a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.424, ajuizada pela Procuradoria Geral da República referente aos artigos 12, inciso I; 16; e 41 da Lei Maria da Penha, tornando a ação penal pública incondicionada à representação da vítima.

O foco principal da análise desenvolvida são as consequências advindas de tal decisão, ou seja, os possíveis efeitos que a ação penal pública incondicionada vai gerar em relação à vítima de violência doméstica e a sua família, tendo em vista o entendimento utilizado pela maior parte da doutrina que se dedica ao estudo sobre esse assunto.

O estudo se faz em três capítulos.

No primeiro capítulo há a abordagem da Lei Maria da Penha na sua universalidade, na sua amplitude. Estuda-se o contexto histórico, ou seja, a origem da Lei Maria da Penha, o motivo da sua denominação, as suas finalidades, incluindo conceitos relevantes e esclarecimentos sobre a Lei.

No segundo capítulo há a análise da (in) constitucionalidade da decisão do STF que julgou procedente a ADI 4.424. Faz-se uma apreciação, a partir dos votos que divergiram que são os o dos Ministros Relator Marco Aurélio, manifestando-se pela procedência do pedido e do Ministro Presidente Cezar Peluso, que entende pelo indeferimento do pedido.

Aprecia-se dos principais argumentos utilizados pelos Ministros para fundamentar os votos, favoráveis e contrários a decisão, bem como dos argumentos utilizados por parte da doutrina.

No terceiro capítulo, ante a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou procedente a ADI 4.424, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivo previstos nos artigos 12, inciso I, e 16 e 41, ambos da Lei Maria da Penha, tornando a ação penal pública incondicionada, verifica-se o efeito que alude a possibilidade de retirada da capacidade postulatória da mulher.

¹ *NÚMERO de ações por violência doméstica aumenta no STJ.* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-18/numero-casos-violencia-domestica-mulher-aumenta-stj>>. Acesso em: 25 set. 2012.

Examina-se a partir de entendimento doutrinário o efeito da retirada sua vontade de agir a favor da pretensão punitiva estatal e da sua capacidade postulatória, tendo em vista que uma ação penal pública tem efeito *erga omnes*, e por isso, atinge todas as pessoas com que se relacionam no ambiente familiar, e principalmente os filhos comuns do agressor com a própria vítima.

1. DA LEI MARIA DA PENHA

1.1. DA ORIGEM DA LEI MARIA DA PENHA

1.1.1. Nomenclatura da Lei 11.340/06

Maria da Penha é a denominação da Lei 11.340/06. E ainda que muitas pessoas não tenham conhecimento da sua origem, é relevante que seja contada.²

Esta lei foi “batizada” e o seu motivo tem origem no ano de 1983³. Maria da Penha Maia Fernandes era uma farmacêutica, que vivia em Fortaleza/CE, casada com o professor universitário e economista M.A.H.V., colombiano de origem e naturalizado brasileiro. Ocorre que durante o seu casamento, Maria da Penha era vítima de agressões, que não surgiram de uma hora para a outra, mas que decorreram de intimidações e ameaças, e que Maria da Penha, a princípio não reagiu para proteção de suas três filhas. Todavia, chegou a um ponto em que o seu marido, por aproximadamente duas vezes, tentou matá-la. Sendo a primeira vez em 29 de maio de 1983, quando fingiu um assalto, e utilizando-se de uma espingarda⁴, desferiu-lhe um tiro enquanto ela dormia. Tal simulação lhe acarretou, a paraplegia, haja vista que o tiro lhe atingiu a coluna.⁵

O ato foi premeditado, pois que dias antes, o agressor tentou convencer Maria da Penha a assinar um contrato de seguro de vida, no qual ele seria o beneficiário. E, cinco dias antes, ela assinou, um recibo de compra e venda de veículo de sua propriedade, a pedido do seu marido, o agressor.⁶

Aproximadamente uma semana depois, tentando novamente matá-la, ele a eletrocutou enquanto ela tomava banho, com uma descarga elétrica.⁷

Só após essas duas tentativas de homicídio, foi que Maria da Penha teve coragem para denunciá-lo, e que como muitas outras mulheres da época, o fez reiteradamente, mas sem obter resposta. Tais denúncias, sem nenhuma consequência, chegaram a levar Maria

² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 15.

³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 23.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 15

⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 23.

⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 23.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 15

da Penha a pensar que o seu marido realmente teria razão de ter lhe causado tanto sofrimento. Todavia, ela não desistiu de tentar se manifestar e demonstrar a sua frustração.⁸

Importa ressaltar que as investigações só começaram em junho de 1983 e a denuncia, oferecida em setembro de 1984, ou seja, mais de um ano após a ocorrência da primeira tentativa de homicídio. Seu marido foi condenado pelo tribunal do júri, só em 1991 ficando a pena fixada em oito anos de prisão. Recorreu em liberdade e após um ano, teve a anulação do seu julgamento. Em 1996, foi levado a novo julgamento, e a pena foi novamente fixada, mas agora em dez anos e seis meses. Recorreu em liberdade mais uma vez, e só em 2002, ou seja, dezenove anos e seis meses após todo ocorrido foi que M.A.H.V. foi preso, sendo que ainda assim, só cumpriu dois anos de prisão, ou seja, nem um terço em regime fechado, sendo posteriormente liberado.⁹

Os fatos acima narrados geraram tanta polêmica que o caso Maria da Penha chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), com sede em Washington/EUA, que tem como uma de suas funções a análise de petições que denunciam as violações dos direitos humanos.¹⁰

Maria da Penha, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), O Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), em 20 de agosto de 1998, apresentou uma denuncia a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que acabou provocando a publicação do Relatório 54/2001 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 16 de abril de 2001.¹¹

Maria da Penha acabou sendo indenizada no valor de 60 mil reais pelo Estado brasileiro, que foi pago pelo Estado do Ceará, com conseqüente pedido de desculpas, por causa de sua negligencia e omissão ante a violência doméstica. Tal indenização foi imposta pelo Relatório n.54 da OEA, haja vista a denuncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, e esta solicitou informações ao governo brasileiro, todavia nunca recebeu resposta. Só após vinte e cinco anos, que o Brasil cumpriu os tratados e convenções internacionais dos quais é signatário, a partir da edição da Lei 11.340/06. Por isso é que se refere, em sua ementa, à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e à Convenção Interamericana para

⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 15

⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 16

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 24.

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Em de 7 agosto de 2007, a lei foi sancionada pelo Presidente da República e desde 22 de setembro do mesmo ano, ela está em vigor.¹²

1.1.2. Evolução Histórica da Lei Maria da Penha

A mulher, desde os tempos mais remotos, foi relegada a um segundo plano, e determinada a sua submissão, discriminação e opressão, quando não era escravizada e transformada em objeto. Só o homem era sujeito de direitos e detinha poderes. A mulher era vitimizada pelos homens, incluindo marido, pai, irmãos e também pelas religiões. A ela, era reservada a função doméstica, de gerar e criar os filhos, que naquela época era considerada pouco importante para a sobrevivência do grupo, que predominava sob o indivíduo e por isso, sua personalidade era facilmente sacrificada em benefício da comunidade.¹³

A ideia que se tem e que se passa para a mulher é de fragilidade, de necessidade de proteção, sendo que ao homem, há a ideia de que deve protegê-la, provê-la. E do o sentimento de superioridade à agressão, a linha é muito tênue. A agressão, porém, não é culpa exclusiva do agressor.

A sociedade sempre buscou demonstrar que em uma relação há o parceiro que domina e o que é dominado. A Constituição Federal proclama a igualdade entre os sexos, mas a desigualdade ainda existe. O homem acredita ser o proprietário sobre o corpo de mulher, sua companheira. A agressividade é um símbolo da virilidade, tendo em vista que a sensibilidade não combina com o homem. E a impotência da vítima e a sua visão da impunidade, associada com a violência presenciada desde a infância, torna-se natural aos olhos destas pessoas.¹⁴

A independência da mulher, conquistada ao longo dos anos, mudou o modelo ideal da família, pois a mulher ao fazer parte do mercado de trabalho, levou ao homem a necessidade dele participar no cuidado da casa e dos filhos. Tal parâmetro acabou gerando alguns conflitos e conseqüentemente, gerando violência, pois é justificada em falhas no cumprimento dos deveres, ou seja, quando há insatisfação com o que um tem feito dentro

¹² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 16-17.

¹³ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.12.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 18-20.

de casa. Assim, ao homem cabe o uso da força (músculos) e à mulher os sentimentos (lágrima), tornando a mulher vítima da violência.¹⁵

A princípio, o espaço público sempre foi para o homem e com a mulher ficou o cuidado no âmbito doméstico. Com o passar do tempo, e a independência da mulher, começa a surgir a violência, tendo em vista que a mulher trabalhando, o homem precisa ajudar em casa, e aí aparecem falhas no cumprimento da função de cada um. Tais falhas tem como consequência a violência, pois que a arma do homem se torça a força (músculos) e a da mulher os sentimentos (lágrimas).¹⁶

Posteriormente, a mulher se perde, pois seu foco é geralmente a relação com o parceiro e com os filhos. O psicológico fica profundamente abalado e ela se vê sem valor, sente-se inferior. Às vezes nem é por dependência financeira, mas intimamente é um sentimento de culpa por deixar de atuar em casa como acha que deveria ser feito.¹⁷

O agressor, para ter controle sobre a sua parceira, diminui a sua autoestima, faz com que ela acredite que a culpa da relação estar ruim é exclusivamente dela. Busca ter controle sobre a situação. Tudo começa de forma simples, alegando ciúmes, a partir daí vem provocações, intimidações, reprovações, e aí, tais violências psicológicas tonam-se violência física, com castigos e punições. E muitos agressores são adoráveis em público. Eles se desculpam e prometem que nada mais irá se repetir, mandam flores, presentes, choram, e a relação fica como nunca estivera antes. Por isso, elas pensam que tudo vai mudar. Todavia, basta um único motivo, para que tudo volte como antes, com brigas, ameaças, gritos, violência; e isso faz com que a mulher se submeta cada vez mais, para que não desagrade e para que não haja mais brigas, e por isso passa a usar as vestimentas que ele gosta, agir como ele gosta, fazer tudo o que ele gosta e perde assim o seu próprio eu. E nada que ela faça, vai satisfazê-lo, tendo em vista que a única coisa que o agressor objetiva é a dominação e submissão. E assim, forma-se um ciclo da violência e um pacto de silêncio, aonde a violência invisível se torna um segredo, livrando o agressor da punição, pois faz a sua parceira acreditar que ela tem culpa e motivos para ser vítima.¹⁸

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21-22.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 23.

1.1.3. Objetivos da Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha veio para garantir a proteção prevista no art. 226 da Carta Magna de que “*A família base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”. Bem como o seu parágrafo 8º, afirma que “*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*”¹⁹

Frisa-se que em 1975, houve a I Conferência Mundial sobre a Mulher, que ocorreu no México, e acabou tendo como consequência a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, que se deu em 1979 e entrou em vigor só em 1981. Essa foi a primeira vez que a mulher teve os seus direitos humanos realmente observados.²⁰

Em 1º de fevereiro de 1984, foi subscrita pelo Brasil a Convenção CEDAW – Convention on the Elimination of all forms for Discrimination Against the Womem, que traduzido fica Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aonde houve reservas quanto ao direito de família. Depois, foram retiradas as reservas e a Convenção foi ratificada em 1994, e promulgada pelo Presidente da República em 2002. Ocorre que o Comitê CEDAW entendia que todos os Estados que participavam deveria criar, no mínimo, como meio de proteção aos direitos humanos da mulher, uma lei sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher.²¹

Em 1993, em Viena houve a Conferencia das Nações Unidas referente aos direitos humanos que definiu formalmente que é violação aos direitos humanos a violência contra a mulher. Já em 1994, foi adotada pela ONU a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, tal Convenção também é conhecida como Convenção de Belém do Pará. Assim, só em 2006 que a Lei Maria da Penha passou a vigorar, sendo uma forma, ainda, do Brasil cumprir seus compromissos internacionais.²²

De acordo com o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 33.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 34.

²¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 34.

²² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35.

Assim, os tratados e convenções internacionais, além de terem aplicação imediata, têm a natureza constitucional, ou seja, ingressam como leis ordinárias ao ordenamento jurídico brasileiro; e conseqüentemente a Lei Maria da Penha tem natureza constitucional.²³

O princípio da dignidade da pessoa humana é regido pelo desdobramento das três gerações, sendo a primeira geração aquela que objetiva a liberdade, que vem desde o nascimento do ser humano. A segunda geração se refere à igualdade, todavia, conforme Aristóteles dizia, tratando de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais, a proporção da sua desigualdade.²⁴ E a terceira geração, diz respeito ao direito de solidariedade, ou seja, os direitos genéricos e difusos. Esses são os direitos que devem ser garantidos e que servem como pilares da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.²⁵

Todavia, o fato do agressor retirar a liberdade da sua companheira, com ameaças, violência, e, por consequência a igualdade entre ambos, colocando-se hierarquicamente superior a ela, não significa, porém, que a competência passa a ser da Justiça Federal, mas da Justiça Estadual, ainda que seja “*para assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário*”. E mais, os direitos resguardados aqui, se referem não apenas à proteção da liberdade e igualdade da mulher, mas inclusive à proteção da violência em relação à família e à sociedade, pois o sofrimento individual da vítima interfere em todo o equilíbrio social, o convívio familiar e a estabilidade daquele núcleo familiar, atingindo inclusive os filhos que residirem naquele ambiente e que tem como referência e exemplo aquela família.²⁶

Como observação, insta ressaltar que em julgamento realizado em 4 de maio de 2011, os ministros do STF reconheceram a união homoafetiva, ou seja, união estável para os casais do mesmo sexo, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.²⁷

²³ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 36-37.

²⁴ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional: Prefácio do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. Brasília: Senado Federal. p. 193.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 39-40.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 41-43

²⁷ SUPREMO reconhece a união homoafetiva. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 10 abr. 2012. De acordo com o Ministro Relator Ayres Britto, o art. 3º da Constituição Federal, em seu inciso IV, veda

A partir de tal reconhecimento, não há dúvidas de que a Lei Maria da Penha tem uma interpretação de acordo com a decisão do STF quanto à definição de entidade familiar. As divergências referentes ao reconhecimento de vínculo familiar entre pessoas do mesmo sexo não mais prevalecem e por isso, a lei que conceitua a entidade familiar independe da orientação sexual dos seus partícipes, tendo em vista o direito de igualdade de tratamento, independentemente de qualquer característica individual e ante a liberdade de escolha quanto à orientação sexual.²⁸

1.2. DOS CONCEITOS RELEVANTES

1.2.1. Violência Doméstica

A grande maioria da violência contra a mulher advém de dentro do lar, de dentro do ambiente familiar, sendo que o agressor geralmente é o companheiro atual ou o companheiro anterior. Ainda, a convivência entre agressor e vítima costuma ser por um período não inferior a dez anos.²⁹

O conceito de violência doméstica deve ser interpretado a partir da combinação do artigo 5º e 7º da Lei Maria da Penha.

De acordo com o artigo 5º:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.³⁰

qualquer tipo de discriminação e por isso ninguém pode ser inferiorizado, diminuído, discriminado devido a sua opção sexual. Segundo o Relator, “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica.” Assim foi excluído qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil, que impede o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

²⁸ *SUPREMO reconhece a união homoafetiva.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 50.

³⁰ VADE Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1826.

Assim, a lei conceitua violência doméstica como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Já em seus incisos, estabelece o campo de abrangência, que é aquela praticada no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da unidade familiar e em qualquer relação íntima de afeto. E importa reassaltar que não é necessário que o agressor e a vítima vivam sob o mesmo teto.³¹

Ainda, o artigo 7º define quais são as formas de violência doméstica, que seria qualquer uma das elencadas na seguinte disposição:

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 autoestima 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.³²

Até a criação da Lei Maria da Penha, a violência doméstica não era vista como crime. E a lesão corporal, referente às relações domésticas, era tipificada de acordo com o artigo 129, parágrafo 9º do Código Penal.³³ As demais formas eram consideradas no

³¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 51-52.

³² VADE Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1826.

³³ CP, art. 129, parágrafo 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.*” Havendo ainda o possível aumento de 1/3 conforme parágrafo 10º.

máximo circunstâncias agravantes da pena, conforme artigo 61, inciso II, letra *f* do Código Penal.³⁴

Ainda, essa forma de violência, prevista na Lei Maria da Penha não tem correspondência com nenhum dos tipos previstos no Código Penal. As formas arroladas no artigo 7º da Lei Maria da Penha deixam claro a ausência da exclusividade criminal nos atos do agressor.³⁵

A violência doméstica não se configura apenas em uma relação matrimonial, entre um homem e mulher. É importante ressaltar que pode ser em uma relação de união estável, entre pessoas de sexos iguais, como relação homoafetiva, relação de parentesco, de fraternidade, pode ainda, o sujeito ativo ser uma mulher e o sujeito passivo um homem. A violência doméstica também pode ocorrer quando a empregada doméstica é agredida, sendo os patrões os sujeitos ativos; ou ainda, em uma relação de colegas de quarto.³⁶

Todavia, há entendimentos de que a Lei em estudo estabelece um sujeito passivo próprio dessa forma de violência específica. E mais, ao basear no gênero, o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, a lei restringiu o conceito à violência praticada pelo homem. Assim, quanto o agressor e vítima são do sexo feminino, o tratamento da Lei 11.340/06 não seria aplicável a agressora mulher, tendo em vista que a lei não tem como finalidade dar uma proteção indiscriminada a mulher, mas visa proteger a mulher do homem, que é supostamente a parte mais forte, ameaçador e dominante. Daí a justificativa àqueles que entendem que a Lei não será aplicada quando o sujeito ativo for do gênero feminino.³⁷

Embora haja este entendimento, a jurisprudência não vem acolhendo notadamente a tese acima, de que só o homem pode ser sujeito ativo no tocante a Lei Maria da Penha. O STJ chegou a entender como critério a vulnerabilidade da vítima, para caracterizar a violência doméstica quando sujeito ativo e passivo era do gênero feminino. Houve ainda aplicação de medidas protetivas em favor de homens, principalmente em relações homoafetivas. Deste modo, entende-se que as medidas protetivas aplicáveis a esses agressores

³⁴ Qual seja: *f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica.*

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 53.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 54-58.

³⁷ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 30-33.

de ambos os gêneros, é cabível porque elas têm um caráter processual cautelar e por não serem medidas de direito penal material, pode ter interpretação extensiva ou por analogia.³⁸

1.2.2. Unidade Doméstica

No caso da violência exercida no âmbito doméstico, privilegia-se o espaço em que ocorre uma das formas de violência, bastando apenas que ela se consuma na unidade doméstica de convívio permanente entre indivíduos, ainda que esporadicamente agregadas e sem vínculo afetivo ou familiar entre si.³⁹

Assim, a unidade doméstica (artigo 5º, inciso I) abrange o espaço de convivência permanente, no sentido que independe de vínculo familiar, e por isso, inclui pessoas agregadas. Há entendimentos no sentido de que as empregadas domésticas estão incluídas neste contexto. Todavia, quanto às diaristas, por permanecerem pouco no local de trabalho, deve-se analisar certas circunstâncias, como o reconhecimento da família, em relação àquela pessoa, para que possa ser tipificada na Lei Maria da Penha. Ainda, há a figura de tutor e curador, que se encaixa na possibilidade de aplicação da Lei.⁴⁰ Todavia, há entendimento no sentido de que a mulher ao ser agredida em unidade doméstica, faz parte da relação familiar, mas não se deve considerar a aplicação da Lei em relação a qualquer mulher, na casa de qualquer pessoa, quando há relação doméstica entre terceiros.⁴¹

1.2.3. Família

Não prevalece o caráter espacial do lar ou da coabitação, mas o vínculo familiar decorrente do parentesco natural, por afinidade ou por vontade expressa.⁴²

Este entendimento tem a ideia, inclusive como inovação da lei, de que a família não é aquela constituída apenas de acordo com a lei, mas aquela conforme entender os seus próprios membros. O legislador não se limitou a família de acordo com o Código Civil, mas de acordo com os vínculos de afetividade; e mais, não limitou entre a relação entre

³⁸ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 33-34..

³⁹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 59-60.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 864.

⁴² PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

homem e mulher, ligados pelo sagrado matrimônio, mas simplesmente prevê uma comunidade, formada por indivíduos. Incluem-se nesse inciso, as famílias homoafetivas, anaparentais, e até mesmo as famílias paralelas; ou seja, todas aquelas relações de convívio que possuem uma relação íntima de afeto.⁴³

1.2.4. Relação Íntima de Afeto

O vínculo passa a ser o relacionamento que há entre duas pessoas, com base na amizade, amor, simpatia,⁴⁴ afeto, a relação íntima de afeto, que até o advento da Lei Maria da Penha, não havia sido usado nem na Constituição Federal, nem no Código Civil. De fato, nenhuma lei que regula as relações familiares havia colocado em sua previsão tal palavra. Há entendimentos no sentido de que com a presença do afeto nas relações domésticas, os incisos anteriores seriam desnecessários.⁴⁵

Nesta modalidade, dispensa-se tanto a coabitação sob o mesmo teto, quanto o parentesco familiar, sendo o suficiente a relação íntima de afeto e convivência, presente ou pretérita. A palavra “íntima”, já pressupõe uma relação de caráter sexual, inspirada em interesses sexuais e não apenas em amizade.⁴⁶

1.2.5. Modalidades de Violência

A violência física se refere à ofensa à vida, à saúde e à integridade física. É a violência propriamente dita.⁴⁷ Não inclui apenas aquela que deixa marca visível, mas aquela que atinja o corpo ou a saúde da mulher, deixando sinais, bem como arranhões, hematomas, queimaduras, cicatrizes, fraturas, etc; ou sintomas, como dores de cabeça, dores musculares, fadiga crônica, perda do sono, etc. São aqueles que constituem *vis corporalis*. O artigo 129, parágrafo 9º do Código Penal, tem como vítima o ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, em relações domésticas de coabitação ou de hospitalidade. Com o advento da Lei Maria da Penha de 2006, a norma

⁴³ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 60-62.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1265.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62.

⁴⁶ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

⁴⁷ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

passa a ser outra, modificando assim, a pena mínima que diminuiu e a máxima aumentou. Ou seja, antes era de seis meses a um ano e com a Lei Maria de Penha passa a ser de três meses a três anos.⁴⁸

A violência psicológica, é a ameaça, constrangimento, humilhação pessoal. Trata-se de um conceito impróprio de violência, tendo em vista tradicionalmente, o que é chamado de violência psicológica é a grave ameaça, a *vis compulsiva*.⁴⁹ Inclui-se ainda, a agressão emocional, que abala profundamente a autoestima da mulher. Provavelmente é a agressão menos denunciada, e não precisa de laudo técnico para que seja configurada, basta o reconhecimento de sua ocorrência pelo juiz. A tal delito impõe a majoração da pena previsto no artigo 61, inciso II, alínea *f* do Código Penal.⁵⁰

A violência sexual se relaciona com o constrangimento, cujo fim é limitar a autodeterminação sexual da vítima, que pode decorrer tanto da violência física como da violência psicológica, exercida pela grave ameaça.⁵¹ A princípio, o exercício da sexualidade era visto como um dever do casamento e por isso o homem era legitimado a insistência, ou seja, ele tinha um direito ao exercício do sexo, devendo a mulher se submeter ao desejo sexual. Tal entendimento levou ao não reconhecimento do estupro praticado pelo marido. Todavia, com o passar dos anos, reconheceu-se tal possibilidade, e inclusive há o aumento de pena previsto no artigo 61, inciso II, alínea *f*, do Código Penal.⁵²

Já a violência patrimonial é reconhecida pela lei através dos atos de furto, dano, apropriação indébita, ficando ainda sujeito ao agravamento da pena. Inclui-se neste entendimento ainda, a sonegação de meios que possam promover a subsistência da mulher, abandonando-a materialmente.⁵³ São vistos como violência patrimonial os atos de retenção, subtração, destruição de instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos.⁵⁴

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 64-65.

⁴⁹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 65-66.

⁵¹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

⁵² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 67.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 71.

⁵⁴ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

Ainda, há a violência moral, que inclui os crimes contra a honra, ou seja, de calúnia, difamação e injúria; cometidos devido ao vínculo da relação doméstica. A calúnia e a difamação atingem a honra de forma objetiva, pois terceiros tomam conhecimento quanto a imputação dada; enquanto a injúria o faz de forma subjetiva, pois que o próprio ofendido toma conhecimento do que lhe foi imputado.⁵⁵

1.3. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Algumas poucas decisões jurisdicionais e poucos doutrinadores apresentaram-se um tanto resistentes para reconhecer a constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Todavia, as fundamentações quanto à inconstitucionalidade da lei, no seu inteiro teor, alegam que tal lei causa a desigualdade no âmbito familiar, como se efetivamente a igualdade predominasse, afrontando assim o princípio da igualdade.⁵⁶

A lei tem como norte, a proteção exclusiva da mulher. A lei busca a proteção da mulher, e por isso não fere o princípio constitucional da igualdade, pois é substancial, e não só formal e abstrato, e busca atingir um equilíbrio. Objetiva igualar os desiguais, ou seja, tratando de forma desigual os desiguais, atendendo assim ao princípio da isonomia; tendo em vista a sociedade conservadora, que induz a mulher a uma situação de inferioridade e de submissão. Por isso, é importante e necessário discriminações positivas, que buscam compensar as consequências de um passado histórico de sofrimento.⁵⁷

1.4. DA COMPETÊNCIA

Frisa-se que a Lei Maria da Penha visa a proteção da mulher como vítima da violência doméstica, de forma a punir o agressor, sem criar novos tipos penais.⁵⁸

O art. 14 da Lei Maria da Penha, dispõe que:

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, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 73.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 74.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 74-75.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 83.

Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.⁵⁹

Deste modo, foi prevista a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), que são órgãos da justiça comum, ou seja, ordinária, e por isso, não especializada, que cumula as competências cíveis e criminais. Tal justiça é residual, e por isso, não é de competência especial, que são aquelas competências trabalhista, eleitoral e militar. O que não é do âmbito destas competências, ou é de competência federal ou estadual. Tendo em vista que os crimes de competência federal são aqueles no qual há a presença do Estado, os crimes cometidos contra a violência doméstica e familiar contra a mulher, sobrou apenas a Justiça Comum estadual. Porém, de acordo com o artigo 109, V-A da CF, é possível o deslocamento de competência para a competência federal, no caso de grave violação dos direitos humanos.⁶⁰

Conforme o enunciado do artigo acima descrito, ficou determinada que a competência seria dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, todavia, não ficou determinada a sua criação, ou ainda, um prazo para tal criação. Enquanto não forem instituídos os JVDFMs, a competência fica a cargo da Justiça Comum, haja vista o seu deslocamento dos Juizados Especiais. E, ainda que deslocada para a competência das Varas Criminais, cabe ao juiz criminal tanto a competência cível quanto criminal para conhecer e julgar as causas, todavia, somente ao JVDFMs é que cabe processar, julgar e executar. Todavia, os juízes de família continuam a receber suas demandas cíveis intentadas pelas mulheres vitimizadas, aonde é possível, buscar a antecipação de tutela para conceder as medidas protetivas previstas nos artigos 22 a 24. Por isso, faz-se necessário a imediata criação dos JVDFMs, pois que tendência é que os magistrados das varas especializadas se distanciam do direito referente aos outros ramos que não atuam e por isso, há dificuldades de um juiz criminal atuar no Direito de Família.⁶¹

Diferentemente da Lei 9.099/95 dos Juizados Especiais, que é possível a atuação de juízes leigos e conciliadores, na aplicação da Lei Maria da Penha, é inadmissível a ausência de juiz de direito.⁶²

⁵⁹ VADE Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1827.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 83-84.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 87-89.

⁶² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 89.

Para a aplicação da Lei Maria da Penha, é determinada a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, Código de Processo Civil, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, e o Estatuto do Idoso. De acordo com o Direito Processual Penal, a competência é no local aonde ocorreu a infração, conforme seu artigo 70, *caput*. No Código de Processo Civil, a competência é territorial, e por isso, é no local que reside o réu, conforme artigo 94, do Código de Processo Civil, ressalvadas algumas exceções. Já o Estatuto do Idoso determina que a competência é absoluta e se dá no domicílio quanto as demandas referentes a ofensa dos seus direitos, conforme artigo 80 desse Estatuto. Em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a competência é do local aonde residir os pais ou os responsáveis do menor, e quando não o houver, no local onde estiver a criança ou o adolescente.⁶³

Apesar da Lei Maria da Penha ter criado os JVDFMs, eles não foram, como já explicado anteriormente, uma imposição. E por isso, até que não haja esses juizados especializados, a competência ficou com as Varas Criminais. Todavia, há diferenças entre a competência dos JVDFMs e das Varas Criminais. De acordo com o artigo 14 da Lei Maria da Penha, cabe aos JVDFMs processar, julgar e executar as causas advindas da violência doméstica e familiar contra a mulher. E neste caso, a execução, diz respeito as medidas protetivas. Ainda, são distribuídas nesses juizados especiais, as ações cíveis e criminais.⁶⁴

Já nas Varas Criminais, só irão permanecer as medidas protetivas no âmbito criminal, ou seja, as ações cíveis são redistribuídas as Varas de Família ou Cíveis. Frisa-se ainda que é possível que o juiz da Vara de Família ou Cível decrete a prisão preventiva do agressor, conforme artigo 313, inciso IV do Código de Processo Penal, caso seja descumprida a medida protetiva, pois não há cumulação de competência penal.⁶⁵

Sabe-se que os crimes dolosos contra a vida são de competência do Tribunal do Júri. Todavia, quando o crime é praticado contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, toda a instrução processual será realizada nas JVDFMs, e só após a inquirição das testemunhas e das alegações finais, ou seja, no momento da pronuncia é que será remetido à Vara do Júri, haja vista que a sentença da pronuncia é de competência do Tribunal do Júri.⁶⁶

A Lei Maria da Penha traz atribuições de competências cível e criminal não só aos JVDFMs, mas também as Varas Criminais enquanto aqueles não forem instalados. Por

⁶³ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 89-90.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 92-94.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 92-94.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 94.

este motivo, sua natureza é híbrida, pois que a aplicação do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal é determinada quando não houver afronta ao que nela está estabelecido. Assim, tendo em vista que no Direito Processual Civil a regra é a competência do foro domicílio do réu, e no Direito Processual Penal a regra é a competência do foro do local do fato⁶⁷, a Lei Maria da Penha determinou expressamente no seu artigo 15 que o foro competente para as demandas cíveis pode ser no domicílio ou residência da vítima; no lugar do fato ou do ato; ou ainda, no domicílio do agressor.⁶⁸ Por isso o legislador, proporcionar a eleição do foro competente a ofendida, deixa claro que se trata de competência concorrente e relativa.⁶⁹

1.5. DA INAPLICABILIDADE DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS

O Juizado Especial Cível e Criminal (JECCRIM) tem previsão na Lei 9.099/95 que tem competência nos delitos de pequeno potencial ofensivo, quais sejam: as contravenções penais, que são aquelas que a pena máxima não ultrapassa dois anos;⁷⁰ os crimes de lesão corporal leve e culposa.⁷¹ Essa lei prevê ainda a possibilidade de transação penal, composição de danos,⁷² pena restritiva de direitos e multa,⁷³ incluindo também a possibilidade de suspensão condicional do processo.⁷⁴

Ainda, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais é regida pelo procedimento sumaríssimo, que é um rito mais ágil, e que é regido pela oralidade,

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 94-96.

⁶⁸ Lei 11.340/2006, art. 15: *É competente, por opção da ofendida, para os processos cíveis regidos por esta Lei, o Juizado: I – do seu domicílio ou de sua residência; II – do lugar do fato em que se baseou a demanda; III – do domicílio do agressor.*

⁶⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 94.

⁷⁰ Lei 9.099/95, 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 a pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.*

⁷¹ Lei 9.099/95, 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.*

⁷² Lei 9.099/95, art. 72: *Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.*

⁷³ Lei 9.099/95, art. 76: *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 multas, a ser especificada na proposta.*

⁷⁴ Lei 9.099/95, art. 89: *Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)*

informalidade, economia processual e celeridade.⁷⁵ É possível que em audiência preliminar, seja feita a conciliação, que se houver tal composição de danos, haverá a extinção de punibilidade. E mais, poderá o Ministério público propor transação penal ou ainda a suspensão condicional do processo, que também será causa de extinção de punibilidade e não gera a reincidência, conforme artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais.

Assim, antes da existência e conseqüente vigência da Lei Maria da Penha, a Lei 9.099/95 referente aos JECCRIM, era competente pelos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, considerando tal violência como de menor potencial ofensivo e por isso, menos relevante no sistema penal. Após a criação da Lei Maria da Penha, ficou expressamente proibida a utilização da Lei 9.099/95 nesses crimes, afastando assim o entendimento de que os crimes de violência doméstica não são considerados mais de menor potencial ofensivo.⁷⁶

Conseqüentemente, pelo juiz, no tocante a violência doméstica e familiar contra a mulher, não pode ser proposta a composição de danos, ou ainda aplicação imediata de pena não privativa de liberdade; sendo, ainda, vedado ao Ministério Público propor a transação penal ou ainda a aplicação de pena restritiva de direito ou de multa, bem como a suspensão condicional do processo, como poderia ser feito nos Juizados Especiais.⁷⁷

Frisa-se que no caso dos JECCRIMs, os recursos são remetidos diretamente Turmas Recursais, já nos casos dos JVDFMs, eles vão direito para os Tribunais de Justiça. E mais, caso haja criança e adolescente envolvido nesses delitos tanto como vítimas, como agressores (caso de adolescentes) a competência é dos Juizados Especiais da Infância e da Juventude.⁷⁸

1.6. DOS DELITOS E DAS SUAS PENAS

A Lei Maria da Penha, para que pudesse alcançar o seu objetivo de prevenção a violência doméstica, acabou por causar alterações no Código Penal, Código de

⁷⁵ Lei 9.099/95, art. 62: *O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.*

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 98.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 99.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 100.

Processo Penal, e na Lei de Execução Penal,⁷⁹ além de regular mais uma hipótese de previsão preventiva, existente no artigo 313, inciso IV do Código Penal, e determinar como obrigação do agressor que compareça a programas de recuperação e reeducação, nos termos do artigo 152 da LEP.⁸⁰

Cabe ressaltar que a esta Lei não é uma lei exclusivamente penal, mas em seu bojo, há disposições de leis administrativas, processuais, princípios gerais. Ainda, insta informar que esta Lei não cria novos tipos penais mas apenas complementa dos tipos preestabelecidos.⁸¹

Esta lei teve como consequência, poucas mudanças consideráveis no Código Penal.⁸² Primeiramente, houve uma mudança no tocante a circunstancia agravante, que antes, possuía a seguinte redação:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena:

[...]

II- ter o agente cometido o crime:

[...]

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação e de hospitalidade.

E, com a Lei Maria da Penha, houve a alteração na ultima parte desse dispositivo (alínea f, inciso II do art. 61) ficando:

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação e de hospitalidade, ou **com violência contra a mulher na forma da lei específica.** (grifei)⁸³

Frisa-se que se houver lesão corporal no âmbito doméstico, não há que se falar no uso dessa agravante, tendo em vista que essa circunstancia já qualifica o crime, previsto no artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal; e, por isso, pela prática de um mesmo fato, não pode haver dupla apenação.⁸⁴

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 129.

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 129.

⁸¹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23.

⁸² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 129-130.

⁸³ VADE Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 585.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 131.

O crime de violência doméstica passou a qualificar o crime de lesão corporal, em 2004, quando foi inserido no Código Penal, e acrescentou o parágrafo 9º ao artigo 129 do CP, da seguinte forma:⁸⁵

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou saúde de outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Parágrafo 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 hostilidade.⁸⁶

Tal redação não foi alterada com a vigência da Lei Maria da Penha, e por isso, é crime de detenção, com regime aberto ou semiaberto, nos termos do artigo 33 do CP:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Todavia, houve alteração no tocante ao tempo mínimo e máximo de duração da pena. Antes da Lei Maria da Penha, a pena era de seis meses a um ano. Com a alteração, passou a ser de três meses a três anos. Tal modificação se deu porque com a pena máxima em três anos, não há que se falar em aplicação da Lei dos Juizados Especiais, tendo em vista que o limite máximo da pena não pode ultrapassar dois anos, conforme previsão legal do artigo 61 da Lei 9.099/95⁸⁷. Por tal motivo fica vedada a concessão de benefícios aplicáveis aos crimes de menores potenciais ofensivos; bem como transação, composição de danos e suspensão condicional do processo, ratificando assim a previsão legal do artigo 41 da Lei Maria da Penha, que deixa claro expressamente que:⁸⁸

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista, não se aplica a 9.099, de 26 de setembro 1995.

Insta lembrar que Código Penal não distingue quem pode ser vítima, se o homem ou a mulher, e por isso independe do sexo do ofendido. Basta que haja agressão no âmbito familiar.⁸⁹

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 131.

⁸⁶ VADE Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 593.

⁸⁷ Lei 9.099/95, 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 pela máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulados ou não com multa*.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 132.

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 132.

Frisa-se, ainda que tenha como agressor a mulher, e como ofendido o homem, se configurada a lesão corporal no âmbito familiar, a agressora não poderá ser beneficiada com aplicação da Lei dos Juizados Especiais, já que a pena máxima é de três anos.⁹⁰

O conceito de relação doméstica é amplo, e por isso, não são só aquelas existentes no âmbito familiar, mas também aquelas decorrentes de unidades domésticas e das relações íntimas de afeto.⁹¹

Há ainda a possibilidade de incidência da majorante ao crime de lesão corporal quando a lesão corporal é praticada contra vítima portadora de deficiência e do sexo feminino.⁹²

Entende-se que a preocupação do legislador ao utilizar-se da Lei Maria da Penha, para alcançar as vítimas portadoras de necessidades especiais poderia ir mais além, pois que ao invés de prever esta circunstância como majorante do crime de lesão corporal, deveria acrescentar entre as agravantes genéricas elencadas no artigo 62 do Código Penal. Seria a forma mais razoável de assegurar proteção específica a quem tem necessidades especiais.⁹³

Ainda, houve uma alteração na Lei Maria da Penha que foi ao encontro das Normas Processuais Penais, uma vez que com o advento da Lei Maria da Penha, foi criada de mais uma possibilidade de prisão preventiva, acrescentando assim, ao artigo 313 o seguinte inciso:⁹⁴

IV – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, os termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Esta prisão preventiva pode ser determinada em qualquer fase processual, ou seja, tanto no inquérito penal como na instrução criminal. E mais, poderá ser de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, nos termos do art. 20 da lei específica. Ainda, poderá o juiz revogá-la, caso haja falta de motivo,

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 132.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 132.

⁹² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 133.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 133.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 133.

ou decretá-la a todo e a qualquer tempo, desde que fundamentada, conforme o parágrafo único desse artigo.⁹⁵

Com a prisão preventiva, não se admite a prisão em flagrante, pois que a *notitia criminis* à autoridade policial é posterior à agressão. E uma vez que o agressor tenha sido afastado do lar, se descumprir a medida protetiva, é cabível a sua prisão preventiva.⁹⁶

Essa novidade que a lei trouxe, afasta a exigência de todos os pressupostos legais, já que basta a necessidade de assegurar a eficácia das medidas protetivas de urgência, caso estas se revelem ineficazes para proteção da mulher. Não há, por isso limites no âmbito penal, vez que o aprisionamento advém da violência doméstica.⁹⁷

A Lei Maria da Penha acrescentou também um parágrafo único ao artigo 152 da Lei de Execução Penal. Dentre as possíveis penas a serem aplicadas, há a pena restritiva de direito. Dentre elas, há a limitação de fim de semana, conforme o artigo 43, inciso IV do Código Penal. E de acordo com essa previsão legal, o réu tem que permanecer por cinco horas diárias em casa de albergue, aos sábados e aos domingos, ou, caso não haja, outro estabelecimento adequado, de acordo com o artigo 48 do Código Penal. Neste período, a lei deixa a disposição do réu, a possibilidade de participar de cursos e palestras ou ainda atividade educativas (artigo 48, parágrafo único do Código Penal e art. 152 da Lei Execução Penal).⁹⁸

Sabe-se que com a alteração referente a possibilidade de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direito passou a ser obrigatório que o réu compareça aos programas de recuperação e de reeducação. E essa substituição só é cabível quando o *quantum* da pena é menor do que quatro anos, e quando o crime não é cometido com violência ou grave ameaça (artigo 44, inciso I do Código Penal). Todavia, com a Lei Maria da Penha, foi aberta uma exceção a regra da Lei Penal, pois que, tendo em vista que a violência e grave ameaça é inerente ao crime de violência doméstica, houve a inclusão da possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, no caso de pena inferior a quatro anos, independente da violência perpetrada contra a vítima.⁹⁹

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 133.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 134.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 135.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 137.

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 137-138.

Por isso, caso haja a limitação de finais de semana, deverá o ofensor comparecer aos programas de recuperação e reeducação sendo obrigado o acompanhamento dessas atividades na Lei Maria da Penha, já os réus dos outros delitos não podem ser obrigados a frequentar cursos e palestras.¹⁰⁰

A intenção do legislador, na realidade, é a repulsa as penas de natureza pecuniária, por isso, é cabível outros tipos de pena restritivas de direito, desde que não tenha conteúdo econômico.¹⁰¹

Evidente, porém, que assim como as penas restritivas de direitos aplicadas aos outros crimes, que não de violência doméstica e familiar; se o réu descumprir a pena restritiva de direito que lhe foi dada, esta será transformada em pena privativa de liberdade.¹⁰²

Vê-se a imposição de penas restritivas de direito como a melhor forma de conscientizar o agressor de que está agindo de forma inadequada. Por isso, muitas das vítimas, se sentem motivadas ao saberem que o seu agressor terá acompanhamento psicológico ou reeducação para que ele tenha consciência de que não é proprietário, ou possuidor da mulher, não podendo dispor do seu corpo, comprometendo assim a sua integridade física, higidez psicológica e a sua liberdade sexual.¹⁰³

Desta forma, a violência doméstica, está vedada a sua substituição por pena restritivas de direito se esta for referente a prestação pecuniária, inclusive quanto as penas de cestas básicas, nos termos do artigo 17 da Lei Maria da Penha:

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.

Insta salientar que a pena de cesta básica nos crimes de violência doméstica é ilegal, inexistente, pois que deve ser determinada visando a vítima e não a entidades beneficentes. A princípio, no caso de haver vítima e dependentes, a prestação pecuniária deveria ser a eles, destinada, e, apenas na falta deles, ela deveria ser direcionada à entidade pública ou privada de caráter assistencial. Ainda, se a pena fosse dirigida com prioridade e

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 138.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 138-139.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 139.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 139-140.

direitamente a vítima, e se ela aceitasse iria, por fim, alimentar o próprio agressor, tendo em vista que ele continuaria morando em casa, sendo alimentado com os produtos recebidos.¹⁰⁴

Apenas quando não houver condições do réu pagar a pena pecuniária ela é convertida em prestação pecuniária de outra natureza, devendo haver anuência do beneficiário. Por isso, basta o legislador definir a vedação da aplicação de penas de prestação pecuniária ou de outra natureza que possa substituir. A intenção do legislador é afirmar que não se pode comprar a integridade física da mulher.¹⁰⁵

Por fim, há que se acrescentar que em relação ao cabimento da suspensão condicional do processo, este será cabível ao agressor que cometer inclusive lesão corporal, tendo em vista que a pena é de três meses a três anos. Tal possibilidade existe porque o direito a este benefício não advém da natureza do crime, mas pura e simplesmente da quantidade da pena, que basta que não seja superior a dois anos. O *sursis*, uma vez concedido, tem duração de dois a quatro anos, devendo o réu ficar limitado aos finais de semana durante o primeiro ano. Ainda, como já explicado anteriormente, com a concessão do *sursis*, deverá o réu frequentar, obrigatoriamente, programas de recuperação e de reeducação.¹⁰⁶

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1275.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 140-141.

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 142.

2. DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.424

2.1. DA PROPOSITURA DA AÇÃO

Em 31 de maio de 2010, o Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel dos Santos propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de Medida Cautelar para que se fosse conferida a interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), para que: 1) a Lei 9.099/95 não se aplique, em nenhuma hipótese, aos crimes competidos no âmbito da Lei Maria da Penha; 2) o crime de lesões corporais considerados de natureza leve, praticados contra a mulher em ambiente doméstico, deve ser processado mediante ação penal pública incondicionada; 3) os dispositivos referidos tenham aplicação a crimes que se processam mediante representação, por previsão legal distinta da Lei 9.099/95.¹⁰⁷

Subsidiariamente, foi requerido o deferimento da medida liminar, e, caso não fosse entendimento o cabimento de ADI, a posterior procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹⁰⁸

Frisa-se, que na petição foi esclarecido que a ADPF, prevista no art. 102, parágrafo 1º da Constituição Federal e pela Lei 9.882/99, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ainda a ameaça a lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.¹⁰⁹

Informou ainda que a natureza da ADPF é autônoma, ou seja, que representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto, e que para o seu cabimento é necessário a presença dos seguintes requisitos: (a) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (b) causada por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, e (c) não haja outro instrumento por sanar esta lesão ou

¹⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, petição inicial. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/mulher/combate-violencia/atuacao-do-mpf/ADI-4424-leimariadapenha_PGR.pdf> Acesso em 01 out. 2012.

¹⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, petição inicial. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/mulher/combate-violencia/atuacao-do-mpf/ADI-4424-leimariadapenha_PGR.pdf> Acesso em 01 out. 2012.

¹⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, petição inicial. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/mulher/combate-violencia/atuacao-do-mpf/ADI-4424-leimariadapenha_PGR.pdf> Acesso em 01 out. 2012.

ameaça. São estes os três requisitos necessários e que foram demonstrados pelo Procurador Geral da República.¹¹⁰

2.2. DA DECISÃO DO STF

No dia 09 de fevereiro de 2012, por maioria de votos, vencido o presidente, Ministro Cezar Peluso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação a Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.424, ajuizada pela Procuradoria Geral da República quanto aos artigos 12, inciso I; 16; e 41 da Lei Maria da Penha.¹¹¹

2.2.1. Do Voto do Ministro Relator Marco Aurélio

Segundo o voto do ministro Marco Aurélio (Relator) da ADI 4.424 o Senado sustentou a impropriedade da ação, partindo do entendimento de que a Constituição Federal não se manifesta a cerca da natureza da ação penal, ou seja, se ela deve ser ação penal pública incondicionada ou se ação penal pública condicionada a representação da vítima, por isso, essa disciplina encontra-se em normas infraconstitucionais.¹¹²

O ministro informa que o Supremo Tribunal Federal deve saber é se a previsão normativa que submete o crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher, em ambiente doméstico, provém de um tratamento igualitário, quando há lesões corporais, sendo necessária a representação.¹¹³

De acordo com a manifestação do relator, deve-se atentar ao princípio explícito da dignidade da pessoa humana, bem como a norma do artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal, ao prever que cabe ao Estado criar meios para coibir a violência no âmbito doméstico e familiar.¹¹⁴

¹¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, petição inicial. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/mulher/combate-violencia/atuacao-do-mpf/ADI-4424-leimariadapenha_PGR.pdf>. Acesso em 01 out. 2012.

¹¹¹ SUPREMO julga procedente ação da PGR sobre lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acesso em 15 ago. 2012.

¹¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

Entende como improcedente a liminar suscitada, reiterada pelo Advogado-Geral da União, ao sustentar dificuldade de examinar o pedido ante a necessidade de sopesar leis federais, que no caso seria o Código Penal e a Lei 9.099/95.¹¹⁵

Deste modo, no tocante a liminar, ele afastou-a, informando para tanto é necessário um estudo maior quanto a matéria de fundo, esclarecendo as controvérsias existentes, inclusive no âmbito doutrinário, o que será manifestado jurisprudencialmente.¹¹⁶

Ao adentrar o mérito, o ministro informou que é necessário estar de acordo com a realidade da violência praticada contra a mulher, alegando para tanto que na maioria dos casos em quem é perpetrada lesão corporal leve contra a mulher, ela, ainda que agredida física e moralmente, ela acaba por afastar a representação, acreditando para tanto que ainda há alguma esperança, isso quando teve coragem para implementá-la.¹¹⁷

Ressalta que na inicial, os dados estatísticos demonstram que há um maior percentual de renúncia à representação, sendo no sentido de não ter a iniciativa e no sentido de afastá-la no âmbito jurídico.¹¹⁸

O ministro relator cita Stela Cavalcanti, em “Violência Doméstica – Análise da Lei Maria da Penha”, ao apontar que o índice de renúncia é de aproximadamente 90% (noventa por cento) dos casos. Explica que isso não se deve a manifestação livre e espontânea da agredida, mas ao fato de que elas vislumbram uma possível evolução do agressor, quando na realidade, é perceptível que ocorre uma reiteração de procedimentos e, de forma ainda mais agressiva devido a perda dos freios inibitórios, e da visão ilusória de que por ter havido um recuo na agressão sofrida anteriormente, tal comportamento não irá se repetir.¹¹⁹

Informa que na maioria dos assassinatos que têm como vítima a mulher, o crime é praticado por homens com quem elas têm ou tinham algum relacionamento amoroso.¹²⁰

Aduz que a dignidade da pessoa humana está ligada com o livre agir, e que há consequências de certos atos. Esta é a regra geral, todavia, há a exceção e por isso, no

¹¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

âmbito penal, o Ministério Público, em muitos casos, intervém, sem que seja necessário a representação da vítima, bastando apenas a notícia crime.¹²¹

Assim, diz que no que diz respeito a violência doméstica, deve-se considerar a necessidade do Estado intervir. Menciona o Informa n. 54/2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, ao analisar a denúncia formal feita por Maria da Penha Maia Fernandes, aonde assentou-se que o Brasil havia violado os direitos a garantias judiciais e à proteção judicial da peticionaria, considerada violência que se apontou como a encerra padrão discriminatório, ao tolerar a ocorrência no meio doméstico. Por isso, foi recomendado que houvesse o prosseguimento do processo de reformas, objetivando evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório quanto a violência doméstica contra a mulher.¹²² Desta condenação de relevante valor moral que surgiu a edição da Lei Maria da Penha – Lei n. 9.099/95, que no seu artigo primeiro traz a seguinte redação:

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

Ressalta que antes da Lei Maria da Penha, havia apenas o artigo 129 do Código Penal, referente aos crimes de lesão corporal, no âmbito doméstico, que tem previsão nos seus parágrafos 9º, 10 e 11, como causas de aumento da pena, sob o título de “Violência Doméstica”.¹²³

De acordo com o relator, o parágrafo 1º do artigo citado, diz respeito as consequências da lesão. Já o parágrafo 3º refere-se não só a consequência, mas a postura do agente, no caso de resultar em morte e as circunstancias evidenciarem que o agente não quis e nem assumiu o risco de produzir o resultado.¹²⁴

Segundo as palavras do ministro relator Marco Aurélio:

¹²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III –, o direito fundamental de igualdade – artigo 5º, inciso I – e a previsão pedagógica segundo o qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – artigo 5º, inciso XLL.

(...) Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará –, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos.¹²⁵

Baseia-se em um ângulo constitucional no sentido de que o Estado tem o dever de assegurar a assistência à família, criando meios para coibir a violência do âmbito de suas relações. Afirma não ser razoável nem proporcional deixar que o Estado atue a critério da vítima, já que a sua manifestação de vontade é rodeada de diversos fatores, inclusive de receio, temores e medo de represálias.¹²⁶

Informa a que a proteção inexistente ao contrariar a previsão constitucional, em especial aquela prevista no parágrafo 8º do artigo 226, ao admitir que existente a lesão corporal leve, a mulher tem o poder de, após acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência específica para esta finalidade, fazendo-o antes do recebimento da denúncia, de condicionando o ato a manifestação do Ministério Público.¹²⁷

O relator salienta que deixar a cargo da mulher, decidir sobre o início da persecução penal, é o mesmo que ignorar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, assim como a diferença de poder decorrente de relações histórico-culturais, levando tudo a contribuir com diminuição de sua proteção, prorrogando a situação da violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Significa desconsiderar os impactos emocionais impostos pela violência de gênero a vítima, o que a impede de romper com o seu estado de submissão.¹²⁸

Ele explica que de acordo com a norma a qual se pretende conferir interpretação constitucional, ocorrida a retratação pela vítima antes de recebida a denúncia,

¹²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

ainda que exaurido a prática de agressões, a resultar em lesões, é bem possível que no futuro haja agressão maior e por isso, quadro mais condenável.¹²⁹

A partir de então, aduz que não tem cabimento interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e no caso, estes últimos tem caráter supra legal, também aptas a liderar a interpretação da lei ordinária. Ademais, não há que se olvidar uma consciência constitucional sobre a distinção e especificação dos sujeitos possuidores de direito, o que acaba por legitimar às discriminações positivas que buscam atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar as desigualdades que efetivamente existem, e que advêm da concretização cultural do preconceito. Por isso, é vedado a aplicação de normas de forma a revestir de “surra doméstica” de aparências de legalidade ou ainda de tolerância, conforme Eliana Calmon.¹³⁰

Afirma para tanto que o pedido formulado pela Procuradoria-Geral da República procede integralmente, tendo em vista que utiliza-se da Carta Magna. Alega assim, que se deve interpretar os artigos 12, inciso I; 16 e 41 da Lei Maria da Penha, conforme a Constituição Federal, no sentido de não aplicar a Lei 9.099/95 aos crimes previstos pela Lei, frisando-se que, em se tratando de lesões corporais, ainda que de natureza leve, sendo a mulher vítima, e praticado no âmbito doméstico, deve ser ação penal pública incondicionada. salienta que permanece a necessidade de representação para os crimes previstos em leis diferentes da Lei 9.099/95, como por exemplo o crime de ameaça e o crime contra os costumes.¹³¹

Ademais, alega que a Lei Maria da Penha representa grande sentido à busca das mulheres brasileiras por uma igualdade na consideração e no respeito; que protege a dignidade da mulher em vários aspectos, “como fruto da construção realmente livre da própria personalidade”; e que contribui na busca por assegurar condições mínimas para o amplo desenvolvimento do sexo feminino.¹³²

¹²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹³⁰ O Ministro Relator Marco Aurélio, para fundamentar o seu voto, utiliza-se dos esclarecimentos prestados pela autora Eliana Calmon, em seu livro “A Lei Maria da Penha”, editora Revista Justiça & Cidadania, 10 ed., junho de 2009.

¹³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

Alfim consigna que o Tribunal, ao julgar o HC n. 106.212/MS¹³³, declarou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340/06, no tocante a inaplicação da Lei n. 9.099/95, relativamente aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista para o tipo. E, no que diz respeito aos crimes de lesão leve e de lesão culposa, a natureza condicionada da ação penal foi introduzida pelo artigo 88 da Lei n. 11.340/06, a estampar a não incidência da Lei 9.099/95, afasta a previsão de que a ação relativa ao crime do artigo 129 do Código Penal é ação penal pública condicionada. Todavia, para retirar qualquer dúvida, resta utilizar-se de interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei n. 11.340/06 para assentar nos casos de crime de lesão corporal, a natureza incondicionada da ação penal, não importando a extensão dessa lesão.¹³⁴

2.2.2. Do Voto do Ministro Presidente Cezar Peluso

Primeiramente o ministro presidente Cezar Peluso, informa que gostaria de relembrar que não é apenas a doutrina jurídica que se encontra com entendimentos divididos quanto ao alcance da lei. Explica que há estudos, sínteses de estudos de associações diversas, como a Defesa de Gênero, o Coletivo Feminista de São Paulo, o Instituto Noos, que se dedica a prevenção e interrupção da violência intrafamiliar e de gênero, o IPEA, e todos demonstram aspectos que não foram sequer considerados nessa assentada, como por exemplo, a conveniência de manutenção do procedimento da Lei n. 9.099/95; tendo em vista que a celeridade é uma das características mais relevantes do combate a violência, já que quanto mais rápida for a decisão da causa, mais eficaz será.¹³⁵

Segundo, esclarece que outra característica importante e ínsita na lei é a oralidade, principalmente porque a violência se manifesta no seio familiar. Explica que foi Juiz de família por oito anos e por isso, conhece bem como é interação positiva das pessoas na

¹³³ VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei n. 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI N. 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI N. 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção constitucional normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, parágrafo 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei v. 11.340 – no processo-crime a revelar violência doméstica contra a mulher (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC n. 106.212/MS, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJE 13/06/2011)

¹³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

presença do magistrado. E mais, que as audiências prévias são sempre muito benéficas às partes. Assim, afirma que há vários outros aspectos que deveriam ser considerados.¹³⁶

Manifesta-se no sentido de que vai marcar a sua posição não apenas como mero oposição à maioria dos votos, mas também como um meio de advertir o legislador de que no caso, ele deveria ter boas razões para dar um caráter condicionada a ação penal. Para tanto, diz que o não pode supor que o legislador tenha sido leviano a estabelecer que a ação penal pública seja condicionada a representação da vítima, haja vista que ele, com certeza, considerou elementos levantados por pessoas de diversas áreas, como sociologia, relações humanas, já que a lei foi consequência de audiências públicas, ou seja, de uma realidade, e que por isso, acabou gerando dados capazes de justificar essa natureza condicionada da ação penal pública.¹³⁷

Afirma que apesar do Ministro Ricardo Lewandowski ter afirmado que em regra na grande maioria dos casos haja a presença de vício da vontade da mulher agredida, não se pode considerar tal regra como caráter absoluto. De acordo com o Ministro Cezar Peluso, muitas das mulheres vítimas de violência não levam a notícia-crime por decisão que significa exercício do princípio da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade pelo seu próprio destino. Frisa que o ser humano tem como característica ser sujeito da sua história e por isso tem a capacidade de se decidir por um caminho, e isso parece transparecer à edição das duas normas contestadas.¹³⁸

Assim, aduz que a sua advertência vai para o legislador, pois deve-se considerar a possibilidade de intimidação da mulher em levar ao conhecimento das autoridades a *notitia criminis*, e não vai poder influir no caminhar da ação penal, e nem vai poder paralisá-la. E mais, terceiros poderão trazê-lo, mas por ser notícia de terceiros, será sempre excepcional. A violência que se dá, quase sempre no âmbito doméstico, é de conhecimento apenas das pessoas da família, apesar de haver casos marginais em que a brutalidade extravasa os muros da residência e por fim chega ao conhecimento dos vizinhos. Todavia, ao tornar a ação pública incondicionada, não significa que haverá, necessariamente,

¹³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

eficácia; já que depender de notícia de terceiros é “correr o risco de não haver notícia alguma”.¹³⁹

Alega que a mulher geralmente ignora a característica jurídica de uma ação pública. E por esta razão, entende ser ainda pior, haja vista que há risco da vítima continuar a viver com o agressor, e essa ofensa pode ter sido eventual e isolada, e no meio dessa convivência já pacificada, ser surpreendida com uma sentença condenatória, que terá consequências imprevisíveis. Isso pode ainda, por outro lado, desencadear mais violência na relação, por parte do agressor, porque a impossibilidade de a mera publicidade da ação penal passar a ser um impedimento a essa mesma violência.¹⁴⁰

A partir desse entendimento, o Ministro Presidente deixa claro que o fato da ação penal ser incondicionada, não impede que o parceiro se torne cada vez mais violento. É possível que essa violência seja maior porque ele vai saber que está sujeito a uma situação que escapa a possibilidade de intervenção por uma atuação da vítima. Ou seja, ele poderá se ver em uma situação em que poderá ser mais violento pelo simples fato de ter sido processado e condenado por uma lesão leve.¹⁴¹

Ademais, o Ministro encerra o seu voto com a seguinte manifestação:

Por outro lado – e esse o aspecto que mais me preocupa, mais me incomoda, que mais me atormenta, e esta é a razão pela qual estou tomando esta postura -, acho que nós, do Judiciário, estamos assumindo todos esses riscos, e assumindo-os com a perda da visão da situação familiar. Nós estamos concentrados na situação da mulher, que merece, evidentemente, todas as nossas preocupações, merece toda a proteção do ordenamento jurídico. Isso é coisa indiscutível. Mas assim o legislador, como o constituinte levaram em consideração, como valores, que têm que ser de algum modo compatibilizados, a necessidade da proteção da condição da mulher e a necessidade da manutenção da situação familiar, em que está envolvida não apenas a condição da mulher ou a condição do parceiro, mas também filhos, netos, outros parentes, e que constituem elemento fundamental na mecânica da sociedade.

Por estas razões, que representam pouco menos que discordância intelectual com a postura adotada pela douta maioria, vou votar vencido para que o meu voto fique marcado como advertência para o legislador, E faço-o na expectativa, e mais do que expectativa, na grande esperança de que a douta maioria tenha acertado mais uma vez.¹⁴²

¹³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

2.2.3. Das Novas Mudanças na Lei Maria da Penha

2.2.3.1. Da Natureza Condicionada à Representação antes da Decisão

Primeiramente, deve-se observar que os crimes elencados no Código Penal são de ação penal pública incondicionada. Apenas na hipótese em que a lei informar expressamente que deve haver a iniciativa do ofendido é que a ação será condicionada à representação.¹⁴³

Quanto ao delito de lesão corporal, não há qualquer ressalva no Código Penal, e por isso, nunca houve dúvida alguma quanto à natureza incondicionada da ação. Todavia, a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), quando introduziu mecanismos despenalizadores, elegeu como crimes de pequeno potencial ofensivo, entre outros, a crime de lesão corporal leve e culposa; e, assim, transformou-os em delitos de ação penal pública condicionada à representação do ofendido.¹⁴⁴

Isto porque o processamento da ação penal pública no tocante aos crimes de lesões corporais leve e culposa foram condicionado a representação da vítima, conforme dispositivo da Lei 9.099/95:¹⁴⁵

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.

Com o surgimento da Lei Maria da Penha, a incidência da Lei dos Juizados Especiais foi afastada em relação aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, conforme o artigo 41 da Lei.¹⁴⁶

Ocorre que apesar de expressamente afastada a Lei dos Juizados Especiais, a Lei Maria da Penha previa a renúncia à representação. Porém, ao mesmo tempo que vedou a incidência da Lei 9.099/95, continuou a mencionar a ação penal pública condicionada a representação da ofendida no corpo do texto.¹⁴⁷

¹⁴³ CP, art. 100: *A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.*

¹⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 151.

¹⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 143.

¹⁴⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 175.

A jurisprudência¹⁴⁸ adotou como entendimento que a audiência só poderia ser designada mediante a manifestação de vontade da vítima de se retratar, não cabendo ao juiz designar audiência para questionar a vítima sobre o seu desejo de renunciar à representação.¹⁴⁹

Nos termos do artigo 5º, parágrafo 4º do Código de Processo Penal, a representação condiciona a instauração da ação penal. Já o inquérito policial a ser enviado ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia não pode se iniciar antes da manifestação da vítima. Caso a vítima opte pelo silêncio, significa renúncia ao direito de representar contra o ofensor, e neste entendimento, a renúncia à representação é o mesmo que manter-se inerte.¹⁵⁰

Depois da representação pela vítima, nos crimes de violência doméstica, era possível que a vítima se retratasse, ou seja, desistisse de ver o seu agressor processado. De acordo com o artigo 102 do Código Penal e artigo 25 do Código de Processo Penal, a representação é irretratável depois de oferecida a denúncia; ou seja, a vítima tinha até o momento em que o Ministério Público oferecesse a denúncia para se arrepender e se retratar.¹⁵¹ Por consequência, nos termos do artigo 107, inciso VI do Código Penal, a retratação conduz à extinção da punibilidade.¹⁵²

Insta salientar que a desistência poderia ser manifestada tanto pela vítima quanto pelo seu procurador. E após feita a petição com o pedido de desistência, ela deveria ser encaminhada ao juiz que designa audiência para ouvir a ofendida. Todavia, ela poderia ser comunicada pessoalmente e oralmente no cartório da vara à qual foi distribuída a medida protetiva de urgência ou o inquérito policial. Então, o escrivão iria certificar a vontade da ofendida, o juiz marcaria uma audiência para ouvi-la e intimaria o Ministério Público.¹⁵³ Para

¹⁴⁸ *HABEAS CORPUS*. Crime de violência doméstica e familiar contra mulher. Art. 147, *caput*, c/c. o art. 61, inciso II, alínea *f*, ambos do Código Penal. Pretendendo o sobrestamento do feito. Aduz que a autoridade acoimada coatora não deveria ter recebido a denúncia, dando prosseguimento ao processo sem a realização de audiência prevista no art. 16 da Lei n.11.340/06, sob a alegação de que seria esta oportunidade única para a vítima retratar-se da representação. Inadmissibilidade. Audiência preliminar que só deve ser designada quando a vítima manifestar voluntariamente o desejo de renunciar antes do recebimento da denúncia. Ordem denegada. (TJMT, 2ª C.Cív., HC 817/2009, Relator: Desembargador Paulo da Cunha, julgado em .27.02.2008).

¹⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 144.

¹⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 145.

¹⁵¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 145.

¹⁵² Art. 107. *Extingue-se a punibilidade: VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei admite.*

¹⁵³ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 149.

este ato, não havia motivo algum para intimar o agressor ou o seu defensor, e consequentemente não ofendia ao princípio da ampla defesa e do contraditório.¹⁵⁴

A partir da vontade de representar e ver investigado o fato e processado o agressor, a autoridade policial procedia ao registro da ocorrência, lavrando assim o boletim de ocorrência e tomando por termo a representação, nos termos do artigo 12, inciso I da Lei Maria da Penha, como qualquer outro qualquer outro inquérito, nos moldes do artigo 5º, parágrafo 4º do Código de Processo Penal. Ao encaminhar o inquérito policial ao juízo competente, o Ministério Público deveria oferecer a denúncia, e até o seu recebimento, seria possível a retratação, desistência da representação pela vítima, desde que de acordo com o artigo 6º desta lei específica, ou seja, em audiência, perante o juiz e com a oitiva do Ministério Público.¹⁵⁵

Oportuno frisar que o mero registro da *notitia criminis* num boletim de ocorrência já foi utilizado como representação válida, conforme RT 643/393.¹⁵⁶ Bem como o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que “é da jurisprudência desta Corte que a representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade, bastando o elemento volitivo, ainda que manifestado na fase policial.”¹⁵⁷

Assim, entende-se que a ação penal pública condicionada à representação da vítima, conforme previa a Lei Maria da Penha, subordina-se a uma condição, que no caso, era a manifestação da vontade da vítima. O titular dessa ação é o Ministério Público, todavia, só poderia se iniciar com a autorização das pessoas relacionadas. Neste caso, entendia-se que o crime de violência doméstica afetava tão profundamente a esfera íntima da agredida, que a lei, ao condicionar a representação da vítima, evitava que o *strepitus iudicii* (escândalo do processo) se tornasse um mal maior para a vítima do que a impunidade do agressor. E mais, se não houvesse a autorização da vítima, nem o inquérito policial poderia ser instaurado, nos termos do parágrafo 4º, artigo 5º do Código de Processo Penal. Entretanto, ao ser oferecida a denúncia, o Ministério Público passava a assumir incondicionalmente a titularidade da ação, não podendo assim, haver mais a retratação.¹⁵⁸

¹⁵⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

¹⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 148.

¹⁵⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

¹⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 86.122/SC, Relator: Ministro Eros Grau, v.u., DJ 17.03.2006.

¹⁵⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 163.

2.2.3.2. Da Alteração na Natureza Penal Incondicionada da Ação

Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.424, quanto aos artigos 12, inciso I; 16; e 41 da Lei Maria da Penha,¹⁵⁹ as suas mudanças devem ser minuciosamente analisadas.

Os artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei preveem que:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro de 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.

[...]

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

[...]

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro 1995.

Contudo, ante a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424 supracitada, estes artigos tornaram-se inconstitucionais. Por consequência, a natureza da ação penal referente aos crimes de lesão corporal, pouco importando a sua extensão, é incondicionada.¹⁶⁰

Observa-se que a ação penal pública incondicionada, dispensa a existência de qualquer condição específica, ressaltava as condições gerais da ação (legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido),¹⁶¹ é promovida pelo Ministério Público sem a interferência de pessoa alguma, pois que para a sua promoção, é absolutamente irrelevante a vontade do ofendido.¹⁶² Ou seja, basta a *notitia criminis* para o oferecimento da

¹⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão

¹⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁶¹ REIS, Alexandre Cebrian de Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Processo Penal Parte Geral* – (Coleção sinopses jurídicas; v. 14). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35-37.

¹⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

denuncia pelo Ministério Público, seu titular; e prescinde de manifestação de vontade da vítima para que seja exercida. É a regra do nosso ordenamento.¹⁶³

Os princípios que norteiam a ação penal pública incondicionada, norteiam também a ação penal pública condicionada, e são eles:¹⁶⁴

1º) Princípio da legalidade ou obrigatoriedade, tem como base o apotegma *nec delicta maneat impunita* (os delitos não podem ficar impunes)¹⁶⁵, ou seja, o órgão do Ministério Público, na ação penal pública não tem o livre-arbítrio ou discricionariedade mover ou não a ação. Por isso, se há elementos que possam indicar a existência de um fato atípico ou antijurídico, o Ministério Público tem a obrigação de promover a ação penal¹⁶⁶, conforme artigo 24 do Código de Processo Penal.¹⁶⁷

2º) Princípio da indisponibilidade significa que a partir do momento em que a ação penal é oferecida, o Ministério público não poderá desistir, nos termos do artigo 42 do Código de Processo Penal.¹⁶⁸ Tal princípio não vigora nos delitos regidos pela Lei 9.099/95, tendo em vista o seu artigo 89¹⁶⁹ que prevê a possibilidade do Ministério Público propor a suspensão condicional do processo.¹⁷⁰

3º) Princípio da oficialidade porque os órgãos responsáveis pela persecução penal são oficiais, ou seja, são públicos. O Estado é o titular exclusivo do direito de punir, e essa punição só tem efetividade com o devido processo legal, que se inicia com a propositura da ação. Fica a cargo exclusivo do Ministério Público a ação penal pública incondicionada.¹⁷¹

4º) Princípio da autoridade é corolário do princípio da oficialidade, que são autoridades públicas, encarregados da persecução penal *extra* (autoridade policial) e *in judicio* (membro do Ministério Público).¹⁷²

¹⁶³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Jus Podicvm, 2012. p. 166.

¹⁶⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Jus Podicvm, 2012. p. 167.

¹⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169.

¹⁶⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 98

¹⁶⁷ CPP, art. 24. *Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.*

¹⁶⁸ CPP, art. 42. *O Ministério Público não poderá desistir da ação.*

¹⁶⁹ Lei 9.099/95, art. 89. *Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).*

¹⁷⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159.

¹⁷¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

¹⁷² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 103.

5º) Princípio da oficiosidade, tendo em vista que a ação penal pública incondicionada não necessita de qualquer tipo de autorização para que possa ser instaurada, e por isso, o Ministério Público deve agir *ex officio*.¹⁷³

6º) Princípio da indivisibilidade que tem ensina que a ação penal deve se estender a todos os que praticaram infração penal. E por isso, o Ministério Público deve oferecer a denúncia em face de todos os envolvidos.¹⁷⁴ Neste entendimento, há a doutrina majoritária.¹⁷⁵

7º) Princípio da intranscendência ou pessoalidade dispõe que a ação penal só pode ser proposta contra a pessoa a quem a prática do delito é imputável,¹⁷⁶ ou seja, a ação penal é promovida, em regra, em relação as pessoas a quem se imputa a pratica de um crime.¹⁷⁷ Sendo a responsabilidade criminal essencialmente subjetiva, a ação penal não pode ser prejudicial a terceiros que não tenham, de algum modo, concorrido para o cometimento do ato criminoso¹⁷⁸, conforme artigo 29 do Código Penal.¹⁷⁹

¹⁷³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Jus Podicvm, 2012. p. 168.

¹⁷⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Jus Podicvm, 2012. p. 168.

¹⁷⁵ Entendem que a ação penal pública tem como princípio a indivisibilidade os autores: José Antônio Paganella Boschi, em *Ação penal: denúncia, queixa e aditamento*; Luiz Flávio Gomes em *Direito processual penal*; Tourinho Filho em *Manual de Processo Penal*, entre outros.

¹⁷⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 10. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 104.

¹⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 173.

¹⁷⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Jus Podicvm, 2012. p. 169.

¹⁷⁹ CP, art. 29: *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas na medida de sua culpabilidade.*

3. DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DA ADI 4.424

3.1. DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À CONSTITUCIONALIDADE

Há muitos argumentos favoráveis, utilizados como fundamentação para os que defendem a constitucionalidade da decisão proferida pelo STF na ADI 4.424, conforme estudo que se segue.

3.1.1. Das Principais Fundamentações Expostas pelos Ministros

3.1.1.1. Ministro Relator Marco Aurélio

Alega o Min. Relator Marco Aurélio que, conforme afirmando na inicial, os dados estatísticos demonstram que o maior percentual é de renúncia à representação, sendo não só quando a mulher deixa de ter a iniciativa, mas quando afasta do âmbito jurídico.¹⁸⁰

Ainda, entende que é necessária a intervenção estatal, segundo o Informe n. 54/2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, em análise a denuncia formalizada por Maria da Penha Maia Fernandes, ao assentar que o Brasil havia violado direitos às garantias judiciais e à proteção judicial de Maria da Penha.¹⁸¹

Aduz que não é razoável ou proporcional deixar a atuação do Estado a critério da vítima, e que a espontânea manifestação é cerceada por vários fatores de convivência no lar, incluindo o receio, temor e medo de represálias provocadas pela violência. E mais, que após acionada a autoridade policial, o que provoca muitas vezes retaliação do agressor, a vítima pode vir a recursar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade, retratando-se antes do recebimento da denúncia e condicionado o ato ao Ministério Público.¹⁸²

Afirma que ao deixar a cargo da vítima decidir sobre o início da persecução penal é o mesmo que desconsiderar o temor, a pressão tanto psicológica quanto econômica, as

¹⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁸¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

ameaças, e toda a diferença entre o homem e uma mulher decorrente de relações histórico-culturais.¹⁸³

3.1.1.2. Ministro Ayres Britto

O Ministro Ayres Britto, em seu voto cita Lacordaire, e afirma que entre fracos e fortes, ou seja, entre hipossuficientes e hipersuficientes, a liberdade escraviza e a lei é que liberta, e alega que de acordo com uma fábula popular, a mesma liberdade para lobos e cordeiros é excelente para os lobos.¹⁸⁴

3.1.1.3. Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello utiliza-se do contexto histórico como argumento para acompanhar o Min. Relator Marco Aurélio.¹⁸⁵

Afirma que a mulher é subjulgada de forma injusta, e a sua dignidade ofendida, tendo em vista os velhos preconceitos culturais e sociais, que impunham tratamento discriminatório e excludente.¹⁸⁶

O Ministro refere-se a Declaração e Programa de Ação em Viena, adotado pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos promovida pela Organização das Nações Unidas para reconhecer os direitos das mulheres. Afirmou que foi com esse propósito que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos instou que as mulheres deveriam ter pleno e igual acesso aos direitos humanos, devendo ser prioridade, buscando eliminar toda e qualquer forma de violência contra a mulher. Este compromisso foi ainda ratificado na Declaração de Pequim, na IV Conferência Mundial sobre a Mulher que ocorreu na República Popular da China, que visava combater e eliminar todas as formas de violência e constrangimento contra a mulher.¹⁸⁷

Afirma que quem deve tutelar os direitos da mulher é a Convenção Interamericana que se deu em Belém do Pará, em 1996, que tinha como objetivo “prevenir,

¹⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

punir ou erradicar toda forma de violência física, sexual ou psicológica” que a mulher possa vir a sofrer.¹⁸⁸

Para o Ministro, a condição feminina há de ter, no Direito, uma libertação que objetiva a punição, e não apenas um instrumento de opressão; já que os valores eram incompatíveis com uma República Democrática que tem como base a igualdade entre os sexos e a verdade evidente que se baseia no entendimento de que homens e mulheres, são igualmente possuidoras de razão, consciência e dignidade. Por isso, a mulher tem direito a viver livre de violência, tanto no âmbito público como privado.¹⁸⁹

Por fim, afirma que a Lei Maria da Penha tem como princípio básico a essencial igualdade de gêneros, e entende que sendo a ação penal pública incondicionada, haverá maior eficácia aos direitos básicos garantidos a mulher, vítima de violência doméstica, e que o Estado terá uma reação preventiva e repressiva aos atos criminosos nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.¹⁹⁰

3.1.1.4. Ministro Luiz Fux

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux se fundamentou em Michael Sandel (2011), informando que a ideia de que cada pessoa é dona de si mesma, quando é aplicada radicalmente, tem só o apoio de um libertário; pois em um Estado minimalista, exclui-se muitas medidas que diminuem a desigualdade, promovendo o bem comum. O consentimento absoluto de decidir por si mesmo permite que a própria pessoa afronte a sua dignidade.¹⁹¹

Aduz para tanto que a Constituição Federal prevê a dignidade da pessoa humana, conforme o artigo 1º, inciso III, e que o Estado assegura assistência a família, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, nos termos do artigo 226, parágrafo 8º. Todavia, no Brasil, ainda há a cultura de subjugação da mulher. E mais, que o fato do agressor ser impune resultava na inobservância do direito da mulher, afrontando assim o princípio da proteção suficiente (*Untermassverbot*).¹⁹²

¹⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

Explica que a Lei Maria da Penha não afronta o princípio da igualdade entre os gêneros, pois estabelece meios de equipará-los, legitimando assim a discriminação positiva que tem como finalidade corrigir um problema social. E por isso, deve-se tratar desigualmente os desiguais na exata medida da sua desigualdade.¹⁹³

Alfim esclarece que condicionar a ação penal à representação da mulher, obsta a efetivação do direito fundamental de proteger a sua inviolabilidade física e moral, atingindo a dignidade humana da mulher.¹⁹⁴

3.1.1.5. Ministra Rosa Weber

Apesar de manifestado o seu voto para deferir o pedido de inconstitucionalidade dos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei Maria da Penha, a Ministra frisou que o processamento da ação penal pública nos crimes de lesões corporais leves e culposas foi condicionado a representação devido ao artigo 88. E, o artigo 41 que prevê a inaplicabilidade da Lei tem sido interpretado nos Tribunais, e principalmente no Superior Tribunal de Justiça, que já havia pacificado a sua jurisprudência, no sentido de que esse dispositivo exclui apenas a aplicação do procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais, e das medidas despenalizadoras, não importando em alteração no tocante a ação penal cabível para os crimes previstos no art. 88 da Lei 9.099/95.¹⁹⁵

Além disso, reportou-se à sua fundamentação lançada na apreciação da ADC 19, aonde alegou que o legislador, ao elaborar a Lei, não deixou claro, nem no dispositivo do artigo 41, nem em qualquer outro, os motivos de ter negado a aplicação da Lei do Juizados Especiais aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ainda, que ele se referiu à toda a lei.¹⁹⁶

Afirma que o Estado só deve ficar desincumbido do seu dever de atuar positivamente para criar mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar quando tais mecanismos são adequados e eficazes.¹⁹⁷

¹⁹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

Segundo a Ministra, há obstáculos que impedem a vítima de denunciarem os seus agressores, que são, por exemplo, a dependência emocional e financeira, que pode ser tanto real ou imaginária; bem como o medo da morte. Acrescenta que não se pode exigir da mulher uma representação contra quem exerce sobre ela coação moral e domínio psicológico, deixando-a vulnerável física e emocionalmente.¹⁹⁸

No tocante a interferência na vida privada, alega que a tutela estatal deve ser compatível com a obrigação constitucional do Estado de garantir a mulher, vítima de violência, os seus direitos; e por isso, é iterativo o entendimento dos mecanismos regionais de proteção internacional dos direitos humanos ao admitir que haja a intervenção na vida privada ou familiar, quando houver necessidade de proteger a saúde e todos os outros direitos da vítima, ou para prevenir a consumação de um ato criminoso.¹⁹⁹

Entende que a representação da vítima implica na privação de proteção à saúde e segurança, o que resultaria em uma falta de atuação positiva do Estado. Por isso, ao condicionar a ação penal à representação, nega o espírito da Lei Maria da Penha.

Por fim, afirma que do ponto de vista psicossocial, exige-se mais das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar do que as vítimas do mesmo tipo de lesão em outros contextos sociais, aonde não há necessidade de representação, já que não há subordinação afetiva entre a vítima e o agressor.²⁰⁰

3.1.2. Das Principais Fundamentações Expostas pelos Doutrinadores

3.1.2.1. Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto

Os autores ensinam que o art. 41 da Lei, objeto de estudo, deixou bem claro o afastamento da Lei 9.099/95 nos crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Afirma que o crime de lesão corporal leve tinha natureza de ação penal pública incondicionada e que só após a Lei dos Juizados Especiais ficou exigida a representação da vítima como condição de procedibilidade que autoriza o Ministério Público no oferecimento da denúncia. E, por isso, se antes o crime era de ação penal pública, e se foi a Lei dos Juizados Especiais que exigiu a representação, conseqüentemente, se a Lei Maria da Penha

¹⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

¹⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

²⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

afastou a aplicação dos juizados, houve um retorno a situação existente anteriormente e por isso, entende que não é preciso que a vítima represente.²⁰¹

E mais, explica que no projeto original da Lei (PL 4.559/2004), o artigo 30 previa que “nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a ação penal será pública condicionada à representação”. Por isso, sendo retirado da redação final esse dispositivo, a intenção do legislador em não exigir que a vítima represente como condição de procedibilidade foi de que a ação fosse penal pública incondicionada.²⁰²

Ademais aduz que, em regra, toda ação penal é pública, salvo quando a lei declarar de forma expressa, nos termos do artigo 100 do Código Penal.²⁰³

3.1.2.2. Ana Paula Schwelm Gonçalves e Fausto Gonçalves de Lima

Ana Paula Schwelm Gonçalves e Fausto Gonçalves de Lima afirmam que

A lei não fez expressamente qualquer menção à natureza da ação penal nas infrações de que trata, no entanto, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, observando-se os princípios que regem a matéria e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, induz à conclusão de que tais crimes não mais dependem da vontade das vítimas para o seu processamento.

[...]

A nova Lei 11.340/06, ao determinar expressamente que não se aplica a Lei 9.099/95 para a violência doméstica contra a mulher (art.41), efetivamente afasta toda a Lei anterior, inclusive o dispositivo em comento.

No entanto, *apesar da Lei 11.340/06, em seu artigo 16, determinar que nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida só será admitida a renúncia perante o juiz, tal situação não se aplica aos crimes de lesão corporal leve praticadas no âmbito doméstico, somente aos crimes em que o Código Penal expressamente determine que a ação seja condicionada a representação.*²⁰⁴ (grifei)

3.1.2.3. Eduardo Luiz Santos Cabette

Já para Eduardo Luiz Santos Cabette, em *Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*:

²⁰¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 182.

²⁰² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 183.

²⁰³ CP, art. 100: *A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.*

²⁰⁴ GONÇALVES, Ana Paula Schwelm; LIMA, Fausto Gonçalves de. *A lesão corporal na violência doméstica*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8912/a-lesao-corporal-na-violencia-domestica>>. Acesso em: 14 set. 2012.

Assumindo o risco de ir contra os anseios de respeitáveis seguimentos sociais, inclusive de movimentos relacionados à defesa dos Direitos das Mulheres, é inevitável manifestar o desacerto dessa opção legislativa.

A postura que se mostra na alteração legislativa, operando um retrocesso no tema da ação penal nos casos de lesões leves, é contaminada por uma concepção irracional do Direito Penal como única solução para todas as espécies de conflitos sociais e interpessoais. Alimenta a conformação de um "Direito Penal Simbólico" como suposta solução para quaisquer problemas sociais, fomentando a crença de que tudo se resolve com leis penais rigorosas, desde a proteção à vida até o bom andamento da economia.

Não se advoga a tese do afastamento do poder repressivo e coercitivo do Direito Penal nos casos de violência doméstica contra a mulher, mas isso não justifica a indevida e anacrônica subtração do conflito da vítima pelo Estado, desprezando suas expectativas, sentimentos e interesses em nome de uma suposta proteção ou tutela. Muito mais "tutela" do que proteção, na medida em que certas vítimas (no caso, as mulheres) parecem ser consideradas, como outrora já ocorreu, verdadeiras incapazes.²⁰⁵ (grifei)

3.1.2.4. Maria Berenice Dias

Neste mesmo sentido, Maria Berenice Dias se manifestou expressamente.

Segundo o seu entendimento, além do STF afirmar a sua constitucionalidade, ao julgar a ADI 4.424, ele também interpretou Lei 11.340/06 de acordo com o artigo 226, parágrafo 8º, a Constituição Federal.²⁰⁶

Frisa para tanto que o STF comprovou que tem sensibilidade ao corrigir o entendimento referente a Legislação específica e que a partir da decisão ficou evidente que a violência contra a mulher é o delito mais recorrente no Brasil, e que o Estado não pode deixar impune o agressor.²⁰⁷

E continua:

Somente quem tem enorme resistência de enxergar a realidade da vida pode alegar que afronta o princípio da igualdade tratar desigualmente os desiguais. Cada vez mais se reconhece a indispensabilidade da criação de leis que atendam a segmentos alvos da vulnerabilidade social. A construção de microsistemas é a moderna forma de assegurar direitos a quem merece proteção diferenciada. Não é outra a razão de existir, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso e da Igualdade Racial. E nunca ninguém disse que estas leis seriam inconstitucionais.

²⁰⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8822/annotacoes-criticas-sobre-a-lei-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 14 set. 2012.

²⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha é constitucional e incondicional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-13/maria-penha-lei-constitucional-incondicional>>. Acesso em: 14 set. 2012.

²⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha é constitucional e incondicional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-13/maria-penha-lei-constitucional-incondicional>>. Acesso em: 14 set. 2012.

[...] foi reafirmada a dispensa da representação da vítima quando o crime desencadeia ação penal pública incondicionada. Reconhecer a legitimidade do Ministério Público para promover a ação, ainda que a vítima desista da representação, elimina a nociva prática que vinha se instalado: intimidar a vítima para ratificar a representação, procedimento de nítido caráter coercitivo e intimidatório.

A necessidade de representação foi reconhecida como um obstáculo à efetivação do princípio de respeito à dignidade da pessoa humana, pois a proteção da vítima seria incompleta e deficiente, uma violência simbólica a cláusula pétreia da República Federativa do Brasil.

[...]

O único voto discordante traduz a preocupação de alguns, de que a impossibilidade de estancar a ação penal inibiria a vítima de denunciar a violência, pois muitas vezes o registro era feito com intenção correccional. No entanto, não serve a lei a tal desiderato. Diante de um ato que configura violência física, sexual, moral, psicológica ou patrimonial cabe a busca de medida protetiva. No entanto, quando algumas dessas práticas tipificam delito que enseje o desencadeamento de ação penal pública incondicionada, não há como deixar ao exclusivo encargo da vítima a responsabilidade pela instalação da ação penal.

*É um ônus que não cabe ser imposto, a quem conseguiu romper a barreira do silêncio, venceu o medo e buscou a proteção estatal. Como os delitos domésticos não podem ser considerados de pequeno potencial ofensivo, impositivo que a tutela assegurada pela Lei se torne efetiva, cabendo ao agente ministerial assumir a Ação Penal.*²⁰⁸ (grifei)

Deve-se observar, porém, que Maria Berenice Dias, ainda que se posicionando a favor da ação penal ser incondicionada a representação da vítima, afirma que deve-se considerar ainda que na maioria das vezes, há uma reconciliação muito rápida entre os envolvidos, e o processo penal acaba por atrapalhar a paz da família, e a finalidade do aplicador da lei deve ser a de sempre buscar a preservação familiar, restaurando a paz e harmonia no lar.²⁰⁹

3.2. Dos ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À CONSTITUCIONALIDADE

Ainda que o objetivo neste momento seja o entendimento dos Ministros responsáveis pelo julgamento da ADI 4.424 e da posição dos doutrinadores; a tese de

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha é constitucional e incondicional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-13/maria-penha-lei-constitucional-incondicional>>. Acesso em: 14 set. 2012.

²⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 161.

fundamentação utilizada pelo Senado Federal deve ser mencionada, tendo em vista a profundidade do argumento levantado e a sua possível discussão futuramente.²¹⁰

De acordo com o relatório da ADI 4.424, o Ministro Marco Aurélio informou que o Senado Federal, defende a tese de que o artigo 41 da Lei Maria da Penha afastou apenas os institutos despenalizadores na Lei n. 9.099/95, e não a necessidade de representação prevista no artigo 88 desta Lei, bem como nos artigos 12, inciso I e 16 da Lei impugnada.²¹¹

E mais, que a opinião legislativa baseia-se de acordo com o consentimento da vítima, alegando para tanto que defende o interesse da agredida e que cabe a ela buscar a intervenção do Estado na sua vida privada.²¹²

De forma muito interessante, o Senado Federal, de acordo com o relatório, salientou:

[...] se no crime de estupro, de gravidade indiscutivelmente maior, a ação penal é pública condicionada, *com maior razão deve-se exigir a representação em caso de lesão corporal.*²¹³ (grifei)

3.2.1. Da Principal Fundamentação Exposta pelo Min. Presidente Cezar Peluso

Entende o Ministro Presidente Cezar Peluso que a Lei 9.099/95 deve ser mantida devido à celeridade, que se faz uma das principais características quando há o combate da violência, haja vista se a decisão da causa é rápida, será mais eficiente.²¹⁴

Afirma que o legislador provavelmente agiu com cautela, pois a lei decorreu de muita experiência em muitas audiências pública e que não foi em vão que a ação penal foi condicionada a representação.²¹⁵

Explica que muitas mulheres não representam e isso é um exercício da dignidade da pessoa humana, pois ela é absolutamente responsável pelo seu destino. E, a mulher, correrá o risco de continuar a viver com o agressor e se essa convivência já estiver pacificada, vai se surpreender com uma sentença condenatória, o que acarretará

²¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

²¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

²¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

²¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

²¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

²¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

consequências para todo o meio familiar. Ou que poderá também, gerar atos mais violentos no agressor, afirmando ser impossível que a mera publicidade da ação constitua impedimento as agressões.²¹⁶

Ao final do seu voto afirma:

[...] acho que nós, do Judiciário, estamos assumindo todos esses riscos e assumindo-os com a perda da visão da situação familiar. Nós estamos concentrados na situação da mulher, que merece, evidentemente, todas as nossas preocupações, merece toda a proteção do ordenamento jurídico. Isso é coisa indiscutível. Mas assim *o legislador, como o constituinte levaram em consideração, como valores, que têm que ser de algum modo compatibilizados, a necessidade da manutenção da situação familiar, em que está envolvida não apenas a condição da mulher ou a condição do parceiro, mas também filhos, netos, outros parentes, e que constituem elemento fundamental na mecânica da sociedade.*²¹⁷ (grifei)

Ou seja, encerra a sua manifestação valorando a necessidade de manter o núcleo familiar, já que há além da família, outras pessoas vinculadas àquele ambiente doméstico.²¹⁸

3.2.2. Das Principais Fundamentações Expostas pelos Doutrinadores

3.2.2.1. Pedro Rui da Fontoura Porto

Pedro Rui da Fontoura Porto se posiciona firmemente contra a ação penal pública incondicionada nos crimes de lesões corporais leves quando há violência doméstica e familiar contra a mulher. Conforme seu ensinamento:

Conceder a vítima a possibilidade de decidir acerca de condição de procedibilidade do processo penal, arma-a de poderoso instrumento de persuasão contra aqueles agressores que ocultam patrimônio capaz de garantir dívidas. A pressão decorrente da ameaça de ação penal é mais eficaz que o mero risco de constrição patrimonial no seio do processo de execução.

[...]

Ademais, o direito de decidir sobre representar ou não pressupõe a possibilidade de conciliação civil, o que seguramente, atende a interesses da vítima, nem sempre sediados na exclusiva punição criminal do seu agressor, mas, fundamentalmente atrelados ao interesse reparatório dos danos sofridos, inclusive aqueles de caráter moral que, segundo afirma a doutrina

²¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

²¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

²¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

de responsabilidade civil extramaterial, têm evidente caráter punitivo e pode importar em severa punição ao agressor.²¹⁹ (grifei)

Ainda, o doutrinador afirma ainda que a alegação de que há a dependência econômica e/ou emocional da mulher, vítima da agressão, ao do seu agressor é uma alegação forçosa; tendo em vista que a maioria das mulheres se recorre às autoridades, não com o intuito de se separar, ou vê-los presos, mas para que eles sejam aconselhados, compelidos ou até mesmo intimidados, para que mudem o seu comportamento agressivo, que decorre, muitas vezes, do álcool de da droga. E explica mais, que o que leva a mulher a desistir do processo é também a falta da assistência técnico-jurídico antes e durante a audiência de conciliação designada. A falta de acesso aos serviços de acompanhamento judiciário acaba por conduzir a mulher à audiência, sem prévia orientação de um advogado ou defensor.²²⁰ Para ele:

[...] se mantendo a exigência de representação e, conseqüentemente, a oportunidade de conciliação, esta inclusive com possibilidade de reparação dos danos materiais e morais, *não se está neutralizando a vítima no processo penal, ao contrário, é ela valorizada e elevada a condição de protagonista relevantem que pode beneficiar-se, direta e imediatamente da possibilidade de decidir acerca do prosseguimento da ação penal.*²²¹ (grifei)

Ademais, invoca o princípio da proporcionalidade, pois que toda e qualquer discussão a respeito da vontade ou não da vítima de representar, em delitos de lesões corporais leves, no âmbito doméstico e familiar torna-se descabida quando observa-se tal delito com um estupro em que há grave ameaça.²²² O autor explica que:

[...] *Se um estranho encosta uma faca no pescoço de uma mulher, maior de 18 anos, constrangendo-a à conjunção carnal, esta, se quiser deflagrar um processo penal contra o agressor, deverá, ela mesma oferecer representação, autorizando o Ministério Público à denúncia. Entretanto, se o seu marido ou companheiro, não raro, pai dos seus filhos, praticar-lhe lesões leves, seria razoável o Estado negar-lhe o direito de decidir sobre a representação? A vingar, pois, a tese da ação penal pública incondicionada, até que ponto estar-se-ia observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade? E as razões para garantir à mulher seu direito de representação, em um caso e outro, não são análogas: a preservação da privacidade, da intimidade e de interesses personalíssimos? E estas razões não estão mais evidenciadas ainda nos casos de agressões leves intralares? Poder-se-ia objetar que a violência física contra a mulher é endêmica, com o que se concorda, e, por isso, transcenderia interesse pessoal da vítima,*

²¹⁹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Anotações preliminares à Lei 11.340/2006 e sua repercussão em face dos Juizados Especiais Criminais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8917/annotacoes-preliminares-a-lei-no-11-340-06-e-suas-repercussoes-em-face-dos-juizados-especiais-criminais>>. Acesso em: 19 set. 2012.

²²⁰ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.53-54.

²²¹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.55.

²²² PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.59.

*havendo o interesse público na sua punição, mas o mesmo não ocorre em relação a violência sexual contra a mulher?*²²³ (grifei)

3.2.2.2. Fernando Célio de Brito Nogueira

Assim, Fernando Célio de Brito Nogueira, ressalta:

*Condicionar a persecução penal à manifestação de vontade da vítima é medida de política criminal inerente à tradição de nosso processo penal e que por vezes servirá para resguardar valores que não podem ser esquecidos no âmbito da família, como a busca de harmonia no lar e de superação efetiva de situações em que houve a violência em qualquer de suas formas. Trata-se de permitir à vítima que exerça a faculdade de colocar 'pá de cal' em determinados casos em que a continuidade da persecução criminal serviria apenas para conturbar ainda mais o ambiente doméstico e atrapalhar eventuais propósitos de reconciliação. Entender de forma diversa, tendo tais infrações penais como de ação penal pública incondicionada, iria de encontro a tais propósitos e na contramão das tendências de nosso processo penal. Não é isso o que quis a lei.*²²⁴ (grifei)

Afirma que o intuito do legislador, ao afastar a aplicação da Lei 9.099/95 foi de afastar a possibilidade de aplicar penas alternativas, cestas básicas, prestação pecuniária ou ainda a aplicação de multa isoladamente nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, não objetivando assim, o afastamento da ação penal pública condicionada a representação. Acrescenta que a ação penal pública, no caso se violência doméstica contra a mulher, ao ser incondicionada, significa um retrocesso. E, no caso, o artigo 17 da Lei Maria da Penha, reafirma o entendimento de que o legislador, no artigo 41, ao proibir que a Lei 9.099/95 fosse aplicável em determinadas situações, quis afastar apenas as benesses prevista na Lei 9.099/95, como o pagamento de cestas básicas, prestação pecuniária e a multa isolada.²²⁵

²²³ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.59.

²²⁴ NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *Notas e Reflexões sobre a Lei 11.340/2006, que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8821/notas-e-reflexoes-sobre-a-lei-no-11-340-2006-que-visa-coibir-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 19 set. 2012.

²²⁵ NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *Notas e Reflexões sobre a Lei 11.340/2006, que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8821/notas-e-reflexoes-sobre-a-lei-no-11-340-2006-que-visa-coibir-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 19 set. 2012.

3.2.2.3. Maria Lúcia Karam

Para Maria Lúcia Karam, ao proibir um ato que atente contra um agente não pode restringir, ainda que de forma indireta, a liberdade dessa mesma pessoa que a legislação tem como finalidade a sua proteção. A proteção dos direitos fundamentais não deve contrariar as vontades e os direitos das próprias pessoas titulares dos bens cuja tutela se destina.²²⁶

Ademais, manifesta-se da seguinte forma:

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, 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 de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizand-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar — e sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é ou não um “agressor” — ou que, pelo menos, não deseja que seja punido.²²⁷ (grifei)

Conclui afirmando que para que se enfrente a violência de gênero, não basta a “enganosa, dolorosa e danosa” intervenção do Estado através do sistema penal; mas os meios devem ser eficazes e menos nocivos do que o simples apelo à participação do Estado penalmente, que não produzem resultados e não solucionam os conflitos.²²⁸

3.2.2.4. Damásio de Jesus

Damásio de Jesus entende que sendo a ação penal pública incondicionada, há contrariedade na tendência nacional de que o Direito Penal admitido é o de Intervenção Mínima, retirando para tanto os meios de instaurar a paz no lar. Sendo incondicionado, se a ofendida quiser reconciliar, acabará sendo impedida, piorando a convivência doméstica.²²⁹

De acordo com o seu entendimento:

O propósito da lei foi o de excluir da legislação a permissão da aplicação de penas alternativas, consideradas inadequadas para a hipótese, como a multa como a única sanção e a prestação pecuniária, geralmente consistente

²²⁶ KARAM, Maria Lúcia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/_imprime.php?id=3328&idBol=198>. Acesso em: 19 set. 2012.

²²⁷ KARAM, Maria Lúcia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/_imprime.php?id=3328&idBol=198>. Acesso em: 19 set. 2012.

²²⁸ KARAM, Maria Lúcia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/_imprime.php?id=3328&idBol=198>. Acesso em: 19 set. 2012.

²²⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10889/da-exigencia-de-representacao-da-acao-penal-publica-por-crime-de-lesao-corporal-resultante-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 19 set. 2012.

em "cestas básicas" (art. 17). O referido art. 88 da Lei n. 9.099/95 não foi revogado nem derogado. *Caso contrário, a ação penal por vias de fato e lesão corporal comum seria também de pública incondicionada, o que consistiria em retrocesso legislativo inaceitável.*²³⁰ (grifei)

Por fim, afirma que a ação penal pública incondicionada pode acarretar uma condenação do agressor, e no caso de marido, companheiro, ou como é muito comum, próprio pai dos filhos da vítima, pode arruinar a família.²³¹

4. DA CONSEQUENTE RETIRADA DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA DA VÍTIMA

A ação penal, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, passou a ser inconstitucional, conforme o estudo desenvolvido.

Porém entende-se que nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ao preservar a faculdade de representação da vítima, nos casos de lesão corporal, há o fortalecimento da autonomia da sua vontade, e outorga a ela própria o poder para tal ato, ou seja, há a possibilidade da vítima escolher que o seu agressor se submeta à pretensão punitiva do Estado ou não. Se a finalidade do feminismo é o empoderamento (*empowerment*) da vítima, deve-se preservar o seu livre arbítrio, cabendo a único e exclusivamente a ela escolher se irá representar. Ao reconhecer a natureza inconstitucional da ação penal, há a transferência do poder de escolha da vítima para o Estado, o que não é útil à repressão da violência no âmbito doméstico.²³² Assim, retira a possibilidade da mulher de decidir sobre uma futura ação penal, e a possível negociação que poderia resultar no empoderamento da mulher.²³³

Insta salientar que a ação penal pública, ao se tornar incondicionada a representação da vítima, retira a vontade da mulher de postular ou não contra o agressor, ou seja, o seu livre-arbítrio, o seu interesse pessoal para preservar a sua prioridade e intimidade; além, é claro, dos interesses personalíssimos que não prevalecem ao interesse público que é a punição do agressor. Ao exercer tal comparação, há a aplicação ao princípio da

²³⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10889/da-exigencia-de-representacao-da-acao-penal-publica-por-crime-de-lesao-corporal-resultante-de-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher>>. Acesso em: 19 set. 2012.

²³¹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10889/da-exigencia-de-representacao-da-acao-penal-publica-por-crime-de-lesao-corporal-resultante-de-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher>>. Acesso em: 19 set. 2012.

²³² PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.54.

²³³ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.55.

proporcionalidade e da razoabilidade. Entretanto, havendo a prevalência do interesse público nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, nada mais do que justo que o mesmo entendimento ser no tocante à violência sexual contra a mulher. Nos crimes de violência sexual praticada contra a mulher, a vítima tem a faculdade de escolher se vai representar ou não penalmente para que a pretensão punitiva estatal seja acolhida em desfavor do seu agressor.²³⁴

Pedro Rui da Fontoura é quem mais se utiliza dessa fundamentação. Argumenta deixando bem evidente que é absolutamente descabido que uma mulher, maior de 18 anos, ao ser vítima de violência sexual, tenha que oferecer representação, não bastando a mera *noticia criminis*, mas a autorização ao Ministério Público para que ofereça denúncia.²³⁵ Ou seja, é necessário que haja a representação contra uma pessoa que a violenta sexualmente e que muitas vezes é absolutamente desconhecida pela vítima.²³⁶

E, no caso do seu (ex) marido, companheiro, ou pai dos seus filhos, pessoa pela qual a vítima algum dia teve ou ainda tem um grande afeto, carinho e intimidade, e que provavelmente terá que conviver com aquele agressor, e de preferência harmonicamente e pacificamente para o resto da vida, se por exemplo for o pai dos seus filhos, pode haver friamente a intervenção Estatal dentro do seu lar, dentro do seu ambiente familiar, desconsiderando explicitamente a sua vontade e o seu interesse de manter aquele meio de convivência da forma que melhor entender.²³⁷

A partir deste entendimento, observa-se que o direito personalíssimo da mulher nos crimes de violência sexual é resguardado e prevalece sobre o interesse público nos crimes de violência sexual, onde o Estado deixa de intervir, caso não haja a representação da vítima, possibilitando o autor do crime a praticar violência com outras mulheres. E, nos crimes de violência doméstica e familiar, há inobservância do direito personalíssimo de representar, retirando a sua capacidade de postular em desfavor ou não do agressor.²³⁸

²³⁴ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.59.

²³⁵ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.53-54.

²³⁶ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.59.

²³⁷ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.59.

²³⁸ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.59.

Maria Lúcia Karam defende muito bem a tese de que a retirada da capacidade postulatória da mulher tornar-se uma consequência da natureza incondicionada da ação penal.²³⁹

Ao se manifestar acerca da decisão prolatada na ADI 4.424 pelo Supremo Tribunal Federal, primeiramente informou que o artigo 16 da Lei Maria da Penha, quando estabeleceu que a renúncia à representação só era permitida através de audiência especialmente designada para tal fim e devendo ser ouvido o Ministério Público, já discriminou com superproteção a mulher. Aprofundou-se a discriminação quando a regra teve a sua eficácia afastada e a ação passou a ser incondicionada ao exercício do Ministério Público.²⁴⁰

Posiciona-se firmemente quando afirma:

*O pronunciamento do Supremo Tribunal Federal decreta que a vontade da mulher é desprezível, devendo ser simplesmente ignorada. O pronunciamento do Supremo Tribunal Federal inferioriza a mulher, colocando-a em situação de desigualdade com todos os demais ofendidos a quem é garantido o poder de vontade em relação a sua formação (ou instauração) do processo penal. O pronunciamento do Supremo Tribunal Federal retira qualquer possibilidade de protagonismo da mulher no processo, reservando-lhe uma posição passiva e vitimizadora. O pronunciamento do Supremo Tribunal Federal considera a mulher incapaz de tomar decisões por si própria. O pronunciamento do Supremo Tribunal Federal nega à mulher a liberdade de escolha, tratando-a como se coisa fosse, submetida a vontade de agentes do Estado que, tutelando-a pretendem ditar o que autoritariamente pensam seria o melhor para ele.*²⁴¹ (grifei)

Ao fim, e para encerrar a análise desenvolvida neste estudo, Maria Lúcia Karam, expressa a sua indignação como mulher e como entendedora do Direito, com a seguinte frase: “*Difícil encontrar manifestação mais contundente de machismo.*”²⁴²

²³⁹ KARAM, Maria Lúcia. *Manifestação do Machismo no STF*. Disponível em: <<http://naopassarao.blogspot.com.br/2012/02/manifestacao-de-machismo-no-stf-um.html>>. Acesso em: 20 set. 2012.

²⁴⁰ KARAM, Maria Lúcia. *Manifestação do Machismo no STF*. Disponível em: <<http://naopassarao.blogspot.com.br/2012/02/manifestacao-de-machismo-no-stf-um.html>>. Acesso em: 20 set. 2012.

²⁴¹ KARAM, Maria Lúcia. *Manifestação do Machismo no STF*. Disponível em: <<http://naopassarao.blogspot.com.br/2012/02/manifestacao-de-machismo-no-stf-um.html>>. Acesso em: 20 set. 2012.

²⁴² KARAM, Maria Lúcia. *Manifestação do Machismo no STF*. Disponível em: <<http://naopassarao.blogspot.com.br/2012/02/manifestacao-de-machismo-no-stf-um.html>>. Acesso em: 20 set. 2012.

CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa lei surgiu porque apesar da Constituição Federal ter como previsão legal o princípio da igualdade, sabe-se que lamentavelmente ainda há tratamentos diferenciados para homens e mulheres, advindos de um contexto histórico onde a desigualdade foi claramente sentida pela mulher, que era reduzida a condição de submissão e discriminação pelos homens.

Essa lei, voltada para a proteção da mulher, vítima de violência doméstica e familiar, surgiu porque antes, era aplicada Lei 9.099/95, dos Juizados Especiais Criminais e as lesões corporais de natureza leve, eram vistas como crime de menor potencial ofensivo, sendo cabível as penas restritivas de direito, sendo a pena mais comum a de pagamento de cestas básicas, ou ainda de prestação pecuniária. Para os juízes era um ótimo dispositivo a ser aplicado, um meio ágil de dar um fim aos seus processos, já que bastava pagar cesta básica que o processo era extinto.

Todavia, a Lei Maria da Penha, ao retirar a possibilidade de aplicação da Lei 9.099/95, afastou, como consequência, o simples pagamento de cestas básicas, ou qualquer outro tipo de pena restritiva de direito. A vítima passou a adquirir mais confiança no trabalho prestado pelo Poder Judicial, e o agressor, passou a ter alguma cautela, já que a mulher passa a ter voz, passa a decidir em qual condição e em qual situação ela vai querer se manter. Na situação de vítima, por motivos variados, sendo um deles o sentimento que ainda possui pelo agressor e a esperança de que aquela agressão sofrida tenha sido a última; ou a situação de mulher, mãe, ex-esposa, mas sem o adjetivo “vítima”. Ela tinha o poder de escolher qual dessas formas ela queria viver.

Ocorre, que em 09 de fevereiro de 2012, com o julgamento da ADI 4.424, pelo Supremo Tribunal Federal, os crimes de lesão corporal de natureza leve, passam a ser crimes de ação penal pública incondicionada. Foram utilizados argumentos para a fundamentação dos votos, em suma, o temor e o medo de denunciar ou de prosseguir com a representação, a vulnerabilidade da mulher, a submissão advinda de um contexto histórico, a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana e o fato de que entre o direito privado, entre o direito de livre-arbítrio, deve prevalecer o interesse do Estado, para intervir na proteção da própria vítima.

Todavia, resta mais do que evidente que a partir do momento que a ação penal torna-se pública incondicionada, basta a *notitia criminis* para que o Ministério Público

possa oferecer a denúncia, ou seja, independe da vontade da vítima, podendo “qualquer do povo” informar o fato às autoridades competentes.

Há assim a retirada absoluta da capacidade postulatória da mulher, a retirada do seu poder de escolher entre requerer ou não a intervenção do Estado dentro do seu ambiente familiar.

Como já estudado, nos crimes sexuais, a mulher, vítima da violência, tem o seu direito personalíssimo de representar resguardado, podendo ou não representar. Já nos casos de violência doméstica, aonde o agressor foi alguém com quem a vítima teve um relacionamento, inexistente, a partir dessa decisão o livre-arbítrio da vítima.

Frisa-se que provavelmente o agressor não agiria da mesma forma se fosse com outra pessoa se não àquela mulher com quem se relacionou e que acabou agindo, ainda que indiretamente, de forma permissiva, deixando que o seu relacionamento deixasse de ser marido e mulher e passasse a ser agressor e vítima.

Ora, é evidente a afronta ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade ao resguardar o direito da mulher, retirando a intervenção do Estado em um crime em que a mulher é violada e abusada sexualmente, muitas vezes por um desconhecido, ou ainda que conhecido, uma pessoa que geralmente nunca teve relação sexual; e retirada plenamente a capacidade postulatória da mulher que conviveu com o seu agressor, que teve um relacionamento íntimo, e que desse relacionamento gerou um filho. A mulher, ao ser vítima, ela não deixa de ter o sentimento que cativou pelo agressor exatamente após a violência. Ela tem a esperança de que o relacionamento pode melhorar e que não vai mais ser agredida. Muitas conseguem um apoio, conseguem uma mudança na relação. Todavia cabe a ela, vítima escolher o que é melhor para si e para a sua família. A decisão deve partir da própria vítima, demonstrando que agiu e agiu conscientemente, com os pés no chão, sem dó ou pena do agressor. E, lamentavelmente há, agora, a possibilidade do Estado agir em seu lugar, até mesmo sem a sua anuência.

Porém, a atuação do Estado, provavelmente não terá como efeito o afastamento da vítima quanto ao agressor, ou o abandono do sentimento ela mantém por ele, ou ainda a retirada da ligação de mãe e pai que ambos possuem e, mais, não vai esclarecê-la ou fazê-la entender que não deve ficar perto do agressor, ou que precisa esquecê-lo.

Por fim, resta claro que a solução não está na natureza incondicionada da ação penal, e a intervenção do Estado no âmbito doméstico e familiar não é o suficiente para resolver as questões de violência neste meio. O Estado deveria ir além, deveria atingir a raiz do problema e investigar e tratar a dependência da vítima em relação ao agressor.

Entretanto, tendo em vista essa atual modificação, só resta torcer para que o efeito estudado não seja tão negativo para a mulher e tão destrutivo para a sua família.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, pendente de revisão.

_____. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, petição inicial. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/mulher/combate-violencia/atuacao-do-mpf/ADI-4424-leimariadapenha_PGR.pdf> Acesso em: 01 out. 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/8822/anotacoes-criticas-sobre-a-lei-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em 14 set. 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Lei Maria da Penha é constitucional e incondicional*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-13/maria-penha-lei-constitucional-incondicional>>. Acesso em: 14 set. 2012.

GONÇALVES, Ana Paula Schwelm; LIMA, Fausto Gonçalves de. *A lesão corporal na violência doméstica*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/8912/a-lesao-corporal-na-violencia-domestica>>. Acesso em: 14 set. 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10889/da-exigencia-de-representacao-da-acao-penal-publica-por-crime-de-lesao-corporal-resultante-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 19 set. 2012.

KARAM, Maria Lúcia. *Manifestação do Machismo no STF*. Disponível em: <<http://naopassarao.blogspot.com.br/2012/02/manifestacao-de-machismo-no-stf-um.html>>. Acesso em: 20 set. 2012.

_____. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/_imprime.php?id=3328&idBol=198>. Acesso em: 19 set. 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*: Prefácio do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. Brasília: Senado Federal.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *Notas e Reflexões sobre a Lei 11.340/2006, que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8821/notas-e-reflexoes-sobre-a-lei-no-11-340-2006-que-visa-coibir-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 19 set. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUMERO de ações por violência doméstica aumenta no STJ. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-18/numero-casos-violencia-domestica-mulher-aumenta-stj>>. Acesso em: 25 set. 2012.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Anotações preliminares à Lei 11.340/2006 e sua repercussão em face dos Juizados Especiais Criminais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8917/anotacoes-preliminares-a-lei-no-11-340-06-e-suas-repercussoes-em-face-dos-juizados-especiais-criminais>>. Acesso em: 19 set. 2012.

_____. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.430/06: análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

REIS, Alexandre Cebrian de Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Processo Penal Parte Geral – (Coleção sinopses jurídicas; v. 14)*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUPREMO julga procedente ação da PGR sobre lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

SUPREMO reconhece a união homoafetiva. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 10 abr.2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Jus Podicvm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Manual de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VADE Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.