
FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

OS EFEITOS PROCESSUAIS RELEVANTES FRENTE O
JULGAMENTO DA ADI 4424

Ananda Gutierrez de Almeida

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS EFEITOS PROCESSUAIS RELEVANTES FRENTE O
JULGAMENTO DA ADI 4424**

Ananda Gutierrez de Almeida

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Guilherme Prado Bohac de Haro.

PRESIDENTE PRUDENTE/ SP

2012

OS EFEITOS PROCESSUAIS RELEVANTES FRENTE O JULGAMENTO DA ADI 4424

Monografia aprovada como requisito parcial
para a obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO
Orientador

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS
Examinador

GISELE CAVERSAN BELTRAMI MARCATO
Examinador

Presidente Prudente/SP, 28 de novembro de 2012.

"A injustiça que se faz a um, é uma ameaça que se faz a todos."

Barão de Montesquieu

Dedico o trabalho a Deus, aos meus pais, meu irmão e amigos por todo o amparo concedido, pelo incentivo em todas as situações, principalmente pelo amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, senhor da minha vida por sempre me acompanhar e me direcionar aos caminhos pelos quais devo percorrer.

Aos meus pais e irmão que sempre estiveram presentes em todos os momentos de minha vida, pelos princípios e pelo caráter formadores da minha personalidade, como também pelo apoio para que eu lutasse pelos meus ideais.

Agradeço imensamente à minha mãe, minha melhor amiga, pelo carinho e pela fé depositados em mim. Ao meu pai, agradeço pela compreensão e paciência e aproveito para dizer o quanto eu o amo e o admiro. Agradeço ao meu irmão, por sua dedicação e pelo seu afeto, suportando-me em meio às minhas crises de estresse, angústia e nervosismo.

Agradeço também aos meus amigos que me ajudaram todos os dias a escrever a história de minha vida. Em especial, as minhas queridíssimas e verdadeiras amigas que de uma forma ou de outra tornaram a conclusão de curso possível.

Ao pessoal do Escritório de Aplicações de Assuntos Jurídicos da Toledo por ter acreditado em mim desde sempre, pela confiança depositada e pelos momentos alegres e inesquecíveis.

Ao meu insigne Orientador, pelas brilhantes lições e pela constante atenção dedicada a mim na orientação do presente estudo. E hoje, posso dizer com total felicidade e certeza que ele representa um grande amigo que conheci no percurso da minha jornada acadêmica.

Agradeço ao Prof^o. Jurandir e a Gisele, profissionais de elevado saber jurídico, por terem aceitado compor a minha Banca Examinadora.

Meu muito obrigado!

RESUMO

A presente monografia possui como escopo os aspectos processuais penais relevantes com o advento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4424, a qual se fundou pelo reconhecimento da interpretação dos artigos 12, I, 16 e 41, todos da Lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. Em uma primeira análise, pondera brevemente pelo surgimento, em caráter histórico, do termo Maria da Penha, bem como aponta os princípios que deram ensejo a esta lei. No segundo capítulo, tece algumas considerações sobre conceitos e as formas de violência doméstica e familiar que possam incidir a aplicação da legislação em tela. Em seguida, trata dos aspectos decorrentes da ADI 4424, explana sobre o controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade e seus efeitos, bem como expõe os pontos discutidos na ADI 4424 pelo Pretório Excelso. Em capítulo próprio, estuda a constitucionalidade da Lei 11.340/06 sob o enfoque do princípio da isonomia ou da igualdade. Aborda ainda, a atual situação do art. 12, I, ou seja, a alteração da ação penal nas infrações praticadas contra a mulher no âmbito doméstico e familiar e os princípios que regem a ação penal pública incondicionada; analisa o instituto da retração previsto no art. 16 da legislação em questão e apresenta as discussões acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade do art. 41, posto que este afasta a incidência dos princípios informadores, bem como os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95. Verifica a matéria sob a égide do postulado normativo da proporcionalidade e suas duas vertentes, quais sejam, o princípio da proibição da proteção deficiente e o princípio da proibição do excesso. Ao final deste mesmo capítulo conclui-se pela inconstitucionalidade da decisão proferida pela “Suprema Corte Constitucional”, pois melindra o princípio da dignidade da pessoa humana e o postulado normativo da proporcionalidade e o princípio da isonomia o da igualdade considerando a figura do ofensor ou agressor. Além de se abordar que este assunto cuida-se de controle social, não tendo o direito penal o condão apadrinha-lo, sendo este *ultima ratio*. Por fim, o presente estudo preocupa em demonstrar eventuais questões de implicação prática advindas do julgamento da ADI 4424.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; Violência Doméstica; Ação Direta de Inconstitucionalidade; ADI 4424; Postulado Normativo da Proporcionalidade; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Princípio da Isonomia ou da Igualdade.

ABSTRACT

This monograph has scoped aspects of criminal procedure relevant with the advent of the decision rendered by the Supreme Court in the trial of ADI 4424, which was founded by the recognition of the interpretation of Articles 12, I, 16 and 41, all of Law 11,340 / 06, popularly known as the Maria da Penha Law. In a first analysis, briefly ponders the emergence in historical character of Maria da Penha term, and points out the principles that gave rise to this law. The second chapter presents some considerations about concepts and forms of domestic violence that could affect the implementation of legislation on screen. Then comes the aspects arising from the ADI 4424, explains about the constitutionality control, direct action of unconstitutionality and its effects, as well as exposes the points discussed in 4424 by ADI Praetorium Exalted. In a separate chapter, studying the constitutionality of Law 11.340/06 from the standpoint of the principle of equality or equality. Also discusses the current state of the art. 12, I, ie, the change in the criminal offenses committed against women in the home and family, and the principles governing public criminal action; institute analyzes the retraction provisions of art. 16 of the law in question and presents discussions about the constitutionality or unconstitutionality of art. 41, since it removes the impact of principles informants, as well as institutes despenalizadores of Law 9.099/95. Checks the connection under the auspices of the normative assumption of proportionality and its two components, namely, the principle of prohibition of poor protection and the principle of prohibition of excess. The end of this chapter is concluded by the decision rendered unconstitutional by the "Supreme Constitutional Court" because offends the principle of human dignity, the normative assumption of proportionality and the principle of equality as equality considering the figure of the offender or offender. In addition to addressing this issue looks up social control, not having the criminal law the privilege apadrinha it, and this ultima ratio. Finally, this study concerned to demonstrate any practical implication issues arising from the trial of ADI 4424.

Keywords: Maria da Penha Law; Domestic Violence Direct Action of Unconstitutionality; ADI 4424; Postulate Regulatory Proportionality; Principle of Human Dignity; Principle of Equality or Equal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	13
2.1 Por que Maria da Penha?	13
2.2 As Convenções e a Lei Maria da Penha.....	14
2.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	15
2.4 O Princípio da Proteção da Entidade Familiar	17
3 ALGUNS CONCEITOS	19
3.1 Conceito de Violência Doméstica e Familiar.....	19
3.2 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo	20
3.3 Unidade Doméstica.....	24
3.4 Família	25
3.5 Relações Íntimas de Afeto	26
3.6 Formas de Violência	28
3.6.1 Violência física	29
3.6.2 Violência psicológica	30
3.6.3 Violência sexual	31
3.6.4 Violência patrimonial	32
3.6.5 Violência moral.....	33
4 ASPECTOS GERAIS DECORRENTES DA ADI 4424	34
4.1 Breves Considerações sobre o Controle de Constitucionalidade	34
4.1.1 Do controle concentrado de constitucionalidade.....	36
4.1.2 Da ação direta de inconstitucionalidade.....	38
4.1.3 A modulação dos efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade(<i>ex tunc</i> <i>ex nunc</i>) e o princípio da legalidade.....	42
4.2 Comentários a ADI 4424.....	45
5 DOS EFEITOS PROCESSUAIS SIGNIFICANTES FRENTE A LEI MARIA DA PENHA E O JULGAMENTO DA ADI 4424	48
5.1 Do Princípio da Igualdade: considerações gerais e constitucionais	49

5.2 Da Representação Prevista no Art. 12, Inciso I, da Lei 11.340/06.....	53
5.2.1 Da ação penal pública incondicionada: obrigatoriedade e indisponibilidade	58
5.3 Da Retratação da Representação – art. 16	62
5.4 Da Lei nº. 9.099/95 e a Lei Maria da Penha	65
5.4.1 Comentários ao art. 41 da Lei Maria da Penha.....	67
5.5 Do “Princípio” da Proporcionalidade	68
5.6 Da Inconstitucionalidade da Decisão Proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4424.....	74
6 DAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS.....	78
6.1 Da Análise da Representação ante a Deliberação do Pretório Excelso	78
6.2 Da Incidência dos Institutos Despenalizadores antes do Julgamento da ADI 4424.....	79
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85
ANEXO A – Exordial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424.....	89

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia consiste em uma análise panorâmica dos pontos mais significantes frente à Lei Maria da Penha e a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4424 ajuizada pelo Procurador-Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos.

A escolha da temática ocorreu principalmente pelo fato ser hodierno e extremamente polêmico. Também se deu pela total ingerência do Estado ante as questões sociais antigas e que, normalmente, acaba por buscar soluções jurídicas ao invés de procurar a origem do problema, abstendo-se assim, de posteriores indisposições.

Nesta esteira, a Lei n.º 11.340/06 foi introduzida no ordenamento jurídico nacional em decorrência de uma condenação internacional do Brasil por sua inércia em relação à adoção de medidas de proteção às mulheres vítimas de agressões sofridas no âmbito doméstico, conforme será melhor estudado *a posteriori*.

Dados recentes informam que em 5 (cinco) anos de aplicação da legislação em testilha já foram instaurados quase 700 (setecentos) mil processos.

Supramencionada informação integra um levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça junto aos juizados e varas especializadas nos processos de violência doméstica contra a mulher em todo o país.

Conforme dados enunciados em 26 de abril do ano vigente no site Consultor Jurídico (www.conjur.com.br), as pesquisas revelam que a quantidade acima exposta abrange desde abertura de inquéritos à instauração de ações penais e medidas protetivas, dentre outras.

Outrossim, o levantamento mostra um aumento considerável no número de prisões em flagrante delito efetuadas, bem como nas decretações de prisões preventivas. Referidos dados foram obtidos e divulgados no dia 25 de abril, no encerramento da 6ª Jornada Maria da Penha em Brasília.

Importante mencionar que a região que mais ocorreu agressões nestes últimos anos foi o Sudeste, com aproximadamente 250 mil processos, seguido pelo Sul do país. Ainda, o Sudeste apresentou o maior índice de procedimentos julgados e encerrados com cerca de 130 mil casos. Em segundo plano encontra-se a região Centro-Oeste, com um total que perfaz 90 mil casos terminados.

O Pretório Excelso, ao julgar a ADI 4424, declarou que a ação penal cabível aos casos que envolvam agressões físicas ou psicológicas contra mulher, será ação penal pública incondicionada e não mais ação penal pública condicionada à representação. Ao lidar com valores supremos dos sujeitos envolvidos no caso em concreto, é importante traçar um conceito específico de abrangência da legislação em tela.

Além disso, confirmou a não incidência da Lei 9.099/95 que instituiu o procedimento sumaríssimo com a criação dos Juizados Especiais Cíveis (JEC) e Criminais (JECRIM) em crimes praticados no âmbito doméstico e, por conseguinte, de atribuição da Lei Maria da Penha.

Assim sendo, verifica-se a relevância de se demonstrar de forma precisa quais as situações que eventualmente possam caracterizar a incidência da Lei Maria da Penha para que não se cometam injustiças, ao passo que também se faça justiça.

Nesta toada, por se tratar de julgamento proferido pela “Suprema Corte” através do Controle Concentrado de Constitucionalidade, via Ação Direta de Inconstitucionalidade, nota-se o caráter excepcional de dissertar de maneira breve, porém, suficiente sobre aludida temática.

Este estudo visa estabelecer diretrizes em relação aos efeitos processuais práticos decorrentes da ADI 4424, haja vista estar diretamente ligada a valores supremos como a dignidade da pessoa humana, os princípios da igualdade, da proteção à entidade familiar, da proibição da proteção deficiente, proibição do excesso, bem como o postulado normativo da proporcionalidade da proporcionalidade..

A monografia será desenvolvida fundando-se em métodos históricos, evolutivo, dedutivo, descritivo, através do ponto de vista constitucional, processual penal e penal, nos casos que refletem o emprego da Lei 11.340/06, para tanto,

utilizando-se pesquisa bibliográfica, doutrinária, artigos e jurisprudências, pois estas são fontes do direito.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Inicialmente, cumpre mencionar sobre o surgimento da Lei 11.340/06, ou seja, sobre as circunstâncias que ensejaram sua criação pelo legislador infraconstitucional, bem como o motivo pelo qual popularmente esta passou a ser conhecida como Lei Maria da Penha.

2.1 Por que Maria da Penha?

Entrou em vigor, em 22 de setembro de 2006, a Lei n. 11.340, de 07.08.2006, com o nome de Maria da Penha, a qual criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil.

No entanto, o que talvez muitos não saibam é motivo da Lei em comento ser popularmente conhecida e chamada de Maria da Penha.

Referido fato decorre das diversas agressões sofridas pela biofarmacêutica Maria da Penha Fernandes, paraplégica em decorrência das agressões praticadas, na época, pelo seu marido, o professor universitário e economista, Marco Antônio Herredia.

Sabe-se que, por duas vezes, o agressor tentou matá-la. A primeira delas, em maio de 1983, Herredia simulou um assalto fazendo o uso de uma arma de fogo enquanto sua esposa dormia. Como consequência, ela ficou paraplégica. Alguns dias depois, na segunda tentativa, tentou eletrocutá-la durante o banho.

A relação era conturbada, com agressões que atingiam tanto Maria da Penha como as próprias filhas do casal.

Estes acontecimentos se deram em Fortaleza, Ceará e, muito embora as investigações tenham se iniciado em junho do mesmo ano, o Ministério Público somente no mês de setembro de 1984 ofereceu a denúncia. O réu então foi condenado, no Tribunal do Júri, a oito anos de prisão. Entretanto, o agressor recorreu em liberdade e, um ano depois, teve a sentença anulada.

Ocorre que Marco Antônio fora levado a um novo julgamento no ano de 1996, sendo-lhe atribuída a pena de dez anos e seis meses de reclusão. No entanto, por mais uma vez o agressor pode recorrer em liberdade e somente por volta de dezenove anos após a prática delituosa é que ele foi preso.

2.2 As Convenções e a Lei Maria da Penha

Os fatos tiveram tamanha repercussão que o Centro pela Justiça e o direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciaram a situação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) que, pela primeira vez, recebeu a denúncia de crime de violência doméstica.

Assim, conforme se extrai dos dizeres da doutrina, referida Comissão, analisou a falta de interesse do Estado brasileiro em reagir adequadamente em casos como o da biofarmacêutica Maria da Penha e, posteriormente o país foi condenado internacionalmente, através da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao pagamento de vinte mil dólares em favor da vítima (DIAS, 2007).

E mais, ao Brasil fora recomendado à adoção de algumas medidas, dentre as quais, simplificar os procedimentos especiais penais para que se possa reduzir o tempo processual.

Nesta toada, o Estado se viu, de certa forma, obrigado a fazer valer, na prática, as convenções e tratados do qual é subscritor. Desta feita, surge referência à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, bem como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

2.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A priori, cumpre mencionar que o princípio da dignidade da pessoa humana, desde meados do século passado até os dias atuais, tem uma tendência a acolher o ser humano como o centro e o fim do Direito, conforme se observa nos ordenamentos jurídicos recentes. Mencionada aptidão encontra-se reforçada devido ao fato deste princípio possuir base constitucional, como valor do Estado Democrático de Direito.

Historicamente, leciona a doutrina que a dignidade da pessoa humana fora constituída no âmbito do pensamento filosófico ocidental. Primeiramente, partindo da filosofia grega a qual enuncia um novo modelo de pensar, racional e filosófico, chegando ao pensamento cristão, onde o homem é concebido á imagem e semelhança de Deus e, portanto, todos os homens são considerados iguais (MARTINS, 2011).

Neste contexto, encontra-se a filosofia cristã de Tomás de Aquino, pois segundo suas ideias a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente de todo ser humana e que o distingue das demais criaturas. Por meio da racionalidade o indivíduo é livre e inteiramente responsável pelo seu destino, ou seja, é um fim em si mesmo. (grifo nosso)

Atualmente, predomina a definição de dignidade da pessoa humana elaborada por Immanuel Kant. Este autor afirma estar a dignidade acima de qualquer preço e, por consequência, é impossível irrigar um preço a ela ou coloca-la em frente a qualquer coisa com preço.

Assim sendo, surge como pioneira a Lei Fundamental de Bonn no ano de 1949 – Constituição Alemã – e, desde então, o princípio em tela se propagou para as demais constituições do mundo.

Em 1988 a Constituição Federal brasileira enfatizou o Estado Democrático de Direito tomando-se como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, por fulcro no art. 1, III. Ademais, buscou-se não apenas preservar a dignidade da pessoa humana, mas, também promovê-la.

Para MARTINS (2011, p. 124):

O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais, obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio, sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado. Enquanto valor incerto em princípio fundamental a dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico, o que ressalta o seu caráter instrumental. Quando a constituição elencou um longo catálogo de direitos fundamentais e definiu os objetivos fundamentais do Estado, buscou essencialmente concretizar a dignidade da pessoa humana. Afinal de nada adiantaria a simples menção ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana se a Constituição de 1988 não garantisse um núcleo básico de direitos aos cidadãos.

Cuida-se, então, de um princípio informador dos demais princípios previstos na “Carta Magna”, tanto de caráter individual, quanto de caráter social. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana trata-se de uma cláusula aberta (ou geral), porque permite a adaptação do teor constitucional ao surgimento de novos direitos que, por sua vez, decorrem da evolução social.

A Lei 11.340/06, criada para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, bem como da Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – vale ressaltar, prevê em seu artigo 6º que *a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos*, não importando a pena cominada.

Sobre a temática, MARTELLI (2008, p. 13):

Dispõe ainda, a Convenção do Belém do Pará, que a violência contra a mulher é uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e uma manifestação de relação de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.

Entre os motivos da criação da Lei em testilha encontra-se as desigualdades de gêneros (homens e mulheres) posta uma construção sociocultural.

Como a mulher sempre foi e é tratada de modo inferior em relação ao homem, é fácil notar que a violência contra a mulher esta no cotidiano de várias destas mulheres.

2.4 O Princípio da Proteção da Entidade Familiar

A Constituição Federal em 1988 traz três formas de entidades familiares.

Em uma primeira análise, se refere ao fato que o legislador, no § 5º do art. 226, CF/88, iguala os direitos e deveres no tocante a sociedade conjugal entre homens e mulheres. Ademais, para que ocorra a dissolução desta sociedade conjugal se faz necessário o divórcio, não sendo preciso a comprovação da culpa de um dos cônjuges (art. 226, § 6º).

Amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o da paternidade responsável, advém à contingência do planejamento familiar que, por sua vez, é uma livre decisão do casal, cabendo ao Estado a proporcionar recursos educacionais e científicos para o pleno exercício dessa direito, por força do § 7º do art. 226 da Constituição Federal.

É garantido o direito de adoção, o qual deve ser assistido pelo poder público, de acordo com lei específica, sendo também assegurado o trato isonômico entre os filhos, seja eles havidos ou não do casamento. Logo, possuindo todos eles os mesmos direitos e deveres.

No que tange a relação existente entre pais e filhos vigora a assistência mútua, ou seja, de acordo com MARTELLI (2008, p. 15) *os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.*

Insta salientar, acerca da matéria, compete ao Estado à criação de mecanismos para impedir a violência no ambiente familiar e na pessoa de cada um de seus integrantes.

A exemplo que fora dito acima houve a criação o Estado da Criança e do Adolescente (ano de 1990) e, alguns anos *a posteriori*, o Estatuto do Idoso (direitos a pessoas com idade igual ou superior a 60 anos).

Enfim, no ano de 2006 surgiu a Lei Maria da Penha que também efetiva a proteção à família, previsto constitucionalmente, gerando proteção de cada um de seus membros, uma vez que envolve a violência doméstica, a violência

familiar e aquela ocasionada em qualquer das circunstâncias aludidas à relação íntima de afeto.

3 ALGUNS CONCEITOS

Para que se possa entender com clareza os mecanismos de coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher, faz-se necessário tentar identificar seu contexto de abrangência, ou seja, definir o que é violência doméstica.

3.1 Conceito de Violência Doméstica e Familiar

O artigo 5º, *caput*, da lei em testilha define a violência doméstica e familiar contra a mulher como sendo toda a espécie de agressão, seja esta ação ou omissão, gerida contra a mulher em um determinado ambiente, quais sejam, doméstico, familiar ou de intimidade, fundada no gênero feminino que cause morte, lesão, sofrimento, físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Neste sentido, leciona CAVALCANTE (2010, p. 198-199):

O art. 5º. apresenta, pela primeira vez no Brasil, uma conceituação jurídica para o problema da violência doméstica e familiar, tendo em vista que anteriormente à Lei Maria da Penha, apenas a sociologia, a antropologia e a psicologia tinham conceitos e denominações específicas para este grave problema social. A Lei Maria da Penha foi bastante corajosa ao apresentar esta conceituação, posto que ampliou, sobremaneira o conceito desta forma de violência dos direitos humanos da mulheres. Agora, qualquer ação ou conduta que cause morte, lesão, sofrimento físico, **sexual, psicológico e dano moral ou patrimonial** (inovações da lei) pode ser considerada violência doméstica, desde que seja praticada no âmbito das relações domésticas ou familiares.[grifou-se]

Referido conceito legal tem recebido algumas críticas da doutrina, uma vez que se caracteriza como uma norma mal redigida e extremamente aberta, permitindo as mais diversas formas de interpretação.

No entanto, para se chegar o mais próximo possível do conceito de violência doméstica e familiar é necessário unir o art. 5.º ao art. 7.º da Lei 11.340/2006. Basear-se apenas no art. 5.º não é suficiente, bem como fundar-se somente no art. 7.º não se tem o conceito legal exato de violência contra a mulher.

Desta feita, segundo MISAKA (2007, p. 85):

De qualquer modo, para se chegar ao conceito de violência doméstica é necessária a conjugação dos artigos 5.º e 7.º da Lei Maria da Penha. Deter-se somente no art. 5.º é insuficiente, pois são vagas as expressões: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero”; “âmbito de unidade doméstica”; “âmbito familiar” e “relação íntima de afeto”. De outro lado, apenas do art. 7.º também não se retira o conceito legal de violência contra mulher. A solução é interpretar os arts. 5.º e 7.º conjuntamente e então extrair o conceito de violência doméstica e familiar contra mulher.

Deste modo, para DIAS, Maria Berenice, (2007, p. 40), a violência doméstica é qualquer das ações elencadas no art. 7.º (violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral) praticada contra mulher em razão de vínculo de natureza familiar ou afetiva.

Insta salientar, ainda, que é obrigatório que a ação ou omissão prevista na Lei tenha acontecido na unidade doméstica ou familiar de qualquer relação íntima de afeto, sendo dispensável a coabitação, bastando apenas e tão-somente que o ofensor conviva ou tenha convivido com a ofendida.

3.2 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

Como já exposto anteriormente, para que se reste configurado a violência doméstica, não se faz necessário que as partes residam em um mesmo local ou sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenha sido casados ou ainda, que convivam ou tenham convivido em união estável.

Para a configuração da violência doméstica, é majoritário o entendimento doutrinário e jurisprudencial, no que abrange o gênero do sujeito ativo, que este pode ser um homem como também pode ser outra mulher. Bastando, portanto, a caracterização do vínculo da relação de afetividade.

Assim, é evidente que o legislador não se importou com o gênero do agressor.

Cite-se, como exemplo, a empregada doméstica, ou seja, ela pode estar sujeita à violência doméstica, uma vez que tanto o patrão como a patroa podem ser os sujeitos ativos deste delito.

No mesmo patamar, encontram-se o neto e a neta que tenham, eventualmente, agredido a sua avó; ambos sujeitam-se aos efeitos da Lei em comento.

Outrossim, verifica-se que, de acordo com o parágrafo único, do art. 5.º, da Lei 11.340/06, também responde ou responderá pela prática de violência no âmbito familiar a parceira da vítima que convive em união homoafetiva.

Acerca do tema, relevante citar o seguinte precedente jurisprudencial:

CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGADA ANALOGIA.

1. "A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração antidiscriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas".

2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido.

3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo.

4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual.

6. Recurso especial desprovido. (Processo: REsp 827962 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0057725-5; Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123); Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA; Data do Julgamento: 21/06/2011; Data da Publicação/Fonte: DJe 08/08/2011).

Ainda, pode-se citar como âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha os desentendimentos entre mães e filhas, assim como entre irmãs. Entretanto, nestes casos, deve ser flagrado que a ação ou omissão tenha motivação de ordem familiar.

Para alguns doutrinadores o conceito de “ser mulher” estaria amparado por critério hormonal.

No mesmo diapasão, SOUZA e KUMPEL (2007, p. 74):

O sujeito passivo é exclusivamente a mulher nas suas relações individuais, coletivas e difusas. E o que identifica a mulher é o critério hormonal. A esse respeito, cabe discorrer que a pituitária (hipófise) anterior das meninas não secreta praticamente nenhum hormônio gonadotrópico até a idade variável de 10 a 14 anos. A partir dessa época ocorre o início da secreção de dois hormônios gonadotrópicos, hormônio folículo-estimulante (causa proliferação das células foliculares ovarianas e estimula a secreção de estrógeno) e o hormônio luteinizante, que aumenta a secreção das células foliculares, estimulando a ovulação. Os dois hormônios ovarianos, progesterona e estrógeno, são os responsáveis pelo desenvolvimento sexual da mulher e pelo ciclo menstrual [...]

Embora o fator identificador da mulher seja hormonal e o processo acima ocorra entre 10 a 14 anos, a mulher está protegida integralmente desde a concepção sob o critério fenotípico (fenotípico é o conjunto de características observáveis, aparentes, de um indivíduo, de um organismo, de vidas e fatores hereditários – genótipo – e às modificações trazidas pelo meio ambiente). Assim, o feto do sexo feminino também está protegido, afigurando-se sujeito passivo.

De outra banda, FREITAS, Jayme Walmer, leciona no que diz como sujeito passivo, há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher.

Sobre a matéria DIAS (2007, p. 41):

Nesse conceito encontram-se as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. A agressão contra elas no âmbito familiar também constitui violência doméstica. Não só as esposas, companheiras ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos.

Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem ingressar o polo passivo da ação delituosa.

Com relação ao sujeito passivo da prática desta infração existe a exigência legal de ser mulher. Todavia, por interpretações a conforme a Constituição Federal, tem-se entendido como sujeito passivo das infrações praticadas no ambiente doméstico e familiar com a pessoa, sem distinção de gênero, bastando estar comprovada a sua vulnerabilidade dentro das relações de afeto.

Acerca da matéria já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no RHC 27622, veja-se notícia publicada recentemente no site do Consultor Jurídico:

Não é correto afirmar que, por ter sido alterada pela Lei 11.340/06 — Lei Maria da Penha — a pena mais grave atribuída ao delito de lesões corporais, quando praticado no âmbito das relações domésticas, seja aplicável apenas nos casos em que a vítima é mulher. O entendimento foi aplicado pelos ministros da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar Habeas Corpus de um filho acusado de ferir o pai ao empurrá-lo.

Em decisão unânime, os ministros consideraram que, embora a Lei Maria da Penha tenha sido editada com o objetivo de coibir com mais rigor a violência contra a mulher no âmbito doméstico, o acréscimo de pena introduzido no parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal pode perfeitamente ser aplicado em casos nos quais a vítima de agressão seja homem.

O relator do recurso, ministro Jorge Mussi, disse que a Lei Maria da Penha foi introduzida no ordenamento jurídico “para tutelar as desigualdades encontradas nas relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, e embora tenha dado enfoque à mulher, na maioria das vezes em desvantagem física frente ao homem, não se esqueceu dos demais agentes dessas relações que também se encontram em situação de vulnerabilidade”.

Destarte, para configuração do delito e aplicação da lei estudada basta que a pessoa, então ofendida, se comporte e se encontre em situação de maior vulnerabilidade ante o seu ofensor/agressor.

Ademais, existe a possibilidade do sujeito passivo ser pessoa portadora de deficiência, independentemente do sexo. Nestes casos, a lei prevê

uma majorante ao crime de lesão corporal em sedo de violência doméstica (CP, art. 129, § 11). Desta maneira, a pena deverá ser dilatada.

3.3 Unidade Doméstica

A Lei Maria da Penha conceitua em seu art. 5.º, I, o campo de abrangência para a configuração da violência doméstica. Veja-se o art. 5.º, inciso I o qual relata que o espaço de convívio de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas.

Portanto, o conceito de unidade doméstica deve ser entendido e interpretado como sendo onde a conduta que fora praticada em decorrência da conformidade da qual a vítima faça parte. Logo, as empregadas domésticas, por exemplo, também se encontrar incluídas neste conceito.

O doutrinado Damásio de Jesus faz algumas distinções: a denominada “diarista”, que trabalha apenas um, dois ou três dias por semana, não está protegida pela lei em razão de sua pouca permanência no local de trabalho. Porém, a que trabalha durante a semana diariamente, mas não mora no emprego, a aplicação da Lei está condicionada à sua participação no ambiente familiar, ou seja, deve ser observado se ela é considerada por todos e por ela própria membro da família. Por fim, a que trabalha e mora na residência da família, desfrutando de uma convivência maior com todos, deve ser considerada um de seus membros, merecendo ser receptora da especial tutela legal.

Importante mencionar ainda sobre a relação entre o tutor ou curador com a tutelada ou curatelada. Em casos como estes, ainda que o vínculo entre eles seja apenas o “legal”, ou seja, mesmo que o tutor e o curador não tenham vínculo de parentesco com aquelas, não se pode excluí-los do conceito de unidade familiar. Portanto, caracterizando a aplicação da Lei Maria da Penha para casos como estes.

Por conseguinte, conclui-se, para que esteja configurado o âmbito da unidade doméstica, se faz necessário que a mulher agredida realmente faça parte desta relação. Não sendo lógico que qualquer mulher que se encontre em um local onde há relação doméstica entre terceiros seja atingida pela proteção proporcionada pela Lei 11.340/06 e desencadeasse a aplicação da agravante trazida pela Lei em comento.

3.4 Família

A Lei Maria da Penha ainda tenta definir família, uma vez que visa assegurar a sua efetiva aplicação. Sendo assim, enuncia o art. 5.º, II: “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

O legislador trouxe o conceito de família e o qual corresponde exatamente ao formato atual dos vínculos afetivos. Frisa-se, a lei traz indivíduos, e não fala em um homem e uma mulher, bem como não se limitando ao reconhecimento como família a união constituída pelo matrimônio.

Além disso, a própria Constituição Federal atual estendeu a concepção de família e de forma exemplificativa reporta-se ao casamento, à união estável e à família monoparental. No entanto, prevê ainda, em seu § 4º, do art. 226: “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e de seus descendentes.”

A previsão constitucional abrange as famílias anaparentais (formadas entre irmãos), as paralelas (quando o homem mantém duas famílias) e as famílias homoafetivas como dignas da tutela especial do Estado.

Assim, expõe MISAKA (2007, p. 86) *em face da expressão “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados”, é necessário buscar na lei civil a definição dos vínculos de parentesco (CC, arts. 1.591, 1.592 e 1.593).*

Nesta mesma toada, DIAS (2007, p. 44):

Essa expressão legal alcança igualmente a filiação sócio afetiva, uma vez que o estado de filho afetivo faz com que as pessoas se sintam aparentadas. Nesse conceito, mister incluir também a infeliz expressão “filho de criação.

É certo que não se pode deixar de certificar que a noção de família estabelecida pela Lei 11.340/06 enlaça todas as disposições de convívio definidas por uma relação íntima de afeto.

3.5 Relações Íntimas de Afeto

A Lei Maria da Penha preceitua em seu art. 5.º, III a proteção fixada pelo legislador à violência praticada em razão de “qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”.

Do exposto, é fácil notar que não há como falar em relações familiares sem se reportar ao afeto.

De outra banda, o dispositivo legal gerou as mais diversas reações.

Para NUCCI (2010, p. 865):

Creemos ser inaplicável o dispositivo do inciso III do art. 5º, desta lei para efeitos penais. Na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, no art. 2º, § 1º, prevê-se que a violência contra a mulher tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual. Logo, é bem menos abrangente do que a relação do inciso III do art. 5º, da Lei 11.340/2006. Exige-se no texto da Convenção, a existência de coabitação atual ou passada. Na Lei 11.340/2006 basta a convivência presente ou passada, independentemente de coabitação. Ora, se agressor e vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica e familiar. Daí emerge a inaplicabilidade do dispositivo no inciso III.

A definição de família ganha uma nova concepção que se nota pela presença de vínculo de afetividade. Atualmente, descreve-se por família a relação que possui como núcleo o afeto em que se busca a própria felicidade. Hoje, o modelo caracteriza-se pela atuação participativa, igualitária e solidária dos membros que integram a família. Não existe mais o modelo patriarcal e hierarquizado de família.

Portanto, ante esta recente realidade não há como restringir o alcance da previsão legal.

Os vínculos afetivos que não se encaixam ao conceito atual de família não deixam de ser alcançados pela violência. Desta feita, namorados e noivos, mesmo que não convivam sob o mesmo teto, caso tenha praticado violência contra suas parceiras, estas serão amparadas pela Lei Maria da Penha.

Pertinente a decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. RELAÇÃO DENAMORO. DECISÃO DA 3ª SEÇÃO DO STJ. AFETO E CONVIVÊNCIA INDEPENDENTE DE COABITAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LEI Nº 11.340/2006. APLICAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARACRIMINAL.

1. Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação.

2. O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica.

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir os conflitos nºs. 91980 e 94447, não se posicionou no sentido de que onamoro não foi alcançado pela Lei Maria da Penha, ela decidiu, pormaioria, que naqueles casos concretos, a agressão não decorria donamoro.

4. A Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutelado gênero feminino, devendo ser aplicada aos casos em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar.

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete -MG.(Processo CC 96532 / MG CONFLITO DE COMPETENCIA 2008/0127004-8; Relator(a):Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (8145); Órgão Julgador: S3 - TERCEIRA SEÇÃO; Data do Julgamento: 05/12/2008; Data da Publicação/Fonte: DJe 19/12/2008).

Nesta toada, MISAKA explica, (2007, p. 87) *para configuração de violência doméstica é necessário um nexu entre a agressão e a situação que a gerou, ou seja, a relação íntima de afeto deve ser a causa da violência.*

Desta forma, salta aos olhos a premência do nexu de causalidade entre a ofensa e o estado que a produziu.

3.6 Formas de Violência

Ao analisar a lei em comento, verifica-se que o legislador não se preocupou apenas e tão-somente em definir o que é violência doméstica e familiar. A legislação específica as formas pela qual referido fato pode ocorrer. E mais, importante destacar que vigoram, no ordenamento jurídico penal brasileiro os princípios da taxatividade e da legalidade, assim, não se admitindo conceitos vagos.

Entretanto, o rol estabelecido no art. 7.º da Lei n.º 11.340/06 não é exaustivo, ou seja, trata-se de rol exemplificativo, uma vez que traz consigo a expressão “entre outras”. Sendo assim, as ações praticadas e que não encontram respaldo legal por estarem fora do elenco trazido pelo legislador, podem gerar a implementação de medidas protetivas no âmbito cível, mas não em sede do Direito Penal, haja vista a falta de tipicidade.

O reconhecimento do delito como incluso em violência doméstica tem sua pena aumentada, por fulcro no art. 61, II, “f”, do Código Penal, bem como sujeita o acusado às demais variações que impõe a Lei Maria da Penha. Logo, por exemplo, mesmo que o crime seja de menor potencial ofensivo, este não tramitará ante o JECRIM, pois há vedação expressa na lei em testilha, acarretando o desenvolvimento do processo diante as varas criminais.

Destarte, a lei reconhece como violência doméstica e familiar contra a mulher.

3.6.1 Violência física

O inciso I, do art. 7.º, da Lei 11.340/06 relata que a violência física pode ser entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou a saúde corporal da mulher (ressalta-se: mulher é qualquer pessoa que se porte e se identifique com o sexo feminino).

A agressão que o sujeito passivo venha a sofrer é aquela caracterizada pelo uso de força física que agrida seu o corpo ou a sua saúde, ainda que, eventualmente, não deixe marcas.

Ainda, leciona CAVALCANTE (2010, p. 202):

Como violência física entende-se qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Como modalidade criminosa, podemos relacionar vários delitos como por exemplo: a contravenção de vias de fato, o delito de lesão corporal, em suas formas leve, grave ou gravíssima, e os crimes contra a vida, homicídio, aborto, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (arts. 129, § 9º. e § 10, 121, 125, 122 do CP).

Sabe-se que as formas mais comuns de violência física são as que consistem em socos, tapas, pontapés, empurrões e queimaduras. Referidas

condutas são todas dolosa, pois visam justamente ofender a integridade ou a saúde da mulher.

Ademais, cumpre mencionar que a lesão culposa também constitui violência física, uma vez que a lei não fez nenhuma distinção sobre a intenção do sujeito ativo, ora agressor.

3.6.2 Violência psicológica

A violência psicológica configura-se por ser qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que venha a prejudicar e perturbar o pleno desenvolvimento ou, ainda, que vise degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões da mulher, 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 venha a lhe causar prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação, conforme inciso, II, do art. 7.º, da Lei.

Aqui, a doutrina critica a expressão “violência psicológica”, haja vista que a mesma poderia ser aplicada a qualquer ilícito penal praticado em desfavor da mulher. A justificativa para tal fato é evidente, uma vez que todo crime acaba gerando dano emocional à vítima e, por conseguinte, o tratamento diferenciado por conta de esta ser mulher evidencia uma discriminação injustificada de gênero.

A respeito da questão, DIAS (2007, p. 48):

É a mais frequente e talvez seja a menos denunciada. A vítima muitas vezes nem se dá conta que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos, são violência e devem ser denunciadas. Para a configuração do dano psicológico não é necessária a elaboração de laudo técnico ou realização de perícia. Reconhecida pelo juiz sua ocorrência, cabível a concessão de medida protetiva de urgência.

Praticado algum delito mediante violência psicológica, a majoração de pena se impõe (CP, art. 61, II, f).

Ressalta-se que a violência psicológica ocorre com maior frequência. No entanto, é a menos denunciada.

3.6.3 Violência sexual

A legislação ainda traz a definição de violência sexual sendo 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”, por fulcro no art. 7.º, III, da Lei.

A violência sexual foi reconhecida pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica (também denominada Convenção de Belém do Pará). Entretanto, houve de início, uma resistência da doutrina e jurisprudência em admiti-la no que tange os vínculos familiares, pois o exercício da sexualidade é tido como um dos deveres dos laços matrimoniais.

Sobre o tema, DIAS (2007, p. 50-51):

Como o conceito de violência doméstica da Lei Maria da Penha (art. 5.º) é bem mais amplo do que o elenco das majorantes dos delitos sexuais (CP, art. 226, II), quando não é cabível o aumento da metade da pena, impõe-se a aplicação da agravante inserida na parte final do art. 61, II, f, do Código Penal. Via de consequência, quando se configura a hipótese de majoração da pena (CP, art. 226, II), não incidem as agravantes previstas na parte geral do Código Penal. Somente quando é reconhecida a prática de violência sexual não cabe a majorante (CP, art. 226, II), uma vez que a pena é

agravada se o crime foi praticado com violência contra a mulher na forma da lei específica (CP, art. 61, II, f). Haveria dupla apenação que não se justifica.

Outrossim, verifica-se que a práticas desta modalidade de violência pode ser considerada como um problema de saúde pública, pois pode trazer doenças venéreas, gravide indesejada, aborto espontâneo, transtornos mentais, bem como os mais diversos distúrbios ginecológicos.

3.6.4 Violência patrimonial

Enuncia o art. 7.º, IV da Lei em comento:

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.

Na ocorrência das condutas descritas no supramencionado inciso, também constituirão o agravamento da pena, caso praticadas contra a mulher com que o ofensor mantém vínculo familiar ou agressivo.

A violência patrimonial raramente se apresenta isolada das demais formas de violência, haja vista que, quase sempre, serve como meio para agredir, física ou psicologicamente a vítima.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci, questiona a real utilidade deste dispositivo, ao menos na seara penal, uma vez que há imunidades previstas no código penal, fixadas nos arts. 181 e 182, no que tange aos delitos patrimoniais não violentos que eventualmente venham a ocorrer no âmbito familiar. Imunidades estas que podem ser absolutas ou relativas.

3.6.5 Violência moral

Entende-se por violência moral, qualquer conduta que configure calúnia (art. 138, *caput*, CP), difamação (art. 139, *caput*, CP) ou injúria (art. 140, *caput*, CP).

Mencionados delitos integram o capítulo do Código Penal, o qual se reporta a proteção da honra do ofendido. Entretanto, estes crimes se cometidos contra a mulher e em decorrência do vínculo de natureza afetiva ou familiar, caracterizar-se-ão violência moral que encontra respaldo na Lei Maria da Penha, pois são reconhecidos como violência doméstica, impondo a agravante prevista no art. 61, II, *f*, CP.

Segundo CUNHA e PINTO (2007, p. 38), *de um modo geral são concomitantes à violência psicológica.*

Ainda, conforme os ensinamentos de CAVALCANTE (2010, p. 203), *a denúncia caluniosa, prevista no art. 339 do Código Penal, também pode ensejar a violência moral.*

4 ASPECTOS GERAIS DECORRENTES DA ADI 4424

A priori, cumpre estabelecer diretrizes sobre o controle de constitucionalidade e a sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista o presente trabalho ter como objetivo principal a análise pormenorizada de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4424, no que se refere aos aspectos que trataram sobre a alteração da ação penal e sobre a vedação de aplicação da Lei n.º 9.099/95 nos delitos praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar.

4.1 Breves Considerações sobre o Controle de Constitucionalidade

O motivo que rege a existência do controle de constitucionalidade em no ordenamento jurídico brasileiro é a finalidade de fazer valer a supremacia da Constituição Federal, pois esta não permite que uma norma infraconstitucional a contrarie. Caso ocorra eventual violação à Constituição, esta norma será declarada inconstitucional.

Não se admite o controle de constitucionalidade de normas anteriores à Constituição, haja vista que estas sequer seriam recepcionadas pela carta magna por serem, de pronto, inconstitucionais.

Outrossim, também não se pode dizer que normas primárias, ou seja normas que regulamentam condutas e antecedem a constituição sofram os reflexos do controle em comento, ou seja, quando a Constituição Federal brasileira entrou em vigor no ano de 1988, todos os dispositivos do texto eram/são, para todos os efeitos, constitucionais.

A análise à luz da constitucionalidade de uma norma recai sobre várias formas de controle. Assim, verifica-se o texto normativo sob o aspecto formal objetivo e subjetivo, sendo que o primeiro examina o procedimento de criação da norma (as etapas que devem ser seguidas), enquanto o segundo faz uma avaliação com relação ao ente ou pessoa que deu início ao projeto de lei.

Ainda, estuda-se a matéria do desígnio poderia ser discutida, bem como se o controle será realizado para excluir do ordenamento jurídico uma norma que por algum motivo já existe (ação) ou busca-se a inclusão desta devido a falta de sua existência (omissão).

O controle de constitucionalidade pode ser exercido de maneira prévia ou preventiva e posterior.

No caso do controle prévio, o que se visa é evitar o ingresso de um projeto de lei ao ordenamento jurídico. Via de regra, é feito pelo Poder Legislativo. Entretanto, pode ser praticado pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário que, nesta circunstância, deve ser provocado.

Com relação ao controle posterior, seu propósito é retirar do ordenamento jurídico uma norma. É realizado pelo órgão judicial, quando provocado, através de uma ação. Atipicamente, permite-se que o Poder Legislativo exerça esta forma de controle, bem como o Poder Executivo. No entanto, este último se reportará ao Poder Judiciário solicitando uma decisão.

O Brasil adota o sistema misto de controle de constitucionalidade. Logo, admite tanto o controle político como o controle jurídico. Sendo assim, este sistema de apreciação não fica somente entregue ao órgão político ou apenas ao poder judiciário.

Essencial expor, uma vez que esta monografia se porta a ponderar sobre uma decisão proferida em uma ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424), que no Brasil o controle jurídico se subdivide em duas subespécies, quais sejam, controle concentrado em Suprema Corte, onde o Supremo Tribunal é tido como órgão cúpula para julgar e realizar o controle de constitucionalidade; ou ainda,

há a comparência do controle difuso que pode ser realizado por qualquer magistrado.

Para melhor desenvolvimento deste trabalho desconsiderar-se-á o estudo deste último, importando tecer algumas considerações exclusivas quanto ao controle concentrado de constitucionalidade.

4.1.1 Do controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade processa-se por meio da ação direta de inconstitucionalidade (Lei n.º 9.868/99), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da ação declaratória de constitucionalidade e, por fim, pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (normatizada pela Lei n.º 9.882/99).

O sistema jurídico brasileiro passou a contemplar o controle em testilha em 1964. Neste ano, ele foi incluído através da Ementa Constitucional n.º 16 da Constituição Federal de 1988.

No Brasil este controle é exercido pelo STF (Supremo Tribunal Federal), por força do artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988. Ademais, também é permitido que seja feito nos Tribunais de Justiça dos Estados – art. 125, § 2º, da CF.

Com relação à legitimação se faz imprescindível que a ação seja proposta por qualquer um dos legitimados elencados no artigo 103 da CF. Referido rol é taxativo, assim, quem não se encontrar descrito neste artigo simplesmente não poderá propor a ação, bem como não se admite sua ampliação.

A Suprema Corte em jurisprudência dividiu estes legitimados em duas grandes categorias, quais sejam, os legitimados genérico – podem demandar sobre

qualquer questão, desde que esta se trate de assunto de natureza constitucional. E, ainda, os legitimados temáticos ou específicos, estes devem demonstrar interesse e que estão sendo afetados pela norma.

Conforme CUNHA JÚNIOR (2010, p. 163):

A Constituição vigente ampliou e aperfeiçoou o controle concentrado, com a criação de novas ações diretas e a extensão da legitimidade para provocar a jurisdição concentrada no Supremo Tribunal Federal a outras autoridades, órgão e entidades, além de haver acenado para a possibilidade de adoção de efeitos vinculantes nas decisões proferidas no âmbito das ações próprias deste sistema de controle, com que aproximou muito o Supremo Tribunal brasileiro aos Tribunais Constitucionais europeus.

À vista desse modelo, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma **fiscalização abstrata** das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição. Tal se dá em face do ajuizamento de uma **ação direta**, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade

Segundo observa-se no controle em comento, o processo surge de modo abstrato. Desta maneira, não há um ação tramitando anteriormente, porque a constitucionalidade da lei é o único assunto a ser posto em debate, como visto acima.

No que tange ao objeto principal da ação, a questão constitucional não só é matéria principal, como é a única a ser debatida no processo. Em casos com este a própria norma é processada. Por conseguinte, o ataque a lei é de forma direta e frontal, figurando na demanda como ré. E mais, precisará, no caso de ação direta de inconstitucionalidade, da presença do Advogado Geral da União (AGU) para que este faça a defesa da norma.

A cerca do tema, CUNHA JÚNIOR (2010, p. 163):

[...] a questão constitucional, no controle concentrado, assume a natureza de **questão principal**, porque relacionada ao próprio objeto da demanda [...] Por isso, o controle concentrado – à exceção do que ocorre na ADPF incidental – é provocado por via principal, com a propositura de uma ação direta, através da qual se leva ao Supremo Tribunal Federal a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma

norma constitucional, sem qualquer análise ou exame de caso concreto. O Supremo se limita a analisar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida de assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição.

Por todo exposto e, como o presente estudo se limita a explorar decisão pronunciada pelo Pretório Excelso em Ação Direta de Inconstitucionalidade que se reporta a alguns pontos da Lei Maria da Penha, preterir-se-á as demais formas pelas quais o controle concentrado de constitucionalidade possa ser exercido.

Destarte, essencial enredar sobre alguns aspectos relevantes da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

4.1.2 Da ação direta de inconstitucionalidade

Conforme já citado anteriormente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade representa uma das modalidades pela qual se opera o controle concentrado de constitucionalidade.

Sobre a ADI, CUNHA JÚNIOR (2010, P. 189):

Cuida-se de uma ação de controle concentrado-principal de constitucionalidade concebida para a **defesa genérica** de todas as normas constitucionais, sempre que violadas por alguma lei ou ato normativo do poder público. Por isso mesmo é também conhecida como **ação genérica**.

Em face dela, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma **fiscalização abstrata**, em virtude da qual a corte examina, diante do pedido de inconstitucionalidade formulado, se a lei ou ato normativo federal ou estadual impugnado contraria ou não uma norma constitucional. Essa apreciação do Supremo, longe de envolver análise do caso concreto, limita-se a investigar a existência da antinomia normativa apontada.

O artigo 103 da Constituição Federal, bem como a reprodução deste no art. 2º da Lei n.º 9.868/99, apresenta o rol taxativo de legitimados que podem propor a ADI e, sendo assim, se faz imprescindível elucidar a forma de propositura desta através de seus legitimados.

A princípio e, seguindo a ordem pré-estabelecida no próprio texto constitucional, menciona-se o Presidente da República (Art. 103, I, CF/88) que propõe a ação em testilha assessorado de um advogado da União que atuará em nome do Chefe do poder executivo federal. Pode parecer, em um primeiro momento, o surgimento de um conflito, pois, como abordado antecipadamente neste trabalho, na defesa da lei o advogado geral da União a defende, por fulcro no artigo 103, § 3º, da Constituição.

Nesta mesma feição, encontra-se o Governador de Estado e do Distrito Federal (art. 103, V, CF/88), o qual será assessorado diretamente pelo Procurador do Estado.

As mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa ou do Distrito Federal (art. 103, II, III e IV, CF/88) são orientadas por um de seus procuradores para o ajuizamento da ADI.

Ao contrário do que fora exposto até agora, o Procurador-Geral da República (art. 103, VI, CF/88) não precisa estar assessorado para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade. Portanto, ele mesmo é quem ajuíza esta ação. Com relação ao Conselho da OAB (art. 103, VII, CF/88), esta é proposta pelo próprio Presidente do Conselho.

Pode propor Ação Direta de Inconstitucionalidade o partido político com representação no Congresso Nacional, como prevê o art. 103, IX, CF/88. Em caso como este, a questão que eventualmente possa ser suscitada é no sentido de que o partido o qual ajuizou a ação venha a perder sua posição participativa na casa. Por conseguinte, a ação continua, haja vista esta ser interesse público não permitindo seu trancamento.

Por fim, nota-se a possibilidade da entidade de classe ou confederação de classe ter a prerrogativa de demandar sobre questões ligadas a constitucionalidade da norma (art. 103, X, CF/88). O Supremo Tribunal Federal entendeu que a ação será requerida pela entidade de classe que resultou da união de três outras entidades de classe. Ainda devendo estar espalhadas por 9 (nove) Estados da Federação. A demandar será solicitada por um advogado contratado pela entidade.

O procedimento a ser percorrido por eventual ADI proposta encontra-se estabelecido na Lei n.º 9.868/99. A este ver, o relator do processo deve pedir esclarecimentos aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo em cheque. Logo, se o ato a ser tratado possui natureza federal, as informações serão requeridas ao Congresso Nacional e ao Presidente da República, caso este não tenha anteriormente vetado o projeto.

Se a lei possuir respaldo estadual, as justificações serão oferecidas pela Assembleia Legislativa e pelo Governador do Estado, salvo não tenha antes também vedado o projeto da norma em questão.

Conclui-se que os esclarecimentos sempre acabarão sendo solicitados a quem o editou.

Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade é possível o pedido de medida cautelar.

Nas palavras de CUNHA JÚNIOR (2010, p. 210):

Se houver requerimento de medida cautelares, o relator – após, em regra, a audiência dos órgãos ou autoridades das quais emanou a lei ou ato impugnado, que deverão pronunciar-se em cinco dias e somente sobre os requisitos da medida cautelares – submetê-lo-á ao plenário do Tribunal e, somente após a decisão, pedirá as informações. Nada impede, entretanto, que a medida cautelar possa, a juízo do plenário, ser apreciada após o recebimento das informações. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias, contado do recebimento do pedido.

Até então, a jurisprudência da Suprema Corte, veda a fortuita admissão de intervenção de terceiros no processo da ADI, pois este possui natureza objetiva e abstrata.

Insta salientar sobre os efeitos do controle concentrado de constitucionalidade ou da ADI, uma vez que esta por ser espécie daquele, possuem as mesmas consequências jurídicas.

Seguindo este enfoque e quanto à pessoa, referido controle atinge todos os indivíduos, sejam eles pessoas físicas capazes e incapazes ou pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público nos âmbitos federal, estadual, distrital ou municipal, conforme aduz o § 2º do artigo 102, da Constituição Federal atual. Tendo-se assim, o efeito *erga omnes*.

Inclui-se também o Poder Judiciário, não podendo haver julgados contrários a Suprema Corte, o Poder Executivo e o Poder Legislativo que, em um primeiro instante não é atingido por ter função típica de legislar representando o povo. No entanto, esta regra não é absoluta.

Quanto à extensão a norma ao declarada como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal seus efeitos retroagem até a data de sua entrada em vigor, portanto, possui efeito *extunc*.

Entrementes, em algumas situações este fato não poderá acontecer. Ou melhor, em determinadas circunstâncias específicas, pode o Supremo, mesmo reconhecendo pela inconstitucionalidade da norma, considerar que tudo ou parte teve validade. Logo, os efeitos quanto à extensão não retroagirão, é a modulação “pro futuro” dos efeitos desta decisão.

Mencionada questão se dá porque com a anulação dos atos praticados até então o prejuízo será maior do que deixar a atual situação como está. Desta feita, apesar da norma ser inconstitucional teve validade.

Importa expor que a situação acima descrita não é a regra. Desta maneira, para que se mude este preceito se faz necessário o voto de 2/3 (dois terços) dos ministros, ou seja, 8 (oito) dos 11 (onze) devem votar pela

constitucionalidade, de acordo com previsão expressa no artigo 27, da Lei n. 9.868/99.

Estes requisitos devem ser observados, pois a lei privilegia o princípio constitucional da segurança jurídica, bem como a excepcionalidade do interesse social.

4.1.3 A modulação dos efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade(*extunce ex nunc*) e o princípio da legalidade

Inicialmente, importante dizer que no julgamento da ADI 4424 não houve modulação dos efeitos decorrentes do controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, por uma razão logicamente apropriada e não se desvinculando do objeto principal deste estudo, a presente monografia visa abordar assuntos no tocante aos efeitos *extunce ex nunc* anteriormente citados, para que se possa raciocinar sobre suas devidas implicações práticas, mas sem se olvidar do princípio da legalidade que, por sua vez, se trata de garantia constitucionalmente prevista.

Embora já tecidas alguns comentários sobre aludidos efeitos, é essencial dissertar sobre o tema, uma vez que surge, em um primeiro momento, provável conflito entre estes e o princípio da legalidade.

A temática ganha destaque, pois conforme prevê expressamente o art. 27 da lei n.º 9.868/99, é plenamente viável a modulação dos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF de lei ou ato normativo federal.

Enuncia o aludido artigo:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional

interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Verifica-se, desde logo, que para resguardar a segurança jurídica e o excepcional interesse social o Pretório Excelso, por maioria de dois terços dos ministros, pode limitar os efeitos gerais de sua decisão sem, entretanto, que isto melindre o princípio da legalidade.

A respeito do assunto, imprescindível elucidar brevemente sobre o princípio da legalidade garantido constitucionalmente.

Sabe-se que supramencionado princípio trata-se da expressão maior do Estado Democrático de direito, pois é uma garantia substancial de que a sociedade não está presa a vontade de particulares.

Ocorre que pelo princípio da legalidade não há como determinado indivíduo fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei que assim determine e o obrigue.

Por conseguinte, se houve a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, pelo poder concentrado de efeito *erga omnes e extunc*, é como se o ato normativo em comento jamais estivesse existido.

No entanto, pelo princípio anteriormente descrito os sujeitos tinham que, na data de vigência da lei, cumpri-la em sua integralidade. Assim, sendo, inicialmente produzindo um manifesto “conflito” a cerca desta temática.

Porém, o ordenamento jurídico brasileiro, através de seu legislador optou por um modelo diferenciado, em que é admissível, a declaração de nulidade parcial da lei e não apenas e tão-somente a nulidade total. Portanto, só os dispositivos inconstitucionais são ou serão considerados nulos, havendo uma adaptação do princípio da legalidade em casos como este.

Ressalta-se, pois, o afastamento do princípio da nulidade apenas ocorrerá quando saltar aos olhos que a decisão de inconstitucionalidade da norma conduziria danos à segurança jurídica ou ao interesse social e, logo, aplica-se o referido artigo.

No que tange o lapso temporal, o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 proporciona a Suprema Corte a opção de considerar a inconstitucionalidade da lei a partir do trânsito em julgado da decisão, favorecendo o efeito *ex nunc*.

E mais, podendo declarar a suspensão dos efeitos do controle exercido por um deliberado tempo a ser fixado na sentença – efeito pro futuro. Em casos como este, o ato normativo continua sendo utilizado pelo prazo estipulado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda, conforme arquivo de texto encontrado no Banco de Dados do Portal do STF (disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/4Port.pdf>) Acesso em: 24 de agosto de 2012):

O Supremo Tribunal Federal poderá, também, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade/restrição de efeitos).

É possível requerer a suspensão dos efeitos da lei antes mesmo do julgamento definitivo do Pretório Excelso através das medidas cautelares, perfeitamente cabíveis na ADI, frisa-se objeto de análise deste trabalho.

O emprego destas medidas possui previsão expressa na Lei n.º 9.868/99 e são aplicadas em casos excepcionais, possibilitando, além de tudo, que a Corte Constitucional module os efeitos de suas decisões, através de decisões parciais ou totais de inconstitucionalidade do ato normativo em testilha, como já dito.

Conclui-se com facilidade que o legislador optou por um protótipo diferenciado, a depender de cada caso posto em pauta. O suposto afastamento do princípio da nulidade somente ocorrerá ao se demonstrar o dano à segurança jurídica ou ao interesse social que a decisão do Supremo traria.

O próprio quórum especial antes comentado garante maior limitação na atribuição da modulação dos efeitos.

4.2 Comentários a ADI 4424

Adentrando mais precisamente no objeto de análise, é de extremada relevância dissertar, não de maneira exaurida, mas de modo suficiente, sobre o conteúdo da Ação direta de Inconstitucionalidade 4424.

Ajuizada em 31 de maio de 2010 pelo Procurador-Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos a ADI 4424 teve como escopo a interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), tendo em vista a não aplicação, em nenhuma hipótese da Lei 9.099/95 aos crimes cometidos no âmbito da mencionada legislação; o crime de lesões corporais consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em ambiente doméstico, processa-se mediante ação penal pública incondicionada e, por fim, os dispositivos referidos têm aplicação a crimes que seprocessam mediante representação, por previsão legal distinta da Lei n.º 9.099/95.

Consta da peça inicial (Anexo “A”) a violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da isonomia ou igualdade (art. 5º, I), ao art. 5º, inciso XLI, a não observância do art. 226, § 8º, todos da Constituição Federal, bem como a ofensa a Proibição da Proteção Deficiente.

Em 09 de fevereiro de 2012 a ADI 4424 foi julgada procedente pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, tendo apenas como voto contrário o do Ministro e então Presidente da Corte, César Peluzo.

Segundo notícia extraída do Ministério Público Federal pelo *JusBrasil* (2012,s.p):

Durante a exposição, Gurgel argumentou que após dez anos da aprovação da lei 9.099/95, cerca de 70% dos casos que chegavam aos juizados especiais envolvia situações de violência doméstica contra mulheres, e o resultado, na grande maioria, era a conciliação. De acordo com ele, a lei desestimulava a mulher a processar o marido ou companheiro agressor e reforçava a impunidade presente na cultura e na prática patriarcais.

Além disso, segundo o PGR, a interpretação que condiciona à representação o início da ação penal relativa a crime de lesões corporais leves praticado no ambiente doméstico, embora não incida em discriminação direta, acaba por gerar, para as mulheres vítimas desse tipo de violência, efeitos desproporcionalmente nocivos. De acordo com ele, o Estado deve agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, exceto o ministro Cezar Peluzo, acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio Mello, posicionando pela possibilidade do representante do órgão do Ministério Público iniciar a ação penal nos crimes cometidos no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha, sem necessidade de representação da ofendida.

Esta postura funda-se no fato de que a ação penal pública condicionada a representação esvazia a proteção constitucional certificada as mulheres, pois, na maioria dos casos, estas, inibidas por seu agressor acabam por não dar continuidade ao procedimento e, assim, não representam contra o ofensor.

Outrossim, fora decido que os Juizados Especiais não são competentes para processar e julgar os crimes cometidos contra a mulher no âmbito doméstico.

Único a divergir, o ministro Cezar Peluzo e então Presidente do STF, em admirável e ilustre posicionamento, mencionou a dificuldade quanto a certeza em relação ao alcance da Lei n.º 11.340/06 e também a importância dos princípios da celeridade processual e da oralidade encontrados em sede de Juizados Especiais.

De outra banda, sobre a representação que até o julgamento era requisito previsto expressamente na Lei Maria da Penha, o Ministro afirmou ser preciso respeitar o direito das mulheres que optam por não representar contra seus companheiros ofensores.

Neste diapasão, a notícia da página do STF sobre o voto do ministro Cezar Peluzo (2012, s.p):

Único a divergir do relator, o presidente do STF, ministro Cezar Peluso, advertiu para os riscos que a decisão de hoje pode causar na sociedade brasileira porque não é apenas a doutrina jurídica que se encontra dividida quanto ao alcance da Lei Maria da Penha. Citando estudos de várias associações da sociedade civil e também do IPEA, o presidente do STF apontou as conclusões acerca de uma eventual conveniência de se permitir que os crimes cometidos no âmbito da lei sejam processados e julgados pelos Juizados Especiais, em razão da maior celeridade de suas decisões.

“Sabemos que a celeridade é um dos ingredientes importantes no combate à violência, isto é, quanto mais rápida for a decisão da causa, maior será sua eficácia. Além disso, a oralidade ínsita aos Juizados Especiais é outro fator importantíssimo porque essa violência se manifesta no seio da entidade familiar. Fui juiz de Família por oito anos e sei muito bem como essas pessoas interagem na presença do magistrado. Vemos que há vários aspectos que deveriam ser considerados para a solução de um problema de grande complexidade como este”, salientou.

Quanto ao entendimento majoritário que permitirá o início da ação penal mesmo que a vítima não tenha a iniciativa de denunciar o companheiro-agressor, o ministro Peluso advertiu que, se o caráter condicionado da ação foi inserido na lei, houve motivos justificados para isso. “Não posso supor que o legislador tenha sido leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Ele deve ter levado em consideração, com certeza, elementos trazidos por pessoas da área da sociologia e das relações humanas, inclusive por meio de audiências públicas, que apresentaram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal”, disse.

Ao analisar os efeitos práticos da decisão, o presidente do STF afirmou que é preciso respeitar o direito das mulheres que optam por não apresentar queixas contra seus companheiros quando sofrem algum tipo de agressão. “Isso significa o exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do ser humano pelo seu destino. O cidadão é o sujeito de sua história, é dele a capacidade de se decidir por um caminho, e isso me parece que transpareceu nessa norma agora contestada”, salientou. O ministro citou como exemplo a circunstância em que a ação penal tenha se iniciado e o casal, depois de feitas as pazes, seja surpreendido por uma condenação penal.

Pois bem. O assunto a ser posto em análise por este estudo possui efeitos práticos relevantíssimos como: a alteração da ação penal e a confirmação da proibição de aplicação da Lei 9.099/95 nos delitos praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar; embora, pacificado entendimento do Pretório Excelso.

Por se tratar de decisão lamentável, mostrar-se-á a outra face da moeda referente ao julgamento da ADI 4424. Veja-se.

5 DOS EFEITOS PROCESSUAIS SIGNIFICANTES FRENTE A LEI MARIA DA PENHA E O JULGAMENTO DA ADI 4424

Como já afirmado, a Lei Maria da Penha concebe mecanismos para reprimir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Neste sentir, dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, bem como proporciona demais providências.

Contudo, referida legislação acabou por produzir resistência, pois há quem sustente a sua inconstitucionalidade, mormente pelo fato de que a Lei 11.340/06 teria criado a desigualdade na entidade familiar.

Aludida afirmação encontra respaldo na arguição de que as normas se direcionam exclusivamente a em favor da mulher – haja vista, inicialmente, com o advento da legislação em comento, o homem não poder figurar como sujeito passivo, não se atentando, portanto, ao princípio constitucional da isonomia ou igualdade.

Acerca da matéria, DIAS (2007, p. 55):

A alegação é de que a Lei criou a desigualdade na entidade familiar, como se a igualdade constitucional existisse no âmbito da família até o fato de ela direcionar-se exclusivamente a proteção da mulher é invocado, uma vez que o homem não pode figurar como sujeito passivo e nem ser beneficiário de suas benesses, o que afrontaria o princípio da igualdade.

Destarte, cumpre discutir de modo pormenorizado, sobre a garantia constitucional da igualdade e suas aplicações e efeitos práticos em relação a Lei Maria da Penha.

5.1 Do Princípio da Igualdade: considerações gerais e constitucionais

O princípio da isonomia ou da igualdade encontra-se previsto constitucionalmente no art. 5.º, inciso I, da Constituição Feral de 1988, tratando-se de direito e garantia fundamental. Veja-se:

Art. 5.º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.

Pois bem. A própria lei constitucional, por sua vez, garante como direito fundamental a igualdade entre homens e mulheres.

Outrossim, via de regra, mencionadas normas de natureza fundamental são de eficácia e aplicabilidade imediata.

Corroborando esta afirmação MORAES (2007, p. 32):

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao interprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Aristóteles, desde o século IV a.C. tem-se interpretado o princípio da igualdade substancialmente como: tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Ainda, MORAES (2007, p. 32) tem lecionado que *para as diferenciações normativas serem consideradas não discriminatórias, é indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável.*

Ressalta-se que o legislador ao elaborar uma norma deve sempre ter a cutela e verificar se aquela está em perfeita harmonia com o princípio da igualdade ou da isonomia.

Sobre a temática rezam as palavras de Melo (2006, p. 09):

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para próprio legislador. Deverás não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.

Conciliando este princípio e a Lei nº. 1.340/06, consoante o modelo conservador, as mulheres são submetidas a situações de inferioridade e submissão. Logo, facilmente tornam-se vítimas da violência masculina, mesmo que estes, eventualmente, também possam a vir a ser vítimas da violência doméstica.

Outrossim, o entendimento doutrinário contemporâneo aponta para o fato de que a paridade entre homens e mulheres é alcançada por meio destas discriminações positivas.

Segundo CUNHA E PINTO (2007, p. 26):

Permite-se, desse modo, a “discriminação positiva”, pela qual os Estados podem adotar medidas especiais temporárias, visando acelerar o processo de igualização de *status* entre homens e mulheres. Tais medidas cessaram quando alcançado o seu objetivo. São medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, consequências de um passado discriminatório, buscando a pluralidade de diversidade social (como, por exemplo, a recente política de cotas nas universidades para os estudantes afro-descendentes). (grifo nosso).

Por conseguinte, conclui-se que a Lei Maria da Penha não melindra de maneira alguma o princípio da isonomia, direito e garantia fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, pois o entendimento doutrinário tende a tratar as normas da legislação em tela como medidas alternativas, para cumprir o referido princípio atendendo a igualdade substancial e não apenas a igualdade formal.

Ao revés, proporcionar tratamento favorável à mulher, haja vista esta ser, na maioria dos casos, a parte mais vulnerável da relação.

Como ensina DIAS (2007, p. 56) *o tratamento favorável a mulher está legitimado e justificado por um critério de valoração, para conferir equilíbrio existencial, social etc. ao gênero feminino.*

Cumprir estabelecer que a suposta violação ao princípio em comento não é somente o fato da legislação dar proteção apenas a mulher, mas também por alguns de seus dispositivos vedarem determinadas situações que, em casos onde não incide a aplicação da Lei Maria da Penha teriam determinado tratamento, trato este diferente com relação a crimes praticados no âmbito doméstico.

Por conseguinte, é o que enuncia o art. 41, o qual proíbe a atribuição da Lei dos Juizados Especiais – Lei 9.099/95 à violência familiar praticada contra a mulher.

Para melhor compreensão do presente trabalho, o dispositivo acima citado será objeto de estudo de maneira mais aprofundada em tópico estrito e reservado *a posteriori*. Todavia, a Lei n.º 11.340/06 ao vedar a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na lei que instituiu o JECRIM e seus princípios informadores afrontaria diretamente o princípio a ser tratado por este capítulo (qual seja, princípio da isonomia ou da igualdade), pois o ideal seria que sua proibição fosse referente à violência familiar ou doméstica contra a pessoa e não apenas e tão-somente contra a mulher, conforme emana expressamente o texto de lei.

Neste sentido, importante mencionar o exemplo dado por DIAS (2007, p. 57):

[...] na mesma oportunidade, o genitor ocasiona, no âmbito doméstico, lesões leves em um filho e uma filha. Além de haver dois juízos competentes, as ações seguiriam procedimentos distintos. A agressão contra o menino, encontra-se sob a égide do Juizado Especial, fazendo jus o agressor a todos os benefícios por o delito ser considerado de pequeno potencial ofensivo. Já a agressão contra a filha constituiria delito doméstico no âmbito da Lei Maria da Penha. Assim, parece que a agressão contra alguém do sexo masculino é menos grave do que a cometida contra uma pessoa do sexo feminino. [...]

Em casos como este, com duas vítimas, cada uma de um sexo, há na doutrina quem sustente a incidência e aplicação do JECRIM, na parte material e processual.

Para que se possa entender com maior clareza a temática do princípio da isonomia ou da igualdade em relação a Lei n.º 11.340/06, também deve-se analisar o § 5º do art. 226 da Constituição Federal em vigor.

Nesta esteira, *os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos **igualmente** pelo homem e pela mulher (grifo nosso).*

Este dispositivo coloca em pauta a observação ao princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres, bem como reforça a conclusão de que a legislação de proteção exclusiva a mulher não fere, de modo algum, mencionada garantia constitucional.

Sem maiores delongas é o que expõe SOUZA e KUMPEL (2007, p. 31):

Por ser o Brasil signatário da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e também da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, em caso de violência é absolutamente constitucional a presença de regramento próprio para a proteção da mulher, de forma que a Lei 11.340/2006 não fere, de forma alguma, o princípio da isonomia ora retratado, visto que em caso de violência instaura-se a vulnerabilidade da mulher. Não sendo caso de violência e não havendo outro bem jurídico superior a proteger, resta resguardada a isonomia em direitos e obrigações para o casal.

Considerando todo o exposto, seja por análise do art. 5.º, I ou do art. 226, § 5º, ambos da Constituição Federal, irrefutável que a Lei Maria da Penha, não melindra o princípio da isonomia ou da igualdade no que tange a igualdade de gêneros, mormente pelo fato de ser permitido ao ordenamento jurídico brasileiro a adoção de mecanismos capazes de proporcionar e garantir maior eficácia de aplicação do princípio em tela. E mais, porque atualmente tem se interpretado eludida legislação conforme a garantia Constitucional em testilha e, por conseguinte, leva-se em consideração a vulnerabilidade da pessoa na esfera doméstica e familiar e não mais o gênero feminino da vítima.

Todavia, após a o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4424, passou-se a afrontar o princípio da isonomia ou da igualdade no tocante a igualdade entre cidadãos, como será melhor abordado em subtópicoa *posteriori* (5.5).

Assim sendo, se faz forçoso ponderar sobre alguns aspectos relevantes previstos em determinados dispositivos constantes da aludida legislação, bem como a análise destes artigos frente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424 .

5.2 Da Representação Prevista no Art. 12, Inciso I, da Lei 11.340/06

A título de conhecimento, e para melhor desenvolvimento desta monografia é viável ponderar de maneira introdutória sobre o conceito, classificação, espécie e condições da ação.

Inicialmente ação penal nada mais é do que o direito de pedir ao Estado, representado pelo magistrado, a aplicação do direito material, ou seja, o emprego do direito penal a um caso concreto.

Neste contexto, CAPEZ (2010, p. 153):

É o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a consequência satisfação da pretensão punitiva.

A ação penal *latu senso* se caracteriza por se tratar de um direito autônomo, não podendo ser confundida com o próprio direito material cujo seu foco é tutelar. Sendo também um direito previsto abstratamente, pois independe do resultado do processo. Por fim, se trata de uma atividade jurisdicional pública.

Fundando-se em um critério de classificação subjetivo, em função da qualidade do indivíduo que detém a sua titularidade, a ação penal pode ser pública ou privada, sendo titular o Ministério Público ou a vítima e seu representante legal, respectivamente, conforme previsão expressa no art. 100, “caput”, do Código Penal.

Em se tratando de ação penal pública, esta pode ser subdivida em ação penal pública condicionada e incondicionada. Nas ações penais públicas condicionadas o *procurador* iniciará a ação independentemente da vontade do ofendido. Já na segunda hipótese, a atitude do Promotor de Justiça fica intimamente condicionada, como o próprio nome sugere, a vontade da vítima ou de seu representante legal.

O ordenamento jurídico penal brasileiro ainda prevê a possibilidade de a ação penal ser exclusivamente de iniciativa da parte. Logo, se tratando de ação penal privada, a qual não possui importância para este trabalho de pesquisa.

A respeito da temática, o art. 100, “caput”, do código Penal prevê: *a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privada ao ofendido.*

A razão de ser da subdivisão da ação penal funda-se no fato de que o Estado e apenas este é quem possui o *jus puniendi*, confirmado pelo princípio da soberania o qual rege o Estado. Destarte, a prática de qualquer infração penal é

tutelada pelo poder de punir deste com a aplicação do direito penal objetivo, assegurando, assim, os interesses sociais e a ordem jurídica.

No entanto, existem alguns ilícitos que atingem estritamente a esfera íntima e pessoal do indivíduo e, desta forma, o Estado respeita a vontade do próprio ofendido ou de seu representante legal, a fim de respeitar que a intimidade da vítima seja novamente ofendida com a publicidade, via de regra, da propositura de uma ação penal.

Atinente à situação, os dizeres de TOURINHO FILHO (2011, p. 382):

O Estado prefere, então, deixar ao arbítrio do ofendido a apreciação dos interesses familiares, íntimos e sociais que podem estar em jogo. Concedelhe o Estado o direito de julgar da conveniência ou inconveniência da propositura da ação. O Estado, portanto, condiciona o seu poder repressivo: se o ofendido manifestar a vontade de ver iniciada a ação penal, esta será iniciada pelo órgão estatal de acusação: o Ministério Público; se o ofendido achar conveniente silenciar, a ação não será promovida.

Ainda, importa dizer que a ação penal, e não tão-somente esta, possui requisitos sem os quais não se pode exercer o direito de ação por parte do titular.

Assim, se faz impetuoso a observação das condições que a tornam válida dentro de um processo, quais sejam, a reparação a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade ativa ou passiva *ad causam*.

Feita devida introdução, essencial tratar sobre a representação prevista no inciso I, do art. 12, da Lei Maria da Penha.

Previa a legislação em testilha o instituto jurídico da representação, ou seja, para os ilícitos que são cometidos sob o manto da Lei 11.340/06, cuja ação penal se processa por ação penal pública condicionada a representação, há necessidade, assim como ocorre em qualquer outro crime cujo processamento se dê sob a égide da mesma modalidade de ação penal, da manifestação de vontade da vítima (representação). Por conseguinte, a Justiça Pública representada pelo órgão do Ministério Público passa a ter legitimidade para atuar no caso.

Enuncia o artigo 12 da Lei Maria da Penha: *em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal seu inciso I: ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada.*

Ante o exposto, forçoso tecer algumas considerações sobre a ação penal pública condicionada a representação.

Como já dito anteriormente, esta espécie de ação penal, de acordo com a classificação quanto ao sujeito – frisa-se, se caracteriza por ser aquela cujo exercício se atrela ou se vincula a uma condição que pode ser a manifestação de vontade da própria vítima ou se seu representante legal.

Segundo CAPEZ (2010, p. 163):

O Ministério Público, titular dessa ação, só pode a ela dar início se a vítima ou seu representante legal o autorizarem, por meio de uma manifestação de vontade. Nesse caso, o crime afeta tão profundamente a esfera íntima do indivíduo, que a lei, a despeito da sua gravidade, respeita a vontade daquele, evitando, assim, que o *strepitusjudicii*(escândalo do processo) se torne um mal maior pra o ofendido do que a punibilidade dos responsáveis. Mais ainda: sem a permissão da vítima, nem sequer poderá ser instaurado inquérito policial (CPP, art. 5.º, § 4º). Todavia, uma vez iniciada a ação penal, o Ministério Público a assumi incondicionalmente, a qual passa a ser informada pelo princípio da indisponibilidade do objeto do processo, sendo irrelevante qualquer tentativa de retratação.

Ademais, por não ser a regra, uma vez que todo e qualquer delito se processa por meio da ação penal pública incondicionada, os ilícitos subordinados a esta representação devem e encontram-se explícitos em lei.

Nota-se, portanto, que a representação legal ao autorizar o início da persecução penal, é uma condição objetiva de procedibilidade, possuindo natureza jurídica processual, incidindo-se, conforme CAPEZ (2010, p, 164):

[...] as regras de direito material intertemporal, haja vista sua influência sobre o direito de punir do Estado, de natureza inegavelmente substancial, já que o não exercício direito de representação no prazo legal acarreta a extinção da punibilidade do agente pela decadência (CP, art. 107, IV).

A representação encontra-se condicionada ao prazo decadencial de 6 (seis) meses, por fulcro no art. 103 do Código Penal. Desta maneira, o direito do ofendido de representação (ou queixa) decai, se não exercido, no período supramencionado, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do ilícito penal.

Outrossim, sabe-se que os crimes cometidos contra a mulher no âmbito doméstico e familiar admitem a prisão em flagrante, mesmo que seja contravenção penal ou aqueles delitos considerados de menor potencial ofensivo.

O artigo 41 da Lei n.º 11.340/06 afasta a atribuição do JECRIM para as infrações penais praticadas contra a mulher. Logo, mesmo que o autor do fato seja encaminhado ao JECRIM ou se comprometa a comparecer, isto não afasta ou afastará a possibilidade deste ser preso em flagrante, uma vez ser vedada a aplicação do art. 69 da Lei 9.099/95.

Com efeito, antes da decisão proferida na ADI 4424, frisa-se, caso os delitos exercidos contra a mulher for de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada, importa a autoridade policial tomar a representação da ofendida contra seu ofensor. E mais, para que se cumpra a formalidade descrita no inciso I, do artigo 12, da Lei Maria da Penha, deve a autoridade policial explicar à vítima os efeitos que surtirão de sua opção, inclusive a possibilidade de prendê-lo ou não em flagrante delito.

Neste patamar, CUNHA e PINTO (2007, p. 60-61):

Nas hipóteses em que a infração penal perpetrada for de ação penal pública condicionada a representação ou de ação penal privada, cumpre a autoridade policial ouvir a vítima, para que esta manifeste sua intenção de representar contra seu ofensor ou de, posteriormente, ajuizar queixa-crime contra ele (desde que se entenda que a ação penal dependa dessa representação). Deve a autoridade policial, ainda, explicar à ofendida as consequências de sua opção no sentido de que, na hipótese de

manifestação positiva, o agressor será preso em flagrante. Ao contrário, se não representar ou não manifestar interesse na posterior propositura da queixa, será ele colocado em liberdade, ante a impossibilidade de lavratura do flagrante.

Além disso, sendo caso de representação para que se efetue a prisão em flagrante, será lavrado o termo de prisão em flagrante delito e, sendo possível a autoridade policial concederá fiança nos termos do art. 322 do Código de Processo Penal ou o agressor pode ter concedida sua liberdade provisória, por fulcro no art. 321 do mesmo *condex*, pois a lei, mesmo sendo incumbida de tanto rigor não traz qualquer impedimento neste sentido.

Entretanto, após o julgamento da ADI 4424 houve a modificação na natureza da ação penal a qual passou de ação penal pública condicionada a representação, nos ilícitos que assim a admitem, para ação penal pública incondicionada, aplica a todas as infrações cometidas contra a mulher no âmbito doméstico e familiar.

5.2.1 Da ação penal pública incondicionada: obrigatoriedade e indisponibilidade

Consoante todo o exposto, faz-se necessário averiguar a situação atual do art. 12, inciso I da Lei 11.340/06, haja vista este ter sido modificado pelo julgamento da ADI 4424 a qual reconheceu pela sua inconstitucionalidade e conferindo hoje, às infrações cometidas contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, a incidência da ação penal pública incondicionada.

O Supremo Tribunal Federal ao decidir neste contexto utilizou – a maioria dos ministros – do pretexto de que, sendo necessária a representação da

ofendida nos casos acima descritos, a legislação em tela detinha sua eficácia restrita, porque aludido fato limitava seu emprego.

Portanto, a posição majoritária do Pretório Excelso acabou por acompanhar ao voto do relator Ministro Marco Aurélio, dando possibilidade ao Ministério Público de iniciar a ação penal sem necessidade de representação da vítima, ou seja, transformando as ações penais de todos os crimes desenvolvidos contra a mulher e de atribuição da Lei Maria da Penha em ações penais públicas incondicionadas, ou seja, declarando a inconstitucionalidade do art. 12, I da Lei Maria da Penha, já comentado em momento anterior.

Sem maiores delongas, é preciso dissertar sobre os princípios que regem esta modalidade de ação penal, para que se possa perceber o excesso de rigorismo da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal ao modificá-la.

Os princípios que governam a ação penal pública incondicionada são basicamente 5 (cinco), quais sejam, o princípio da oficialidade, o da indisponibilidade, o princípio da legalidade ou obrigatoriedade, o da indivisibilidade e, por fim, o princípio da intranscendência.

Porém, para ideal propagação da temática a qual se reporta o presente estudo, desconsiderar-se-ão os princípios da oficialidade, da indivisibilidade e o princípio da intranscendência. Então, importa discorrer sobre os princípios da indisponibilidade e da legalidade ou obrigatoriedade.

Verifica-se a incidência do princípio da legalidade ou obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada o qual consiste na concepção de que identificada a hipótese de atuação do órgão do Ministério Público, este não pode se negar a iniciar a persecução penal processual.

Nas explanações de MEDEIROS (1995, p. 23):

O princípio da legalidade, também chamado de princípio da obrigatoriedade ou da inevitabilidade da ação, tem por causa o interesse da coletividade na atuação do direito penal. Dele resulta que o órgão encarregado da promoção da ação penal não possui faculdades discricionárias. Havendo

indícios suficientes da prática de crime e autoria, o Ministério Público tem a obrigação de promover a ação penal.

No ordenamento jurídico penal brasileiro, para as ações penais públicas incondicionadas vigora este princípio, impondo ao Promotor de Justiça, o oferecimento destas espécies de ações, claro que, uma vez preenchidas as condições mínimas prevista em lei.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal vigora no sistema processual penal sem qualquer aspecto de mitigação, por fulcro no artigo 28 do Código de Processo Penal, salvo nos casos de atribuição da Lei nº. 9.099/95, onde observados requisitos objetivos e subjetivos, existe a faculdade de empregar o instituto jurídico despenalizador da transação penal, como prevê a constituição Federal em seu art. 98, inciso I.

Como um modo de confirmar esta opção política do Estado, o Código de Processo Penal exige, em seu artigo 28, a motivação do representante do Ministério Público ao pugnar pelo arquivamento dos autos do inquérito policial.

Sobre o assunto CAPEZ (2010, p. 159):

O art. 28 do Código de Processo Penal, ao exigir que o Ministério Público exponha as razões de seu convencimento sempre que pedir o arquivamento dos autos do inquérito policial, confirma a opção pelo critério da legalidade, que é implícita no sistema nacional. Em um primeiro momento, o controle do princípio é feito pelo juiz, o qual exerce, neste caso, uma função anormal, e, em um segundo, pelo procurador-geral de justiça.

Pois bem. Com o oferecimento da ação penal representante do Ministério Público dela não pode mais dispor, uma vez que para a ação penal pública incondicionada vale o princípio da indisponibilidade (art. 42, CPP).

Este princípio encontra-se em sintonia com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois de nada adiantaria a adoção deste (princípio da

obrigatoriedade) se o titular da ação penal pudesse, “a posteriori”, dela desistir ou transigir.

Verifica-se que o princípio em testilha abarca eventual matéria recursal, conforme o art. 576 do código de Processo Penal.

A respeito do objeto, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

O caráter indisponível da ação penal permite que o juiz reconheça na sentença a ocorrência de circunstancia qualificadora mencionada na denúncia, a despeito de o Ministério Público, nas alegações finais, haver se manifestado por sua exclusão (HC 73.339-SP, rel. Min. Moreira Alves, *jornal informativo do STF*, n. 27, p. 1).

Mencionado princípio da indisponibilidade não vigora no caso dos delitos que contemplam a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), desde que observados os requisitos para tanto.

Claro que o Promotor de Justiça poderá pedir pelo arquivamento ou pela absolvição do ora acusado. Entretanto, sempre devendo preservar pelo princípio da indisponibilidade.

De outra banda, após o julgamento da ADI 4424, bem como pela mudança da natureza da ação penal nos crimes de atribuição da Lei n.º 11.340/06, hoje, mais do que nunca, se admite a prisão em flagrante delito do agressor, uma vez que, por se tratar de ação penal pública incondicionada não há mais necessidade de se tomar a termo a representação da ofendida.

Todavia, a prisão em flagrante somente poderá ocorrer desde que preenchidos os requisitos previstos em lei, conforme art. 302 do Código de Processo Penal.

Desta feita, com a alteração da ação penal nos casos de crime praticados no âmbito doméstico e familiar e, por consequência, de incidência da Lei

Maria da Penha, decorrente da deliberação da Suprema Corte Constitucional, fundamental tecer que não se passa de uma lástima decisão.

Esta decisão fere nitidamente o princípio da proporcionalidade, uma vez que cabe à ofendida o poder de escolha no caso de infrações penais sofridas em que a lei, por serem mais brandas e atingirem diretamente a pessoa e apenas esta, confere esta titularidade, de acordo com o que será exposto em tópico específico. Sendo esta opção a principal razão de existência desta modalidade de ação, a qual o legislador menciona no próprio tipo penal ou em disposições finais.

E mais, embora os argumentos tendenciosos a garantir uma maior eficácia desta legislação, porque talvez, em determinados casos, a ofendida tenha receio em representar contra seu ofensor, o direito processual penal não deve ser o meio utilizado para solucionar referida questão.

Cuida-se, enfim, de questão social, haja vista ser notório que muito das vítimas ainda mantém a relação afetiva com o seu agressor. Logo, não se trata de assunto jurídico, a qual o ordenamento deve amparo.

5.3 Da Retratação da Representação – art. 16

A Lei Maria da Penha, anteriormente ao julgamento da ADI 4424, previa o instituto da retratação.

O art. 16 da Lei nº. 11.340/06 emana a possibilidade de renúncia à representação, cujo crime se processe por ação penal pública condicionada, perante o juiz em audiência especialmente destinada a tal finalidade, antes do oferecimento da denúncia e ouvido o representante do Ministério Público.

Em verdade, é patente a impropriedade terminológica do legislador, pois quando este fala em renúncia, quis dizer, na real, em retratação. Destarte, renúncia pressupõe matérias atinentes a direito. Já a retratação vincula-se a desistência de um ato já praticado. Frisa-se, desistência é gênero que abrange tanto a renúncia quanto a retratação.

O instituto da retratação para a maior parte da doutrina brasileira consiste em um pedido de desculpas pleno, devendo ser exclusivamente voluntário. Assim, afere-se não apenas e tão-somente o pedido de desculpas em si, mas também a busca da verdade real dos fatos.

Corroborando com o tema, leciona (ALBECHE, 2009, p. 23): *Por trás do instituto da retratação há uma das principais virtudes que o ser humano pode ter, qual seja, a de perceber, por sua consciência e após uma reflexão sobre a conduta praticada, que agiu incorretamente.*

Ademais, parti da doutrina e jurisprudência interpreta a retração como sendo um ato unilateral de manifestação de vontade. Então, não havendo necessidade da concordância da outra parte.

Citado instituto encontra-se previsto no artigo 102 do Código Penal, bem como no artigo 25 do Código de Processo Penal, além do art. 16 da Lei n.º 11.340/06, acima mencionado.

A legislação em tela concebe uma condição da formalidade, mesmo sendo a representação (art. 12, I, Lei n.º. 11.340/06) um ato informal. O legislador exige a ratificação da vontade negativa diante do magistrado, em audiência própria para isto. Excepcionando a regra constante no art. 102, do CP e no art. 25, do CPP.

Para CUNHA e PINTO (2007, p. 77):

Parece que a intenção do legislador, no entanto, foi de cercar a retratação da ofendida da mais ampla garantia de independência, impondo que a audiência seja realizada na presença do juiz e do promotor, tudo de forma a preservar a veracidade e espontaneidade da sua manifestação de vontade.

A audiência prevista não é obrigatória, pois o órgão de acusação, antes do oferecimento da denúncia, não precisa, necessariamente, pugnar pela realização desta. Sendo que a audiência só será designada no caso da ofendida ou seu representante legal manifestar interesse na retratação.

No tocante a temática, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A audiência prevista no referido artigo não é obrigatória para o recebimento da denúncia, como sustentava a defesa. Ela é facultativa e deve ser provocada pela vítima, caso deseje, antes de recebida a denúncia, o que não ocorreu no caso em questão. (Habeas Corpus 109176, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

Ainda, há quem sustentasse, que o agressor quando devidamente identificado, devesse obrigatoriamente ser intimado desta audiência preliminar (ofensor e seu respectivo defensor quando houver a presença deste), pois, caso contrário, configurada estava a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, principalmente porque não havendo confirmação da representação, extingue-se o direito de punir do Estado – perda do *jus puniendi*.

Segundo NUCCI (2006, p. 874):

Se o agressor já estiver indiciado e, especialmente, se possuir advogado constituído, não nos parece correto que a audiência seja designada sem a sua intimação (tanto a do agressor, quanto a do defensor). Fere-se o princípio constitucional da ampla defesa. O ato de retratação da representação pode implicar na extinção da punibilidade, logo, de interesse do agente do delito.

Com a decisão articulada pelo Pretório Excelso pela inconstitucionalidade deste dispositivo, não existe contingência de atribuição da retratação nas infrações penais cometidas no âmbito doméstico e familiar e de competência da Lei Maria da Penha.

Com efeito, por mais uma vez, peca o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4424, justamente pelo fato de que não se trata de assunto cujo ordenamento brasileiro com o direito penal e direito processual penal deva apadrinhar, sendo este *ultima ratio*. Além de afronta ao postulado normativo da proporcionalidade pautado no princípio da proibição de excesso e o princípio da proteção deficiente – analisado pormenorizado no tópico 5.2.

5.4 Da Lei nº. 9.099/95 e sua aplicação na Lei Maria da Penha

A Constituição Federal promulgada em 1988 estabelece, no art. 98, inciso I, que a *União, o Distrito Federal e Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.* Com o propósito de regulamentar esse preceito constitucional, foi promulgada a Lei nº 9.099, em 26 de setembro de 1995, a qual definiu infração de menor potencial ofensivo e instaurou as regras para a transação penal e para o procedimento sumaríssimo.

Outrossim, além da previsão constitucional, uma das razões para a criação dos juizados especiais foi a desburocratização. Um processo menos formalista torna o ordenamento mais célere e eficiente, produzindo uma maior acessibilidade para a sociedade com relação aos meios alternativos de solução dos conflitos de interesse, principalmente pela conciliação.

Os juizados especiais e sua criação levam também, a um desafogamento de demandas nas varas criminais. Ainda, o princípio da celeridade evita, na maioria dos casos, a prescrição dos ilícitos penais cumulados com penas

pequenas. E mais, há contingência de ressocialização do autor da infração pela não-reincidência.

Com relação à Lei Maria da Penha esta foi criada para os casos decorrentes de violação doméstica e familiar. Logo, com o intuito de conceder maior eficácia à aplicação da legislação em tela, a lei veda expressamente a eventual possibilidade de se aplicar o procedimento descrito na Lei n.º 9.099/95.

Neste diapasão CUNHA e PINTO (2007, p. 131):

Não se deve ignorar que um dos métodos de interpretação da lei é exatamente o histórico, baseado na investigação dos antecedentes da norma, assim entendidos o projeto de lei, sua justificativa, exposição de motivos, discussão, emendas etc. sob esta perspectiva a *ratio legis* foi sem dúvidas, no sentido de afastar o raio da incidência da Lei 9.099/95 dos crimes praticados contra a mulher com violência doméstica e familiar.

Portanto, com a proibição de atribuição da lei do JECRIM que, como dito, instituiu o procedimento sumaríssimo para os delitos considerados de menor potencial ofensivo, a qual é regida, mormente pelo princípio da celeridade e economia processual, bem como estabelece os institutos despenalizadores da composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo (embora este se aplique a qualquer procedimento, desde que o crime tenha pena mínima cumulada igual ou inferior a 1 ano), acaba por excluir por completo a aplicação destes princípios e institutos aos delitos praticados contra a mulher.

Desta maneira, em um primeiro enfoque o art. 41 fere o art. 98, I da Constituição Federal e, portanto, surge, ou melhor, surgiram na doutrina e na jurisprudência brasileira, posições apontando para a inconstitucionalidade do art. 41 o qual traz proibição em tela.

Entretanto, aludida questão se encontra pacificada, haja vista ter o Pretório Excelso declarado a constitucionalidade deste artigo em decisão proferida na ADI 4424 em 09 de fevereiro de 2012.

Feitas estas breves considerações, se faz impetuoso tecer comentários jurídicos acerca do art. 41 da Lei Maria da Penha. Veja-se.

5.4.1 Comentários ao art. 41 da Lei Maria da Penha

A priori, há necessidade de se esmiuçar do que realmente quis o legislador expor ao formular o art. 41 da lei em tela. Veja-se: “Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei. 9099/95, de 26 de setembro de 1995”.

O dispositivo menciona a palavra “crime”, logo, em uma análise superficial, para as contravenções penais se poderia incidir a lei que instituiu o JECRIM.

Contudo, hoje a matéria está pacificada, pois o Supremo Tribunal Federal já reconheceu no HC 106.212 no sentido de que onde se encontra escrito a palavra “crime” leia-se “delito”. Portanto, de forma mais abrangente incluindo tantos os crimes contra as contravenções. Verifica-se o Acórdão a seguir:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 -ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 -AFASTAMENTO DA LEI Nº9.099/95 - CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 - mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 - no processo-crime a revelar violência contra a mulher.(Processo: HC 106212 MS; Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 24/03/2011; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJe-112 DIVULG 10-06-2011; PUBLIC 13-06-2011).

A interpretação errônea conferida ao artigo antes da manifestação da Suprema Corte Constitucional, desencadeou uma série de afrontas a proibição expressa em lei, tanto é que fora necessário julgamento do mais alto grau de

jurisdição para pacificar a referida questão. Ademais, a própria ADI 4424, objeto de estudo desta monografia, se preocupou em tratar sobre a constitucionalidade do art. 41, da Lei 11.340/06, com o propósito de esclarecer, de vez, as desavenças surtidas por este dispositivo.

No mesmo patamar, pela má aplicação do art. 41, após a decisão prolatada pelo Pretório Excelso (ADI 4424), decorre uma série de efeitos processuais extremamente relevantes, como se demonstrará *a posteriori* em tópico reservado (6.1 e 6.2)

Sendo assim, a opção do legislador ao vedar a atribuição da Lei 9.099/95 às infrações penais cometidas com a mulher no âmbito doméstico possui por principal razão uma maior garantia da eficácia de aplicação da Lei Maria da Penha a estes casos, como já exposto anteriormente.

O art. 41 então revela que o legislador quis afastar a competência dos Juizados Especiais Criminais, os seus princípios informadores, bem como o rito sumaríssimo e seus institutos despenalizadores.

5.5 Do “Princípio” da Proporcionalidade

Conclui-se pela ideia de que a vedação de eventual incidência da Lei 9.099/95, bem como a alteração da ação penal para os ilícitos cometidos contra a mulher no âmbito doméstico e familiar melindra o “princípio” constitucional da proporcionalidade. Veja-se.

Inicialmente, observa-se que o conhecido princípio da proporcionalidade, na verdade, cuida-se de um postulado normativo, ou seja, são normas metódicas e se prestam a organizar a aplicação das regras - normas e dos princípios.

A denominação conferida ao postulado normativo da proporcionalidade como sendo princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade – como é tratado por parte dos autores, mas que no momento, por ser o tema objeto de estudo restrito,

não será abordado com precisão por este trabalho – não é de todo errônea. No entanto, tecnicamente o correto é postulado normativo.

Nas palavras de ÁVILA (1999, p. 175):

[...] pode-se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.

E para MOREIRA (*Ajuris* n. 68, p. 15):

Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade. Cabe verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites determinados pela necessidade; ou se, contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, ou se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar-se dos dois males, se escolheu realmente o menor.

Através do “princípio da proporcionalidade”, deve-se considerar se a relação entre o meio escolhido e o fim almejado são proporcionais. Além disso, este de caracteriza quando a vantagem obtida ao final superar eventuais prejuízos da limitação imposta a diferentes interesses também protegidos.

Na acepção de CANOTILHO (1998, p. 263):

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

O “princípio” da proporcionalidade decorre da própria constituição Federal, uma vez que emana do próprio Estado Democrático de Direito. Sendo considerado, por uma parte da doutrina, como um “princípio” implícito.

Contudo, sobre esta mesma temática há quem defenda que a proporcionalidade decorra do art. 5º, § 2º, haja vista se encontrar expresso no Pacto de San José da Costa Rica.

Em uma análise superficial, sinteticamente, avalia se a restrição imposta pelo Estado é legítima ou ilegítima.

O postulado normativo da proporcionalidade pode ser empregado em sentido amplo, possuindo íntima relação com os princípios como, por exemplo, o princípio da igualdade e da legalidade.

Em eventual atribuição do postulado normativo da proporcionalidade, deve-se ponderar sobre as submáximas da adequação, ou seja, relação que se estabelece entre o meio (restrição) e o fim (finalidade daquela); analisa-se necessidade, bem como a proporcionalidade em sentido estrito (no caso em concreto consideram-se os bens jurídicos em conflito).

São estes os ensinamentos de Zavaski(1995, p. 398):

- a) 'princípio da necessidade', segundo o qual a regra de solução (que é limitadora de direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não foi possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão;
- b) 'princípio da menor restrição possível', também chamado de 'princípio da proibição de excessos' que está associado, sob certo aspecto, também ao 'princípio da proporcionalidade', segundo o qual a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida;
- c) 'princípio da salvaguarda do núcleo essencial', a rigor já contido no princípio anterior segundo o qual não é legítima a regra de solução, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles, ou lhe retira a sua substância elementar.

Conclui-se, a partir daí, que este postulado normativo deve ser examinado sob duas vertentes, quais sejam, sob o princípio da proibição da proteção deficiente e sob o princípio da proibição do excesso.

Como preliminar, entende-se por princípio da proibição da proteção deficiente (classificado como garantismo positivo) como sendo aquele em que não é permitido à lei ou ao Estado uma certa diminuição relacionada a tutela dos direitos

fundamentais. Assim, o Estado na pessoa de seu legislador e do juiz não pode desconsiderar os meios de amparo, inserindo-se os de natureza penal, para testificar um direito fundamental.

Em suma: o princípio da proibição da proteção deficiente é utilizado para evitar o apoio penal não suficiente.

Noutra banda, o princípio da proibição do excesso (classificado como garantismo negativo) se apresenta como sendo o princípio pelo qual, para que se atinja um determinado fim ou uma finalidade, deve ser adotado um meio totalmente adequado, evitando-se, ao máximo o excesso de limitação de um direito fundamental, ou seja, sendo a proteção do suposto autor de um ilícito contra os abusos que possam vir a serem cometidos em decorrência do *jus puniendi*.

Importante citar MAGALHÃES GOMES (2003, p. 59):

[...] este princípio desempenha importante função dentro do ordenamento jurídico, não apenas penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que merecem uma tutela diferenciada (penal) e das que não a merecem, assim como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas; além disso, conforme enunciado, constitui importante limite à atividade do legislador penal (e também do seu intérprete), posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.

Observa-se que o postulado normativo da proporcionalidade deve ser aplicado de maneira mais proveitosa possível, como meio de interpretação, uma vez se tratar de um “princípio” favorável para a perseguição de uma solução conciliatória entre os direitos fundamentais em jogo, ou seja, contradição entre bens jurídicos que ocupam a mesma colocação no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, o “princípio da proporcionalidade”, por melhor dizer, não fora observado nem antes da decisão decorrente do julgamento da ADI 4424 e muito menos depois desta, o que parece tornar a norma inválida, pois sob a égide das vertentes acima apontadas, tanto a alteração com relação à ação penal agora atribuída aos delitos cometidos contra a mulher no âmbito doméstico e familiar,

quanto à vedação de aplicação da Lei 9.099/95 ferem o postulado normativo em testilha.

Ora, salta aos olhos o excesso de rigor advindo do posicionamento do Pretório Excelso e sua deficiência na proteção dos bens jurídicos dos supostos agressores das ofendidas.

A deficiência se comprova pela diminuição que a lei passa a trazer ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (não observando o devido processo legal, porque não segue as etapas previstas em lei), bem como ao princípio da igualdade (não a igualdade de gênero, mas a igualdade entre cidadãos) com relação à pessoa do ofensor, pois mesmo nos casos de delitos que se processam mediante ação penal pública condicionada a representação, expressos em lei, houve modificação da natureza da ação para pública incondicionada, sob os dois fundamentos de justificação utilizados, ou seja, a dignidade da ofendida e a “eficácia” da Lei 11.340/06.

No tocante ao princípio da proibição do excesso, existe exagero de restrição de um ou mais direitos fundamentais do ofensor (acima citados) em detrimento de outro, qual seja, a dignidade do sujeito passivo nos delitos de competência da lei em tela; não se observando a ótica da necessidade e da adequação.

O rigorismo da alteração da ação penal e na confirmação da não incidência da Lei dos Juizados Especiais trata de meios não adequados e muito menos necessários para que se garanta total e suposta eficiência da Lei Maria da Penha, uma vez que não há uma relação entre o meio utilizado e o fim, bem como pelo fato de que existem outros meios alternativos àquele escolhido no julgamento da ADI 4424.

Aliás, não somente utilizando de argumentação jurídica, mas é gritante que a eficácia ou não da legislação de proteção a mulher em comento se tratar de questão social ou sócio-cultural, uma vez que, em grande parte dos casos, as vítimas continuam a conviver com seus ofensores. Logo, podendo causar uma desagregação muitíssimo maior no seio da família envolvida.

Ad argumentandum, questão social pode ser entendida pelo conjunto de expressões relacionadas às desigualdades sociais. Para sua regulamentação é impetuoso a implementação de políticas públicas, sendo, portanto, assunto a ser mais bem tratado por profissionais como os Assistentes Sociais.

Ainda, como já visto nesta monografia, o Direito Penal é a última razão ou último meio, por fulcro no princípio da intervenção mínima, nada podendo ou devendo interferir, nem mesmo quando um assunto social tome determinada proporção. Necessitando, *a priori*, o esgotamento de todas as vias ordinárias possíveis e alcançáveis, neste caso, no que tange aos meios extrajudiciais e não as via judiciais como, por exemplo, o direito civil. Sendo o Direito Penal o meio extraordinário de solução destes litígios.

Da interpretação do princípio da intervenção mínima nota-se que em um sistema normativo punitivo a o meio extremado de imputação como é do Direito, mormente o Direito Penal, este não poderá ser exercido como única forma de controle social, uma vez que este fato o banalizaria, sendo sua atuação subsidiária.

Insta salientar que sob o asilo do postulado normativo da proporcionalidade, deve-se considerar a pena abstrata prevista aos delitos que possam a vir a ser praticados contra a mulher no âmbito da Lei Maria da Penha e não, como quer o art. 41, ponderar sobre o gênero da vítima, no caso mulher.

Portanto, tem-se, os crimes cujas sanção penal seja elevada devem-se processar através da ação penal pública incondicionada, já os que cominam pena menor processam-se mediante ação penal pública condicionada ou ação penal privada, a depender do caso concreto.

Na verdade, uma das formas para que se garanta maior eficácia de incidência da Lei 11.340/06, bem como se resguarde o postulado normativo da proporcionalidade, no máximo, deve-se permitir a atribuição da Lei 9.099/95 no que couber, sendo proibido apenas a aplicação dos institutos despenalizadores, salvo o “sursi processual” que, como mencionado, embora previsto na Lei que instituiu o JECRIM, se aplica a todo e qualquer procedimento. Destarte, para que até este seja vedado, o ideal seria que o legislador expressamente assim o falasse.

Nesta esteira de raciocínio, encontram-se os casos como do art. 94 do Estatuto do Idoso. Ocorrendo a atribuição deste dispositivo, aplicar-se-á a Lei 9.099/95. No entanto, não incide os institutos despenalizadores como sendo direito do autor do fato, conforme decisão do STF na ADI 3096.

Desta feita, o artigo 41 sempre afrontou diretamente a Constituição Federal, porque não observa o postulado normativo da proporcionalidade e suas duas vertentes, quais sejam, o princípio da proibição da proteção deficiente e o princípio da proibição do excesso, não sendo adequado, necessário e muito menos razoável ou proporcional a vedação constante de sua redação.

5.6 Da Inconstitucionalidade da Decisão Proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4424

O objeto principal da ADI 4424 fora a interpretação conforme a Constituição Federal dos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei n.º 11.340/2006, buscando a não aplicação, em nenhuma hipótese, da Lei 9.099/95 aos crimes cometidos no âmbito doméstico e familiar; a alteração do processamento da ação penal para ação penal pública incondicionada, mesmo nos casos onde o delito inicia-se mediante ação penal pública condicionada a representação por previsão legal e, ao final, a impossibilidade, por óbvio de retração, conforme já dito anteriormente.

Conclui-se, diante de tudo, pela inconstitucionalidade dos argumentos provenientes da decisão do Supremo Tribunal Federal ao atribuir às infrações penais cometidas contra a mulher no âmbito doméstico e familiar a ação penal pública incondicionada que, por sua vez, retira a aplicação do instituto da retração, bem como pela inconstitucionalidade em reconhecer a constitucionalidade do art. 41, mormente porque melindra o princípio, por melhor expor, da proporcionalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos com previsão constitucional.

Verifica-se a inconstitucionalidade dos argumentos referentes ao julgamento na ADI 4424, pelo simples fato de que, não é se alterando a titularidade da ação penal, quando essa a requer (casos de ação penal pública condicionada a representação) – inconstitucionalidade do art. 12, I – que irá se garantir supostamente uma maior eficácia de atribuição da Lei Maria da Penha.

Em muitos casos, a própria ofendida mantém a convivência com seu ofensor e, sendo assim, implicaria em ofensa a dignidade da pessoa humana, pois as mulheres que optam por não exercer o direito de representação contra seu agressor estão somente exercendo o núcleo substancial do princípio em tela já que cada uma tem o direito de ser “senhora” do seu próprio destino.

Acerca da matéria, a argumentação de PELUSO na deliberação sobre a ADI 4424 (2012, s.p):

Isso significa o exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do ser humano pelo seu destino. O cidadão é o sujeito de sua história, é dele a capacidade de se decidir por um caminho, e isso me parece que transpareceu nessa norma agora contestada.

E mais:

Não posso supor que o legislador tenha sido leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Ele deve ter levado em consideração, com certeza, elementos trazidos por pessoas da área da sociologia e das relações humanas, inclusive por meio de audiências públicas, que apresentaram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal.

Outrossim, atenta contra o princípio da proporcionalidade, como supramencionado, uma vez não ser adequado, necessário e muito menos proporcional (*stritu sensu*) a aplicação de referida medida. Ainda, melindrando a vertente baseada no princípio da proibição da proteção deficiente e no princípio da proibição do excesso.

Uma coisa é clara, deve-se ponderar sobre o princípio da proibição da proteção deficiente. Todavia, é patente o excesso, isso porque há demasia de limitação de um ou mais direitos fundamentais do ofensor, quais sejam, a sua dignidade, bem como não se respeitando a sua igualdade ante os cidadãos.

Com relação a declaração pela constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/06, também nota-se, em verdade, pela inconstitucionalidade deste posicionamento, tendo igualmente em vista a afronta ao princípio da proporcionalidade, como exposto acima. Este dispositivo, desde a sua elaboração sempre possuiu e possuiu equívocos inconstitucionais, pois fere o art. 98, I da Constituição Federal.

Neste caso, o ideal seria que o legislador ao elaborá-lo tivesse se preocupado em não aplicar somente os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95. Desta forma, há contingência em garantir a eficácia da Lei Maria da Penha, mas sendo-lhe atribuída os princípios informadores do JECRIM, nos casos que assim permitir.

No mesmo sentido também a argumentação de PELUSO no julgamento da ação Direta de Inconstitucionalidade em tela (2012, s.p):

Sabemos que a celeridade é um dos ingredientes importantes no combate à violência, isto é, quanto mais rápida for a decisão da causa, maior será sua eficácia. Além disso, a oralidade ínsita aos Juizados Especiais é outro fator importantíssimo porque essa violência se manifesta no seio da entidade familiar. Fui juiz de Família por oito anos e sei muito bem como essas pessoas interagem na presença do magistrado. Vemos que há vários aspectos que deveriam ser considerados para a solução de um problema de grande complexidade como este.

Notória a presença de inconstitucionalidade nos fundamentos da decisão, pois o Direito deve, necessariamente, ser visto como *ultima ratio*, ou seja, como o mais severo e gravoso meio de se ter o controle social, precisa ser aplicado apenas em casos extremos.

Aliás, não precisa ir muito além, máximas populares tendem a confirmar este raciocínio, ao menos em sede de incidência da Lei Maria da Penha, pois como

bem se sabe em briga de marido e mulher não se mete a colher ou ainda, o que se passa na cama é segredo de quem ama.

6 DAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Tecidas as devidas considerações sobre a inconstitucionalidade dos argumentos referentes ao julgamento proferido pelo Pretório Excelso na ADI 4424, cumpre estabelecer as implicações práticas da aludida decisão.

6.1 Da Análise da Representação ante a Deliberação do Pretório Excelso

Antes do Supremo Tribunal Federal se manifestar, primeiramente, pela alteração da ação penal nos ilícitos perpetrados contra a mulher no ambiente doméstico e familiar havia a possibilidade de designação de audiência para representação da vítima perante a autoridade judiciária e também a incidência do instituto da retração, claro, nos casos processados por ação penal pública condicionada à representação.

Ocorre que, com o posicionamento do STF no sentido de que, em se tratando de crimes praticados sob a égide da Lei Maria da Penha, todos eles processar-lhe-ão mediante ação penal pública incondicionada com instauração de inquérito policial, independente do delito em si.

Sendo assim, resta ponderar como fica a situação do agressor no caso em que a citada audiência se encontrava com data e horário marcado, mas adveio a decisão da Suprema Corte Constitucional modificando este fato, uma vez que o julgamento de uma Ação direta de Inconstitucionalidade possui efeito, a princípio, efeito *extunc*.

Logo, há que se refletir sobre os efeitos decorrentes do julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e a observância ao princípio previsto no artigo 2º do Código de Processo Penal o qual emana que o tempo rege o ato.

Este pensamento é atribuído para as normas que são verdadeiramente processuais, por consequência, mantêm-se os atos já praticados, sendo aplicada a modalidade de ação que vige ao tempo do cometimento do fato – *tempuzregitactum*.

Surgiu, eventualmente, uma maior discussão na doutrina e na jurisprudência em relação as normas processuais de natureza mista (materiais) – a exemplo encontra-se o direito de queixa e o direito de representação onde, para uma primeira corrente, no caso, chamada de corrente restritiva, aeficiência no tempo deve proceder de acordo com o que dispõe o artigo 2º “caput” e parágrafo único do Código Penal. Por conseguinte, caso se trate de norma mais favorável ao suposto agressor, esta tem que retroagir para seu próprio benefício, caso contrário, deve-se aplicar a lei revogada.

Em divergência, aparece uma segunda corrente reconhecida como corrente ampliativa, a qual emana no sentido de que as normas que geram reflexos no direito da liberdade do indivíduo, ou seja, *jus libertatis*, atribui-se a irretroatividade da lei mais grave.

Embora o empasse doutrinário acima disposto, aplica-se sempre o princípio da irretroatividade da lei mais severa.

Logo, para preservar os efeitos decorrentes do julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como por total observância ao princípio previsto no artigo 2º do Código Penal, não se deve aplicar de imediato o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, mesmo por que há prejuízo para o agente ofensor, sendo este posicionamento ser extremamente lamentável.

6.2 Da Incidência dos Institutos Despenalizadores antes do Julgamento da ADI 4424

Anteriormente ao julgamento da ADI 4424 verificava-se a possibilidade do Promotor de Justiça oferecer a proposta da transação penal ou *sursi processual*, nos casos das infrações cometidas no ambiente doméstico e familiar contra a mulher.

Embora art. 41 da Lei Maria da Penha vedasse, como hoje também proíbe, a incidência da Lei do JECRIM a estas espécies de crimes, o membro

representante do órgão do Ministério Público poderia assim proceder requerendo a aplicação destes institutos despenalizadores através de um incidente de inconstitucionalidade do disposto supramencionado, cabendo ao juiz aceitar ou não mediante o controle difuso de constitucionalidade.

Neste diapasão, o precedente jurisprudencial:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 - RECURSO MINISTERIAL - PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 - VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE - DECISÃO MANTIDA - COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - IMPROVIDO. (Processo: RESENSES 23422 MS 2007.023422-4; Relator(a): Des. Romero Osme Dias Lopes; Julgamento: 26/09/2007; Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal; Publicação: 24/10/2007; Parte(s): Recorrente: Ministério Público Estadual; Recorrido: Paulino José da Silva).

Da análise deste acórdão, verifica-se que mesmo que trate de violência contra a mulher na esfera doméstica e familiar, a lei possui vício de inconstitucionalidade.

Sobre o assunto, o *Paquetoferecia*, por exemplo, a suspensão condicional do processo, seja por conta do art. 89 da Lei n.º 9.099/95 ser atribuído a todo e qualquer procedimento, como sendo um direito subjetivo do autor do fato criminoso, ou seja, por via do controle difuso de constitucionalidade (conforme exposto), em que o Ministério Público requer a aplicação dos institutos despenalizadores da legisla em tela e o juiz concede – questão incidental no processo, deve-se aplicar a modulação dos efeitos decorrente do julgamento da ADI 4424.

Ainda, a mesma ideia também poderia ser aplicada nos casos em que o juiz reconheceu, também através do controle difuso de constitucionalidade – frisa-se, a inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei n.º 11.340/06, permitindo que o Promotor de Justiça fizesse a proposta de transação penal ou a composição civil dos danos.

Pois bem. Após a decisão emana pelo Pretório Excelso, posição esta objeto deste trabalho, não existe mais a possibilidade de se atribuir aos delitos praticados no âmbito doméstico e familiar e de competência da Lei Maria da Penha,

pois a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424 confirma a constitucionalidade do art. 41 (dispositivo este que antes admitia o reconhecimento de sua inconstitucionalidade).

Nesta esteira, deve ser realçada uma determinada questão, qual seja: como ficam os casos ou processos onde encontra-se presente o instituto da transação penal ou da suspensão condicional do processo, uma vez que, como bem se sabe (aliás já fora dito nesta monografia) que os efeitos decorrentes do julgamento de uma ADI são *erga omnes* e *extunc*?

Percebe-se, na problemática levantada, que a solução mais razoável seria que o Supremo Tribunal Federal tivesse que fazer incidir em sua decisão a modulação dos efeitos *extunc ex nunc*.

Em linhas gerais, a modulação dos efeitos de um julgamento proferido em uma Ação direta de Inconstitucionalidade é permitida pelo art. 27 da lei n.º 9.868/99, pelo qual se conclui ser absolutamente admissível a modulação dos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF de lei ou ato normativo federal.

Desta feita, a modulação dos efeitos somente é concedida para preservar o princípio da segurança jurídica e o interesse social. Claro, para que este fato possa acontecer o Pretório Excelso, por maioria de dois terços dos ministros, pode limitar os efeitos gerais de sua decisão sem, entretanto, que isto melindre o princípio da legalidade, conforme já dito em capítulo anterior (4.3.1 A modulação dos efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade (*extunc ex nunc*) e o princípio da legalidade).

Assim sendo, o ordenamento jurídico brasileiro, mediante o seu legislador elegeu um modelo diferenciado, em que é legítima a afirmação de nulidade parcial da norma e não somente a nulidade total. Destarte, só os dispositivos inconstitucionais são ou serão considerados nulos, havendo uma adaptação do princípio da legalidade em casos como este.

Ademais, por não se tratar de uma das causas de revogação, tanto do “sursi processual”, quanto da transação penal devem ser mantidos estes institutos até que o ofensor os cumpra e, por conseguinte, tenha extinguido a sua punibilidade. Não podendo o sujeito que esteja cumprindo o instituto do “sursi processual” ou o da transação penal não pode ter sua situação piorada, salvo se ocorrer uma das causas de revogação destes, como citado.

Em se tratando de composição civil, não resta outra alternativa a não a execução da sentença homologatória do acordo, pois cuida-se de título executivo judicial o que permite a busca no juízo cível dos bens do autor da infração penal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado, o advento da Lei 11.340/06 cuidou-se de uma refutação política às condenações internacionais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Organização dos Estados Americanos.

Desta feita, muito embora a lei em tela tenha sido elaborada tendo como sujeito passivo a figura da mulher, hoje, sabe-se que, na verdade e por interpretações conforme a Constituição Federal, a legislação deve ser atribuída tomando como pressuposto sempre a situação de vulnerabilidade da vítima, independentemente do sexo.

De início, muito se discutiu sobre a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Maria da Penha, uma vez que, para muitos, aludida legislação não passava de um ato precipitado do legislador, pois melindrava princípios constitucionais como o princípio da igualdade, proporcionalidade e da razoabilidade.

Neste aspecto, houve a propositura da Ação direta de Inconstitucionalidade 4424 que, por sua vez, veio para colocar um fim a eventuais controvérsias sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos arts. 12, I, 16 e 41 da lei em testilha.

A presente monografia apresentou pontos e argumentos entendidos como inconstitucionais desta decisão, pois, ao se posicionar pela inconstitucionalidade do art. 12, I e do art. 16, bem como pela constitucionalidade do art. 41, todos da Lei Maria da Penha, peca o Pretório Excelso, haja vista a afronta direta ao postulado normativo da proporcionalidade e aos princípios da proibição da proteção deficiente e proibição do excesso, tendo em vista a pessoa do suposto ofensor ou agressor.

Outrossim, de acordo com que foi exposto durante o estudo, não cabe ao Poder Judiciário interferir tão incisivamente na vida conjugal ou familiar dos sujeitos desta relação, uma vez se tratar de questão relativa ao controle social e, por conseguinte, sendo o direito e, ainda mais, o direito penal (no caso) a *ultima ratio*.

Do exame da modificação da ação penal, bem como da confirmação da não atribuição da Lei nº. 9099/95 relativa às infrações penais cometidas no ambiente doméstico e familiar contra a mulher colocado em pauta no decorrer deste

trabalho, cientificou-se facilmente os aspectos processuais relevantes frente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424.

Em um primeiro momento, com a alteração da ação penal que, hoje, independente da natureza do crime, bastando este se de competência da Lei Maria da Penha, a ação penal passou a ser pública incondicionada.

Destarte, de acordo com os casos abordados, os quais cuja audiência de representação esteja marcada (art. 16 da Lei n.º 11.340/06) esta deve ser mantida, embora o julgamento proferido pela Suprema Corte tenha efeito *extunc*, devendo prevalecer o art. 2º do Código Penal, tratando-se, pois, de norma processual de natureza mista a qual deve sempre ser aplicada em detrimento do réu/ofensor.

Já em uma segunda análise, verificou-se os casos onde, via controle difuso de constitucionalidade, existe a incidência dos institutos despenalizadores da Lei n.º 9099/95.

Em casos onde o suposto agressor esteja cumprindo o instituto do “sursi processual” ou da transação penal estes devem ser mantidos, porque, embora a decisão emanada do Pretório Excelso em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade tenha efeito *extunc* (como dito acima e durante a monografia), não se pode exigir a desconsideração destes institutos para prejudicar o beneficiado pela suspensão condicional do processo ou do transacionado.

Assim, a pesquisa argumentou no sentido de que o ideal seria que o Supremo Tribunal Federal tivesse, ao tempo do julgamento da ADI 4424, feito incidir a modulação dos efeitos emanados do controle concentrado de constitucionalidade, haja vista a própria lei (art. 27 da lei n.º 9.868/99) assim o permitir nos casos de preservação do princípio da segurança jurídica e do interesse social.

Por fim, conclui-se que os argumentos apresentados no julgamento da ADI 4424 são inconstitucionais, de acordo com o que fora apresentado no percurso do presente estudo, haja vista esta decisão melindrar o postulado normativo da proporcionalidade, sendo este analisado sob a ótica dos princípios da proibição da proteção deficiente e da proibição do excesso, tendo como base os direitos fundamentais do ofensor ou agressor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADI sobre Lei Maria da Penha é julgada procedente pelo STF. Disponível em: <<http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/3018354/adi-sobre-lei-maria-da-penha-e-julgada-procedente-pelo-stf>>. Acesso em 25 de agosto de 2012.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios. ADI 4424: decisão do STF sobre a lei Maria da Penha deve ter eficácia *Ex Nunc*. *Jurisway*, 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7461>. Acesso em 24 de agosto de 2012.

ÀVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan/mar 1999.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed., aum. São Paulo: Malheiros, 2004. 138 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Dispões sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Poder Legislativo, DF, 08 de agosto de 1990.

BUENO, Iverson Rodrigo Monteiro Cerqueira; BUENO, Evelin Campos Cerqueira. **Lei Maria da Penha: reflexos da decisão proferida pelo STF**. Disponível em: <<http://webserver.mp.ac.gov.br/lei-maria-da-penha-reflexos-da-decisao-proferida-pelo-stf/>>. Acesso em 22 de setembro de 2012.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. 875 p.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica contra a mulher no Brasil: análise da lei "Maria da Penha", nº 11.340/06**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. 306 p.

CERA, Denise Cristina Mantovani. No tocante à eficácia da lei processual penal no tempo, qual é o princípio adotado pelo Código Penal Brasileiro?. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2560330/no-tocante-a-eficacia-da-lei-processual-penal-no-tempo-qual-e-o-principio-adotado-pelo-codigo-penal-brasileiro-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em 08 de outubro de 2012.

Controle de Constitucionalidade – modulação de efeitos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/4Port.pdf>. Acesso em: 24 de agosto de 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Controle da constitucionalidade**: teoria e prática. 4. ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2010. 360 p.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: lei Maria da Penha (lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 176 p.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007-2008. 160 p.

EDITORA SARAIVA. **VadeMecum**, 13. Ed, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 1903 p.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Impressões objetivas sobre a Lei de Violência doméstica**. Boletim Jurídico, ano 5, n.212, Uberaba, 2007. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1699>>. Acesso em 11 fev. 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 246 p.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha**: lei com nome de mulher : violência doméstica e familiar, considerações à lei nº 11.340/2006, comentada artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2007-2008. 262 p.

HARO, Guilherme Prado Bohac de. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: o valor supremo. Presidente Prudente, 2006. 256 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2006.

Já são quase 700 mil processos por lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/anos-numero-processos-lei-maria-penha-beira-700-mil>>. Acesso em: 28 abril de 2012.

MARTELLI, Ana Laura Teixeira. **Violência doméstica** : aspectos penais relevantes. Presidente Prudente, 2008. 53 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2008.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. 1. ed., 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. 141 p.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Da ação penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 153 p

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995-1999. 48 p.

Ministro Luiz Fux. Ação direta de inconstitucionalidade 4.424 Distrito Federal Voto. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1178_Voto_Min._Fux.pdf>. Acesso em: 23 de março de 2012.

MISAKA, Marcelo Yukio. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: em busca do seu conceito. *Juris Plenum*. Doutrina, Jurisprudência, Legislação, n. 13, p. 83-87, Caxias do Sul, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 994 p.

_____. _____. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011. 944 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas lícitamente adquiridas**. *Ajuris* n. 68, [s.d.].

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1312 p.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. 127 p.

Pena imposta por Maria da Penha não se limita a mulher. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-10/pena-lei-maria-penha-nao-limita-agressoes-mulher>>. Acesso em: 12 de outubro de 2012.

SANTOS, Hermelino de Oliveira; JESUS, Damásio. A empregada doméstica e a Lei "Maria da Penha". *Complexo Jurídico Damásio de Jesus*, São Paulo, nov.2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em: 12 fev. 2012.

SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelares. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/mulher/combate-violencia/atuacao-do-mpf/ADI-4424leimariadapenha_PGR.pdf. Acesso em 09 de março de 2012.

SANTOS, Suely Mariano dos. **Da dignidade da pessoa humana**. Presidente Prudente, 2002. 74 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2002.

SALLA, Thomas Mio. **As provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade**. Presidente Prudente, 2007. 145 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2007.

SILVA, Caíque Tomaz Leite da. **Da efetivação do princípio constitucional da igualdade material**. 2008. 97 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2008.

SOUZA, Luiz Antônio de; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: lei 11.340/2006**. São Paulo: Método, 2007. 142 p.

SOUZA, Beatriz Pigossi. **VIOLÊNCIA doméstica - lei "Maria da Penha": solução ou mais uma medida paliativa?**. Presidente Prudente, 2008. 62 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2008.

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 09 de março de 2012.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 223 p.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 181 p.

TENÓRIO, Rita de Cássia Carvalho. A constitucionalidade da lei Maria da Penha. *Jusnavigandi*, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21222/a-constitucionalidade-da-lei-maria-da-penha>>. Acesso em 01 de setembro de 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 1 v.

TRINDADE, Elen Carla Mazzo. **Lei Maria da Penha : avanços e retrocessos da nova lei de combate à violência doméstica**. Presidente Prudente, 2007. 90 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2007.

ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação e colisão de direitos fundamentais**, Revista da *AJURIS*, Porto Alegre, V. XXII, n. 64, p. 395-417, jul. 1995.

ANEXO A – Exordial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento nos artigos 102, I, “a” e “p”, e 103, VI, da Constituição Federal, e nos dispositivos da Lei 9.868/99, vem propor AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, com pedido de MEDIDA CAUTELAR, para que se confira interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), no sentido de que (i) a Lei 9.099/95 não se aplica, em nenhuma hipótese, aos crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha; (ii) o crime de lesões corporais consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em

ambiente doméstico, processa-se mediante ação penal pública incondicionada; (iii) os dispositivos referidos têm aplicação a crimes que se processam mediante representação, por previsão legal distinta da Lei 9.099/95.

DOS FATOS

2. Até 2006, o Brasil, ao contrário de dezessete países da América Latina, não tinha legislação específica a respeito da violência contra a mulher no ambiente doméstico. Como as lesões daí resultantes eram, de ordinário, consideradas de natureza leve, tais crimes passaram a ser regidos pela Lei nº 9.099/95, que instituía os juizados especiais criminais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. A partir de então, também, a persecução penal dos crimes de lesões corporais leves passou a depender de representação, por força do art. 88 da referida lei.

3. A aplicação da Lei 9.099/95 a mulheres em situação de violência doméstica da qual resultara lesões corporais leves desconsiderava, todavia, *“o componente de gênero e a particularidade de um relacionamento continuado de violência intra-familiar, recepcionando, linearmente, assim, não somente a violência esporádica e eventual entre desconhecidos na via pública, como também a agressão que subjuga a mulher de forma cotidiana no espaço privado.”*¹

4. Por outro lado, constatou-se que, após dez anos de aprovação dessa lei, cerca de 70% dos casos que chegavam aos juizados especiais envolvia situações de violência doméstica contra mulheres, e o

¹ LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher; tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Campinas: Millennium, 2009, p. 203.

resultado, na grande maioria, era a “conciliação”. A lei, portanto, a um só tempo, desestimulava a mulher a processar o marido ou companheiro agressor, e reforçava a impunidade presente na cultura e na prática patriarcais. Tudo somado, ficou banal a violência doméstica contra as mulheres.

5. Flávia Piovesan destaca:²

“O grau de ineficácia da referida lei revelava o paradoxo de o Estado romper com a clássica dicotomia público-privado, de forma a dar visibilidade a violações que ocorrem no domínio privado, para então, devolver a este mesmo domínio, sob o manto da banalização, em que o agressor é condenado a pagar à vítima uma cesta básica ou meio fogão ou meia geladeira... Os casos de violência doméstica ora eram vistos como mera 'querela doméstica', ora como reflexo de ato de 'vingança ou implicância da vítima', ora decorrentes da culpabilidade da própria vítima, no perverso jogo de que a mulher teria merecido, por seu comportamento, a resposta violenta.”

6. Diante desse quadro, veio a Lei nº 10.886/2004, que, para coibir e prevenir a violência doméstica, introduziu os parágrafos 9^{o3}, 10^{o4} e 11^{o5} no art. 129 do Código Penal. Não foi suficiente, contudo, para afastar a incidência da Lei nº 9.099/95 em relação às lesões corporais leves.

7. Dois anos depois, sobrevém a Lei nº 11.340/2006, estabelecendo em seu artigo 1^o:

² PIOVESAN, Flávia. Litigância internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a Lei “Maria da Penha”. IN: *Temas de direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233.

³ “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.”

⁴ “Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3.”

⁵ “Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.”

“Esta lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de violência contra a mulher, da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e de todos tratados ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

8. A lei foi resultado, também, do Informe nº 54/2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (CIDH)⁶, que, analisando denúncia formulada por Maria da Penha Maia Fernandes, concluiu que o Brasil violara os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial da peticionária, violência que *“ocorre como parte de um padrão discriminatório relativo à tolerância da violência doméstica contra as mulheres no Brasil por ineficácia de ação judicial.”* Desta forma, a Comissão recomendou, entre outras medidas: (i) que se levasse a cabo uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade por retardamentos injustificados; (ii) que se completasse, rápida e efetivamente, o processamento penal do agressor; (iii) que se continuasse o processo de reformas que evitem a tolerância estatal e o tratamento discriminatório relativo à violência doméstica contra as mulheres.

9. De forma explícita, a Comissão entendeu violados os direitos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (denominada “Convenção de Belém do Pará”).

10. A Convenção de Belém do Pará é o primeiro tratado internacional de direitos humanos a reconhecer a violência contra a mulher

⁶ <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/Brasil12.051a.htm>

como um fenômeno generalizado, que *“transcende todos os setores da sociedade, independentemente de sua classe, raça ou grupo étnico, níveis de salário, cultura, nível educacional, idade ou religião”*. Assinada no Brasil em 9 de julho de 1994, entrou em vigor em 3 de março de 1995, tendo sido internalizada pelo Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995, ratificada em 27 de novembro de 1995 e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

11. Em seu preâmbulo, a Convenção destaca que a violência contra a mulher *“constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”*, é uma *“ofensa à dignidade humana”* e *“uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”*.

12. E, em seu artigo 7º, prevê a necessidade de se: (i) incluir na legislação interna normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher; (ii) modificar leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou costumeiras que respaldem a persistência ou tolerância da violência contra a mulher; (iii) estabelecer procedimentos legais justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida a violência.

DO DIREITO

13. Os dispositivos impugnados estão assim redigidos:

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

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

(...)

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

(...)

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

14. Diante desse conjunto de dispositivos, duas posições se formaram a respeito da ação penal relativa ao crime de lesões corporais leves praticado contra a mulher no ambiente doméstico: pública condicionada à representação da vítima ou pública incondicionada.

15. A tese sustentada na presente ação é de que a única interpretação compatível com a Constituição é aquela que entende ser o crime de ação penal pública incondicionada. A interpretação que faz a ação penal depender de representação da vítima, por outro lado, importa em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5º, I) e de que *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais* (art. 5º, XLI), à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais, e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º). Eis por quê.

(a) Dignidade da pessoa humana

16. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José da Costa Rica”) prevê, em seu art. 5.1, o direito ao respeito à integridade física, psíquica e moral. Luiz Flávio Gomes comenta o artigo nestes termos:⁷

“O respeito à integridade física (biológica), psíquica (mental) e moral (relacionada com a honorabilidade) nada mais significa que expressão da dignidade da pessoa humana (contemplada no art. 1º, III, CF, como fundamento da República Federativa do Brasil). Cuida-se a dignidade humana do valor-síntese do modelo de Estado (constitucional e de Direito) que adotamos.”

17. Como visto anteriormente, a Lei Maria da Penha foi uma resposta a um quadro de impunidade de violência doméstica contra a mulher, gerado, fortemente, pela aplicação da Lei 9.099.

18. A subprocuradora-geral da República Ela Wiecko Volkmer de Castilho, em artigo intitulado “Um ano de Lei Maria da Penha”, publicado no *Portal da violência contra a mulher*, ressalta:

“A idéia que norteou o grupo de mulheres que, individualmente ou representando organizações, numa reunião realizada em agosto de 2002, no Rio de Janeiro, se comprometeu a lutar por uma lei que regulasse o enfrentamento à violência, era a de produzir uma legislação que reconhecesse este tipo de violência como uma violência aos direitos humanos e que instrumentalizasse o Estado brasileiro em prol das vítimas da violência de gênero. Daí a proposta de um Juizado para a violência doméstica numa perspectiva conglobante de atuação do direito civil e penal, e assessoria de equipe multidisciplinar.

Com o correr do tempo, colocada a proposta ao debate público, passou a predominar a perspectiva setorializada do direito penal, tanto que chegou-se à

⁷ GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2ª ed. rev., atualiz. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 39.

regra do artigo 33, segundo a qual 'enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher'.

O consenso sobre a necessidade de afastar a competência dos Juizados Especiais Criminais (JEC) criados pela Lei 9.099 ocorreu após uma longa discussão sobre a inoperância daqueles juizados e, mais do que isso, sobre a forma com que banalizaram a violência doméstica.

A pesquisa de Campos (2001) foi importante para demonstrar que os Juizados Especiais Criminais atuam de forma positiva na perspectiva do réus, mas na perspectiva das vítimas mulheres constituem uma 'armadilha da legislação penal'⁸.

19. No mesmo sentido, Pedro Rui da Fontoura Porto:

“Desde a entrada em vigor da Lei 9.099/95, que, mormente no relativo ao regramento dos Juizados Especiais Criminais, estabeleceu os princípios norteadores da informalidade, celeridade, oralidade e economia processual (art. 62 da Lei 9.99/95), sempre houve uma preocupação do movimento feminista acerca de, até que ponto, a nova tendência para um direito penal conciliador e mais flexível, baseado na vontade do ofendido, não colocava em risco as fragilizadas vítimas da violência doméstica”⁹.

20. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em relatório de janeiro de 2007, destaca que “*a sanção penal se aplica de maneira desigual quando se trata de comportamentos relacionados com atentados contra as mulheres, apoiando-se na tendência do direito penal mínimo*”¹⁰. Acrescenta, ainda, que, como a discriminação contra as

⁸ [Http://copodeleite.rits.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=897](http://copodeleite.rits.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=897).

⁹ *Violência doméstica e familiar contra a mulher, Lei 11.340/06 - análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 38/39.

¹⁰ Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. Secretaría General da OEA, enero de 2007, parágrafo 225. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf>

mulheres é um fato nas sociedades americanas, há um reduzido número de denúncias de atos de violência¹¹.

21. No mesmo relatório, foram emitidas recomendações gerais no sentido de: (i) garantir que as vítimas de violência tenham acesso pleno a proteção judicial e que os atos de violência sejam adequadamente prevenidos, investigados, sancionados e reparados; (ii) assegurar que todos os casos de violência em razão de gênero sejam objeto de uma investigação oportuna, completa e imparcial, assim como a adequada sanção dos responsáveis e reparação das vítimas; (iii) fortalecer a capacidade institucional para combater o padrão de impunidade frente a casos de violência contra as mulheres, por meio de investigações criminais efetivas, que tenham seguimento judicial consistente, garantindo assim uma adequada sanção e reparação.¹²

22. A ONU, por sua vez, já reconheceu que a violência contra a mulher, além dos custos humanos, inclui a diminuição da produção econômica, a redução da formação de capital humano e principalmente a “transmissão inter-geracional da violência”¹³

23. Já é possível, a esta altura, afirmar, sem medo de errar, que condicionar a ação penal à representação da ofendida é perpetuar, por ausência de resposta penal adequada, o quadro de violência física contra a mulher, e, com isso, a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

24. Há, ainda, nessa interpretação, que condiciona o início da ação penal à representação da vítima, uma outra vertente de violação ao

¹¹ Idem, parágrafo 231.

¹² Idem, recomendaciones generales 1, 2 y 3, páginas 123 y 124.

¹³ Naciones Unidas, Informe del Secretario General, *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*. A/61/122/Add.1, 6 de julio de 2006, párrafo 207. Disponível em: <http://www.unifem.org.mx/un/documents/cendoc/sg/informe06.pdf>

princípio da dignidade da pessoa humana. É quando reduz a violência à sua expressão meramente física.

25. Tal interpretação assenta-se num “modelo biomédico”, e não num “modelo social” de lesão corporal. Este segundo modelo é que, de fato, dá conta das práticas e estruturas excludentes da sociedade.

26. O STF adotou essa última posição ao tratar do estupro.¹⁴ Consta da ementa do respectivo acórdão:

“3. Estupro: crime que, por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, causa tamanha repulsa que as próprias vítimas, em regra, preferem ocultá-lo, bem como a sociedade, em geral, prefere relegar a uma semiconsciência sua ocorrência, os níveis desta ocorrência e o significado e repercussões que assume para as vítimas. Estatísticas de incidência que, somadas às consequências biológicas, psicológicas e sociais que acarreta, fazem desse crime um complexo problema de saúde pública. Circunstâncias que levam à conclusão de que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave”.

27. Também aqui, condenar as vítimas à necessidade de representação, para que a ação penal contra o ofensor tenha curso, é desconhecer as implicações dessa forma específica de violência¹⁵:

“o grau de comprometimento emocional a que as mulheres estão submetidas por se tratar de comportamento reiterado e cotidiano, o medo paralisante que as impede de romper a situação violenta, as ameaças constantes, a violência sexual, o cárcere privado e muitas outras violações de direitos humanos que geralmente acompanham a violência doméstica. (...) Inúmeros estudos têm demonstrado que a maioria dos homicídios cometidos contra as mulheres, os chamados crimes

¹⁴ HC 81.360/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 19/12/2001, publ. DJ 19/12/2002, p. 71.

¹⁵ CAVALCANTI, Stella Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica; análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 183.

passionais ocorrem imediatamente após a separações. Nesses casos, as histórias se repetem: várias tentativas de separação, agressões e ameaças, idas e vindas a delegacias de polícia que, não raro, culminam em homicídio.”

28. Portanto, não é possível uma interpretação dos dispositivos referidos que importe em tamanho desrespeito à dignidade da pessoa humana.

(b) Igualdade

29. Não se pode certamente afirmar que a interpretação que ora se contesta seja, em si mesma, intencional e diretamente discriminatória em relação à mulher.

30. Sem embargo, apesar de aparentemente neutra, ela produz, como já visto, impactos nefastos e desproporcionais para as mulheres, sendo, por isso, incompatível com o princípio constitucional da igualdade.

31. A doutrina e a jurisprudência alienígena designam tal situação como de discriminação indireta, correlata com a teoria do impacto desproporcional. Segundo Joaquim Barbosa, tal teoria consiste na ideia de que *toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos*

*de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas*¹⁶.

32. Daniel Sarmento informa sobre o uso da teoria do impacto desproporcional, para evitar discriminações indiretas no campo da igualdade de gênero, pela Corte Europeia de Justiça. Diz ele:

“O primeiro precedente ocorreu no julgamento do Caso 170/84, *Bilka Kaufhaus vs. Von Hartz*, em que se discutia a validade de um sistema privado de pensão mantido por empresa germânica, o qual negava o benefício a empregados que trabalhassem em regime de tempo parcial, à luz do art. 119 do Tratado de Roma, que garante a igualdade entre mulheres e homens em relação ao trabalho. Embora não houvesse ali explícita discriminação de gênero, a Corte entendeu que seria inválido o sistema, porque afetaria de forma muito mais intensa as mulheres do que os homens, já que são elas as que, na grande maioria dos casos, trabalham em regime parcial¹⁷”.

33. E prossegue a respeito da jurisprudência pátria¹⁸:

“Embora a teoria do impacto desproporcional ainda não tenha sido explicitamente examinada pela jurisprudência constitucional brasileira, é importante destacar que nossos tribunais vêm se mostrando cada vez mais abertos à argumentação sobre o impacto real de determinadas medidas sobre grupos vulneráveis, independentemente da comprovação de qualquer intenção discriminatória. O caso mais importante e conhecido neste particular é o acórdão do STF, proferido na ADI nº 1946-DF, julgada em 2003, em que se examinou a constitucionalidade da incidência do limite dos benefícios previdenciários de R\$ 1.200,00, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 20, sobre o salário-maternidade. A consequência da aplicação do referido teto sobre o salário

¹⁶ *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p. 24.

¹⁷ *Livre e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 150.

¹⁸ *Idem*, pp 151-152.

maternidade seria a transferência, para o empregador da gestante, da responsabilidade pelo pagamento da diferença entre o seu salário e o referido limite durante o período da licença-maternidade.

Ora, o argumento em que se louvou o STF para, por unanimidade, em decisão de interpretação conforme a Constituição, impedir a incidência questionada, foi o de que ela teria como efeito concreto o aumento da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho. Como a isonomia entre gêneros constitui cláusula pétrea (art. 5º, inciso I, combinado com art. 60, § 4º, inciso IV, CF), entendeu-se que o limite dos benefícios não poderia ser aplicado ao salário-maternidade, sob pena de inconstitucionalidade”.

34. Consta da ementa do acórdão acima referido:

“Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF 88), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal (...)”¹⁹

35. Como fartamente descrito no tópico anterior, a interpretação que condiciona à representação o início da ação penal relativa a crime de lesões corporais leves praticado no ambiente doméstico, embora não incida em discriminação direta, acaba por gerar, para as mulheres

¹⁹ ADI 1946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. em 3.4.2003, publ. no DJ de 16.5.2003.

vítimas desse tipo de violência, efeitos desproporcionalmente nocivos. É que ela, por razões históricas, acaba dando ensejo a um quadro de impunidade, que, por sua vez, reforça a violência doméstica e a discriminação contra a mulher.

(c) Arts. 5º, XLI, e 226, § 8º, da CF

36. Por força do preceito inscrito no art. 5º, XLI, da CF – *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais* – é que surgiu a Lei Maria da Penha, como expressa o seu próprio preâmbulo, já transcrito anteriormente.

37. Nesse quadro, foge a qualquer juízo de razoabilidade admitir que interpretação judicial da lei que veio em cumprimento a mandamento constitucional acabe por violá-lo. E é o que está a acontecer com a interpretação que exige a representação da vítima de violência doméstica, para início da ação penal em crimes de lesões corporais tidas por leves, conforme demonstrado no capítulo anterior.

38. Mas não é só. Os principais fundamentos dessa corrente interpretativa são: (i) a preservação da entidade familiar; (ii) o respeito à vontade da mulher; (iii) muitos casais se reconciliam após momentos de crise; (iv) eventual condenação indesejada do réu.

39. O já referido relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos registra que a maior deficiência das legislações que tratam de violência doméstica contra a mulher é estabelecer, como objetivo primeiro, *“a preservação da unidade familiar, e não a proteção dos direitos de seus integrantes a viver livres de violência e discriminação”*. E

conclui ser necessário que a atenção dada à violência doméstica tenha enfoque de direitos humanos, a partir de uma perspectiva de gênero²⁰.

40. A Constituição brasileira está livre dessa deficiência, pois expressamente fez constar, em seu art. 226, § 8º, que *o Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*. Aqui, claramente, cada membro da família tem sobre esta prevalência, quando se trata de coibir violência neste meio.

41. De resto, os crimes que dependem de representação, em regra, são aqueles em que o interesse privado à intimidade das vítimas sobrepuja o interesse público em sua punição. No caso da violência doméstica, tem-se, a um só tempo, grave violação a direitos humanos e expressa previsão constitucional da obrigação estatal de coibir e prevenir sua ocorrência. Nesse contexto, a violência doméstica não pode ser tolerada pelo Estado em hipótese alguma. A opção constitucional foi clara no sentido de não se tratar de mera questão privada.

42. A interpretação que conclui pela necessidade de representação, nessa hipótese, está contra o espírito da Lei Maria da Penha, de por fim à situação de discriminação e violência contra a mulher no ambiente doméstico. De acordo com Stella Cavalcanti, a renúncia ao direito de representar redundava em 90% de arquivamento das ações penais²¹. É fácil imaginar a quanto chega o quantitativo de impunidade se se pensa no número de mulheres que sequer chegam ao ponto de representar.

(d) Proibição de proteção deficiente

²⁰ V. nota 10, parágrafo 220.

²¹ CAVALCANTI, Stella Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica; análise da Lei “Maria da Penha”*, nº 11.340/06. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 186.

43. Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente.²²

44. O tema ganhou destaque no voto do Ministro Gilmar Mendes, em julgamento no qual a Corte recusou a extensão, à união estável, da aplicação de dispositivo do Código Penal (hoje revogado), que previa a extinção de punibilidade do crime do estupro sempre que o autor se casasse com a vítima²³. Eis fragmento do voto:

“[...] De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

²² Cf. Martin Borowski. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162/166; Ingo Wolfgang Sarlet. “Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e Deficiência”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 47, 2004, p. 60-122; e Lênio Luiz Streck. “Bem Jurídico e Constituição: Da Proibição do Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*)”. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, 2004, p. 303/345.

²³ RE 418.376, Plenário, relator o Ministro MARCO AURÉLIO, redator para o acórdão o Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 23/3/2007.

'Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.' (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180).

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

'A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.' (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.)

E continua o Professor Ingo Sarlet:

'A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no

que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).’ (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.)” (grifou-se)

45. A ofensa ao princípio da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), materializa-se, no caso, pelo empecilho à persecução penal nos crimes de lesões corporais tidas por leves, praticadas contra a mulher em ambiente doméstico, tornando vulneráveis bens jurídicos da mais alta importância – vida, saúde e ausência de discriminação contra a mulher – sem uma razão adequada que justifique a interpretação que ora se combate.

46. Nessa mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem decidindo que, se o aparato estatal atua de modo a que a violação reste impune e não se restabeleça à vítima a plenitude de seus direitos, “*pode-se afirmar que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição.*”²⁴

47. Também a Corte Europeia de Direitos Humanos já assentou que a falha do Estado em proteger mulheres contra violência doméstica viola o “*direito delas a igual proteção da lei e esta falha não necessita ser intencional*”²⁵.

48. Enfim, o princípio da proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais é um imperativo para todos os Poderes. A

²⁴ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia 29 julio 1988, párrafo 76.

²⁵ ECHR, Case of Opuz v. Turkey, Judgment of 9 June 2009, paras. 180, 191 e 200.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 29, contém um rol de prescrições a respeito do que chama *normas de interpretação*²⁶.

49. Ensina Valério Mazzuoli:²⁷

“O princípio internacional pro homine (ou in dubio pro libertate) garante ao ser humano a aplicação da norma que, no caso concreto, melhor o proteja, levando em conta a força expansiva dos direitos humanos, o respeito do conteúdo essencial desses direitos e a ponderação de bens e valores. (...)

A primazia, para a Convenção Americana, é da norma que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou garantia (...) São várias as maneiras de se aplicar na prática o princípio ou regra pro homine, sendo algumas delas: a) a aplicação da norma mais protetora; b) a aplicação da norma mais favorável; c) a interpretação do caso pelo juiz com um sentido tutelar de direitos.”

50. Essa regra interpretativa, denominada por Cançado Trindade de *“primazia da norma mais favorável às vítimas”*²⁸, consta da quase totalidade de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Entre nós, agora, com status de norma constitucional, por força da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, internalizada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008²⁹.

²⁶ Artigo 29 - Normas de interpretação. “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

²⁷ GOMES & MAZZUOLI, op. cit., p. 186.

²⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito Internacional e direito interno: sua interação: sua interação na proteção dos direitos humanos (especialmente item VIII). Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/22361/21924>

²⁹ 4.4 Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou

DA CONCLUSÃO

51. Por todo o exposto, conclui-se que: (i) a Lei 9.099 não se aplica, em hipótese alguma, aos crimes cometidos no âmbito da chamada Lei Maria da Penha, como, de resto, está expresso em seu art. 41; (ii) portanto, como consequência lógica e necessária, o crime de lesões corporais consideradas leves, praticado em ambiente doméstico, é de ação penal pública incondicionada; (iii) a representação a que se referem os arts. 12, I, e 16 da Lei Maria da Penha diz respeito a crimes em que esse requisito encontra previsão em lei outra que não a 9.099, como se dá, por exemplo, com a ameaça (art. 147, parágrafo único, CP).

DO PEDIDO CAUTELAR

52. Estão presentes os pressupostos autorizativos para concessão de medida cautelar.

53. A argumentação deduzida acima demonstra a plausibilidade da interpretação de que os crimes de lesões corporais leves praticados contra mulher em ambiente doméstico são de ação penal pública incondicionada.

54. O *periculum in mora* decorre da extinção da punibilidade no caso da ausência de representação, inviabilizando a persecução penal e permitindo, a um só tempo, que se perpetue o quadro de violência doméstica contra a mulher, inclusive com repercussões inter-geracionais, e que se afrontem tratados e convenções internacionais a respeito desse tema,

costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

dos quais o Brasil é signatário, com forte possibilidade de que, mais uma vez, venha a ser demandado perante as Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

55. Com essas considerações, requer-se o deferimento da medida liminar para que se dê interpretação conforme aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006, até o julgamento final da ação, de modo a afastar a exegese que: (i) permite a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher; (ii) condiciona a persecução penal à representação da vítima.

DO PEDIDO FINAL

56. Por fim, requer que, colhidas as informações necessárias e ouvido o Advogado-Geral da União, consoante previsto no § 3º do art. 103 da Constituição da República, seja determinada abertura de vista dos autos à Procuradoria Geral da República, para manifestação a respeito do mérito, e, ao final, seja julgado procedente o pedido, para o fim de se dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006, para o fim de entender que os crimes cometidos com violência doméstica e familiar são de ação penal pública incondicionada, reservando-se a aplicação dos artigos 12, I, e 16 àqueles crimes em que a necessidade de representação está prevista em ato normativo distinto da Lei 9.099.

DO PEDIDO SUBSIDIÁRIO

57. Se, por alguma razão, essa Corte entender não ser cabível a ação direta de inconstitucionalidade, postula-se que a presente inicial seja recebida como arguição de descumprimento de preceito fundamental, pelas razões que se seguem.

58. Como desenvolvido alhures, é controvertida, na doutrina e na jurisprudência, a interpretação da chamada Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) sobre a natureza da ação penal nos crimes de lesões corporais leves praticados contra a mulher no ambiente doméstico: se pública condicionada à representação da vítima ou pública incondicionada.

59. Recentemente, em 24 de fevereiro do corrente, o STJ, apreciando a questão por meio de recurso especial julgado pelo rito da Lei de Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672/2008), entendeu ser necessária a representação da vítima da violência doméstica para propositura da ação penal. Segundo a maioria então formada, a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 somente diz respeito aos institutos despenalizadores da Lei Maria da Penha (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo).

60. Restou vencida, portanto, a corrente jurisprudencial que entendia que, diante da vedação expressa contida no art. 41 da Lei Maria da Penha e tendo em conta o cenário histórico de intervenção legislativa no problema da violência doméstica, o crime de lesões corporais leves dela decorrente deixou de depender de representação da vítima, *“cujá vontade, quase sempre viciada, encobria opressões e ameaças do agressor para não ser processado.”*³⁰.

61. A tese a de ser defendida na ADPF é de que a interpretação judicial dada à matéria, que acabou por prevalecer, implica violação

³⁰ HC nº 95.261/DF, voto vencida da Relatora, Ministra Laurita Vaz.

ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5º, I) e de que *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais* (art. 5º, XLI), à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º).

Do cabimento da ADPF

62. A arguição de descumprimento de preceito fundamental ou ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 9.882/99, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.

63. A doutrina, de modo geral, reconhece a existência de duas modalidades diferentes de ADPF³¹: a autônoma, que representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto; e a incidental, que pressupõe a existência de uma determinada lide intersubjetiva, na qual tenha surgido uma controvérsia constitucional relevante.

64. No caso, a ADPF é de natureza autônoma. Para o seu cabimento, é necessário que estejam presentes os 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

³¹ Veja-se, a propósito, os artigos que compõem a obra organizada por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001; e Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 247-249.

instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Estes três requisitos estão plenamente configurados, conforme se demonstrará a seguir.

(a) Da Lesão a Preceito Fundamental

65. Nem a Constituição Federal, nem a Lei 9.868/99, definiram o que se entende sobre “*preceito fundamental*”. Contudo, há consenso doutrinário sobre o fato de que estão englobados nesta categoria as normas mais relevantes da Constituição, que estruturam o seu sistema e condensam os seus valores mais importantes³².

66. Por isso, não pode haver nenhuma dúvida sobre a inclusão, no conceito de “preceito fundamental”, de princípios tão centrais à ordem jurídica pátria como o da dignidade da pessoa humana – fundamento da República e epicentro axiológico da Constituição. Também o são os direitos fundamentais cujo elenco se encontra no art. 5º, além de outros que decorram do regime e dos princípios por ela adotados. Entram, nessa categoria, portanto, a impossibilidade de, por meio de lei ou interpretação que a ela se dê, criar discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, a proibição de proteção deficiente aos direitos fundamentais e o direito a que o Estado tenha mecanismos eficazes para coibir a violência contra a mulher no âmbito das relações familiares.

(b) Dos Atos do Poder Público

³² Cf. Gilmar Ferreira Mendes. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto”. In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *op. cit.*, p. 128-149.

67. Os atos do Poder Público suscetíveis de questionamento através de ADPF podem ser comissivos ou omissivos, decorrentes de quaisquer dos Poderes de Estado.

68. A melhor doutrina admite a propositura de ADPF para questionamento de interpretação judicial equivocada da Constituição. Como assentou Gilmar Ferreira Mendes, pode “*ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Neste casos, a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação judicial.*”³³.

69. No julgamento da ADPF 144-7, o STF entendeu pelo cabimento desse tipo de ação do controle concentrado de constitucionalidade “*mesmo que o litígio tenha por objeto interpretação judicial alegadamente violadora de preceitos fundamentais*”³⁴.

70. Ainda que parcela da doutrina entenda por imprescindível a necessária comprovação de controvérsia judicial relevante em qualquer que seja a modalidade de ADPF, o fato é que, com relação à interpretação da Lei nº 11.340/2006, há evidente dissenso a respeito da questão em exame, o que, inclusive, se evidencia pela utilização do rito da Lei de Recursos Repetitivos. De resto, a relevância da controvérsia é decorrência da potencial lesão aos preceitos fundamentais acima indicados.

(c) Da Inexistência de Outro Meio para Sanar a Lesividade

71. O art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 instituiu o chamado “princípio da subsidiariedade” da ADPF. Há acesa controvérsia sobre

³³ *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

³⁴ ADPF 144-7, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 06-08-2008.

como deve ser compreendido o princípio da subsidiariedade nas arguições incidentais. Contudo, quando se trata de ADPF autônoma, parece fora de dúvida que o juízo sobre o atendimento do princípio em questão deve ter em vista a existência e eficácia, ou não, de outros processos objetivos de fiscalização de constitucionalidade – ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão – que possam ser empregados na hipótese.

72. No caso, este requisito está plenamente satisfeito, caso se entenda pela inadmissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade. A situação também não é de inconstitucionalidade por omissão, e a ação declaratória de constitucionalidade não tem qualquer pertinência em relação ao caso. O STF também já entendeu que “*a existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação.*”³⁵.

73. Com todas essas considerações, requer-se, subsidiariamente, o deferimento de medida liminar e posterior procedência da ADPF, pelas razões acima declinadas.

Brasília, 31 de maio de 2010.

DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

³⁵ ADPF 33-5/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 07-12-2005, publ. DJ 27-10-2006.

