



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Ação Penal Pública Incondicionada nos crimes de Lesões Corporais Leves e Culposas no âmbito da Lei Maria da Penha

Elisa Sabino de Azevedo Duarte Silva

Rio de Janeiro
2016

ELISA SABINO DE AZEVEDO DUARTE SILVA

Ação Penal Pública Incondicionada nos crimes de Lesões Corporais Leves e Culposas no âmbito da Lei Maria da Penha

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2016

AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS CRIMES DE LESÕES CORPORAIS LEVES E CULPOSAS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA

Elisa Sabino de Azevedo Duarte Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o artigo 41 da Lei n. 11.340/06 vedou a aplicação da Lei n. 9.099/95 aos delitos praticados contra mulheres em um contexto de violência doméstica e familiar. Esse dispositivo legal foi objeto da ADI 4.424/DF e da ADC 19/DF, nas quais o STF afirmou a constitucionalidade da norma e pacificou a controvérsia sobre a natureza da ação penal das lesões corporais leves e culposas praticadas no âmbito da Lei Maria da Penha. A interpretação dada pela Corte Suprema deve ser encarada como importante avanço na proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Palavras-chave – Direito Penal. Ação Penal. Incondicionada. Lei Maria da Penha. Mulher. Violência de gênero. Lesões corporais leves e culposas. ADI 4.424/DF. ADC 19/DF.

Sumário - Introdução. 1. Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06). 2. A controvérsia sobre a Ação Penal das Lesões Corporais Leves ou Culposas no contexto de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher. 3. Delitos de Ação Penal Pública Incondicionada: entendimento firmado no julgamento da ADI 4.424/DF e da ADC 19/DF pelo Supremo Tribunal Federal – edição da Súmula 542 pelo Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico versa sobre a natureza incondicionada da Ação Penal Pública quando são processados os crimes de lesão corporal leve ou culposa praticados no âmbito da Lei n. 11.340/06. O objetivo precípua do presente trabalho é lançar luzes sobre a violência doméstica e familiar contra mulher diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que visou pacificar o modo de processamento desses delitos e que conferiu interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei n. 11.340/06.

A violência contra a mulher é um tema que há muito tempo tem demandado a devida atenção dos setores sociais e do Poder Público. A problemática histórica e social foi enraizada na sociedade brasileira pela ideologia patriarcal, que relegou à mulher um papel secundário não só na vida pública, mas também na privada. Desta forma, durante muito tempo o discurso machista esteve legitimado pelas leis, e a mulher ficou desamparada.

O debate acerca do processamento dos delitos de lesão corporal leve e culposa praticados no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) ganhou muita importância por serem esses os delitos de maior ocorrência no cotidiano das mulheres em

situação de violência doméstica e familiar, bem como por não estarem recebendo uma resposta estatal eficaz no sentido de coibi-los.

Na primeira parte deste trabalho busca-se sintetizar as diversas inovações trazidas pelo referido diploma legal ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao conferir proteção diferenciada às mulheres a constitucionalidade da Lei Maria da Penha passou a ser questionada. Entretanto, o advento dessa norma está perfeitamente amparado pelos preceitos da Constituição Federal de 1988, bem como pelos Tratados Internacionais de proteção aos Direitos Humanos das mulheres, aos quais o país se obrigou a cumprir.

Segue-se, no segundo capítulo, abordando a controvérsia acerca do artigo 41 da Lei n. 11.340/06, que afastou por completo a aplicação da Lei n. 9.099/95 aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ocorre que a incidência da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95) em tal contexto, permitindo que delitos praticados com violência de gênero fossem tratados como de menor potencial ofensivo, revelou-se, na prática, completamente inadequada, não conferindo suficiente proteção às vítimas.

O terceiro capítulo destina-se a analisar o entendimento firmado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.424/DF e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 19/DF pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ação penal nos casos em tela deve ser pública incondicionada, excluindo a possibilidade de retratação da vítima. Tal entendimento foi acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça quando da edição do enunciado da súmula 542. Objetiva-se demonstrar que o tratamento diferenciado aqui é constitucional e revela-se como uma ação afirmativa, portanto, deve ser observado como medida que assegura maior proteção às mulheres.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

1. LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.340/06)

A violência doméstica e familiar praticada contra a mulher durante muito tempo foi encarada como um problema adstrito ao espaço privado, que foi enraizado na sociedade brasileira pela ideologia patriarcal¹. O Estado e a sociedade não conferiam a atenção merecida por essa forma de violência tão complexa, deixando as vítimas desamparadas.

A Lei n. 11.340/06², que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, é fruto de um processo longo, cuja aprovação foi precedida de diversas manifestações e debates sociais. Esse diploma legal foi apelidado de Lei Maria da Penha, pois a brasileira que lhe empresta o nome se tornou símbolo da luta contra a violência doméstica no país.

Em breve síntese, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes foi por duas vezes vítima de tentativa de homicídio por parte de seu marido, ficando paraplégica em 1983. O autor das agressões só foi punido 19 anos depois do crime com uma pena de 10 anos de prisão, da qual apenas 2 anos foram cumpridos em regime fechado. Esse caso teve repercussão internacional e resultou na condenação do Brasil pela Organização dos Estados Americanos³ ao pagamento de indenização à Maria da Penha e responsabilização do país pela negligência e omissão face à violência doméstica contra a mulher, recomendando a adoção de diversas medidas.

Nesse sentido, o advento da Lei Maria da Penha provocou uma mudança de paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher, pois essa passa a ser concebida expressamente como uma violação a direitos humanos (art. 6º, Lei n. 11.340/06⁴).

¹ Maria Berenice Dias afirma que "durante a maior parte da história, o patriarcado foi incontestavelmente aceito por ambos os sexos e legitimado com base nos papéis de gênero diferenciado, nos valores a eles associados e em uma separação sexual entre as esferas pública e privada" (DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19).

² BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

³ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou o Relatório n. 54, que sinalizou ser necessário: "simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais; Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares" (Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2016).

⁴ Vide nota 2.

Os avanços trazidos pelo diploma legal em tela são altamente significativos. A principal novidade foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVDFMs (art. 14, Lei n. 11.340/06⁵), com competência cível e criminal. A implementação desses em conjunto com as Delegacias de Atendimento à Mulher, que oferecem atendimento policial especializado para as vítimas femininas, significou, nas palavras de Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel⁶, a "incorporação da perspectiva de gênero para tratar da violência contra a mulher".

Ainda, a Lei Maria da Penha inovou muito ao trazer diversas ações autônomas de proteção à mulher, estabelecendo medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (art. 22, Lei n. 11.340/06⁷) e outras voltadas à mulher (art. 23, Lei n. 11.340/06⁸). De acordo com as pesquisas⁹, "as medidas de proteção são os procedimentos mais solicitados pelas mulheres, demonstrando o acerto legal de sua previsão".

Ao romper com a lógica dos Juizados Especiais, o artigo 17 da Lei n. 11.340/06¹⁰ proíbe a aplicação de penas restritivas de direito de prestação pecuniária, cesta básica, bem como a substituição de pena que implique no pagamento isolado de multa. Ainda, vedou-se expressamente a aplicação da Lei dos Juizados Especiais (art. 41, Lei n. 11.340/06¹¹), nesse sentido, as medidas despenalizadoras previstas para os Juizados e o rito sumaríssimo ficaram excluídas do âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha.

O diploma legal em análise foi elaborado para atender o compromisso assumido no artigo 226, §8º, CRFB/88¹², o qual determina que o Estado crie mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Ainda, esse faz referência expressa à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres¹³ e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher¹⁴,

⁵ Vide nota 2.

⁶ PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 113.

⁷ Vide nota 2.

⁸ Vide nota 2.

⁹ CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência Doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise desde o feminismo e o garantismo. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. V, n. 19, jul./set. 2005, p. 148.

¹⁰ Vide nota 2.

¹¹ Vide nota 2.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

¹³ A Convenção só foi ratificada plenamente pelo Brasil, sem reservas, em 1994. Depois de aprovada no Congresso Nacional, foi promulgada no Decreto 4.377/02.

¹⁴ A Convenção foi ratificada pelo Brasil, em 27 de novembro de 1995, sendo aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Presidente no Decreto 1.973/96.

compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para combater a violência de gênero e promover a igualdade entre homens e mulheres.

Vale destacar que o artigo 5º da Lei n. 11.340/06¹⁵ define violência doméstica e familiar contra a mulher como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". Por sua vez, o artigo 7º trata especificamente de cada forma de violência contra a mulher. Ainda, na doutrina de Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho¹⁶ encontramos o seguinte conceito:

entenda-se por violência doméstica aquelas condutas ofensivas realizadas nas relações de afetividade ou conjugalidade hierarquizadas entre os sexos, cujo objetivo é a submissão ou subjugação, impedindo ao outro o livre exercício da cidadania. A violência doméstica contra as mulheres é uma forma de expressão da violência de gênero.

Destarte, passou-se a atentar para a realidade feminina, uma vez que esse gênero foi colocado ao longo dos anos em posição de desigualdade, sendo alvo de atos que o atingem de forma desproporcional. Maria Berenice Dias¹⁷ enfatiza que, "ainda que os homens possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural. Aliás, é exatamente para dar efetividade ao princípio da igualdade que se fazem necessárias equalizações por meio de ações afirmativas".

2. A CONTROVÉRSIA SOBRE A AÇÃO PENAL DAS LESÕES CORPORAIS LEVES OU CULPOSAS NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER

À luz do artigo 100 do Código Penal de 1940¹⁸, em regra, os crimes são processados mediante atuação incondicionada do Ministério Público, conseqüentemente, a exigência de representação do ofendido ou requisição ao Ministro da Justiça, bem como o cabimento da ação penal privada, representam exceções que devem vir expressas em lei.

Em regra a ação penal será pública incondicionada, pois existe um interesse da sociedade em ver os delitos solucionados e punidos, tendo em vista haver crimes que ofendem mais gravemente a estrutura social. Entretanto, há casos em que o Estado considera interesses

¹⁵Vide nota 2.

¹⁶ CAMPOS, op. cit., 2005, p. 57.

¹⁷DIAS, Maria Berenice A efetividade da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 64, jan./fev. 2007, p. 300.

¹⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 22 ago.2016.

não estritamente públicos. Alguns delitos ofendem primordialmente a esfera íntima do indivíduo, portanto, compete à vítima decidir sobre a conveniência da propositura da ação penal, a qual pode vir a causar gravame maior à sua intimidade pessoal do que a impunidade do infrator. Nessas hipóteses, embora o Estado mantenha para si o direito de punir, ele pode condicionar a propositura da ação pelo Ministério Público à representação ou conferir à vítima do delito, excepcionalmente, a titularidade da ação penal.

Tradicionalmente, todas as espécies de lesão corporal eram processadas mediante ação penal pública incondicionada, uma vez que não fora feita nenhuma ressalva na redação do artigo 129, CP/40¹⁹. No entanto, em 1995 a Lei n. 9.099²⁰, por força do seu artigo 88, passou a exigir expressamente a representação do ofendido quando as lesões corporais forem leves ou culposas, de sorte que a ação penal dessas espécies passou a ser pública condicionada à representação do ofendido.

Ainda, em razão da pena máxima cominada aos crimes em tela, esses passaram a ser tratados pela Lei dos Juizados Especiais como crimes de menor potencial ofensivo, sujeitos a todas as medidas despenalizadoras previstas nessa norma. Verificou-se, no entanto, que conferir esse tratamento às lesões corporais praticadas contra as mulheres no contexto doméstico e familiar era inadequado e insuficiente para combatê-las. A sistemática dos Juizados acabava por beneficiar o agressor, além disso, uma violação de direitos humanos não pode ser tratada como uma ofensa de menor potencial. Destarte, Maria Berenice Dias²¹ defende que a opção legislativa "não abarcava a complexidade da violência doméstica em seus diversos aspectos e tipos de relações interpessoais".

Nesse contexto, sobreveio a Lei n. 11.340/06²² que majorou a pena máxima das lesões corporais em violência doméstica para três anos (artigo 129, §9º, CP/40²³), excluindo-as do rol de crimes de menor potencial ofensivo trazido pelo artigo 61 da Lei n. 9.099/95²⁴. A fim de tratar a violência de gênero mais severamente, em seu artigo 41, a Lei Maria da Penha afastou expressamente a incidência da Lei dos Juizados Especiais quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra mulher, independentemente da pena prevista.

¹⁹ Vide nota 18.

²⁰ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

²¹ DIAS, op. cit., 2010, p. 27.

²² Vide nota 2.

²³ Vide nota 18.

²⁴ Vide nota 20.

No entanto, a previsão de modo genérico trazida pelo dispositivo supracitado gerou muitas dúvidas quanto ao alcance da norma. A controvérsia era se a norma afastou, na íntegra, a Lei dos Juizados Especiais, alterando inclusive a natureza da ação penal das lesões corporais leves e culposas, ou se apenas vedou a aplicação dos institutos despenalizadores, quais sejam a composição civil dos danos, a suspensão condicional do processo e a transação penal, bem como do procedimento sumaríssimo.

A corrente que afirmava que as lesões corporais leves e culposas, ainda que praticadas em contexto de violência doméstica e familiar contra mulher, continuariam a ser processadas mediante ação penal pública condicionada à representação sustentava que a Lei dos Juizados Especiais foi apenas o meio utilizado para alterar o Código Penal, mas a representação nesses delitos não se restringiria à sistemática dos Juizados.

A alteração promovida pelo artigo 88 da Lei n. 9.099/95²⁵ foi exaltada pela doutrina²⁶, pois representava um benefício para o Judiciário, considerando que, em muitos casos, os danos beiravam a insignificância ou as partes se reconciliavam. Nesse sentido, essa corrente destacava que o objetivo da Lei Maria da Penha é proteger a vítima da violência de gênero e atentar para seu melhor interesse, mais do que punir o agressor.

Verifica-se que a mulher que recorre ao Estado para relatar as agressões sofridas por seu marido deseja que elas cessem, mas nem sempre quer vê-lo processado e condenado, o que representaria também o fim de seu relacionamento, poderia prejudicar o sustento de seu lar, bem como afetar diretamente seus filhos. Assim, a intervenção do poder punitivo deve ser limitada, pois pode produzir resultados não desejados pela vítima. Criminalizar de modo mais grave as lesões corporais leves e culposas no contexto doméstico e familiar, tornando-as crimes de ação penal pública incondicionada, pode ser inadequado se o Poder Público encontrar outros meios de controle social ou outras formas de sanção que se revelem suficientes para tutelar este bem jurídico.

Prosseguindo nessa linha, a Lei n. 11.340/06²⁷ trouxe os artigos 12, I e 16 que tratam especificamente da representação em ações penais que envolvam violência doméstica e familiar contra mulher, bem como estabelecem condições específicas para sua retratação. Deste modo, como assevera Maria Berenice Dias²⁸: "não teria sentido o art. 16 da Lei Maria

²⁵ Vide nota 20.

²⁶ Assim leciona Fernando Tourinho Neto: "A lei dos juizados, atentando para filosofia do Estado de só punir os ilícitos que realmente causem transtorno à sociedade, deixou a cargo do ofendido dar início ou não à ação referente aos crimes de lesão corporal" (TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais cíveis e criminais*. 7ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2011, p. 767).

²⁷ Vide nota 2.

²⁸ DIAS, op. cit., 2010, p. 158.

da Pena falar em renúncia à representação, se a ação penal fosse pública incondicionada". Parece que através desses dispositivos o próprio legislador buscou garantir a livre manifestação de vontade da ofendida, conferindo-lhe poder decisório acerca da necessidade da intervenção do Estado no seu relacionamento.

Essa corrente, que condiciona a ação penal das lesões corporais leves e culposas à representação da ofendida, ainda que em contexto de violência doméstica e familiar, vinha sendo adotada em alguns julgados das Cortes Estaduais. No mesmo sentido, em 24 de fevereiro de 2010, o Superior Tribunal de Justiça²⁹ apreciou a questão por meio de Recurso Especial, julgado pelo rito dos recursos repetitivos, a fim de uniformizar a interpretação dada ao artigo 41 da Lei n. 11.340/06³⁰.

A Corte firmou o entendimento no sentido de que a *mens legis* do dispositivo em tela visa restringir a vedação à Lei dos Juizados Especiais somente aos institutos despenalizadores e ao rito sumaríssimo. A partir de uma análise sistemática e teleológica da Lei Maria da Penha, transcendendo a mera literalidade, verificou-se que esse diploma legal não é incompatível com a representação tratada no artigo 88 da Lei n. 9.099/95³¹, pois que os artigos 12, I e 16 da Lei Maria da Penha disciplinam esse instituto. Concluiu-se, portanto, que o legislador não quis excluir essa condição de procedibilidade da ação penal pública nos delitos de lesão corporal leve ou culposa, ainda que perpetrados com violência doméstica e familiar contra mulher.

Destacou-se que diante da possibilidade de reconciliação do casal, a qual ocorre em muitos casos em que as agressões não são graves, deve-se aguardar a consciente manifestação de vontade da vítima, porque o prosseguimento da ação penal e a eventual condenação só serviriam para trazer mais sofrimento a toda família. A finalidade do aplicador da lei deve ser também a de preservar a família e auxiliar a mulher a restaurar a paz no lar.

Por fim, sustentou-se que a lei penal não dissuade a prática de crimes, assim, nesses casos, melhor do que sua aplicação é a existência de programas de reeducação e de soluções diferentes da imposição de pena. A conscientização, a proteção das vítimas e o acompanhamento multidisciplinar com participação de toda família são medidas juridicamente adequadas e que conferem eficácia ao comando constitucional de proteção à família. Deve-se garantir que a mulher possa optar, desde que esteja esclarecida e amparada.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1097042/DF. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=947326&num_registro=200802279706&data=20100521&formato=PDF>. Acesso em: 21 ago. 2016.

³⁰ Vide nota 2.

³¹ Vide nota 5.

No entanto, a posição ora abordada não foi a adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.424/DF³² e da ADC 19/DF³³, o que provocou mudança de entendimento no Superior Tribunal de Justiça, como será exposto no capítulo seguinte.

3. DELITOS DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA: ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DA ADI 4.424/DF E DA ADC 19/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – EDIÇÃO DA SÚMULA 542 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Supremo Tribunal Federal, em 09 de fevereiro de 2012, julgou a ADC n. 19/DF³⁴ e a ADI n. 4.424/DF³⁵. Nessas decisões a Corte Suprema afirmou a constitucionalidade do artigo 41, Lei n. 11.340/06³⁶, bem como lhe deu interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, para fixar o sentido de que o crime de lesões corporais leves e culposas, quando praticado com violência doméstica e familiar contra mulher, processa-se mediante ação penal pública incondicionada.

No julgamento da ADC n. 19/DF³⁷, questionou-se a compatibilidade do referido artigo da Lei Maria da Penha com o artigo 98, I, CRFB/88³⁸, que prevê a criação dos Juizados Especiais, os quais serão competentes para conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo. A inconstitucionalidade residiria no fato de que o dispositivo da norma infraconstitucional estaria alterando a competência dos juizados, a qual fora fixada na Constituição. Alegou-se que não seria justificável a exclusão dessa competência em razão do sujeito passivo ser uma mulher ou pela circunstância de se tratar de violência doméstica e familiar.

Por outro lado, o melhor entendimento ressalva que o poder constituinte deixou a definição de infração de menor potencial ofensivo a cargo da opção político-normativa dos legisladores infraconstitucionais. A Lei n. 11.340/06³⁹ considerou as diversas peculiaridades

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em 21 ago. 2016.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 19/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em 21 ago. 2016.

³⁴ Ibid.

³⁵ Vide nota 32.

³⁶ Vide nota 2.

³⁷ A ementa da ADC n. 19 esclarece que “o artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares” (Vide nota 33).

³⁸ Vide nota 12.

³⁹ Vide nota 2.

da violência contra mulher e determinou a exclusão dos crimes praticados no contexto doméstico e familiar do rol de crimes de menor potencial ofensivo. O fato da Lei n. 9.099/95⁴⁰ ter adotado como critério de definição dos crimes de menor potencial ofensivo a pena máxima cominada para certos tipos penais não obriga que outras leis adotem o mesmo critério.

Essa posição foi a consagrada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19 pelo Supremo Tribunal Federal⁴¹⁻⁴²:

a Lei Maria da Penha não retirou dos juizados especiais, portanto, a competência para conciliar, julgar e executar nenhuma infração penal de menor potencial ofensivo. O legislador tão só excluiu, do conjunto das infrações penais predicadas como de menor potencial ofensivo, aquelas praticadas com violência contra a mulher, atualizando o conceito segundo a conveniência da política criminal.

Não obstante, nessa decisão os Ministros do Supremo Tribunal Federal afirmaram unanimemente que a utilização do gênero como critério de diferenciação não se revela desproporcional ou ilegítimo, considerando a posição vulnerável da mulher em relação aos constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos no âmbito privado.

Cumprido salientar que, à luz sistemática constitucional, haverá inconstitucionalidade não só quando houver uma afronta direta às regras e princípios desse diploma, mas também quando houver omissão do Estado em garantir a eficácia dos seus preceitos. Nesse sentido, a abstenção do Poder Público na promoção da igualdade de gêneros constitui grave ofensa à Constituição. Aduz o Ministro Marco Aurélio⁴³, sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, que “sob a óptica constitucional, a norma também é corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, na medida em que ao Estado compete a adoção dos meios imprescindíveis à efetiva concretização de preceitos contidos na Carta da República”.

⁴⁰ Vide nota 20.

⁴¹ Vide nota 33.

⁴² Em seu voto na ADC 19/DF, a Ministra Rosa Weber explica: “A qualificação de determinados crimes como de ‘menor potencial ofensivo’ foi deixada ao alvedrio do legislador que, ao elaborar e atualizar a política criminal, valora as condutas penalmente imputáveis, definindo o que avalia deva ser inserido ou não no conceito. Se a duração da pena máxima imputada a uma dada conduta tipificada foi e é um critério utilizado pelo legislador para assim proceder, nada impede que dele extraia exceções com base em critérios outros ou que venha a definir novos critérios para empreender essa conceituação. E a escolha do legislador na elaboração de um diploma normativo não o vincula na elaboração de novas leis. No julgamento mencionado (HC-106212), esta Corte entendeu que aprovou ao legislador da Lei Maria da Penha, no exercício de uma reavaliação do tratamento conferido aos crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, excluí-los do conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo, não se aplicando, assim, o critério objetivo da duração máxima da pena nestes casos porque eleito outro fator para a determinação do seu tratamento em termos de política criminal” (Vide nota 33).

⁴³ Vide nota 33.

Por sua vez, no julgamento da ADI 4.424/DF⁴⁴, os Ministros evocaram o princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade, a vedação a qualquer discriminação que viole direitos fundamentais e o artigo 226, §8º, CRFB/88⁴⁵. Evidenciou-se que os dados estatísticos da violência doméstica e familiar contra mulher são alarmantes e que, na maioria dos casos, a agredida deixa de representar ou acaba se retratando. É necessário atentar que, por muitas vezes, a vontade destas vítimas está viciada por uma coação física e emocional constante, e que o agente, por sua vez, acaba por intensificar seu comportamento. Ainda, o fato de tais agressões ocorrerem no âmbito doméstico só agrava a problemática, na medida em que aumenta a invisibilidade social. Deve o Estado, portanto, intervir de forma eficaz, não se revela razoável e tampouco proporcional que tal atuação fique a critério da vítima.

O Ministro Relator Marco Aurélio⁴⁶, em seu voto, afirma que:

deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.

A Lei Maria da Penha criou no ordenamento jurídico brasileiro um microsistema de proteção para as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Nesse sentido, a desnecessidade de representação da ofendida nas lesões corporais praticadas nesse contexto está em consonância com as particularidades desta forma específica de violência. A Ministra Rosa Weber⁴⁷ destacou em seu voto que “diante das condições especiais em que são perpetrados os atos de violência doméstica, tal condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória a sua saúde e segurança”.

Os adeptos da corrente ora abordada salientam que a vigência do artigo 88 da Lei n. 9.099/95⁴⁸ sobre os casos de violência doméstica e familiar contra mulheres produz impactos desproporcionais sobre as vítimas desse tipo de agressão. A Lei Maria da Penha deve ser reconhecida como verdadeira ação afirmativa em favor das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Buscou-se, através dessa, restabelecer a igualdade material entre os gêneros, amenizando o desequilíbrio ainda existente nas relações familiares.

⁴⁴ Vide nota 32.

⁴⁵ Vide nota 12.

⁴⁶ Vide nota 32.

⁴⁷ Vide nota 32.

⁴⁸ Vide nota 20.

As ações afirmativas⁴⁹ são discriminações positivas juridicamente admitidas, pois conferem um tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado a fim de impedir que o princípio da igualdade formal, expresso em leis aparentemente neutras, funcione como mecanismo perpetuador da desigualdade. Nesse sentido, diferenciar o processamento das lesões corporais leves e culposas nesse contexto visa justamente promover o princípio da igualdade no seu aspecto material.

Ainda, no artigo 226, §8º da CRFB/88⁵⁰, o Estado se obrigou a criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Luís Roberto Barroso⁵¹ destaca que "a disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve ir além nem tampouco ficar aquém do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão". Há uma inconstitucionalidade por omissão do Estado em atuar de acordo com a forma requerida pela Constituição. A exigência de representação nesses casos faz com que a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar não atenda ao exigido pelos tratados internacionais e dispositivos constitucionais.

O artigo 41 da Lei n. 11.340/06⁵² não fez qualquer ressalva quando determinou a não incidência dos dispositivos da Lei n. 9.099/95⁵³. Da mesma forma, a norma não é incompatível com o artigo 12, I ou com o artigo 16 da Lei Maria da Penha, os quais tratam especificamente da representação. Tais dispositivos se aplicarão aos crimes em que o Código Penal ou outra norma diversa da Lei dos Juizados Especiais expressamente exigiu esse requisito para o desencadeamento da ação penal pública. Cite-se o crime de ameaça (artigo 147, parágrafo único, CP/40⁵⁴) ou o crime de estupro (artigo 225, CP/40⁵⁵).

A Lei Maria da Penha não pode ser interpretada de forma que beneficie o agressor, deste modo, se for possível restabelecer a paz no lar, melhor, mas o ofensor deve estar consciente que responderá um processo criminal por suas atitudes. Permitir a atuação de ofício do Estado garante maior proteção aos indivíduos que se encontram em posição de desigualdade. Há um interesse público na coibição da violência doméstica e familiar contra

⁴⁹ As ações afirmativas buscam dar concretude ao objetivo constitucional da efetiva igualdade e podem ser definidas como: "Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego" (GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40).

⁵⁰ Vide nota 12.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378.

⁵² Vide nota 2.

⁵³ Vide nota 20.

⁵⁴ Vide nota 18.

⁵⁵ Vide nota 18.

mulher, o qual está lastreado na garantia constitucional de ampla proteção à família e na dignidade da pessoa humana.

As mulheres conquistaram diversos direitos, mas a efetividade social desses ainda envolve um longo caminho a ser percorrido. A afirmação da igualdade dos homens nunca necessitou de proteção jurídica ou de ações afirmativas, as mulheres, por sua vez, historicamente foram colocadas em posição de desvantagem, carecedoras de especial atenção do Poder Público para compensar esta discriminação. As mulheres vítimas da violência de gênero se distinguem inclusive das demais mulheres que não sofrem com esse tipo de agressão e, por isso, são merecedoras de tutela diferenciada.

As decisões do Supremo Tribunal Federal ora abordadas foram determinantes para a mudança do entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, em 26 de agosto de 2015, a Terceira Seção do STJ aprovou o seguinte enunciado para a Súmula n. 542⁵⁶: “a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.

Isso porque, à luz do artigo 102, §2º da CRFB/88⁵⁷, as decisões de mérito proferidas pelo STF no julgamento de ADI e ADC têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário e à Administração Pública. Desta forma, os órgãos estatais deverão partir da premissa estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da norma, o que impossibilita que os magistrados julguem em sentido contrário à interpretação dada pela Corte Suprema. O efeito vinculante, nas palavras de Luís Roberto Barroso⁵⁸, “obriga à adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Superior, sempre que ela esteja logicamente subordinada a decisão da causa”.

Ainda, em regra, a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade produz efeitos retroativos, portanto, alcança fatos anteriores ao julgamento. No entanto, os ministros da Corte Suprema⁵⁹ firmaram a tese de que “a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente”. Em matéria penal, seria indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de revisão criminal com a finalidade de desconstituir a coisa julgada.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 542. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=542&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 21 ago. 2016.

⁵⁷ Vide nota 12.

⁵⁸ BARROSO, op. cit., p. 204.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 730462/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

Ocorre que as decisões criminais transitadas em julgado só poderão ser reincididas se na ação direta houver a declaração de inconstitucionalidade da norma incriminadora⁶⁰. Diferentemente, o entendimento firmando no julgamento da ADI n. 4.424/DF⁶¹ recrudescer a situação dos acusados, assim, não será cabível revisão criminal para prejudicar o réu, como preconiza o artigo 626, CPP/41⁶². Convém afirmar, portanto, que os casos sob o manto da coisa julgada em que houve extinção da punibilidade do autor por ausência de representação da vítima, quando era exigida esta condição de procedibilidade, não poderão ser alterados pelo novo entendimento do STF.

Aos fatos praticados após a decisão da Corte Suprema não há dúvidas que se aplica o paradigma por ela fixado, no entanto, atenta-se para os delitos consumados antes da decisão, nos quais a vítima não apresentou a representação ou exerceu seu direito de retratação, mas que ainda não houve sentença ou ela não transitou em julgado. Em relação a essas hipóteses, o STF afirma que o entendimento firmado em ADI ou ADC aplica-se a todos os casos *sub judice*, independente da data da prática do ato delituoso.

Nesse sentido, ao julgar a Reclamação Constitucional n. 14.620/MS interposta em razão do descumprimento da decisão do STF na ADI 4.424/DF⁶³, a Ministra Rosa Weber⁶⁴ afirmou que:

não tem lugar o argumento de que a decisão do Supremo não poderia retroagir para atingir a retratação ou os crimes praticados anteriormente. O Supremo é intérprete da lei, e não legislador. O julgado acima referido apenas revelou o melhor Direito aplicável, sem inovar na esfera normativa. Pretendesse o Supremo limitar temporalmente a eficácia da decisão, ter-se-ia servido da norma prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 que permite tal espécie de modulação. Não foi, porém, estabelecido qualquer limitador temporal ao decidido nas referidas ações constitucionais.

Por fim, vale destacar que, em qualquer grau de jurisdição, caberá Reclamação Constitucional contra decisão judicial que contrarie pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, conforme artigo 988 do CPC/15⁶⁵,

⁶⁰ BARROSO, op. cit., p. 220.

⁶¹ Vide nota 32.

⁶² BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

⁶³ Vide nota 32.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 14620/MS. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2814620%2ENUME%2E+OU+14620%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gtgh2n4>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

⁶⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

pois trata-se de precedente judicial com caráter vinculante (artigo 927, I, CPC/15⁶⁶ c/c artigo 102, §2º, CRFB/88⁶⁷).

A decisão da Corte Suprema merece observância não só por determinação do ordenamento jurídico pátrio, mas por ser o entendimento que melhor promove os direitos fundamentais das mulheres que se encontram em situação de violência doméstica e familiar.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a natureza da ação penal nos delitos de lesão corporal leve ou culposa praticados contra mulheres em situação de violência doméstica e familiar. No ordenamento jurídico brasileiro essas infrações deverão ser processadas mediante ação penal pública incondicionada, isso é, exclui-se a necessidade de representação da vítima como condição de procedibilidade. A importância do tema revela-se precisamente na busca pela maior proteção e atenção a ser conferida pelo Estado às mulheres que sofrem com a violência de gênero.

Em razão da interpretação dada pelo STF ao artigo 41 da Lei n. 11.340/06, se existirem elementos indiciários da ocorrência de lesão corporal no contexto de violência doméstica contra mulher, o inquérito policial deve ser instaurado, e o ofensor poderá ser processado e punido mesmo contra a vontade das vítimas. Ainda, os agressores devem ser presos em flagrante e só podem ser liberados por ordem judicial.

O movimento feminista desde os tempos da ditadura clama por alterações legislativas que assegurem efetiva proteção ao gênero feminino e promovam verdadeiras mudanças na sociedade. A intimidade conjugal não pode constituir barreira intransponível que mascare as agressões ali perpetradas e impeça a intervenção estatal. Não se pode olvidar que a família desempenha papel relevante na formação social dos novos cidadãos, e que um ambiente violento não é de forma alguma adequado para um ser humano em desenvolvimento.

Ante todo o exposto, a natureza pública incondicionada da ação penal nos crimes em tela revela-se proporcional e razoável, porque privilegia diversas garantias e liberdades fundamentais. Entende-se que o Direito, isoladamente, não produz revoluções, mas constitui importante mecanismo catalisador de mudanças na mentalidade social, as quais serão alcançadas com a conscientização de cada indivíduo. Assim, a verdadeira alteração se produz quando o agressor se conscientiza do descabimento de seu agir.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Vide nota 12.

O advento da Lei Maria da Penha atribui confiança às vítimas na possibilidade de uma resposta estatal efetiva e lhes atribui coragem para romper com o pacto patriarcal de silêncio em busca de auxílio. Revelou-se a premente necessidade dos agentes estatais intervirem na violência doméstica, questão que por muitos anos foi relegada à esfera privada. Nesse sentido, o tema exposto no presente trabalho deve ser encarado como um instrumento de proteção às mulheres vítimas de violência de gênero.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1097042/DF. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=947326&num_registro=200802279706&data=20100521&formato=PDF>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 542. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=542&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 21 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC 19/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em 21 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em 21 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 14620/MS. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2814620%2E%2E+OU+14620%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gtgh2n4>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 730462/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência Doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise desde o feminismo e o garantismo. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. V, n. 19, jul./set. 2005.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório n. 54/01*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 30 mar. 2016.

DIAS, Maria Berenice A efetividade da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, jan./fev. 2007.

_____. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais cíveis e criminais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.