

## A Relação Entre a Lei da Violência Doméstica e a Lei 9.099/95 em Face da Constituição Federal

Alessandro Bettega Almeida\*

RESUMO - A Constituição Federal elevou homem e mulher a um mesmo patamar, de modo que eventual tratamento desigual entre ambos, em princípio, é inconstitucional. Como a Carta Magna não excepciona referida igualdade, eventual benefício em favor da mulher deve ser embasado nos direitos fundamentais da mulher, compatibilizando-se a norma com a Constituição. A Lei da Violência Doméstica, segundo o legislador infraconstitucional, foi fundamentada na família. Entretanto, analisando a lei verifica-se que suas disposições visam exclusivamente a proteção da mulher, deixando de lado os demais integrantes da família. Nesta linha, há que se conformar a lei à Constituição, dando-se interpretação conforme a Constituição, no sentido de que alguns institutos nela previstos devem ser estendidos aos demais integrantes da família, como a audiência para renúncia da representação perante o juiz e a proibição do pagamento de cesta-básica como pena substitutiva. Quanto à inaplicação da Lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica (art. 41 ), por já existir no ordenamento meios adequados e eficientes para proteção da mulher, com base no princípio da proporcionalidade, deve ser o artigo 41 declarado incidentalmente inconstitucional, restabelecendo-se a aplicação da Lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica.

Dispõe a Constituição Federal no caput do artigo 5º, que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*

Com base no artigo supracitado, parte-se da premissa de que homens e mulheres são iguais perante a lei, o que não é novidade para os cidadãos brasileiros, muito menos para os operadores jurídicos. Sendo assim, é regra geral a igualdade entre

homens e mulheres, assim como a regra do artigo 226, § 5º que dispõe que *os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*. Eventuais regras que venham excepcionar a premissa, necessariamente devem ser compatíveis com a Constituição.

No mesmo artigo 226, em seu § 8º, a Constituição traz a seguinte redação: *O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*.

Esta regra constitucional foi o fundamento da novel Lei 11.340/2006, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher e tem como escopo justamente a coibição e consequente diminuição dos atos de violência praticados, de regra, pelo homem contra a mulher, na unidade doméstica, no seio da família e no âmbito das relações com vínculo afetivo. Ainda fundamenta-se a lei na Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Alerta-se desde já, que o presente texto não tem a pretensão de analisar os diversos institutos elencados pela lei, que criou expediente apartado a ser instaurado pela autoridade policial, definiu a violência doméstica, criou o Juizado de Violência Doméstica, explicitou uma série de medidas protetivas em benefício da mulher, entre outras. O que se pretende é demonstrar que o legislador que elaborou a Lei 11.340/2006, em alguns pontos estabeleceu regras que não podem ser aceitas, porquanto inconstitucionais, e em outros pontos, deve-se lançar mão da interpretação conforme a Constituição.

Andou bem o legislador, na medida em que aumentou a abrangência de proteção dos direitos da família, de acordo com o que dispõe o artigo 13 da Lei:

***Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas do Código de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta lei.***

Na linha do que determinou o constituinte originário, o legislador infraconstitucional criou leis especiais, entre as quais o Estatuto da Criança e do

Adolescente, o Estatuto do Idoso e a Lei dos Portadores de Deficiência, para tutelar os menores, idosos e portadores de deficiência, que se apresentam perante a sociedade na qualidade de hipossuficientes, sendo detentores de direitos indisponíveis, por sinal, razão de atuar do Ministério Público. Nestes três “estatutos”, o legislador criou uma série de medidas protetivas em benefício do hipossuficiente, visando resguardar de uma forma mais adequada e eficiente os direitos dos envolvidos. Estas leis especiais, ainda que indiretamente, também protegem o instituto da família. Nesta toada e sob o argumento da defesa da família, foi elaborada e publicada a Lei 11.340/2006, que na linha dos Estatutos mencionados, criou medidas protetivas, que visam a proteção da mulher, quando vítima das agressões perpetradas por outrem no ambiente doméstico.

Ocorre que, enquanto a Carta Magna prevê a igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher, não havendo mais dúvidas de que estes foram colocados no mesmo patamar, traz tratamento específico, em relação à família, às crianças e adolescentes, ao idoso e aos portadores de deficiência, estabelecendo regras (princípios) expressas, conforme determinado pelo Capítulo VII do Título VIII.

Curiosamente, a Lei 11.340/2006 ao definir violência doméstica, estende a violência doméstica para além do âmbito da família, conforme se observa: Art. 5º:

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

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

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

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

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

Do disposto, verifica-se que a proteção da família restringe-se somente ao inciso II; os demais incisos protegem exclusivamente a mulher. Sob este aspecto, em princípio, a lei pode ser considerada inconstitucional, já que a Constituição Federal ao estabelecer a igualdade entre homem e mulher, não recepciona nenhuma norma que venha ensejar a desigualdade, seja para o homem, seja para a mulher.

Por isso, é inafastável a interpretação da Lei 11.340/2007, de modo a conformá-la com a Constituição Federal.

Poder-se-ia argumentar ainda a validade integral da Lei da Violência Doméstica, tendo em conta que também se fundamenta na Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. No entanto, conforme reza o § 3º do artigo 5º da Carta Suprema Nacional, tratados e convenções somente podem passar a fazer parte da Constituição, após aprovação, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros do Congresso Nacional, quando serão consideradas equivalentes às emendas constitucionais. Ou seja, tratados e convenções, como as leis, são passíveis de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, sem desconsiderar que, no momento de discussão e aprovação perante o Congresso, poderá o tratado ou a convenção ser recebido apenas em parte, através das reservas, o que significa dizer, que mesmo as convenções indicadas como fundamento da Lei da Violência Doméstica poderão vir a ser objeto e análise por parte do STF e não legitimam, atualmente, a Lei da Violência Doméstica.

Assim, imprescindível a conformação da Lei 11.340/2006 perante a Constituição, sendo certo que os dispositivos considerados constitucionais e, portanto, válidos, o serão com fundamento nos direitos fundamentais de todos os integrantes da família e no direito fundamental da mulher à liberdade e à saúde.

As medidas protetivas criadas pela lei decorrem de uma necessidade real da realidade brasileira. Assim, estas medidas devem ser recebidas como conquistas, já que alargam a esfera de proteção da mulher. Neste ponto, a Lei da Violência Doméstica fundamenta-se no direito à liberdade e saúde da mulher, que coexistem harmonicamente com o princípio da igualdade, apesar de parecer haver uma ofensa ao princípio da igualdade. Nestes casos, os bens devem ser ponderados, com a prevalência da liberdade ou saúde em detrimento da igualdade.

Desta forma, desde o atendimento da mulher na Delegacia, quando vítima da violência, ocasião em que se poderá tomar uma série de medidas na defesa

desta ( arts. 11 e 12 ), até a fase judicial ( art.s18-23 ), momento em que o Juiz poderá determinar as medidas adequadas ao caso, como afastamento do lar do agressor da mulher, separação de corpos, medidas de proteção patrimonial ( art. 24 ), entre outras, constam medidas e procedimentos, sem dúvida, salutares e que vão ao encontro dos direitos da ofendida, sendo portanto constitucionais as normas que os prevêm, porquanto garantem a dignidade da pessoa humana.

Com a adequação da lei à Carta Magna, completa-se a proteção do núcleo familiar.

De outro vértice, alguns dispositivos merecem reparo em relação à Constituição.

O primeiro deles é a proibição prevista no artigo 41 da Lei, que assim dispõe:

***Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei .9099, de 26 de setembro de 1995.***

De plano afirma-se que não há fundamento constitucional para a referida proibição, posto que a Constituição proíbe o tratamento desigual entre homens e mulheres, assim como prima pela proteção específica **da família**, e não exclusivamente da mulher, conforme retro demonstrado. De se reparar que toda a agressão perpetrada contra a mulher, assim como a praticada contra o homem, criança, adolescente ou idoso, sempre esteve albergada pelo ordenamento jurídico. Fosse quem fosse a vítima, havia um tipo penal, cominação legal com agravantes e causas de aumento, assim como o procedimento específico.

O legislador ao vedar a aplicação da Lei 9.099/95 para os casos de violência doméstica insiste em colocar a mulher na condição de hipossuficiência, contrariamente ao comando constitucional. Ademais, trata-se de norma processual desnecessária porque : 1 – a pena do crime de lesão corporal contra a mulher em caso de violência doméstica retirou o crime da alçada dos Juizados Especiais ( art. 129, § 9º do CP ); 2- na Lei 9.099/95 já há previsão para se afastar o agressor do lar ( art. 69, § único ); 3- medidas protetivas, quando bem aplicadas, são suficientes para proteção do direito material da mulher; 4 - tanto para a transação penal, quanto para a suspensão condicional do processo, devem ser preenchidos os requisitos de ordem subjetiva ( arts. 76, III e 89, *caput* da Lei 9.099/1995 ), os quais estabelecem que os institutos somente serão suscetíveis de aplicação

*após a análise dos antecedentes, conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.* Portanto, chega-se à conclusão que a regra do artigo 41 fere o princípio da proporcionalidade, pois não é necessária, muito menos adequada para defesa da mulher, posto que existentes normas suficientes para tal.

A prevalecer o artigo 41 da Lei 11.340/2006, eventual agressão a uma criança no âmbito da violência doméstica poderá ensejar a aplicação do artigo 41, desde que a criança seja uma menina, pois, se esta agressão for contra um menino ou adolescente, ou até contra um senhor idoso, não incidirá a aplicação do artigo 41. Fosse a Lei criada para amparar a família, não haveria tamanho tratamento desigual. De modo que, esta diferenciação criada pelo legislador ofende frontalmente o princípio da igualdade entre homens e mulheres e subverte todo o sistema dos Juizados Especiais. Insiste-se, que o ordenamento jurídico já previa a proteção para estes casos.

O artigo 41 da Lei 11.340/06 simplesmente traz uma proibição peremptória, não deixando qualquer espaço de atuação, seja para o Promotor de Justiça, seja para a vítima, sendo certo que na vida real, há casos que divergem diametralmente, sendo que para cada um deverá ser adotada medida específica. O artigo em tela deve ser considerado inconstitucional e alegada a referida pecha de forma incidental nos procedimentos pelos Promotores de Justiça, legitimando-se assim a aplicação de todos os institutos previstos na Lei 9.099/95 (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo, representação nos crimes de lesão corporal culposa). O reconhecimento da inconstitucionalidade gera como consequência processual, o impedimento de se manter preso em flagrante os casos que envolvem crimes de menor potencial ofensivo em sede de violência doméstica, para os quais deverá ser lavrado o Termo Circunstanciado. Poderá ainda, para evitar a conversão de todo inquérito policial em Termo Circunstanciado, o Promotor de Justiça expedir Recomendação à Delegacia de Polícia para que seja afastada a aplicação da norma do artigo 41 da Lei 11.340/2006. Lembra-se, por fim, que a transação penal não será mais passível de aplicação nos crimes de lesão corporal leve decorrente das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade, em razão da nova cominação legal, que prevê pena máxima de 3 anos de detenção (art. 129, § 9º do Código Penal).

Em consequência do entendimento acima exposto, no sentido do restabelecimento do instituto de representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa

e na contravenção de vias de fato<sup>1</sup>, - mais utilidade terá a norma do artigo 16 da lei 11.340/2006, que prevê que *nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta lei, só será admitida renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido Ministério Público.*

Este artigo é interessante por oportunizar a interferência do Estado, por meio de Juízes e Promotores, em situações em que é plausível a interferência do ente público, posto que na ocasião do ato processual poder-se-á demonstrar que existe uma legislação aplicável para o caso, além de carregar um caráter coercitivo em relação a agressor e pedagógico para o casal. Na prática estas audiências são eficientes.

Inobstante, dois pontos merecem destaque: o primeiro é que a este dispositivo deve-se dar interpretação conforme Constituição, para ter aplicação quando a vítima for, tanto mulher como homem, crianças e idosos, sob pena de se criar uma desigualdade incompatível com os ditames da Constituição, haja vista que o que deve ser protegido são os integrantes da família, vítimas de um opressor que se sobrepõe, com base na força física ou psicológica. Não sendo estendida esta regra às demais vítimas, haverá inconstitucionalidade da norma, não sendo passível de aplicação o artigo 16 da Lei 11340/2006. Por isto a necessidade de se interpretar a norma conforme a Constituição. Outro ponto, diz respeito à impossibilidade de se renunciar à representação depois do recebimento da denúncia. Trata-se de exigência inaplicável ao sistema dos Juizados Especiais que possui princípios especiais, os quais primam pela conciliação, além de não existir fundamento razoável para se determinar a proibição em determinado momento do processo<sup>2</sup>.

Finalizando, parece-me razoável a norma insculpida no artigo 17 da Lei 11.340/2006, tendo em vista que alguns procedimentos e processos criminais que envolvem a violência doméstica muitas vezes finalizavam com o pagamento de verba pecuniária ou cesta básica, colocando a Justiça em posição de descrédito perante a vítima e desdém em relação ao agressor, de modo que, entendendo razoável a medida, até porque aplicando-se uma medida alternativa mais duradoura haverá possibilidade do agressor repensar suas condutas perante os demais integrantes a família. Outrossim, na mesma linha do expandido retro, deve ser proibida a aplicação da cesta básica e da prestação pecuniária nos

---

<sup>1</sup> Por ser uma contravenção cuja ofensa é menor do que no crime de lesão corporal, portanto um minus em relação ao crime, tem-se adotado o entendimento que a contravenção de vias de fato também depende de representação.

<sup>2</sup> O tema é exaurido no artigo *Ministério Público, Hermenêutica e Transação Penal* apresentado no último Congresso Estadual do MPPR e no Congresso Nacional do MP.

casos em que a vítima for criança ou adolescente, idoso, portador de deficiência e homem, posto que todos estes integram a família.

Por derradeiro, com relação à possibilidade de decretação de prisão preventiva contra o agressor, conforme consta no artigo 42 da Lei 11.340/2006, necessário o preenchimento dos fundamentos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, assim como não se tratam todos os crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, de crimes inafiançáveis. Basta a leitura dos artigos 323 e 324 do CPP, sendo equivocado fazer tábula rasa a inafiançabilidade dos crimes contra a mulher, como noticiado na imprensa.

#### CONCLUSÃO:

1 – o artigo 41 da Lei 11.340/2006 é inconstitucional, persistindo a aplicação da Lei 9.099/1995 nos casos de crime de menor potencial ofensivo no âmbito da violência doméstica;

2 – o artigo 16 da Lei 11.340/2006 é válido, desde que aplicado indistintamente a homens, mulheres, crianças e idosos;

3 – a renúncia à representação pode ser exercida em qualquer momento processual nos casos de crime de menor potencial ofensivo, desde que antes da sentença condenatória;

4 – é constitucional o artigo 17 da Lei 11.340/2006, que proíbe a aplicação das penas de cesta básica e prestação pecuniária, desde que aplicado a todas as vítimas que integram a família, sejam mulheres, crianças, idosos, homens;

5 – nem todos os crimes praticados em sede de violência doméstica são inafiançáveis.

\*Promotor de Justiça da Comarca de Cantagalo

Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br/eventos/teses05.html>

Acesso em: 14 de junho de 2007