® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

A Ação Penal nos Crimes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher
E outros Aspectos Processuais

Leonardo da Silva Vilhena*

Juliano Aparecido de Souza**

Resumo: *O trabalho, após discutir os objetivos e motivos que trouxeram à tona a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), bem como sua constitucionalidade, analisa alguns aspectos processuais de extrema relevância e utilidade no dia a dia forense do operador do direito penal e busca traçar algumas conclusões na esperança de contribuir para a padronização da atuação do Ministério Público.*

I- Introdução – Os motivos e objetivos da inovação legislativa

Desnecessário dizer que a Lei Maria da Penha buscou oferecer à mulher, vítima de violência doméstica e familiar, maiores garantias jurídicas, que significassem uma efetiva proteção à sua pessoa. Isso resta evidenciado no artigo 1º do diploma legal:

> *Art. 1º 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 e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.*

Se o que se pretendeu era uma proteção jurídica mais efetiva e, portanto, diferenciada, é porque não satisfazia o modelo que vigia. Assim, não satisfez ao legislador o modelo colocado pela Lei 9.099/95, ao menos no que diz respeito à violência doméstica e familiar contra a mulher. Para que isso ficasse ainda mais claro o legislador editou norma expressa a este respeito[1].

Como a nova Lei buscou romper com o modelo então vigente, por óbvio, toda e qualquer interpretação das normas nela existentes não poderá ter como ponto de partida ou como sustentação, argumentos de analogia ou de sistematização com a legislação revogada.

---

[1] Artigo 41 da Lei 11.340/2006 " aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95".

Essa constatação é de extrema importância porque elimina qualquer argumentação que busque integrar (*latu sensu*) a Lei 11.340/06 à Lei 9.099/95.

Essa radical mudança legislativa talvez se deva, nas palavras do Promotor de Justiça do Rio de Janeiro, Marcelo Lessa Bastos, ao "fracasso dos Juizados Especiais Criminais, no grande fiasco que se tornou a operação dos institutos da Lei 9.099/95, não por culpa do legislador, ressalva-se, mas, sem dúvida, por culpa do operador do Juizados, leiam-se, Juízes e Promotores de Justiça – que, sem a menor cerimônia, colocaram em prática uma série de enunciados firmados sem o menor compromisso doutrinário e ao arrepio de qualquer norma jurídica vigente, transmitindo a impressão de que tudo se fez e se faz com um pragmatismo encomendado simplesmente e tão-somente para diminuir o volume de trabalho dos Juizados Especiais Criminais"[2].

Apesar de reconhecer que talvez possa ter sido esse o real pensamento do Legislador, não concordamos com a crítica tão profunda aos operadores do direito junto aos Juizados Especiais, uma vez que, como toda a Justiça brasileira, os problemas estruturais são de tamanha ordem que comprometem em muito a qualidade do trabalho.

Não se pode fechar os olhos para o fato de que os Juizados Especiais, nestes praticamente 12 anos de existência, conseguiram jurisdicionalizar inúmeros conflitos que antes ficavam, no máximo, afunilados nas Delegacias de Polícia. E mais, imprimiram celeridade nas resoluções de conflitos penais distribuindo verdadeira Justiça, já que a Justiça que tarda é sempre falha!

De qualquer forma, o modelo que aí estava não satisfazia, os índices criminais relativos à área da violência doméstica e familiar apenas aumentavam e buscou-se uma nova solução. Muito criticável, é verdade, na medida em que retira a possibilidade existente no JECRIM, de composição civil, de diálogo direto entre as partes, com o objetivo, inclusive, de solução amigável dos conflitos e não punição incondicionada.

Mais uma vez o legislador, ao invés de rumar no sentido de possibilitar maior certeza de punição, rumou no sentido, que nos parece equivocado, de que o aumento da pena em tese imposta ao crime serviria para a redução de índices de criminalidade o que, todos sabem, é uma tese vencida pela própria realidade brasileira.

II- A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha

Como sempre acontece em casos de mudanças legislativas significativas, a Lei Maria da Penha, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Federal 11.340/06) tem gerado inúmeras interpretações conflitantes por parte de doutrinadores e operadores do Direito. Essas divergências de interpretação vão, desde a alegação de inconstitucionalidade material da Lei até aspectos mais restritos, como no tocante à "renúncia" do direito de representação.

Para que se possa chegar ao que se pretende, ou seja, aos aspectos processuais que se entende de grande relevância prática e jurídica, fundamental, portanto, que se discuta, em

---

[2] BASTOS, Marcelo Lessa. "Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Lei Maria da Penha. Alguns comentários. Texto extraído do "site" JUS NAVIGANDI, escrito em 11/10/2006.

primeiro lugar, a questão da constitucionalidade da Lei. Entretanto, não se discutirá a fundo tal questão por não se o principal objetivo do trabalho e também por ser, aparentemente, de menor relevância, diante da flagrante constitucionalidade do diploma legal (a única objeção de relevância em relação à constitucionalidade da Lei diz respeito à competência de Juízo, que abaixo será enfrentada).

A constitucionalidade é clara notadamente porque os argumentos que se colocam contrários a ela são poucos (dois), e facilmente superáveis: violação do princípio da igualdade e violação do disposto no artigo 98, I da Constituição da República, que trata da competência dos Juizados Especiais Criminais.

Com relação ao princípio da igualdade, que estaria sendo violado pelo referido diploma legal porque tratou ele de forma absolutamente diversa a situação do homem e da mulher, soa muito estranha tal argumentação frente a tantas legislações específicas e diferenciadas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, dentre outras.

Ora, como é muito bem explicado pelo renomado professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra, "Conteúdo jurídico do princípio da igualdade", o tratamento diferenciado dado pela Lei é constitucional desde que o critério utilizado para a distinção busca alcançar a igualdade material[3].

É justamente esse o argumento que sustenta a constitucionalidade de qualquer tratamento desigual dado pela Lei, que nada mais é que a consagração da velha máxima "a verdadeira igualdade reside em tratar desigualmente os desiguais na exata proporção de sua desigualdade", que alguns atribuem autoria ao inigualável Ruy Barbosa. E essa desigualdade é, portanto, constatado materialmente, ou seja, para usar a distinção de Hans Kelsen, no "mundo do ser", na prática, no dia a dia.

Se assim é, o único argumento que restaria para persistir na tese da inconstitucionalidade seria o de que não haveria a alegada desigualdade entre homens e mulheres na sociedade brasileira, ou, ainda, de que haveria tal desigualdade, mas a lei não estabeleceu uma proporcionalidade no tratamento desigual.

No que diz respeito à desigualdade social entre homens e mulheres em nossa sociedade, somente um ermitão poderia negar sua existência. Qualquer pessoa que viva em sociedade nota que, a despeito da igualdade assegurada na Constituição da República, a mulher é, notadamente nas relações familiares, pessoa em situação desigual frente ao homem. Essa constatação tem como causa inúmeros fatores, que vão desde aspectos de constituição física até padrões morais e preconceitos sociais.

Para aqueles que operam o direito penal, principalmente aqueles que tiveram oportunidade de trabalhar nos últimos anos junto aos Juizados Especiais Criminais, não há sequer necessidade de examinar estatísticas para que se verifique a enorme quantidade de infrações penais relacionadas à violência doméstica e familiar em que as mulheres figuram como vítimas, numa absoluta desproporcionalidade em relação aos homens (cerca de 95%).

---

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade". São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

Já os que não tiveram esta oportunidade podem consultar o Relatório 54/2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, publicada em 16 de abril de 2001, e que traz a situação da violência contra a mulher, no Brasil, à época[4].

Por sua vez, o argumento de que haveria inconstitucionalidade porque não estar-se-ia respeitando o artigo 98, I da Constituição da República é de todo improcedente, bastando para a análise a leitura do artigo e verificar que ele remete às hipóteses previstas em lei:

> *"Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:*
>
> *I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;"*(grifo nosso)

Se o dispositivo constitucional remete à Lei as hipóteses em que haverá competência do Juizado Especial Criminal, da mesma forma que se pode inserir competência (acrescer) é possível subtrair, ou seja, excluir situações que eram, em determinado momento, de competência do JECRIM.

Ora, além dos crimes previstos na Lei Maria da Penha, que foram excluídos do âmbito dos Juizados Especiais Criminais, já existiam antes da vigência desta Lei, diversos outros crimes que, apesar de terem suas penas máximas inferiores a um ano, não eram processados e julgados nos JECRIMs, sendo algumas hipóteses da própria Lei 9.099/95, como os casos em que houver "complexidade ou circunstâncias do caso" (artigo 77, parágrafo 2º) ou em caso de réu em lugar incerto e não sabido (artigo 66, parágrafo único). Outra hipótese já existente refere-se à Lei 9.839/99, que acrescentou o artigo 90-A à Lei 9.099/95 e exclui a incidência do referido diploma legal no âmbito da Justiça Militar.

III- Natureza da Ação e Competência

1. Nos Crimes

Por força do artigo 41 da Lei 11.340/2006 "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95".

Assim, é forçoso concluir pela não incidência do artigo 88 da Lei 9.099/95[5] que tornou a ação penal, em crime de lesão corporal de natureza leve, condicionada à representação da

---

[4] CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 13.

vítima. Obviamente, quando se tratar de crimes culposos, a ação continua pública condicionada já que crimes culposos não são abrangidos pela Lei Maria da Penha, uma vez que não se caracterizam como "violência".

Em outras palavras, o dispositivo legal acima mencionado simplesmente levou nosso direito processual penal, no que diz respeito aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, à situação que havia em 1995, ou seja, antes da Lei 9.099/95. Destarte, o crime de lesão corporal de natureza leve, no caso da Lei Maria da Penha, é de ação penal pública incondicionada, os crimes de ameaça e contra os costumes (como regra geral, ou seja, sem a incidência da Súmula 608 do STF), continuam sendo de ação penal de iniciativa pública condicionada à representação.

Para alguns, a ação penal já seria pública incondicionada nos casos de lesão corporal contra a mulher, decorrentes de relação doméstica ou familiar, desde o advento da Lei 10.886/04, que teria criado uma forma qualificada de lesão ao criar o parágrafo 9º do artigo 129 do CP[6].

Não há argumento que possa excluir tal raciocínio. Nem se diga que "o espírito da Lei é incompatível com tal exegese" porque, em primeiro lugar o texto da Lei é absolutamente claro e, em segundo lugar o espírito da Lei é exatamente esse, ou seja, de endurecer a repressão nos crimes de violência doméstica ou familiar praticados contra a mulher.

Aos nossos olhos a solução não é boa, em parte pelos motivos que já se expôs acima quando se tratou da falsa percepção de que o encrudelecimento da pena (ou de institutos processuais desfavoráveis ao increpável) leva à menor taxa de criminalidade e, ainda, porque a intervenção do Estado no seio de um relacionamento familiar por conta de uma lesão leve, retirando da vítima a possibilidade de manter sua convivência com o autor da infração e imiscuindo-se em sua vontade, além de causar maior sofrimento à família (notadamente aos filhos menores) em nada contribuirá para a redução da criminalidade.

Assim, diante da não aplicação da Lei 9.099/95, todos os crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher passam a ser, independentemente de sua pena, processados perante o Juízo Comum.

2. Nas Contravenções Penais

Por outro lado, inegável que a natureza da ação nas contravenções penais não teve qualquer modificação com o advento da legislação em análise. O artigo 41 fala apenas em crime, não em contravenção penal, o que revela que estes casos continuam sendo processados e julgados perante o Juizado Especial Criminal e de acordo com a Lei 9.099/95.

---

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

[6] CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias, Promotora de Justiça em Maceió/AL, em denúncia oferecida perante a Justiça Criminal daquela localidade escreveu que "A violência doméstica, embora lesão corporal, cuja descrição típica advém do *caput,* é forma qualificada da lesão, não dependendo mais de representação da vítima desde o advento da Lei nº. 10.886/04". *Site* Jus Navigandi.

O que restou modificado também em relação às contravenções penais é a aplicação de penas de cesta básica ou prestação pecuniária, bem como exclusivo pagamento de multa[7], mas isso em nada guarda relação com a natureza jurídica da ação penal.

Assim, para aqueles que defendiam, antes da Lei, a tese de que contravenções penais como vias de fato e importunação ofensiva ao pudor necessitam de representação do ofendido para a persecução penal *in juditio*, nenhuma mudança ocorreu. Esse posicionamento de ação penal pública condicionada à representação nestas contravenções penais, a despeito de não ser aceito pelo STF, é predominante nos Juizados Especiais Criminais, sob o argumento de que se a lei exigiu representação para o fato mais grave, não haveria cabimento de não fazê-lo para o caso menos grave.

IV- Renúncia da Representação

1. Renúncia ou Retratação?

Para alguns, aparentemente o legislador cometeu uma impropriedade ao usar o termo renúncia, visto que, em uma linguagem mais técnica o correto seria ter usado o termo "retratação", pois o direito já fora exercido. Não se trataria, portanto, de perda, por seu consentimento, da faculdade de exercê-lo.

> *"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".*

Caso se aceite tratar-se de retratação, ou seja, de um direito já exercido na Delegacia de Polícia por ocasião do início do inquérito policial, uma vez não comparecendo a vítima na audiência do artigo acima, a "persecutio in juditio" terá que seguir seu trâmite normalmente, uma vez que já presente condição específica de procedibilidade que é a representação.

Em outras palavras, sem que se saiba a vontade real da vítima, estar-se-ia prosseguindo com a ação penal. E todos que já atuaram nos Juizados Especiais Criminais, notadamente nesta área de violência doméstica, sabem que na maioria das vezes a vítima não comparecesse em Juízo para "ratificar" sua representação. A conseqüência seria um grande número de ações penais condicionadas à representação em que a própria vítima (que não tem a obrigação de dizer a verdade durante a instrução criminal e, normalmente é a principal prova dos autos) não estaria nem um pouco interessada em sua procedência ...

A solução, neste caso, seria, ao que nos parece, adotar-se o mesmo entendimento predominante nos Juizados Especiais Criminais, que entende como obrigatória a ratificação do exercício do direito de representação perante o Juiz, sob pena de, em caso de inércia (pelo

---

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

não comparecimento ou pelo não exercício imediato) de prosseguimento do prazo de decadência (que teve seu como seu termo inicial a data do conhecimento da autoria do fato pela vítima ou seu representante legal).

2- Momento processual

Nota-se do dispositivo que o marco para a "renúncia" do direito de representação é o recebimento da denúncia, e não mais o seu oferecimento, ou seja, mudou-se o momento do exercício de tal faculdade, já que o artigo 25 do Código de Processo Penal coloca como momento limite o oferecimento da denúncia[8].

O artigo não é claro a respeito da necessidade de referida audiência em todos os casos, porém, em uma interpretação sistemática, tudo leva a crer neste sentido, já que a vítima não teria qualquer outra oportunidade de se manifestar, a não ser em sede de instrução processual, caso fosse seguido o rito processual do CPP.

Importante assinalar, também, que com relação à audiência preliminar de que trata o art. 16 da lei em estudo, esta será realizada antes do recebimento da denúncia, mas isto não quer dizer que a denúncia já deva ter sido oferecida pelo Ministério Público.

Para Rogério Sanches da Cunha e Ronaldo Batista Pinto "... *a audiência tratada no dispositivo em estudo é realizada quando já se tem a denúncia, conforme se verifica da parte final do artigo em comento, ao tempo, portanto, que não mais seria admitida a retratação. Vê-se, assim, que a partir do advento da Lei Maria da Penha, os arts. 25 do CPP e 102 do CP, passaram a merecer uma nova leitura, de tal maneira que a retratação, nos casos de violência doméstica e familiar, passa a ser admitida mesmo após a oferta da denúncia"*[9].

Ao que nos parece tal leitura do artigo não é a mais correta do ponto de vista processual e sequer a mais pragmática. Isso porque se teria um enorme prejuízo à celeridade processual designar esta audiência para depois do oferecimento da denúncia. O artigo, ao contrário do que dizem os referidos autores, não deixa claro ou dá a entender que a audiência deva ser designada para depois do oferecimento da denúncia, apenas diz que a renúncia será possível até o recebimento da denúncia, o que é bastante diferente.

Não há empecilhos para a designação de tal audiência nos moldes da Lei 9.099/95, ou seja, como audiência preliminar. Não enxergamos qualquer motivo justificável para que seja oportunizada a "renúncia" do direito de representação em momento posterior ao oferecimento da denúncia, já que, como se disse, traria um trabalho injustificado ao Ministério Público e contribuir-se-ia apenas para atrasar a solução da lide penal.

V- A Prisão Processual

1- Em Flagrante Delito

---

[8] "*Art. 25. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia"*.
[9] Violência Doméstica.São Paulo: RT, 2007.p.75.

Em consonância com tudo o que se escreveu até este momento, resta claro que uma vez afastada a incidência da Lei 9.099/95 (art. 41), voltou-se à situação que vigia anteriormente a tal Lei, ou seja, no que diz respeito aos crimes de violência doméstica ou familiar contra a mulher, independentemente de sua pena, deve-se a lavrar o flagrante delito, e recolher o suspeito à prisão, a não ser nas exceções previstas no próprio artigo 304, parágrafo 1º do Código de Processo Penal (casos em que o increpável livra-se solto ou recolhe fiança).

Nos casos de crime de menor potencial ofensivo (em que a pena é de, no máximo, dois anos), não é necessária a lavratura do flagrante por força do parágrafo único do art. 69 da Lei 9099/95. Esse artigo não é mais aplicável, portanto aos crimes da Lei 11.340/06, inclusive os de alçada privada.

É bom lembrar que o art. 301 do CPP não faz distinção entre os crimes de ação penal de iniciativa pública incondicionada, condicionada e ação penal de iniciativa privada, e fala somente em "flagrante delito". Conforme leciona o professor Tourinho Filho: *"Nos crimes cuja ação penal dependa de* ***representação ou de queixa****, a única particularidade é esta: o titular do direito de representação ou queixa deve ser ouvido no auto, precisamente para que fique documentado que a prisão foi realizada a seu pedido".* [10] (grifo nosso)

Por outro lado, em se tratando de contravenções penais a situação permanece inalterada uma vez que, conforme já se salientou acima, o artigo 41 da Lei 11.340/06 apenas abrangeu os crimes e não as contravenções penais. Em outras palavras, lavra-se Termo Circunstanciado.

2-Preventiva

O artigo 313 do Código de Processo Penal, por força do artigo 42 da Lei 11.340/06 passou a constar com o inciso de número IV, com a seguinte redação:

> *"Art. 313. .....*
> *.....*
> *IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência."*

Além disso, o artigo 20 da Lei 11.340/06 previu expressamente tal medida cautelar de exceção.

Entendemos que a prisão preventiva, que não era vedada perante a Lei 9.099/95, ganhou, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, uma nova hipótese. Essa hipótese (que para alguns já estaria implicitamente prevista nas hipóteses do artigo 312 do CPP) prevê prisão preventiva para garantir a execução de medidas protetivas que obriguem agressor e vítima.

Ora, a hipótese é nova porque para sua fundamentação não se precisa provar qualquer risco à ordem pública, à ordem econômica, ou à aplicação da Lei Penal ou garantia da instrução processual, bastando-se que se prove que as medidas protetivas aplicadas não foram

obedecidas pelo increpável, o que motivou sua inexecução. Obviamente os demais requisitos da prisão cautelar comentada, inseridos no CPP, são necessários.

VI- Conclusões

1- A Lei 11.340/06 não fere o princípio constitucional da igualdade e nem mesmo o artigo 98, I da Constituição da República, que trata da competência dos Juizados Especiais Criminais.

2- O crime de lesão corporal de natureza leve praticado com violência doméstica ou familiar contra a mulher é de ação penal pública incondicionada.

3- Os crimes praticados contra a mulher com violência doméstica ou familiar devem ser processados perante o Juízo Comum, não se aplicando quaisquer dispositivos da Lei 9.099/95, enquanto as contravenções penais continuam de competência do Juizado Especial Criminal.

4- Para aqueles que defendiam, antes da Lei, a tese de que contravenções penais como vias de fato e importunação ofensiva ao pudor necessitam de representação do ofendido para a persecução penal *in juditio*, nenhuma mudança ocorreu.

5- O direito de representação deverá ser ratificado pela vítima na audiência do artigo 16 da Lei 11.340/06 obrigatoriamente, sob pena de não interrupção do prazo decadencial iniciado na data do conhecimento da autoria (pela vítima ou seu representante legal).

6- Diante do princípio da celeridade processual a audiência do artigo 16 da Lei 11.340/06 deve ser realizada antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

7- Independentemente da pena os crimes de violência doméstica ou familiar contra a mulher estão sujeitos à prisão em flagrante delito, o mesmo não acontecendo com as contravenções penais, que se sujeito à lavratura de Termo Circunstanciado a não ser na hipótese do parágrafo único do artigo 69 da Lei 9.099/95.

8- A Lei 11.340/06 trouxe nova hipótese de prisão preventiva para garantir a execução de medidas protetivas que obriguem agressor e vítima. Essa hipótese deve obedecer aos demais requisitos da prisão preventiva.

*Promotor de Justiça titular da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Ivaiporã/PR
**Estagiário do Ministério Público em atuação na 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Ivaiporã/PR

Disponível em: http://www.mp.pr.gov.br/eventos/teses05.html
Acesso em: 14 de junho de 2007