



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREIO
CURSO DE DIREITO

MARCELO RUBENS FERNANDES MACÊDO ALVES FÉLIX

**A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI DOS JUIZADOS
ESPECIAIS CRIMINAIS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA FAMILIAR E DOMÉSTICA
CONTRA A MULHER: A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

FORTALEZA

2017

MARCELO RUBENS FERNANDES MACÊDO ALVES FÉLIX

A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI DOS JUIZADOS
ESPECIAIS CRIMINAIS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA FAMILIAR E DOMÉSTICA
CONTRA A MULHER: A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito para obtenção parcial do Título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal Constitucional e Direito Processual Penal Constitucional.

Orientador: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

F36a Félix, Marcelo Rubens Fernandes Macêdo Alves.
A aplicação dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher : A posição do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da proporcionalidade / Marcelo Rubens Fernandes Macêdo Alves Félix. – 2017.
85 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

1. Violência Doméstica. 2. Lei Maria da Penha. 3. Institutos Despenalizadores. 4. Princípio da Proporcionalidade. I. Título.

CDD 340

MARCELO RUBENS FERNANDES MACÊDO ALVES FÉLIX

A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI DOS JUIZADOS
ESPECIAIS CRIMINAIS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA FAMILIAR E DOMÉSTICA
CONTRA A MULHER: A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito para obtenção parcial do Título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal Constitucional e Direito Processual Penal Constitucional.

Aprovada em __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Sérgio Bruno Araújo Rebouças

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Maria Iaponísia e Raimundo,
por tudo que fizeram e fazem em minha vida,
sempre orientando e buscando o melhor para
mim.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por tudo que oportunizou em minha vida, meu engrandecimento como ser humano e minha determinação para prosseguir vencendo todos os obstáculos, me conferindo força e ânimo para a elaboração deste trabalho, proporcionando-me viver muitos momentos felizes e me dando a certeza de que o futuro será sempre melhor.

Aos meus pais, Mana e Moura, por terem se esforçado para me conceder sempre o melhor e não me deixar faltar nada, sempre sendo companheiros e compreensivos, despendendo-me todo o amor e carinho que conseguem, realizando de forma inigualável o papel que lhes foi dado de educar.

Aos meus irmãos, Mariana e Rodrigo, por acreditarem no meu sucesso e dividirem a parte de suas vidas comigo na infância, sendo companheiros e presentes.

In memoriam, à minha avó Francisca Cotinha e ao meu tio Hervano Júnior, que sempre me apoiaram e se orgulharam de mim, infelizmente não estão presentes fisicamente nesse plano, mas, em vida, me transmitiram muitos ensinamentos e valores, os quais levarei por toda a vida.

À minha namorada, Valesca, por todo o carinho e apoio dedicados a mim, sempre amável e compreensível, torcendo pelo meu sucesso pessoal e profissional.

Às amigas feitas ao longo da graduação, principalmente, aos amigos e aos colegas da turma 2017.2, que fizeram da Faculdade de Direito um ambiente mais agradável e propício ao aprendizado, sem os quais, talvez, a trajetória no curso teria sido mais difícil, que a vida nos permita apenas fortalecer os laços construídos.

A todos com quem pude trabalhar nos estágios da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, da Defensoria Pública do Estado do Ceará, do Ministério Público do Estado do Ceará e do Escritório Cândido Albuquerque Advogados Associados, pessoas fundamentais no meu crescimento profissional e pessoal.

Aos Professores Gustavo Cabral e Sérgio Rebouças por terem, prontamente, aceitado o convite de participarem da minha banca avaliadora.

Por fim, ao Professor Raul Nepomuceno, que foi bastante disponível desde o início da pesquisa, embora ocupado, fez considerações imprescindíveis para o engrandecimento do trabalho, sem os quais não me permitiria concluir.

“A virtude está no meio. Quem o ultrapassa não logra mais que os infelizes privados de alcançá-lo.” (Confúcio)

RESUMO

Os institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais, após a edição da Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, tiveram suas aplicações vedadas no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher. Diversas discussões no meio jurídico fizeram com que fossem ajuizadas, no Supremo Tribunal Federal, ações com o intuito de ser analisada a constitucionalidade de vários dispositivos da referida lei, em especial a do artigo 41 que prevê a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. O Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 106.212/MS, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº19/DF e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424/DF decidiu pela constitucionalidade da referida vedação prevista na Lei Maria da Penha. O objetivo do trabalho foi realizar um breve aparoado histórico da evolução dos direitos das mulheres até a criação da Lei Maria da Penha, estudar as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 e observar se tais decisões respeitaram o princípio constitucional da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O estudo foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, incluindo-se, no material de apoio, livros, monografias, dissertações de mestrado, teses de doutorado, revistas, artigos, legislações, decisões judiciais e consultas a sites de órgãos públicos. Os resultados obtidos foram no sentido de desrespeito, em especial, ao subprincípio da necessidade e à autodeterminação da mulher. Foi possível concluir que a decisão do Supremo Tribunal Federal e a opção legislativa por afastar os institutos despenalizadores do âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher foi demasiadamente desproporcional, ferindo o princípio constitucional da proporcionalidade.

Palavras-chaves: Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Institutos Despenalizadores. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

The depenalization rules from Special Courts Law are not applied anymore since the law n° 11.340/06, also known as “Maria da Penha law”. Many legal discussions have lead to constitutional lawsuits at the Supreme Federal Court of Brazil. These constitutional lawsuits are concerned about the constitutionality of many rules from law n° 11.340/06, especially its article 41, that excludes familiar and domestic violence crimes against women from Special Courts Law’s efficacy, regardless the sanction legally specified. Brazil’s Supreme Court has declared the law constitutional in Habeas Corpus n° 106/212 – from state of Mato Grosso do Sul, in Constitutionality Declaratory Action n° 19 – from the Federal District of Brazil and in Inconstitutionality Direct Action n° 4424 – from the Federal District of Brazil. This work’s task was to examine women’s rights historically until the “Maria da Penha” law, as well as examine constitutionality decisions from Brazilian Supreme Federal Court about the aforementioned article 41, especially wether these decisions observed constitutional principle of proportionality and its corollaries of adequation, necessity and proportionality in a strict sense. The study was developed through bibliographical research, performed by means of books, monographies, doctorate and LLM thesis, legal magazines and articles, legislation, judicial decisions and public websites. The work has concluded that Supreme Court of Brazil’s decisions have offended particularly the legal principle of necessity and woman’s self-determination of will. Both the Brazilian Supreme Court’s decision and the Legislative Power, by abolishing depenalizing rules in the field of domestic and familiar violence against women, were unreasonable and, thus, offended constitutional principle of proportionality.

Keywords: Domestic Violence. Maria da Penha Law. Depenalizing Rules. Principle of Proportionality.

SÚMARIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A PROTEÇÃO JURÍDICA À MULHER	11
2.1	Igualdade de gênero e o tratamento à mulher na história do Direito	11
2.2	O sistema de defesa da mulher internacionalmente e no Brasil	16
2.3	A Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)	20
3	A INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.099/1995 NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR	26
3.1	A Lei nº 9.099/1995 e seus institutos despenalizadores	26
3.1.1	Composição civil de danos e transação penal	31
3.1.2	Suspensão condicional do processo	33
3.1.3	Representação nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa	34
3.2	A posição do Supremo Tribunal Federal quanto à (in) constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006	35
4	ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	45
4.1	Considerações Preliminares	45
4.2	O princípio da proporcionalidade e sua aplicação no Direito	47
4.3	A aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais frente às Contravenções Penais no âmbito da Lei Maria da Penha	57
4.4	A natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal leve e culposa	59
4.5	A aplicação da composição civil dos danos e da transação penal no âmbito da Lei Maria da Penha	66
4.6	A aplicação da suspensão condicional do processo no âmbito da Lei Maria da Penha	73
5	CONCLUSÃO	80
	REFERÊNCIAS	81

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho será tratada a Lei nº 11.340/2006, mais especificamente a vedação constante no art. 41 que impede a aplicação da Lei dos Juizados Especiais no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher. Será analisada a opção legislativa de restringir a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/1995, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou constitucional o referido artigo.

O referido tema foi escolhido para análise e discussão em virtude da existência de inúmeros casos nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que acabam por prescrever, bem como demoram demasiadamente para serem julgados, em virtude de, por opção legislativa, seguir o procedimento sumário ou ordinário, não sendo julgados de forma célere em respeito à economia e à celeridade processual necessárias na atualidade.

O objetivo central do trabalho é estudar o princípio da proporcionalidade e analisar se este postulado constitucional foi devidamente aplicado, respeitando-se os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito na opção legislativa que veda os institutos despenalizadores no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Este trabalho tem por base a pesquisa bibliográfica, envolvendo o conteúdo de livros, monografias, dissertações de mestrado, teses de doutorado, revistas, artigos científicos, notícias, legislações, decisões judiciais e consultas a sites de órgãos públicos brasileiros. Apoiada em tal acervo, a presente monografia divide-se em três partes.

No primeiro capítulo, pretende-se realizar uma análise sobre o a trajetória da mulher no direito, realizando-se uma recapitulação do seu papel no direito romano, passando pela idade média, até o século XVIII, em que surgiram os primeiros movimentos que lutavam pela igualdade de direitos entre homens e mulheres, que desembocou no feminismo. Verificar-se-á os direitos adquiridos pelas mulheres no âmbito internacional e serão apresentadas as legislações brasileiras que conferiram à mulher mais direitos, promovendo a dignidade da pessoa humana, basilar no Estado Democrático de Direito, até a criação da Lei nº 11.340/2006, denominada “Lei Maria da Penha”.

No segundo capítulo, objetiva-se tratar da Lei nº 9.099/1995, dos princípios que a originaram, bem como dos institutos despenalizadores nela previstos: a composição civil dos danos, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o a necessidade de representação dos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa. Serão colocadas em evidência as decisões do Supremo Tribunal Federal que julgaram a constitucionalidade da

previsão constante no art. 41 que veda a aplicação da Lei dos Juizados Especiais do âmbito da violência familiar e doméstica contra a mulher.

Por fim, no último capítulo, busca-se fazer uma análise crítica sobre a aplicação do postulado da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito frente a vedação do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, analisando, sob o enfoque de cada um dos institutos despenalizadores, se o referido dispositivo respeita o princípio constitucional da proporcionalidade.

2 A PROTEÇÃO JURÍDICA À MULHER

No presente capítulo, abordar-se-á a filosofia feminista, no tocante à igualdade de gênero, e o tratamento conferido à mulher na história do Direito, colocando em evidência a luta social pela busca da igualdade em sua dimensão material e não meramente formal.

Tratar-se-á também sobre o sistema de defesa da mulher no âmbito internacional, bem como sobre as mudanças legislativas que vieram à tona no Brasil com o intuito de assegurar à mulher o direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Por fim, será explanado especificamente sobre a Lei 11.340/2006 e a forma como a referida legislação trata violência doméstica e familiar contra a mulher.

2.1 Igualdade de gênero e o tratamento à mulher na história do Direito

O direito, pode-se dizer, deu contorno à trajetória de busca pela emancipação da mulher na sociedade. As leis de Roma tratavam as mulheres como pessoas incapazes para praticar atos da vida civil, sendo, desta forma, indispensável a existência de um tutor para que as representassem. O *status familiae* era considerado como a posição que o indivíduo ocupava no seio familiar, sendo este ou *sui juris* (livre e não subordinado) ou *alieni juris* (submetido à autoridade familiar através da tutela ou da curatela), enquadrando-se a mulher no último grupo. O instituto de tutela era exercido ora pelo *pater familias*, através do pátrio poder, enquanto as mulheres encontravam-se solteiras, ora pelo marido, após o casamento. Explica Luiz Antônio Rolim ao tratar da mulher no Direito romano:

Se solteiras, eram consideradas *alieni juris* e permaneciam sujeitas ao pátrio poder do chefe (*pater*) de sua família de sangue. Quando se casavam, saíam da esfera do poder do *pater* de sua família, mas ficavam submetidas ao *manus* (autoridade) do marido; se o marido fosse, também, o *pater* (chefe) de sua família, a sua mulher passava a ser considerada sua “filha” (*loci filia* = no lugar de filha), ficando em igualdade de condições com os próprios filhos. Se o chefe da nova família fosse o sogro, ela passava a ser considerada sua “neta” (*loci nepotis*). Quando a mulher fosse *sui juris*, ou seja, não estivesse sob o poder paterno (*patria potestas*), nem matrimonial (*manus*) ficava mesmo assim submetida a uma “tutela perpétua”, por ser mulher (*tutela mulierum*), sendo considerada relativamente incapaz.¹

Pode-se afirmar que a dependência existente da mulher no direito romano apenas esvaiu-se com o direito justiniano. A *patria potestas*, poderio do *pater* sobre os filhos, netos e mulheres, foi-se atenuando, uma vez que o Estado iniciou a imiscuir-se na vida doméstica

¹ ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de direito romano**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 139-140.

exigindo do chefe de família um dever de afeição familiar, na busca por um sentimento de respeito e amor com a figura feminina. Desta forma o instituto da tutela para com a mulher foi perdendo força, bem como, posteriormente, o sexo feminino passou a ter pouca, mas existente, autonomia na vida social.

Durante a Idade Média, a mulher, anteriormente reduzida à condição de *res* – isto é, de uma coisa de propriedade do homem – experimentou uma considerável ascensão em seu *status* na sociedade. Mas este melhoramento não recebeu tratamento uniforme em todas as regiões do orbe, mas principalmente no Ocidente romanizado e cristianizado, que, sob o influxo do direito romano justiniano e do direito canônico, testemunhou uma evolução da instituição familiar.

Hoje se sabe a influência do cristianismo sobre as instituições sociais elevou significativamente a dignidade da mulher, que passou a ser não mais uma “coisa” a integrar o patrimônio do *pater familias* – como em Roma – mas sim uma ajudante do homem, igual a ele em dignidade pela posse de uma essência comum, qual seja, a alma imortal que, segundo acreditavam na época, todos os humanos possuíam.

Sobre isto, veja-se o que afirma a historiadora francesa Régine Pernoud, especialista em história da mulher na Idade Média:

Em conclusão, a mulher, tal como o escravo, não existe propriamente perante o direito romano; se o legista se preocupa com a sua sorte, é sobretudo a propósito da devolução ou da administração dos bens: ele fixa parte da herança paterna que lhe cabe, proíbe-lhe (pela Lei Voconia no ano de 169 a.C.) herdar grandes fortunas – disposição dificilmente controlável e, por isso mesmo, pouco aplicada; e no século III d. C. toma algumas medidas no sentido de impedir que o seu dote seja totalmente confundido com os bens do marido, que administra o todo. A condição feminina só mais tarde se suaviza, sob o Império, e sobretudo o Baixo Império, e é também apenas neste último período que se prevêem, em sua defesa, algumas sanções em matéria de rapto ou violação. De resto, qualquer que seja a protecção que pouco a pouco o aparelho legislativo lhes conceda – e isto aconteceu assim em muitas civilizações –, com a pregação do Evangelho, um acontecimento decisivo produz-se na vida das mulheres. A palavra de Cristo, pregada pelos apóstolos em Roma e nas diversas partes do Império, não comportava nenhuma medida de “protecção” para a mulher, mas enunciava de forma mais simples e mais radical a igualdade fundamental entre o homem e a mulher: “Quem quer que repudie a sua mulher e despose outro, comete um adultério” (Marcos X, 11-12; Mateus XIX, 9).²

Pernoud narra ainda que, nos tempos medievais, não era raro que se reconhecesse à mulher o direito de votar nas questões públicas, especialmente no caso das comunas burguesas:

² PERNOUD, Régine. **A mulher no tempo das catedrais**. Tradução de Miguel Rodrigues. Lisboa: Gradiva, 1980, p. 20.

O quadro que se delinea da reunião desses documentos nos apresenta mais de um traço surpreendente, pois vemos, por exemplo, mulheres votarem como homens em assembleias urbanas ou nas das comunas rurais. Freqüentemente, no divertimos em conferências ou palestras diversas, citando o caso de Gaillardine de Fréchou, que diante de um arrendamento proposto aos habitantes de Cauterets, nos Pirineus, pela Abadia de Saint-Savin, foi a única a votar *não*, quando todo o resto da população votou *sim*. O voto das mulheres nem sempre é expressamente mencionado, mas isto pode ser porque não se via necessidade em fazê-lo. Quando os textos permitem diferenciar a origem dos votos, percebe-se que, em certas regiões, tão diferentes como as comunas bearnenses, certas cidades de Champanha, ou algumas cidades do leste como Pont-à-Mousson, ou ainda na Touraine, na ocasião dos Estados-Gerais de 1308, as mulheres são explicitamente citadas entre os votantes, sem que isto seja apresentado como um uso particular do local. Nos estatutos das cidades indica-se, em geral, que os votos são recolhidos na assembleia dos habitantes sem nenhuma especificação; às vezes, faz-se menção da idade, indicando, como em Aurillac, que o direito de voto é exercido com a idade de vinte anos, ou em Embrun, a partir de quatorze anos.³

Segundo a mesma historiadora, porém, com a Idade Moderna, iniciada ainda no século XV, a retomada do Direito Romano se fez acompanhar pela revivescência de muitos institutos jurídicos já abolidos e, com isso, a condição da mulher novamente se degradou.

Só há de se falar em verdadeira reivindicação por direitos às mulheres com o Iluminismo e a Revolução Francesa no século XVIII. Os princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade fundamentaram muitas das lutas por direitos das mulheres. A Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã foi um dos primeiros textos jurídicos relacionado à busca por direitos femininos, o qual foi elaborado em 1791 por Olympe de Gouges, pseudônimo de Marie Gouze, nos moldes da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, sem, no entanto, essa última, conferir o devido papel da mulher em seu texto.

A Declaração de Gouze defendia direitos básicos às mulheres, entre eles à liberdade, à propriedade, à segurança, e à resistência à opressão (art. II), ao sufrágio (art. VI) ao pagamento de taxas e ao exercício laboral (art. XII) e à liberdade de expressão (art. X e XI), entretanto, o texto não foi aprovada pela Assembleia Nacional da França sob o fundamento da suposta destinação natural que possuem as mulheres de exercerem as funções domésticas. Destacam-se as palavras do Deputado André Amar, representando a Comissão de Segurança Geral de 30 de outubro de 1793:

As funções privadas a que as mulheres são destinadas pela própria natureza são inerentes à ordem geral da sociedade; essa ordem social é resultado da diferença que existe entre o homem e a mulher. Cada sexo é chamado para um tipo de ocupação que lhe é própria; sua ação é circunscrita dentro deste âmbito, que não pode

³ PERNOUD, Régine. **Idade Média: O Que Não Nos Ensinaram**. Tradução de Maurício Brett Menezes. Rio de Janeiro: Agir, 1978, p. 50.

transpor; enquanto a natureza, que pôs estes limites ao homem, governa imperiosamente e não tolera lei alguma.⁴

A filosofia feminista, como movimento organizado, tem sua origem datada do século XVIII, possuindo, portanto, os fundamentos de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa e do Iluminismo. Mary Wollstonecraft, expoente de sua época, destacou-se ao tratar em sua obra “*A vindication of rights of women*” (1792) os anseios, mesmo que preliminares, da ideologia feminista, propondo, ao seu modo, a igualdade entre os gêneros, na educação, no trabalho e na política.

Ao tratar do pensamento feminista, Andrew Heywood assevera:

A ideologia feminista é definida por duas crenças básicas: a de que as mulheres vivem em desvantagem por serem mulheres e a de que essa desvantagem pode e deve ser abolida. Dessa forma, as feministas destacam o que para elas é uma relação política entre os sexos: a supremacia dos homens e a submissão das mulheres na maioria das sociedades, se não em todas. Ao ver as divisões de gênero como “políticas”, as feministas desafiam a “mobilização do viés” que tradicionalmente está presente no pensamento político e por meio da qual diversas gerações de pensadores do sexo masculino, não dispostos a examinar os privilégios e poderes do próprio sexo, conseguiram manter o papel da mulher fora da agenda política.⁵

O movimento feminista logrou êxito em diversas conquistas sociais e políticas das mulheres. Inicialmente, a luta da ideologia feminista baseava-se na conquista do sufrágio feminino e posteriormente desenvolveu-se para a busca do fim da opressão pessoal, psicológica e sexual das mulheres, tornando-se, portanto, de cunho eminentemente social e não apenas político ou legal pautado na luta por normas que se fundamentavam meramente na igualdade formal feminina.

Nessa esteira, percebe-se que o objetivo do feminismo era retirar a mulher da exclusividade do “mundo privado” e inseri-las no “mundo público”, o qual era considerado, por essência, prerrogativa dos homens. Tina Chanter ao explorar os papéis do homem e da mulher na sociedade pontua:

As mulheres haviam sido confinadas ao papel de mãe e de dona de casa, e consideradas inaptas para os rigores e demandas do mundo público – o mundo do debate político, o mundo do governo. Na base, o que se requeria para que as mulheres saíssem do mundo privado e passassem para o mundo público era um novo desenho da fronteira que separa o privado do público. A demanda pela reconceitualização dessa linha divisória tornou-se o principal fundamento do feminismo [...].⁶

⁴ AMAR, André *apud* GROPPPI, Ângela. A raízes de um problema. In: BONACCHI, Gabriella; GROPPPI, Ângela (orgs.). **O dilema da cidadania**: direitos e deveres das mulheres. São Paulo: Unesp, 1995, p.14

⁵ HEYWOOD, Andrew. **Ideologias políticas**, [v.2]: do feminismo ao multiculturalismo. Tradução de Janaína Marcoantonio e Maria Janikian. São Paulo: Ática, 2010, p. 21.

⁶ CHANTER, Tina. **Gênero**: conceitos-chave em filosofia. Tradução de Vinicius Figueira. Revisão técnica de Edgar da Rosa Marques. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 24.

Desse modo, a busca incessante para desmistificar o pensamento de que há uma diferença entre os gêneros foi a principal bandeira da ideologia feminista. O termo gênero foi utilizado pelas feministas, segundo Joan Scott, “[...] como uma maneira de se referir à organização social da relação entre os sexos”⁷, o objetivo principal de utilizar a terminologia baseava-se na busca por rechaçar o determinismo biológico. Assinala ainda Joan Scott:

Na utilização mais recente, o termo “gênero” parece ter feito sua aparição inicial entre as feministas americanas, que queriam enfatizar o caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. A palavra indicava uma rejeição do determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”. O termo “gênero” enfatiza igualmente o aspecto relacional das definições normativas da feminilidade. Aquelas que estavam preocupadas pelo fato de que a produção de estudos sobre mulheres se centrava nas mulheres de maneira demasiado estreita e separada utilizaram o termo “gênero” para introduzir uma noção relacional em nosso vocabulário analítico.⁸

Percebe-se, portanto, que há uma diferença terminológica entre “sexo” e “gênero” enquanto o primeiro está relacionado às diferenças entre macho e fêmea, de origem eminentemente biológica, conexo à reprodução, o segundo é termo cultural/político, correlacionado às funções desempenhadas por homens e mulheres perante a sociedade. Quanto a essa ideia, Andrew Heywood aduz:

As diferenças de gênero são em geral impostas por meio de estereótipos opostos de masculinidade e feminilidade. [...] A maioria das feministas, acredita que as diferenças de sexo entre homens e mulheres não tem grande relevância e não explicam nem justificam as distinções de gênero.⁹

A igualdade de gênero, desse modo, foi a o combustível da filosofia feminista que deu propulsão à luta das mulheres por seus ideais que se pautavam não meramente na busca pela igualdade em sua essência, mas sim no fim da opressão entre os gêneros, já que o sexo, nos termos do pensamento feminista, não é causa ou determinante de gênero, sendo essa relação causal imposta arbitrariamente pela sociedade dominada pelos homens. Todo movimento de luta por direitos possui seu viés radical, no feminismo não é diferente, entretanto, fatos sociais, como a existência de uma desigualdade pujante entre os gêneros presente na sociedade, não podem ser desconsiderados e ignorados pelo corpo social, sendo necessárias intervenções estatais que busquem, através de políticas públicas, tentar estreitar tal abismo entre os gêneros e buscar a extinção de tal desigualdade.

⁷ SCOTT, Joan Wallach. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. **Educação & Realidade**. Tradução Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99, p. 72.

⁸ SCOTT, Joan Wallach. *loc. cit.*

⁹ HEYWOOD, Andrew. **Ideologias políticas**, [v.2]: do feminismo ao multiculturalismo. Tradução Janaína Marcoantonio e Maria Janikian. São Paulo: Ática, 2010, p. 28.

No século XIX, com a crescente onda de participação da mulher no mercado de trabalho, em virtude da Revolução Industrial, houve um grande aumento do espaço feminino na sociedade. Nos Estados Unidos da América, com a Convenção de Seneca Falls, surgiu um dos primeiros movimentos feministas organizados politicamente, que foi responsável por elaborar a Declaração de Sentimentos, baseada na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, a qual exigia o sufrágio feminino.

A conquista do direito ao voto feminino veio como uma marca do século XX, em 1920 nos Estados Unidos da América, em 1932 no Brasil e na década de 40 na França, na Itália e no Japão. A partir da conquista dos direitos políticos a luta feminina passa a acirrar-se no campo social, na busca pela igualdade salarial (Convenção de Igualdade de Remuneração da Organização Internacional do Trabalho de 1951), pelo fim da discriminação de gênero (difundido nas constituições democráticas) e o combate às violências sofridas pelas mulheres, que se estendeu e intensificou-se pelo século XXI, na busca pela emancipação feminina.

2.2 O sistema de defesa da mulher internacionalmente e no Brasil

A comunidade internacional, na busca por assegurar os anseios feministas e, desta forma, promover os direitos das mulheres, elaborou em 1979, na Assembleia Geral das Nações Unidas, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW) dispendo de forma ampla sobre os direitos humanos da mulher. A Convenção da Mulher tem suas bases provenientes da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme expõe Silvia Pimentel:

Baseada em provisões da Carta das Nações Unidas - que afirma expressamente os direitos iguais de homens e mulheres - e na Declaração Universal dos Direitos Humanos - que declara que todos os direitos e liberdades humanos devem ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza - a Comissão [Comissão de Status da Mulher da ONU] preparou, entre os anos de 1949 e 1962, uma série de tratados que incluíram: a Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres (1952); a Convenção sobre a Nacionalidade de Mulheres Casadas (1957); a Convenção Sobre o Casamento por Consenso, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamentos (1962). Esses tratados visavam a proteção e a promoção dos direitos da mulher em áreas onde esses direitos fossem considerados particularmente vulneráveis pela Comissão.¹⁰

A Convenção deve ser utilizada internacionalmente como orientações gerais básicas de como necessitam agir os Estados na promoção dos direitos humanos das mulheres e na reprimenda das violações destes, através de medidas legais, políticas e programáticas.

¹⁰ BRASIL, SPM. In: FROSSARD, Heloisa (org.). **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2006, p. 14.

Até a data da entrada em vigor da Convenção, em 03 de setembro de 1981, apenas 23 países a haviam ratificado, em abril de 2015 a Convenção passou para 189 o número de países com adesão ao tratado.

Nesse ínterim, destacaram-se ainda: a) Recomendação nº 19 do Comitê de Especialistas da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (1992); b) Conferência Mundial de Direitos Humanos - Declaração e Plataforma de Ação de Viena (1993); c) Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993); e e) Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Programa de Ação de Cairo (1994);

Em 1994, a Assembleia Geral dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará. A elaboração do documento iniciou-se como um movimento na busca pelo fim da crescente violência contra a mulher e a necessidade de assegurar os direitos humanos das mulheres, visando a uma sociedade pacífica e justa.

Compreendendo a violência contra as mulheres como uma violação direta aos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, a Convenção de Belém do Pará, nas palavras de Leila Linhares Barsted, “[...] reconhece, também, que a violência contra as mulheres é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de reações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.”¹¹

Posteriormente, a Comunidade Internacional, prosseguindo na busca pelos direitos das mulheres, realizaram os seguintes encontros internacionais: a) Quarta Conferência Mundial da Mulher - Declaração e Plataforma para a Ação de Beijing (1995); b) Consenso de Lima (2000); e c) Consenso do México (2004).

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, teve a participação ampla do movimento feminino, o qual reivindicava, à época, a inclusão dos direitos humanos para as mulheres. Através da Carta das Mulheres aos Constituintes, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher reivindicou pontos importantes para assegurar os direitos das mulheres, dentre eles: a igualdade entre os cônjuges; a prevenção da violência na constância das relações familiares; a igualdade de acesso ao mercado de trabalho; a garantia de assistência integral à saúde da mulher em todas as fases da

¹¹ BRASIL, SPM. In: FROSSARD, Heloisa (org.). **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2006, p. 140.

vida; o direito de decisão sobre o próprio corpo; e a criminalização de quaisquer atos que envolvam agressões físicas, psicológicas ou sexuais à mulher, fora e dentro do lar.¹²

Referente aos direitos fundamentais, a Constituição Federal, no inciso I, do art. 5º, buscou assegurar a equidade de gênero, evidenciando o princípio da igualdade entre homens e mulheres, que segue: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”¹³. No §5º do art. 226 foi estabelecida a igualdade dos cônjuges frente ao instituto do casamento: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos pelo homem e pela mulher”¹⁴, o §7º do referido artigo, no mesmo sentido, evidencia a existência de igualdade entre os cônjuges ao conferir o poder de planejamento familiar ao casal e não somente ao homem:

Art. 226 [...]

§7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.¹⁵

A introdução do princípio da igualdade na Constituição Federal retira o indivíduo homem do centro do protagonismo no direito, garantindo, perante a lei, a igualdade de direitos e de obrigações entre homens e mulheres.

Diante da necessidade de cumprir os tratados internacionais ratificados e as normas constitucionais diretivas e programáticas, o Brasil aprovou diversas leis, dentre elas está Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Os Juizados Especiais Criminais, antes da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, acabavam por ficar responsáveis por a grande maioria dos crimes que envolviam violência doméstica (lesão corporal, ameaça, injúria, difamação, etc.), segundo a própria Exposição de Motivos da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006:

¹² CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. [Carta] 26 ago. 1986, Brasília [para] ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Brasília. 3f. **Carta das Mulheres ao Constituinte**.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 95/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 - Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 510 p.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 95/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 - Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 510 p.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 95/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 - Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 510 p.

34. Os números mostram que, hoje, 70% dos casos julgados nos Juizados Especiais Criminais são de violência doméstica. A Lei 9.099/95, não tendo sido criada com o objetivo de atender a estes casos, não apresenta solução adequada uma vez que os mecanismos utilizados para averiguação e julgamento dos casos são restritos.¹⁶

Nessa esteira, a Lei dos Juizados Especiais acabou por ser uma responsável, mesmo que em pequena escala, pelo avanço na proteção dos direitos das mulheres, tendo em vista que tais Juizados ficaram responsáveis por parte considerável da demanda relacionada à violência doméstica. No entanto, a Lei não atendeu todas as demandas, sendo criticada, à época de sua criação, por parte da doutrina.

Nos anos posteriores a legislação brasileira foi sendo alterada paulatinamente. Em 15 de maio de 2001, por meio da Lei nº 10.244, foi acrescentado ao Código Penal brasileiro o art. 216-A, que tipificava o crime de assédio sexual no trabalho. A Lei nº 10.455, de 13 de maio de 2002, modificou o parágrafo único do art. 69, da Lei nº 9.099/95 e facultou ao juiz determinar o afastamento do agressor do âmbito de convivência com a vítima, sendo tal medida uma grande conquista para efetivação dos direitos das mulheres.

No ano de 2003, de forma inovadora, foi dada autorização do Poder Executivo, por meio da Lei nº 10.714, de 13 de agosto de 2003, para a disponibilização nacional de número telefônico para o atendimento de denúncias de violência contra a mulher. A Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, motivada pelo crescente quadro de agressões contra a mulher, estabeleceu notificação obrigatória por parte das pessoas físicas ou das entidades que prestem serviços de saúde públicos ou privados os quais tenham atendido mulheres vítimas de violência doméstica.

A Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004, a qual acrescentou o §9º ao art. 129 do Código Penal brasileiro, tipificou a qualificadora de violência doméstica ao crime de lesão corporal, prevendo para tanto a pena de detenção de seis meses a um ano, tal medida era considerada uma forma de garantir os direitos humanos das mulheres reafirmados pelos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Com a promulgação da Lei nº 11.106/2005 houve notável avanço quanto ao assunto da liberdade sexual feminina, a referida legislação revogou o capítulo referente às formas de rapto, assim como o delito de sedução. A conduta de adultério tornou-se atípica e o casamento deixou de ser modalidade de extinção de punibilidade, quanto ao termo “mulher

¹⁶ BRASIL. EM nº 016 – SPM/PR, de 16 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/smp/2004/16.htm>. Acesso em: 13 de abr. de 2017.

honestas” excluiu-se do ordenamento penal brasileiro. Todas as mudanças legislativas possuíam o intuito de buscar a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres.

Nessa esteira, permaneceu a necessidade da criação de uma legislação específica que coibisse a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista nos acordos internacionais dos quais o Brasil faz parte e no §8º do art. 226, da Constituição Federal: “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”¹⁷, juntamente aos dados que comprovam a ocorrência da violência doméstica no cotidiano da mulher brasileira, o parlamento brasileiro editou a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, usualmente denominada “Lei Maria da Penha”.

2.3 A Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)

No ano de 1983, Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica, sofreu tentativa de homicídio por parte de seu marido, à época, em sua residência na cidade de Fortaleza, no estado do Ceará. O agressor, Marco Antonio Heredia Viveiros, colombiano, atirou nas costas da vítima enquanto ela dormia, a qual ficou paraplégica, chegando, posteriormente, a tentar eletrocutá-la no banho.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará nos anos 1991 e 1996 condenaram o agressor, entretanto, haviam se passado 15 anos do crime e não havia decisão definitiva do processo, permanecendo o agressor em liberdade. Tais fatos culminaram na necessidade de Maria da Penha, juntamente ao Centro para a Justiça e o Direito Internacional - CEJIL-Brasil e o Comitê Latino-americano do Caribe para a Defesa da Mulher – CLADEM-Brasil enviarem o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – CIDH/OEA

Fundamentada na existência de atraso injustificado na decisão dos recursos internos as petionárias denunciaram o Estado brasileiro por violação de tratados internacionais, conforme consta no Relatório nº 54/01 sobre o Caso da Maria da Penha elaborado pela da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA:

2. [...] Denuncia-se a violação dos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos); 8 (Garantias judiciais); 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) da

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 95/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 - Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 510 p.

Convenção Americana, em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “a Declaração”), bem como dos artigos 3, 4,a,b,c,d,e,f,g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará.¹⁸

O CIDH/OEA, no ano de 2001, responsabilizou o Brasil por negligência, tolerância e omissão previstas na Convenção de Belém do Pará, da qual o país é signatário, tendo em vista que o Estado não adotou medidas efetivas para punir o agressor após as denúncias da vítima, representando o caso um padrão de omissão e negligência em relação à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil.

O Relatório nº 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA recomendou à República Federativa do Brasil os seguintes pontos:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.
2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.
3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.
4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:
 - a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
 - b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
 - c) 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 conseqüências penais que gera;
 - d) 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.

¹⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS DA OEA. **Relatório nº 54/01**, de 4 de abril de 2001. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. Disponível em <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 16 abr. 2017.

e) 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.

5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana.¹⁹

Seguindo as recomendações da Organização dos Estados Americanos o Estado brasileiro promulgou a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, que recebeu o aposto de “Lei Maria da Penha”, em homenagem a biofarmacêutica responsável por esta conquista nos direitos das mulheres.

A Lei nº 11.340/2006 possui um caráter eminentemente extrapenal, não havendo o legislador criado tipos penais novos, em virtude de suas finalidades, previstas no artigo 1º da referida lei, não possuem predicados penais, senão vejamos:

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, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a 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**.²⁰ (grifo nosso)

A Lei Maria da Penha conceitua no *caput* do art. 5º a violência doméstica e família 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”²¹.

As hipóteses de enquadramento legal da Lei nº 11.340/2006 são três, estando elas enumeradas nos incisos do art.5º, quais sejam:

¹⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS DA OEA. **Relatório nº 54/01**, de 4 de abril de 2001. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 16 abr. 2017.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; 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; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 de abr. 2017.

²¹ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; 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; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 de abr. 2017.

Art. 5º [...]

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.²²

O inciso I trata da violência doméstica compreendida nos locais onde existe convivência habitual entre pessoas, dispensando vínculo familiar. O II inciso refere-se especificamente a violência familiar, compreendida como aquele presente quando há laços de afetividade ou naturais. Por fim, o inciso III engloba todas as demais formas de relacionamento dotadas de afetividade e de intimidade, dispensando a coabitação, o que faz enquadrar nesse inciso os casos de noivado, bem como os de namoro, nos quais, normalmente, não há coabitação.

Diante o exposto, notável é que a aplicação da Lei nº 11.340/2006 não se deve dar em qualquer caso que haja a violência do homem contra a mulher, sendo imprescindível a comprovação ou da convivência em unidade doméstica, ou da relação de parentesco, ou da existência de relação íntima de afeto.

O art. 7º da Lei nº 11.340/2006 define as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo estas cinco espécies: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, a saber, detalhadamente:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição,

²² BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; 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; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 de abr. 2017.

mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.²³

A referida legislação inovou em diversos aspectos, conferindo o legislador tratamento diferenciado às infrações penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher. Dentre as mudanças introduzidas estão:

- a) assistência à mulher em situação de violência – Do artigo 8º ao 12 a Lei 11.340/2006 lista uma série de medidas assistenciais às mulheres visando coibir a violência familiar e doméstica, integrando instituições e estimulando políticas públicas. Dispõe também sobre o papel da autoridade policial nos casos englobados pela referida lei;
- b) criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - A Lei 11.340/2006, no art. 14, dispõe sobre a possibilidade da União, no Distrito Federal e nos Territórios e dos Estados criarem Juizados para o processamento, julgamento e execução das causas decorrentes de violência familiar e doméstica contra a mulher;
- c) retratação da vítima: O art. 16 da Lei nº 11.340/2006 faz referência a possibilidade de renúncia à representação por parte da vítima nas ações penais públicas condicionadas à representação, desde que seja perante o juiz competente em audiência específica para tanto e antes da oitiva do Ministério Público e do recebimento da denúncia.
- d) medidas protetivas de urgência – Previstas no Capítulo II da Lei nº 11.340/2006 (art. 18 ao art. 24) o legislador conferiu ao juiz a competência de deferimento ou indeferimento das medidas protetivas que podem ser: o afastamento do ofensor do local de convivência com a ofendida, proibição de determinadas condutas, restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, a prestação de alimentos provisionais ou provisórios, dentre outras;

²³ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; 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; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 de abr. 2017.

- e) atendimento multidisciplinar – O art. 29 da referida lei traz em seu *caput* a possibilidade dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher contarem com equipe de atendimento multidisciplinar, sendo esta composta por profissionais especializados nas áreas jurídica, psicossocial e de saúde;
- f) inaplicabilidade da Lei nº 9.099/1995: O art. 41 da Lei nº 11.340/2006 trouxe a previsão de inaplicabilidade da Lei nº 9.099/1995, independentemente da pena cominada à infração penal. Portanto, a Lei Maria da Penha proíbe a aplicação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, bem como deixou de tratar como condicionada à representação os crimes de lesão corporal leve e culposa no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, principalmente após entendimentos jurisprudenciais.

Notável é a preocupação justa do legislador infraconstitucional em buscar meios de proteger a integridade física, moral, psicológica, sexual e patrimonial da mulher, com uma gama de medidas a fim de barrar o desnivelamento histórico perpetuado durante século. Entretanto, tais medidas, assim como quaisquer outras no âmbito do Direito, devem respeitar pressupostos básicos da Constituição, quais sejam os direitos fundamentais.

3 A INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.099/1995 NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

No presente capítulo serão estudados os principais institutos da Lei nº 9.099/1995 e suas modificações no que tange a área criminal, explanando acerca dos princípios que foram consagradas com a sua criação e das medidas despenalizadoras constantes na referida legislação.

Por fim, será colocada em evidência à decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade da vedação a aplicação da Lei dos Juizados Especiais, constata-se no art. 41 da Lei 11.304/2006, realizando-se detalhado e metucioso estudo sobre os argumentos apresentados pelos ministros.

3.1 A Lei nº 9.099/1995 e seus institutos despenalizadores

A pretexto de assegurar e garantir às mulheres um dos direitos básicos de todo ser humano, qual seja o da “dignidade da pessoa humana”, o legislador federal optou por afastar a possibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/1995, nos termos do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, que prevê que “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”²⁴ e, desta forma, acabou por impossibilitar a utilização dos institutos despenalizadores da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo nos referido casos.

Carmem Hein de Campos e Salo de Carvalho ao tratarem da Lei nº 9.099/95 e da sua aplicação aos casos de violência doméstica pontuam:

Nota-se, desde o marco feminista, que a Lei 9.099/95 está em completa dissonância com a proteção dos direitos humanos das mulheres, em especial aqueles estabelecidos na Convenção de Belém do Pará, notadamente pela ausência de medidas que garantem sua integridade física e emocional (artigo VII, “d”, Convenção de Belém do Pará).²⁵

²⁴ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; 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; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 17 de abr. 2017.

²⁵ CAMPOS, Carmen Hein de. CAVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 409-422, mai./ago. 2006.

Flagrante era a necessidade da criação de uma lei específica para combater a violência familiar e doméstica contra a mulher, pois, de fato, existia descompasso e faltavam mecanismos para proteção da mulher. Acertadamente, portanto, foi promulgada a Lei nº 11.340/2006. Não obstante, desprestigiaram-se princípios do direito penal e processual penal, pois mecanismos de solução de conflitos foram afastados do âmbito dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foi editada com o intuito de dar cumprimento às normas constitucionais. O art. 98, I, da Constituição que trata da Organização dos Poderes, especificamente quanto ao Poder Judiciário prevê:

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 sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau²⁶.

Referente às infrações penais de menor potencial ofensivo, estas são definidas nos termos do art. 61, da Lei nº 9.099/95 como “[...] as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”²⁷. Portanto, antes da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, os Juizados Especiais eram os responsáveis por processar e julgar a maioria dos crimes que envolviam violência doméstica.

A Exposição de Motivos da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, ao tratar da necessidade de um tratamento diferenciado aos crimes de menor potencialidade ofensiva, dispõe:

A norma constitucional que determina a criação de juizados especiais para as denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, com as características fundamentais que indica, obedece à imperiosa necessidade de o sistema processual

²⁶ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; 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; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 de abr. 2017.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 9.009, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 de abr. 2017.

penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas que **exigem os procedimentos adequados á concreta efetivação da norma penal.**²⁸ (grifo nosso)

Nessa esteira, percebe-se que o objetivo da criação de uma lei que institui Juizados Criminais reside na busca pelo combate à impunidade, conferindo maior economia e celeridade à prestação jurisdicional, e dando efetividade à norma penal, no tocante aos crimes de menor potencial ofensivo, de forma a privilegiar os interesses da vítima e pôr fim à prescrição criminal ainda bastante comum no Direito brasileiro, tudo isso sem desprestigiar as garantias do devido processo legal.

Os processos que tramitam no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais são norteados por princípios, os quais foram expressamente previstos no art. 2º da Lei nº 9.099/2006: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível à conciliação ou a transação”.²⁹ Portanto, é necessário destacar tais princípios, quais sejam: o da oralidade, o da simplicidade, o da informalidade, o da economia processual e o da celeridade

O princípio da oralidade traduz a opção legislativa pela palavra falada, sem, no entanto, a exclusão da palavra escrita, com previsão constitucional no inciso I do art. 98. Viabiliza-se, desse modo, a interação das partes do processo, bem como do juiz, das testemunhas e dos peritos. Deste princípio derivam subprincípios de grande relevância, quais sejam: o da imediação, o da concentração, o da identidade física do juiz, e o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Ao discorrer sobre o princípio da oralidade, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar enfatizam:

O princípio da oralidade assegura a produção dos atos processuais de viva voz, de forma verbal, sem impedimento da redução a termo dos atos mais relevantes, o que vai refletir na maneira de conduzir o procedimento. Isto porque, com a oralidade, a tendência é a realização dos atos de instrução perante o magistrado, em audiência única, que se encerra com a prolação de decisão, vinculando o magistrado que conduziu a audiência instrutória a decidir a causa.³⁰

Desdobramento lógico do princípio da instrumentalidade das formas, o princípio da simplicidade visa o fim da burocratização dos procedimentos processuais sem, no entanto,

²⁸ BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Justificação. Diário do Congresso Nacional da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 fev. 1989. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicao-demotivos-149770-pl.html>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 24 abr. 2017.

³⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 70.

acarretar prejuízos para as partes processuais, garantindo-se o devido processo legal. Demócrito Ramos Reinaldo Filho ao tratar sobre o tema assevera:

A simplicidade procedimental, elevada à categoria de princípio informativo do processo especial, está ligada à noção da rapidez na solução dos conflitos, depende de que o processo seja simples no seu tramitar, despido de exigências nos seus atos e termos, com a supressão de quaisquer fórmulas obsoletas, complicadas ou inúteis. A simplicidade dos atos e termos é, realmente, uma constante em todo o processo especial.³¹

Dispensando-se o formalismo processual em excesso com formas praticamente sacramentais, o princípio da informalidade possui o objetivo de que seja atingida a finalidade essencial do ato processual, evitando-se medidas que não gerem resultado útil ao processo, mas, sem deixar de observar o princípio da ampla defesa e do contraditório.

A principal finalidade da criação de uma lei que visa punir crimes de menor gravidade delitiva é a busca pela celeridade nos processos, mediante a rápida solução da demanda, evitando-se, desse modo, a impunidade dos crimes com a prescrição de tais delitos.

Ricardo Cunha Chimenti, tratando sobre o princípio da celeridade, dispõe:

A maior expectativa gerada pelo Sistema dos Juizados é a sua promessa de celeridade sem violação do princípio da segurança das relações jurídicas. O Critério foi elevado a direito fundamental pelo inciso LVIII do art. 5º da CF, na redação da Emenda Constitucional n. 45.³²

A economia processual, também expressa na Lei nº 9.099/1995, é pautada na busca pelo máximo resultado pretendido, ou seja, a aplicação da justiça, com o mínimo necessário de procedimentos, optando-se pela alternativa menos onerosa ao Estado e às partes. Portanto, com menos custos financeiros, de tempo e de atividades das partes e envolvidos processuais. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover ao tratarem sobre o tema afirmam:

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

[...]

Ainda como postulado do princípio da economia processual incluísse a adoção de procedimentos sumaríssimos em causas de pequeno valor, os quais são destinados a proporcionar maior rapidez ao serviço jurisdicional [...]. O processo das *pequenas*

³¹ REINALDO FILHO, Demócrito Ramo. **Juizados Especiais Cíveis**. Recife: Bagaço, 1996, p. 37.

³² CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 11.

causas civis (lei n. 9.099, de 26.9.95), agora elevado a estatura constitucional e estendido às pequenas causas penais (Const., arts. 24, inc. x, e 98, inc. i), é mais um sistema de intensa aplicação do princípio econômico.³³

Os Juizados Especiais Criminais possuem seu advento com o art. 60 da Lei 9.099/1995, que prevê - após a redação dada pela Lei nº 11.313/2006 - o que segue: “O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência”.³⁴

Por política criminal e opção legislativa, o legislador infraconstitucional definiu como infrações de menor potencial ofensivo todos os crimes e contravenções penais para os quais a lei estabeleça no preceito secundário da norma penal uma pena máxima não superior a dois anos, nos termos do art. 61, da Lei 9.099/1995.³⁵

Necessário ponderar que existe flagrante diferença entre a infração de menor potencial ofensivo e as infrações “insignificantes”, uma vez que a primeira possui definição legal enquanto a última decorre de alguns requisitos apontados pela doutrina, dentre eles a ofensividade mínima da conduta. Tratando das infrações de menor potencial ofensivo e o princípio da insignificância, Renato Brasileiro de Lima pontua:

Diversamente das infrações de menor potencial ofensivo, que devem entrar no sistema penal, porém a elas se aplicando a busca do consenso, as infrações de ofensividade insignificante devem ficar fora, porque não há ofensividade que justifique a intervenção penal. A insignificância não deve ser aferida considerando-se única e exclusivamente o valor da coisa subtraída. Na verdade, o princípio da insignificância (“de minimis, non curatpraetor”), que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, depende da presença de 4 (quatro) requisitos, a serem demonstrados no caso concreto: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.³⁶

A Lei 9.099/1995, em homenagem aos princípios supramencionados da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro quatro medidas despenalizadoras, evitando-se que seja instaurado um processo criminal, ou que este tenha prosseguimento, O intuito não é descriminalizar, mas que

³³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2015, p. 79-80.

³⁴ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 24 abr. 2017.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 24 abr. 2017.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 1418.

as demandas sejam resolvidas com celeridade, evitando-se, a impunidade de delitos com a aplicação da prescrição.

A Lei nº 9.099/1995 rege o procedimento sumaríssimo, enquanto o Código de Processo Penal disciplina os procedimentos ordinário e sumário, nos artigos 396 a 405. O procedimento sumaríssimo é composto por duas fases, são estas: I) fase preliminar – em que ocorre a audiência preliminar, sendo esta, portanto, pré-processual e; II) fase processual – em que ocorre com audiência de instrução e julgamento.

Tratando das medidas despenalizadoras constantes na Lei nº 9.099/1995, Renato Brasileiro Lima assevera:

Segundo a doutrina, despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução. Descriminalizar, por outro lado, significa retirar o caráter ilícito ou de ilícito penal do fato. [...] ³⁷

Portanto, a tratar de institutos despenalizadores não se quer abolir determinado ilícito penal, mas tão somente adotar medidas substitutivas evitando a aplicação da pena de prisão a todo custo, em respeito aos princípios constitucionais. As medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais são: a) composição civil de danos; b) transação penal; c) suspensão condicional do processo; e d) representação nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas. ³⁸

3.1.1 Composição civil de danos e transação penal

Os institutos despenalizadores da composição civil de danos e da transação penal podem ser aplicados justamente na fase preliminar, em audiência de conciliação, nos termos do art. 73, da Lei nº 9.099/1995³⁹, em que o juiz expõe a possibilidade da composição civil dos danos. Explicando a conciliação, aduz Renato Brasileiro de Lima:

Esta audiência preliminar precede ao procedimento sumaríssimo, cuja instauração depende do que nela for decidido. Tem como objetivo a conciliação tanto cível como penal, a ela estando presentes o órgão do Ministério Público, o autor, a vítima e o juiz. Nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95, a conciliação será conduzida pelo juiz ou por conciliador sob sua orientação. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 1413.

³⁸ Lima, Renato Brasileiro. *loc. cit.*

³⁹ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 24 abr. 2017.

A conciliação é gênero, do qual são espécies a composição e a transação. A composição refere-se aos danos de natureza civil e faz parte da primeira fase do procedimento; a segunda fase compreende a transação penal, isto é, o acordo entre o Ministério Público e o suposto autor do fato delituoso, por meio do qual é proposta a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, ficando o agente dispensado dos riscos de uma eventual pena de reclusão ou detenção, que poderia ser aplicada ao final do processo, evitando, ademais, os dissabores de se submeter a um processo penal.⁴⁰

A composição civil dos danos traz à tona um dos principais objetivos da Lei nº 9.099/1995, qual seja, a reparação dos danos sofridos pela vítima quando existir tal possibilidade, podendo ser feita nos delitos que gerem prejuízos estéticos, morais ou materiais ao ofendido. Quanto aos tipos de ação penal e o instituto da composição civil aduz Noberto Avena:

Sendo crime de ação penal pública incondicionada, esta composição não interfere no prosseguimento do rito. Isto significa que, tenha ou não ocorrido acordo entre os envolvidos relativamente aos danos decorrentes da infração, a audiência preliminar terá prosseguimento.

[...]

Assim como ocorre em relação aos crimes de ação penal pública condicionada, também nos delitos de ação penal privada a ocorrência de composição entre os envolvidos quanto aos danos decorrentes da infração implica renúncia automática do direito de queixa, operando-se, então, o término da audiência e a extinção do procedimento (art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/1995).⁴¹

O instituto despenalizador da transação penal pode ser aferido como um acordo realizado entre o agente da infração de menor potencial ofensivo e o Ministério Público (ou o ofendido a depender do tipo de ação penal), em que é proposto a aplicação da pena de multa ou restritiva de direitos de forma imediata, acabando-se por evitar o início de um processo criminal. Nestor Távora ao tratar da referida medida despenalizadora, enfatiza:

[...] a Lei nº 9.099/1995, objetivando mitigar a sanha penalizadora do Estado, instituiu uma contemporização ao princípio da obrigatoriedade, que ganhou o nome de princípio da obrigatoriedade mitigada ou da discricionariedade regrada, que nada mais é que, nas infrações de menor potencial ofensivo, a possibilidade, com base no art. 76 da Lei dos Juizados, da oferta de transação penal, é dizer, a submissão do suposto autor da infração a uma medida alternativa, não privativa de liberdade, evitando-se a oferta da denúncia. Substitui-se o embate formal em juízo, pela composição entre as partes. A transação penal brasileira não exige o reconhecimento da culpa nem importará em reincidência, distinguindo-se da transação norte-americana (*plea bargaining*), onde a composição pressupõe a assunção da culpa pelo transacionado⁴².

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 1432.

⁴¹ AVENA, Noberto. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 560.

⁴² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 164-165

Renato Brasileiro Lima aponta seis pressupostos de admissibilidade para a celebração da transação penal, a saber: I) infração de menor potencial ofensivo; II) não ser o caso de arquivamento de termo circunstanciado; III) não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; IV) não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela transação penal; V) antecedentes, conduta social, personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do delito favoráveis ao agente; VI) crimes de ação penal pública condicionada à representação, de ação penal pública incondicionada e de ação penal privada.⁴³ Portanto, apenas em casos bastante específicos é possível aplicar tal instituto.

3.1.2 Suspensão condicional do processo

Na fase processual, em que se inicia o procedimento sumaríssimo, o Ministério Público deve apresentar a denúncia, ou, no caso de ação penal privada, deve a vítima manifestar-se através da queixa-crime, ambos devidamente instruídos, como previsto no art. 77, *caput* e §1º. O réu é citado e cientificado para comparecer à audiência de instrução e julgamento (art. 78, §1º). Em audiência de instrução e julgamento são oferecidas a proposta de composição civil dos danos e a transação penal (art. 79), caso ainda não tenham sido. O acusado apresentará sua resposta oral à acusação, decidindo o juiz pelo recebimento ou não da queixa ou da denúncia. Caso recebida, são ouvidas aos integrantes do processo na ordem legal prevista (art. 81), em seguida são realizados os debates orais, e, por fim prolatada a sentença oral.

O instituto da suspensão condicional do processo, no âmbito dos Juizados Especiais, é apresentado na fase processual no momento em que o Ministério Público oferece a denúncia, devendo ser preenchido o requisito de que a pena mínima da infração cometida seja igual ou inferior a um ano, bem como o acusado não tenha sido condenado ou esteja sendo processado por outro crime, devendo estar também presentes os requisitos do art. 77 do Código Penal.

Iniciada a suspensão condicional do processo, o réu submete-se às condições legais previstas no art. 89, §1º, da Lei nº 9.099/1995, acabando por ficar o processo suspenso pelo prazo de dois a quatro anos, bem como o curso do prazo prescricional, nos termos do art.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, *passim*.

89, §6º, da supra referida lei, cumprindo-se todas as condições por parte do acusado será extinta a punibilidade, conforme o art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/1995.

Referente às condições da medida despenalizadora da suspensão condicional do processo, Renato Brasileiro de Lima aponta que estas são seis, a considerar: I) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II) proibição de frequentar determinados lugares; III) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; IV) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; V) não instauração de outro processo em virtude da prática de crime ou de contravenção penal e; VI) outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.⁴⁴

Evidente fica que, nos casos em que se pode aplicar a Lei nº 9.099/1995, apesar de despenalizadoras, a transação penal e a suspensão condicional do processo não visam deixar de punir o agente do ato criminoso, mas aplicar outras sanções, que devem ser cumpridas da mesma forma, bem como possuem a maior finalidade de evitar a prescrição das infrações penais, satisfazendo o anseio da vítima por justiça

A previsão trazida pela Lei 11.340/2006 ao vedar a possibilidade de aplicação da Lei dos Juizados Especiais, no seu art. 41, acabou por impedir que tais institutos despenalizadores fossem utilizados nos procedimentos dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

3.1.3 Representação nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa

O instituto da representação é uma condição de procedibilidade, nos termos do §4º do art. 5º e art. 24 do Código de Processo Penal⁴⁵, sendo vedado à autoridade policial e ao Promotor de Justiça instaurar inquérito ou oferecer denúncia, sob pena de ferir a autodeterminação da vítima da infração penal.

Em sede de Juizados Especiais a aceitação por parte da vítima da composição civil e da transação penal, como já explanado, no entendimento de Noberto Avena “implica renúncia automática do direito de queixa, operando-se, então, o término da audiência e a extinção do procedimento”⁴⁶.

⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, *passim*

⁴⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

⁴⁶ AVENA, Noberto. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 560

O art. 88 da Lei nº 9.099/1995 prevê que “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”⁴⁷.

Portanto, o legislador ordinário de 1995 estabeleceu, desta forma, que o não oferecimento da representação dentro do prazo legal de 6 (seis) meses acarretaria a decadência do direito da vítima, a contar do conhecimento da autoria dos fatos, e, por conseguinte, a extinção de punibilidade.

A Lei 11.304/2006, acertadamente, trouxe previsão expressa sobre a possibilidade da renúncia à representação, mas esta deve ser feita perante o juiz em audiência específica, nos termos do art. 16:

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.⁴⁸

Não obstante, o legislador infraconstitucional de 2006, ao prever a inaplicabilidade na íntegra da Lei nº 9.099/1995 no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, acabou por afastar o art. 88 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Desse modo a nova previsão legal fez com que as infrações mencionadas no art. 88 da Lei 9.099/1995 - lesões corporais leves e lesões culposas - retornassem para condição de ação penal pública incondicionada. O que houve foi a desconsideração, por parte do legislador ordinário, da menor gravidade desses delitos, a complexidade existente nas relações familiares, bem como afastou a possibilidade de autodeterminação da mulher.

3.2 A posição do Supremo Tribunal Federal quanto à (in) constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006

Várias discussões acerca da constitucionalidade de diversas previsões legais da Lei nº 11.340/2006, especialmente quanto à possibilidade de aplicar a Lei dos Juizados

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 5 maio 2017.

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; 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; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 5 de mai. 2017.

Especiais no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, fizeram com que a Defensoria Pública da União ajuizasse o Habeas Corpus nº 106.212/MS, alegando descabimento da vedação imposta no artigo 41 da Lei Maria da Penha, referente inaplicabilidade da Lei nº 9099/95 no âmbito da Lei Maria da Penha e arguindo, em sede de controle abstrato, a sua inconstitucionalidade.

Persistindo as diversas celeumas no âmbito jurídico, a Presidência da República ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 com o intuito de que fosse declarada a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006, em virtude da existência de controvérsias judiciais, uma vez que juízes e tribunais decidiam por declarar a inconstitucionalidade da referida lei, acabando por não ser aplicada a Lei Maria da Penha em diversos casos de violência doméstica e familiar no Brasil.

No mesmo sentido, o Procurador Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424 com o fito de declarar a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/1995 aos crimes versados na Lei nº 11.340/2006, assentar, como consequência, a natureza incondicionada da ação penal em casos de crime de lesão corporal leve praticada contra a mulher no ambiente doméstico e restringir a aplicação dos artigos 12, I e 16 da Lei Maria da Penha às ações penais cujos crimes estejam previstos em leis diversas da Lei dos Juizados Especiais.

O Relator do Habeas Corpus nº 106.212/MS, Ministro Marco Aurélio Mello, enfatizou em seu voto que com a Constituição de 1988 a família teve proteção especial no art. 226, §8º, bem como a Lei nº 11.340/2006 foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Carta Constitucional:

A família mereceu proteção especial da Constituição de 1988 – Capítulo VII do Título VIII – Da Ordem Social. A união estável entre o homem e a mulher é considerada como entidade familiar – artigo 226, § 3º, da Carta. Ante esse contexto e a realidade notada, veio à balha **a Lei nº 11.340/2006, cujo objetivo principal é coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do artigo 226 do Diploma Maior:**

[...]

O artigo 7º da citada lei revela o que se entende como violência doméstica e familiar contra a mulher: não é só a violência física, mas também a psicológica, a social, a patrimonial e a moral. Deu-se concretude ao texto constitucional, com a finalidade de mitigar, porquanto se mostra impossível dissipar por completo, o que acontece Brasil afora.

[...]

Tenho como de alcance linear e constitucional o disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, que, **alfim, se coaduna com a máxima de Ruy Barbosa de que a “regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem...** Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. O enfoque atende à ordem jurídico-constitucional, à procura do avanço cultural, ao **necessário combate às vergonhosas estatísticas do desprezo às famílias considerada a célula básica que é a mulher.**⁴⁹ (grifo nosso)

O Ministro, ao fundamentar a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, pauta-se na necessidade de se combater as estatísticas do desprezo às mulheres no âmbito familiar em consonância com o princípio constitucional da igualdade material.

Assevera ainda o Ministro Marco Aurélio Mello que o art. 98, I da Constituição confere aos parlamentares a discricionariedade para definição de infração penal de menor potencial ofensivo submetidas a julgamento dos Juizados Especiais. Optou também o Ministro Relator por alargar as hipóteses de vedação da aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais para as contravenções penais aplicando preceitos da hermenêutica, vejamos:

[...]. A Defensoria Pública da União insiste no afastamento do disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/06, afirmando o conflito com o texto constitucional. O móvel seria o tratamento diferenciado. Ocorre que este veio a ser sinalizado pela própria Carta Federal no que buscada a correção de rumos. Mais do que isso, conforme o artigo 98, inciso I, do Diploma Maior, **a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, submetendo-a ao julgamento dos juizados especiais, depende de opção político-normativa dos representantes do povo – os Deputados Federais – e dos representantes dos Estados – os Senadores da República.** No caso, ante até mesmo o trato especial da matéria, afastou-se, mediante o artigo 41 da denominada “Lei Maria da Penha”, a aplicabilidade da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aos delitos – gênero – praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Eis o teor do preceito: “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”.

Dirão que o dispositivo contém referência a crime e não a contravenção penal, não alcançando as vias de fato. Fugam à interpretação verbal, à interpretação gramatical, que, realmente, seduzindo, porquanto viabiliza a conclusão sobre o preceito legal em aligeirado olhar, não consubstancia método seguro de hermenêutica. Presente a busca do objetivo da norma, tem-se que o preceito afasta de forma categórica a Lei nº 9.099/95 no que, em processo-crime – e inexistente processo-contravenção –, haja quadro a revelar a violência doméstica e familiar. Evidentemente, esta fica configurada no que, valendo-se o homem da supremacia de força possuída em relação à mulher, chega às vias de fato, atingindo-a na intangibilidade física, que o contexto normativo pátrio visa proteger.⁵⁰ (grifo nosso).

A ministra Carmem Lúcia, seguindo e reproduzindo os argumentos do Relator Ministro Marco Aurélio Mello – da mesma forma a Ministra Ellen Grace, em seu voto opina:

⁴⁹ STF – HC: 106212 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011.

⁵⁰ STF – HC: 106212 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011.

Parece que fica claro - a Procuradoria deixou isso, o voto do eminente Relator - no sentido de que o artigo 41, que é aqui questionado, não apenas não desatende à Constituição, mas bem ao contrário, **vem dando cumprimento à norma constitucional, especificamente ao § 8º do artigo 226, que protege não apenas a integridade física de uma pessoa, da mulher, mas a integridade física e moral da própria família.** Porque é esta mulher quem vai educar o homem e a mulher de amanhã.

[...].

O fato de estarmos a julgar **uma lei que dá exatamente instrumentos que possibilitam a igualação das mulheres e não apenas a igualdade, que é estática, mas a dinâmica da igualdade,** multiplica muito a nossa esperança de que realmente tenhamos os direitos constitucionais das mulheres devidamente resguardados.⁵¹ (grifo nosso)

O Relator inicialmente não traz argumentos de ordem jurídica, apenas aceitando que a previsão constante no art. 41 da Lei Maria da Penha é uma opção político-legislativa, fundamentada na discricionariedade parlamentar, visando pôr fim à violência familiar e doméstica, sem dúvidas, de proporções assombrosas no país. Ao alargar as hipóteses de vedação da aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais para também abarcar as contravenções penais, utiliza o Ministro o fundamento hermenêutico equivocado, uma vez que esquece de analisar o caso à luz do princípio da reserva legal e da vedação à aplicação da analogia *in malam partem*. Vejamos o que a Noberto Cláudio Pâncaro Avena assevera:

[...] a lei é expressa ao referir que a vedação existe nas hipóteses de condenação anterior pela prática de *crime*. **Ora, estender a proibição, também, em relação às contravenções penais implicaria, a nosso ver, interpretação *in malam partem*, o que não se pode admitir.** Além do mais, quando foi a intenção do legislador referir-se a contravenções, estipulou a terminologia própria. Basta atentar ao que dispõe o art. 89, §4º, da Lei 9.099/1995, facultando a revogação da suspensão quando, no seu curso, for o indivíduo processado por contravenção.⁵² (grifo nosso)

Prosseguindo a análise, o Ministro Relator invoca o princípio da igualdade de forma correta e coerente, porém não tangencia, em nenhum momento, o princípio da proporcionalidade para analisar o referido tema, o que seria de oportuna necessidade, pois flagrante é a existência de colisão entre direitos fundamentais.

Denegando a ordem do Habeas Corpus nº 106.212/MS, o ministro Luiz Fux fundamenta seu voto argumentando que a criação do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é uma medida adequada para repressão dos ilícitos contra a mulher e que a necessidade de investigações detalhadas com depoimentos de testemunhas é incompatível com a celeridade existente nos Juizados Especiais:

⁵¹ STF – HC: 106212 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011.

⁵² AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 778.

[...] a criação da Lei Maria da Penha, com os seus consectários, vale dizer, com as suas figuras delitivas e com o seu procedimento próprio, encontra embasamento legal no artigo 98, I, e notadamente na ratio legis do artigo 226, 7º (*sic*), da Constituição Federal. **Porque esse artigo de tutela da família e da mulher indicia que está autorizada a criação de mecanismos adequados à repressão desse ilícito, e um dos mecanismos adequados é exatamente a criação de um juizado.** E por que a criação de um juizado? **Porque os juzados especiais comuns não se aprofundam na causa, eles normalmente são voltados para causas de menor complexidade.**

E aqui se observa, na própria razão de ser da Lei Maria da Penha, que, longe de pretender um revanchismo legal, estipula-se a criação desses juzados contra a violência doméstica **para dar mais agilidade aos processos e para que as investigações sejam mais detalhadas, com depoimentos, inclusive, de testemunhas, que são - digamos assim - procedimentos ou ritos incompatíveis com a celeridade do procedimento dos juzados especiais.**⁵³ (grifo nosso).

No entanto, parece olvidar o membro da Suprema Corte que muitos dos crimes e contravenções penais que envolvem a violência doméstica em sua dimensão psicológica e patrimonial possuem prazo prescricional bastante reduzido o que acarretaria a extinção de punibilidade do infrator no curso da instrução criminal, perdendo-se valor a Lei Maria da Penha e gerando ao Estado despesas processuais desnecessárias, uma vez que haveria a prescrição e seu *ius puniendi* ficaria prejudicado.

Oportuno ressaltar, que no Habeas Corpus não foi contestado que a criação do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é um meio inadequado para se reprimir a perpetuação de ilícitos nessa área. E, de fato, a criação dos Juzados foi fundamental no combate a violência doméstica, entretanto, a vedação de todos os institutos da Lei dos Juzados Especiais não foi feita de forma comedida.

Opinando pelo indeferimento do Habeas Corpus ora em comento, o ministro Dias Toffoli, no mesmo sentido, assevera:

Mas, em primeiro lugar, em razão de votos que proferi em outros habeas corpus, que tratavam, por exemplo, da possibilidade de concessão de liberdade provisória no crime de tráfico ou de conversão da pena privativa de liberdade em substitutiva, é necessário distinguir que aqui - aqueles casos também foram defendidos, e muito bem defendidos da tribuna, como hoje, de maneira corajosa, veio o nobre defensor fazer a defesa do seu constituído - **não estamos no campo da individualização da pena.** Nós, aqui, estamos no campo de saber se o legislador estabeleceu, ou não, a aplicação para a defesa desse bem jurídico que é a integridade física da mulher no âmbito familiar desse ou daquele rito processual - no caso, se seria ou não submetido ao art. 98, I. Então, **não há conexão aqui com votos que proferi no sentido de conceder a ordem naquelas outras hipóteses relativas à Lei de Drogas, porque lá eu estava no âmbito da individualização da pena; aqui estamos no âmbito de**

⁵³ STF – HC: 106212 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011.

qual é o rito processual e se são aplicáveis ou não determinadas situações como a suspensão do processo neste caso.⁵⁴ (grifo nosso).

Ora, é óbvio que não há correlação de matéria entre o Habeas Corpus citado pelo ministro Dias Toffoli e o Habeas Corpus em análise, pois o primeiro trata-se de concessão de liberdade provisória no crime de tráfico ou de conversão da pena privativa de liberdade em substitutiva e o segundo da possibilidade aplicação do rito processual da Lei nº 9.099/1995 no âmbito da violência familiar e doméstica contra a mulher.

Entretanto, os fundamentos que justificam a possibilidade de se conceder liberdade provisória no crime de tráfico e a possibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/1995 no âmbito da Lei Maria da Penha são, em sua essência, os mesmos. O primeiro pauta-se na individualização da pena, derivado lógico do princípio da proporcionalidade, que deveria ser utilizado como fundamento para o provimento do Habeas Corpus nº 106.212/MS caso houvesse por parte dos ministros um detalhado e metucioso juízo de ponderação.

Analisando a individualização da pena e o princípio da proporcionalidade, afirma Carmen Silvia de Moraes Barros:

Individualizada a pena, o agente deve ver nela a exata medida de sua culpabilidade. Se um comportamento humano dá motivos à reação do Estado através da pena, essa reação deve ser proporcional, atentando-se à gravidade e duração da pena imposta. O princípio da proporcionalidade deve reger a reação estatal, coibindo o excesso proporcionando correspondência entre ação e reação, delito e pena, custo e benefício.⁵⁵

Proferindo seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski – e da mesma forma os Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso - fundamenta-se no poder constituinte derivado e na opção legislativa dos parlamentares infraconstitucionais, sem, no entanto, mencionar que tais opções de política criminal devem estar pautadas em limites, impostos pela própria carta constitucional, vejamos:

Presidente, quando **o legislador ordinário definiu, no artigo 41 da Lei 11.340, que os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher estavam fora do âmbito da Lei 9.099, na verdade fez uma opção legislativa, uma opção de política criminal** perfeitamente consentânea com a Constituição Federal, como foi demonstrado à saciedade pelos Colegas que me precederam, especialmente porque deu cumprimento ao que se dispõe no artigo 226, § 8º, da Constituição.

O que fez o legislador ordinário no artigo 41? Retirou esse tipo de crime praticado contra a mulher no âmbito doméstico daquele rol de crimes considerados de menor potencial ofensivo. **O legislador ordinário diz o seguinte: são crimes de maior**

⁵⁴ STF – HC: 106212 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011.

⁵⁵ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 120.

potencial ofensivo, exatamente porque atingem um dos valores mais importantes da Constituição, que é justamente a proteção da família. O artigo 226, caput, diz: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".⁵⁶ (grifo nosso)

É claro que o Poder Legislativo deve, em virtude da existência de mandamento constitucional, conferir conteúdo aos princípios constitucionais existentes ao produzirem atos normativos. Não obstante, devem os legisladores ordinários estar pautados em limites existentes na Constituição, sob a pena de incorrerem em inconstitucionalidade, daí, portanto, o poder estabelecido pela Constituição ao constituinte ser derivado, o qual é limitado, subordinado e condicionado aos demais mandamentos constitucionais.

Os únicos membros do Supremo Tribunal Federal que tangenciam o princípio da proporcionalidade ao analisar o Habeas Corpus são os ministros Ayres Britto e Gilmar Mendes. O primeiro, porém, apenas cita que, na condição de ministro do Supremo Tribunal, não consegue "enxergar inconstitucionalidade no artigo 41 da lei agora adversada, a Lei Maria da Penha, seja sob o ângulo da igualdade, seja sob o ângulo da proporcionalidade"⁵⁷, fundamentando o seu voto meramente no princípio da igualdade material, não expondo em nenhum momento os motivos que o levam a afastar o princípio da proporcionalidade:

Em rigor, estamos a apreciar o caso num contexto mais do que penal. Embora seja um habeas corpus, o contexto jurídico da questão é muito mais do que de Direito Penal ou de Direito Processual Penal, é rigorosamente de Direito Constitucional. A Constituição é especialmente zelosa no trato jurídico da condição feminina, mas para conferir à mulher uma superioridade jurídica, como uma forma de compensação das desvantagens históricas experimentadas pela mulher como espécie do gênero humano.

Na verdade, a matéria de proteção à mulher se inscreve no âmbito do que eu venho chamando - permito-me referir à obra de doutrina "Teoria da Constituição", que escrevi em 2003 - de advento do constitucionalismo fraternal, que é um constitucionalismo diferente do social, porque não busca propriamente a inclusão social dessa ou daquela pessoa num plano econômico ou num plano cultural genérico. Não é isso. Busca a integração comunitária daquelas pessoas integrantes de segmentos historicamente desfavorecidos e até vilipendiados, como o segmento das mulheres, dos negros, dos homoafetivos, dos portadores de deficiência física, para ficar apenas nesses estamentos - chamemos assim.

Senhor Presidente, então, em última análise, eu entendo que o voto do Ministro Marco Aurélio, no sentido do indeferimento do HC, está rigorosamente conforme a Constituição, e o artigo 41 da Lei Maria da Penha só merece da nossa parte louvores pela sua compatibilidade material com a Constituição brasileira.⁵⁸

⁵⁶ STF – HC: 106212 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011.

⁵⁷ STF – HC: 106212 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011.

⁵⁸ STF – HC: 106212 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011.

Quanto ao ministro Gilmar Mendes, além de citar o princípio da proporcionalidade, analisa o presente caso apenas sob a perspectiva da proibição da proteção insuficiente⁵⁹ - que será abordado de forma detalhada posteriormente -, sem conferir o verdadeiro valor que deve ser empregado a dimensão da proibição do excesso:

[...] nesses temas específicos, além da ideia da proporcionalidade, que nós temos discutido na dimensão da proibição do excesso legislativo, há também a outra dimensão: é a proibição da proteção insuficiente, a ideia da violação, exatamente, ao princípio da proibição da proteção insuficiente, que é a outra faceta dessa noção de proporcionalidade.

De um lado, nós temos a chamada proibição do excesso, o chamado *Übermassverbot*, e, do outro, a da proibição da proteção insuficiente ou a chamada *Untermassverbot*, e, aqui, então, nós temos a necessidade de medidas que, de fato, protejam as pessoas, eventualmente, que estão numa situação de possível diferenciada hipossuficiência.⁶⁰

Claro é que, antes da criação da Lei 11.340/2006, a proteção à mulher era flagrantemente insuficiente, mas se alargou depois dela. Ao pleitear a inconstitucionalidade a Defensoria Pública da União não fez menção à totalidade da Lei Maria da Penha, mas apenas ao art. 41, mantendo-se os outros inúmeros institutos trazidos pela lei ora analisada - a assistência à mulher vítima de violência, a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as medidas protetivas de urgência, o atendimento por equipes multidisciplinares, etc. - e que protegem a integridade física, psicológica, sexual, moral e patrimonial da mulher.

A decisão sobre a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/DF ajuizada pela Presidência da República e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424/DF de iniciativa do Procurador Geral da República, já que foram praticamente julgadas pelos mesmos ministros, vieram apenas reiterar os entendimentos ora expostos e analisados no Habeas Corpus nº 106.212/MS, mas, dessa vez, em controle concentrado, visando a decisão irradiar-se extramuros processuais.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424/DF foi contestada especificamente a natureza da ação penal pública quanto aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, se era condicionada ou incondicionada à representação, tendo em vista a previsão legal de necessidade de representação nos termos do art. 88 da Lei nº 9.099/1995 e

⁵⁹ No que pese a exposição teórica em suas obras “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras” do princípio da proporcionalidade

⁶⁰ STF – HC: 106212 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011.

o afastamento da aplicação da referida lei no âmbito da violência familiar e doméstica contra a mulher.

Assim, resta claro que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 foi baseado em fundamentos de ordem político-institucional, deixando a desejar quanto ao exame da natureza jurídica indispensável quando se faz referência ao exercício de controle de constitucionalidade.

O Relator da ADI nº 4424/DF, Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto opina:

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.

[...]

Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter suprallegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária. Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito.

[...]

[...] para expungir quaisquer dúvidas, resta emprestar interpretação conforme à Carta da República aos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei nº 11.340/2006, para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão dessa última. É como voto na espécie.⁶¹

Na decisão da ADI nº 4424/DF ignora-se a real gravidade das infrações penais de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, bem como se olvida a Suprema Corte da complexidade das relações conjugais e familiares, a autodeterminação que deve ser conferida à mulher, vários princípios do Direito Penal e Processual Penal e, o postulado da proporcionalidade, que será analisado mais a diante.

O que se percebe é que em momento algum os membros da corte, nas três decisões, discorrem ou tratam sobre o princípio da proporcionalidade, como realmente deve ser feito, à luz de seus subprincípios, bem como deixam de aplicar o princípio da unidade da constituição ao enfatizarem que a vedação do art. 41 da Lei Maria da Penha veio ao encontro do art. 226, §8º da Constituição Federal, mas olvidam-se do direito de liberdade dos cidadãos,

⁶¹ STF – ADI: 4424 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014.

previsto no art. 5º do texto constitucional, que apenas em última hipótese deve ser tolhido, respeitando o devido processo legal, no que concerne, principalmente, à proibição de excesso por parte do Poder Público.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal ao analisar a inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais no âmbito da Maria da Penha deixou de observar o princípio da unidade da Constituição, princípio este que veda conferir primazia a um direito fundamental em detrimento de outro direito fundamental, no sendo possível hierarquizar abstratamente dispositivos constitucionais, assim deve o intérprete, ao analisar eventual colisão, realizar detalhada ponderação principiológica analisando a Constituição como sistema.

Luís Roberto Barroso analisando o referido princípio assevera:

O princípio da unidade da Constituição tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs. Em julgado que Klaus Stern refere como primeira grande decisão do Tribunal Constitucional Federal, lavrou aquela Corte que ‘uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna. Invocando tal acórdão, Konrad Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. [...] Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: ‘o princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal.⁶²

Na análise do §8º do art. 226 da Constituição Federal, que fundamenta a decisão da Corte Maior, é de nítida percepção que apenas há a previsão de que o Estado irá criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Não há, porém, especificação de quais mecanismos são esses, devendo claramente a definição desses meios ser pautada nos demais princípios previstos na Constituição, havendo, portanto, um limite ao legislador infraconstitucional, limite este que deve ser analisado à luz do postulado da proporcionalidade.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147.

4 ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No presente capítulo, será feito um estudo detalhado e minucioso quanto ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, bem como será analisada a sua aplicação diante da vedação constante no art. 41 da Lei Maria da Penha que proíbe a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Portanto, cabe saber se o legislador ordinário agiu dentro dos limites constitucionais a ele impostos, bem como se tal medida de restrição de direito foi adequada, necessária e proporcional à luz, também, da dimensão da proibição de excesso.

4.1 Considerações Preliminares

Inicialmente, oportuno destacar o importante e incontestável papel que a Lei nº 11.340/2006 teve e tem para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher. A Constituição Federal de 1988 traz, em seu corpo normativo, diversos dispositivos que vislumbram resguardar e proteger a família, e em especial a mulher, dentre eles o *caput* do art. 5º e §§ 5º e 8º do art. 226.

Segundo a Secretaria Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres, no Brasil, no ano de 2016, o “Ligue 180”, central de atendimento à mulher, recebeu 140.350 relatos de violência, dos quais 50,70% eram de violência física, 31,80% de violência psicológica e 6,01% eram de violência moral, sendo os demais 11,49% divididos entre violência sexual, patrimonial, cárcere privado e tráfico de pessoas.⁶³

Comparando-se aos dados de 2015, houve um aumento 83% no número total de relatos de violência. A evidência de existir um número expressivo de casos que envolvam violência familiar e doméstica é notória na estatística de que 86,07% dos casos registrados na central de atendimento à mulher ocorrem nesse âmbito, o que representa um aumento de 93,87% em relação aos casos do ano de 2015.⁶⁴ Dentre todos os casos de violência, 65,91%

⁶³ BRASIL. **Ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher - Balanço Anual/2016**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2016, p. 8.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 19.

foram cometidos por homens com quem as vítimas têm ou tiveram algum vínculo afetivo: atuais ou ex-companheiros, cônjuges, namorados ou amantes das vítimas.⁶⁵

Todos os dados apontados deixam claro que é imprescindível a proteção especial para a mulher no Direito, em virtude da necessidade de se atingir a igualdade entre homens e mulheres. Ao se tratar de igualdade entre gênero não se busca apenas a igualdade formal, visto que essa se encontra resguardada como direito fundamental previsto na Constituição, para se compreender o princípio da igualdade, imperioso ser levado em consideração a máxima do filósofo Aristóteles, posteriormente lapidada pelo jurista Ruy Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.⁶⁶

O legislador infraconstitucional, portanto, apenas veio garantir a efetivação de direitos fundamentais à mulher quando criou a Lei Maria da Penha, na busca pelo fim da desigualdade de gênero, sendo uma forma de efetivação legal de políticas públicas por parte do Estado na busca pela igualdade material.

No Julgamento do Habeas Corpus nº 106.212/MS a Ministra Carmem Lúcia elaborou seu voto tratando do princípio da igualdade e da criação da Lei nº 11.340/2006:

Na minha concepção do que seja igualdade - e aqui falo de uma igualdade que precisa ser transformada para chegar ao mesmo patamar de não apenas titularizar direitos iguais, mas de poder usufruir dos direitos de forma igual, com igualdade de oportunidades humanas -, eu acho que o que se fez aqui foi, em face da ineficácia das medidas adotadas o tempo todo, por até tentativas que foram feitas desde a década de 60, especialmente, no sentido de garantir a igualdade de direitos, acho que esta lei veio exatamente dotar de instrumentos que tornam eficazes as medidas que a Constituição estabeleceu. Essas medidas seriam providências estatais necessárias para que se pudesse realmente usufruir dos direitos em condições iguais, homens e mulheres, e livrar as mulheres, senão da violência que continua a acontecer, principalmente que pudessem fazer com que, ocorrida a violência, se desse uma resposta estatal pronta a esta violência que fica, muitas vezes, escondida.⁶⁷

Apesar de fundamentada no princípio da igualdade, a Lei Maria da Penha não poderia, e nem pode, tentar buscá-la a qualquer custo, em desrespeito a outros direitos fundamentais e - na perspectiva deste trabalho - foi o que ocorreu ao ser aprovada a previsão constante no art. 41 da Lei nº 11.340/2006.

⁶⁵ BRASIL. **Ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher - Balanço Anual/2016**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2016, p. 15.

⁶⁶ BARBOSA, Ruy. **Obras completas de Rui Barbosa**. São Paulo, v. 48, t. 2, 1921, p. npb

⁶⁷ STF – HC: 106212 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011.

A defesa da aplicabilidade da Lei nº 9.099/1995 em momento algum significa que os crimes perpetrados no ambiente familiar e doméstico devam ser processados e julgados nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, mas devem, sem quaisquer argumentos a serem postos contrários, ser de competência do Juizado de Violência Familiar e Doméstica contra a Mulher, sem, entretanto, óbice às previsões constantes na Lei dos Juizados Especiais, como os institutos despenalizadores da composição civil de danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo e como o tratamento de ação pública condicionada à representação conferido aos crimes de lesão corporal leve e culposa.

Desse modo, pelo fato dos Juizados Especiais não contarem com infraestrutura suficiente para atender-se a demanda de violência doméstica e familiar contra a mulher devem os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher aplicar no que couber as normas constantes na Lei nº 9.099/1995, é o que se busca defender neste trabalho.

O legislador agiu acertadamente ao estipular juizados específicos com competência para processar e julgar tais casos, tendo em vista, como já abordado, a necessidade de tratamento diferenciado que deve ser dado aos crimes que envolvam violência contra a mulher, sem, porém, deixar de se observar demais direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade.

4.2 O princípio da proporcionalidade e sua aplicação no Direito

O princípio⁶⁸ da proporcionalidade tem origem na transição do Estado absolutista, em que não havia limites aos governantes em relação aos governados, para o Estado liberal, em que a lei era pautada em limitar as ações até mesmo dos governantes.

Em sede Constitucional, o referido princípio teve sua base teórica e ideia central desenvolvidas pela Corte Constitucional alemã, após a segunda grande guerra, pautando-se principalmente na proteção aos direitos fundamentais frente à existência de abusos legislativos. Inicialmente, antes de adentrar no princípio da proporcionalidade, em sua essência, faz-se necessário realizar uma explanação acerca da diferença construída pela

⁶⁸ Adota-se no presente trabalho a terminologia princípio, no que pese as divergências doutrinárias que diferenciam os termos: regra (Robert Alexy e Luís Virgílio Afonso da Silva), postulado ou dever (Humberto Ávila), e princípio (Celso Antônio Bandeira de Melo e José Afonso da Silva), não sendo a finalidade do presente estudo defender ou questionar a terminologia.

doutrina entre o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade, o que pese o entendimento diverso de parte da doutrina⁶⁹.

Amparado no Direito norte-americano, tendo como pressuposto o *due process of law*, originário da cláusula *law of the land* presente na Magna Carta inglesa de 1215⁷⁰, do Rei João Sem-Terra, que visava conter os excessos do soberano, o princípio da (ir)razoabilidade preconiza que uma lei não pode estar em desacordo com o *due process of law*, pois, do contrário, será considerada arbitrária e eivada de irrazoabilidade.

O *due process of law* teve reflexos nas Constituição brasileiras, entretanto, apenas na Constituição de 1988 tal pressuposto surgiu expressamente, no inciso LIV, do art. 5º que trata dos direitos e garantias fundamentais como o “devido processo legal”, vejamos:

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

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.⁷¹

Alexandre Sivolella Peixoto, Taísa Queiroz e Fábio Carvalho Mendes no estudo do princípio da razoabilidade e do princípio do devido processo legal os inserem na essência do regime democrático, tendo em vista seu caráter limitador:

[...] o princípio do devido processo legal, juntamente com a separação dos poderes, constitui-se em fundamento essencial do regime democrático e sua abrangência ultrapassa a condição de simples garantia processual, tornou-se ainda objeto de intenso estudo doutrinário e jurisprudencial, e, tanto a doutrina quanto a jurisprudência utilizam-se do princípio da razoabilidade na busca de garantir direitos ao cidadão em face de eventual arbítrio do poder estatal.⁷²

Posto o explanado acima, oportuno ressaltar que a diferença entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não reside apenas na origem, mas sim no fato do princípio da razoabilidade possuir menos complexidade que o princípio da proporcionalidade,

⁶⁹ Luís Roberto Barroso, Suzana Toledo de Bens, Paulo Armínio Tavares Buechele, dentre outros, defendem uma sinonímia entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, a qual não se adota no presente trabalho.

⁷⁰ No que pese o entendimento de Willis Santiago Guerra Filho, que afirma ser o princípio da razoabilidade fruto de influência argentina.

⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 95/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 - Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 510 p.

⁷² PEIXOTO, Alexandre Sivolella; QUEIROZ, Taísa; MENDES, Fábio Carvalho. O princípio da razoabilidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 6, n. 11, p. 95-104, jan./jul. 2004, p. 100.

uma vez que para aferi-lo apenas é necessário realizar a análise de compatibilidade entre meios e fins, como pondera Luís Virgílio Afonso da Silva:

A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de "compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins". Barroso chama a primeira exigência - compatibilidade entre meio e fim - de razoabilidade interna, e a segunda - legitimidade dos fins -, de razoabilidade externa. Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não-identidade com a regra da proporcionalidade.⁷³

Carlos Roberto Siqueira Castro, fazendo referência ao princípio da razoabilidade e à sua real aplicabilidade, diz:

Nessa visão limitadora do arbítrio legislativo, a cláusula do devido processo legal erige-se em escudo contra as normas jurídicas e as decisões administrativas irrazoáveis ou irracionais. Afasta-se, assim, o totalitarismo na tomada de decisões capazes de interferir com a esfera de liberdade ou com os bens individuais dotados de utilidade social. Por exigência insuprimível de limitação de mérito ou de conteúdo nas decisões de caráter normativo, a nenhuma autoridade constituída, nem mesmo ao legislador legitimamente investido da representação política, é dado deliberar de forma arbitrária e incondicionada.⁷⁴

Da mesma forma, acentua Roberto Rosas que o princípio da razoabilidade visa limitar o poder estatal, tendo em vista que, caso a lei imponha diferenças arbitrárias, tem-se por infringido o devido processo legal, sendo a finalidade do referido princípio proteger direitos e liberdades frente às legislações tidas como opressoras.⁷⁵

Robert Alexy, realizando um contraponto entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, defende a existência de três subprincípios da proporcionalidade, denominados pelo autor de máximas parciais do princípio da proporcionalidade:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorrente logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.⁷⁶

Luís Virgílio Afonso da Silva, ao explicar detalhadamente o princípio da proporcionalidade, enfatiza que este é regra de aplicação e de interpretação do direito, possuindo três subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade

⁷³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p.32.

⁷⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pg. 137.

⁷⁵ ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 783, p. 11-15, jan. 2001, p. 12.

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116-117.

em sentido estrito. O emprego do referido princípio, segundo o autor, dar-se-á nos casos em que atos estatais que visam promover determinado direito fundamental restringem um segundo direito fundamental, portanto o objetivo desse critério/regra é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.⁷⁷

No mesmo sentido, Humberto Ávila defende a existência de três subprincípios como pressupostos para se aferir se determinado ato é dotado de proporcionalidade, explicando:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.⁷⁸

Notório é, portanto, que o princípio da proporcionalidade possui, além de origem diversa do princípio da razoabilidade, uma estrutura diferenciada ao possuir três subprincípios, tratando de forma mais abrangente o ato do Poder Público ao analisar sua desproporcionalidade frente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, diferente do princípio da razoabilidade que, de forma pontual, visa estabelecer se os meios utilizados pelo Poder Público são adequados para se concretizar os fins almejados.

O primeiro subprincípio ou sub-regra do postulado da proporcionalidade é o da adequação, também tratado como da idoneidade ou da conformidade. A doutrina entende que a adequação é o meio cuja finalidade alcança-se um determinado objetivo. Luiz Fernando Calil de Freitas, ao seu turno, trata do subprincípio:

O princípio da adequação, princípio da idoneidade ou da conformidade, como também é conhecido, estabelece que, no exame do caso concreto, se verifique se a afetação desvantajosa no direito fundamental foi produzida com o emprego de meio que de forma mais adequada se mostre apto a promover o atingimento da finalidade perseguida. É dizer: examina-se se o meio eleito, conquanto produza limitação ou restrição a direito fundamental, é útil, idôneo, apto, apropriado à promoção do resultado pretendido.⁷⁹

É possível inferir do referido subprincípio que o legislador deve, ao elaborar o ato normativo, atentar-se se a previsão criada é passível de alcançar com eficiência a finalidade almejada, devendo, portanto, provar que as mudanças pretendidas são uma forma apta ou

⁷⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p.24.

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 152.

⁷⁹ FREITAS. Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 208.

pelos menos contribuem minimamente para tanto, podendo-se afirmar que esta serão inadequadas apenas se não contribuírem em nada para atingir o objetivo almejado.

Nesse sentido, é necessário pontuar que muitas vezes existem diversos meios para que se alcance um determinado fim, e, em virtude disso, todos serão adequados, somente poderá ser considerado inadequado se o meio não contribuir sequer minimamente para que seja possível chegar aos objetivos inicialmente traçados. Constando-se a adequação da medida imposta não significa que este seja proporcional, sendo necessário prosseguir com a análise do subprincípio da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O elemento necessidade ou exigibilidade, como subprincípio da regra da proporcionalidade, encontra-se presente no ato do poder público toda vez que este ato limite em menor escala os direitos fundamentais dos indivíduos do que qualquer outro meio passível a se alcançar as finalidades e objetivos que levaram a realização do referido ato.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Branco e Paulo Gustavo Gonet, analisando o subprincípio da necessidade enfatizam:

O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.⁸⁰

Afere-se, ante o exposto, que ao se examinar se determinada norma é necessária é preciso ter-se a certeza de que o meio empregado é o menos danoso ao direito fundamental, sendo, portanto, indispensável uma comparação com os outros meios viáveis a realizar a finalidade almejada.

Portanto, a principal diferença entre a adequação e a necessidade está no fato da primeira pautar-se na aptidão do ato para atingir os fins, enquanto a segunda correlaciona-se com o grau menor de limitação ao direito dos sujeitos que serão atingidos pelo ato.

Por último, mas de importância fundamental, está o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou mandamento de ponderação. Necessário frisar que mesmo o ato do Poder Público sendo dotado de adequação e necessidade ele apenas será considerado proporcional se, e somente se, ele respeitar o elemento da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a restrição imposta ao direito fundamental atingindo deve ser de menor importância que a realização do direito fundamental que fundamenta o ato estatal.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 200, p. 250.

Consoante ao tema, Luís Virgílio Afonso da Silva explica o sopesamento entre a medida imposta pelo poder público e o direito fundamental restringido:

Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.⁸¹

Visando uma abordagem didática, o referido autor traz um exemplo prático da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito para se detectar se um ato do Poder Público dotado de adequação e necessidade pode ser considerado ou não desproporcional:

Um exemplo extremo pode demonstrar a importância dessa terceira sub-regra da proporcionalidade. Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos deveriam fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária - nos termos previstos pela regra da proporcionalidade -, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º).⁸²

O que se infere do exemplo abordado é que para a medida ser considerada desprovida de proporcionalidade em sentido estrito é apenas necessário comprovar que os motivos que levaram a realização do ato por parte do Poder Público não possuem fundamentação suficiente capaz de justificar a limitação imposta ao direito fundamental restringido, não sendo preciso obrigatoriamente que se viole o núcleo essencial de um direito fundamental.

Oportuno salientar que no teste de aferição de respeito ao princípio da proporcionalidade é indispensável que exista obediência à ordem dos subprincípios ora examinados. Denílson Pacheco Feitoza enfatiza a necessária relação de subsidiariedade entre os subprincípios:

Esses subprincípios são aplicados sucessivamente, na ordem acima [adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito], passando-se ao subprincípio

⁸¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p.40.

⁸² *Ibid.*, p.40-41.

seguinte apenas se a medida legislativa, judicial ou administrativa obtiver êxito no exame do subprincípio antecedente.⁸³

Ao se analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade, também se faz necessário expor as diferenças básicas entre os conceitos de proibição de excesso (*Übermassverbot*) e de proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), uma vez que a existência de evidente colisão entre direitos fundamentais fica muito mais notória ao se analisar, principalmente, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, do que nas demais fases do teste de proporcionalidade (adequação e necessidade), pois se analisa se a restrição a determinado direito fundamental é cabível em prol da satisfação de outro direito fundamental.

Logo, é imperioso observar se a restrição ao direito fundamental pauta-se na proibição do excesso e se a fundamentação do ato do Poder Público reside na proibição de proteção insuficiente, uma vez constatando-se tal evidência a análise da regra da proporcionalidade deve ser muito mais minuciosa, pois estarão em colisão as duas dimensões do postulado da proporcionalidade.

O postulado da proporcionalidade inicialmente era tido como responsável por proteger os indivíduos frente aos atos desmedidos do Estado (garantismo negativo), entretanto uma nova perspectiva acabou por vir à tona, o garantismo positivo, que trata da proibição do Estado abster-se ou ser omissivo. Assim aponta Lenio Luiz Streck:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*).⁸⁴

Explicando de forma didática as duas faces do princípio da proporcionalidade acentua o mesmo autor:

[...] há uma distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro – o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) – funciona como proibição de intervenções; o segundo – o princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) – funciona como garantia de proteção contra as omissões do

⁸³ PACHECO, Denílson Feitoza. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 150.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/indez.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em 3 maio 2017.

Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.⁸⁵

Desse modo, a proibição de excesso visa impedir que o Estado intervenha de forma desmesurada quando não devia ter feito. No caso da referente dimensão do princípio da proporcionalidade, a limitação aos direitos fundamentais deve estar pautada em limites preestabelecidos, os quais, no Estado Democrático de Direito, estão presentes na Constituição, lei maior que deve impor restrições aos atos do Poder Público, seja do Executivo, seja do Legislativo, evitando afetar de forma desproporcional determinado direito resguardado pela Carta Constitucional e tido como fundamental.

Já a proibição de proteção insuficiente - ou deficiente - pode ser conceituada como a vedação de que o Estado, agindo com omissão, deixe de realizar restrições necessárias para a proteção de determinado direito fundamental que esteja sendo violado ou sofrendo constantes agressões. O que existe nessa face do princípio da proporcionalidade é uma concepção de garantismo positivo, em que o Estado deve atuar protegendo os direitos fundamentais dos indivíduos contra ataques de terceiros.

Portanto, a proibição da proteção insuficiente (proteção positiva) e a proibição do excesso (proteção negativa) devem ser necessariamente observadas diante da colisão aparente de direitos fundamentais, com o intuito de, ao ser realizado o sopesamento e o teste da proporcionalidade, aferir qual dos direitos fundamentais deve prevalecer, garantindo-se, desse modo, força normativa à Constituição.

Ante todo o exposto, é necessário realizar-se previamente uma análise detalhada e minuciosa da aplicação do princípio da proporcionalidade frente a casos concretos de colisão de direitos fundamentais para que, didaticamente, seja possível compreender o postulado.

A Suprema Corte teve de aplicar o princípio da proporcionalidade no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.136/DF, em 01.07.2014, a qual tratava da suposta violação à Constituição por parte do art. 28, §1º da Lei nº 12.663, de 3 de junho de 2012, denominada “Lei Geral da Copa”, que, segundo o autor da ação, teria criado limitação à liberdade de expressão para além das tratadas pela Constituição ao ressalvar no seu texto o direito constitucional ao livre exercício de manifestação e à plena liberdade de expressão em defesa da dignidade da pessoa humana.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11493>>. Acesso em: 3 maio 2017.

O Ministro Gilmar Mendes, relator da Medida Cautelar em comento, tecendo suas considerações invoca o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios para seguir com o indeferimento da medida:

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade.

Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há de perquirir-se, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado, isto é, apto para produzir o resultado desejado; necessário, isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; e proporcional em sentido estrito, ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto (“A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72).

As restrições impostas pelo art. 28 da Lei Geral da Copa parecem enquadrar-se nesses três requisitos. Trata-se de limitação específica aos torcedores que comparecerão aos estádios em evento de grande porte internacional que reúne pessoas de diversas nacionalidades e que, portanto, precisa contar com regras específicas que ajudem a prevenir confrontos em potencial. O legislador, no caso, a partir de juízo de ponderação, parece ter objetivado limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e a atentar não apenas contra o evento em si, mas, principalmente, contra a segurança dos demais participantes.

Várias dessas restrições já haviam, inclusive, sido inseridas ao Estatuto do Torcedor (Lei n. 10.671/2003) pela Lei n. 12.299, de 27 de julho de 2010, que dispõe sobre “medidas de prevenção e repressão aos fenômenos de violência por ocasião das competições esportivas”.

Ao contrário do defendido na inicial, o dispositivo impugnado não parece constituir limitação à liberdade de expressão, mas sim ressalva a indicar que as demais manifestações são permitidas.⁸⁶

Percebe-se que a norma impugnada pela Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.136/DF, ao ser confrontada com o princípio da proporcionalidade, conseguiu atender aos três elementos (ou subprincípios) indispensáveis para se aferir a existência de proporcionalidade da norma, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, apesar de apenas ter sido citado *en passant* pelo ministro, que não realizou pormenorizadamente o teste de respeito ao postulado da proporcionalidade.

No caso exposto, o subprincípio adequação foi atendido ao entender o legislador que as condições para acesso e permanência de qualquer pessoa nos locais oficiais de

⁸⁶ STF – ADI: 5136 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 01/07/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

competição, dentre elas evitar manifestações, eram aptas a coibir potenciais conflitos e, por conseguinte, resguardar a segurança dos envolvidos no evento.

O elemento da necessidade foi aferido, pois o legislador optou pela menos gravosa das medidas para se chegar à finalidade. Caso tivesse optado por prever as mesmas condições impostas, mas não somente para os locais oficiais e sim para todas as imediações ou como impedir a participação de determinada torcida que sequer estivessem descumprindo as normas, estaria violando o preceito da necessidade.

O quesito da proporcionalidade em sentido estrito foi devidamente respeitado, tendo em vista que houve sopesamento entre a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88) - possíveis conflitos que venham a atentar contra a segurança dos participantes do evento - e o direito ao livre exercício de manifestação e à plena liberdade de expressão (art. 5º, IV da CF/88). Óbvio é que o direito à dignidade da pessoa humana é um objetivo constitucional de importância mais significativa que o da liberdade de manifestação e de expressão, pois o segundo não pode em nenhum momento vir a violar o primeiro.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados não confere a devida separação e distinção ao tratar dos elementos essenciais do princípio da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, quando muito apenas os cita, como no caso exposto. Anízio Pires Gavião Filho critica tal forma de operar das cortes, que apenas indicam o princípio da proporcionalidade como solução da colisão de princípios, sem sequer explanar as razões:

[...] uma análise mais detalhada das razões dos precedentes jurisprudenciais autoriza duas formulações. A primeira é a de que o princípio da proporcionalidade é decisivo para resolver os casos de colisão de direitos fundamentais. A segunda é a de que somente em poucas vezes são dadas as razões pelas quais o princípio da proporcionalidade é decisivo. O que parece faltar na grande maioria dos casos são as razões pelas quais o princípio da proporcionalidade contribui para a solução da colisão de direitos fundamentais.⁸⁷

O autor prossegue com a crítica às decisões judiciais que se limitam a apresentar o princípio da proporcionalidade como solução jurídica, sem, no entanto, realizarem os testes minuciosos e necessários com os subprincípios:

As decisões judiciais não costuma deixar claro como exatamente o princípio da proporcionalidade determina que uma norma de direito fundamental e não outra fundamenta a preposição normativa particular do caso concreto decidido. É como se fosse suficiente apenas dizer que o caso deve ser resolvido com base no princípio da proporcionalidade, nada mais devendo ser acrescentado. O princípio da

⁸⁷ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. 2010. 387 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 12

proporcionalidade para ser algo mágico, bastando sua simples referência para que o caso de colisão de direitos fundamentais seja bem decidido.⁸⁸

Ante todo o exposto sobre o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito e tendo em vista a justa crítica às decisões judiciais, em especial as do Supremo Tribunal Federal que deixam de aplicar de forma correta o postulado da proporcionalidade, quando o faz, é necessário analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006 que veda a aplicação da Lei dos Juizados Especiais - Lei nº 9.099/1995 - nos casos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher.

4.3 A aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais frente às Contravenções Penais no âmbito da Lei Maria da Penha

Necessário pontuar, em primeiro momento, a grande aberração jurídica que é a condição de serem as contravenções penais incondicionadas à representação, nos termos do art. 17 das Contravenções Penais que prevê que “A ação penal é pública, devendo a autoridade proceder de ofício.”⁸⁹, que fere os princípios da lesividade, da intervenção mínima, da razoabilidade e, sem dúvida, da proporcionalidade.

Mesmo diante da latente inconstitucionalidade existente no Decreto-Lei nº 3.688, o Supremo Tribunal Federal extrapolou em demasia qualquer noção de razoabilidade e proporcionalidade ao conferir ao art. 41 da Lei Maria da Penha interpretação descomedida, uma vez que considerou que as contravenções penais no âmbito da violência familiar e doméstica contra a mulher estariam também afastadas da aplicação da Lei dos Juizados Especiais.

Vejamos, mais uma vez, a redação conferida pelo legislador ordinário ao artigo 41 da Lei nº 11.304/2006: “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.”⁹⁰. O legislador infraconstitucional foi claro ao prever que a norma deve apenas ser

⁸⁸ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. 2010. 387 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 12

⁸⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei de Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13688.htm>. Acesso em: 7 maio 2017.

⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência

aplicada em relação “aos crimes”, se a intenção fosse abarcar também as contravenções assim ele teria feito, como fez expressamente no artigo 17 da referida lei, que assevera que “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.”⁹¹. (grifo nosso)

Portanto, necessário enfatizar o princípio da intervenção mínima, como bem faz Claus Roxin:

A proteção dos bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito penal, senão que nessa missão cooperam todo instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como ação civil, os regulamentos de polícias, as sanções não penais etc. Por isso, se denomina a pena como a ‘*ultima ratio* da política social’ e se define sua missão como subsidiária de bens jurídicos.⁹²

Ora, se as contravenções penais sequer deveriam ser colocadas a crivo do Direito penal para serem resolvidas, em virtude da baixa lesividade, por que retirá-las do âmbito dos Juizados Especiais que aceleram o procedimento para deixá-las a cargo de um procedimento sumário demasiadamente lento?

Alice Bianchini a respeito da inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais nas contravenções penais no âmbito da violência familiar e doméstica assevera:

[...] aqui, as vedações se dirigem às duas categorias de infração penal (crime e contravenção penal), já que a norma legal [art.17] utilizou-se da expressão ‘casos de violência doméstica e familiar contra a mulher’. Diferentemente, foi o que ocorreu em relação à vedação de aplicação da Lei n. 9.099/95, já que lá [art. 41] a Lei expressamente utilizou-se do vocábulo *crime* [...].⁹³

No presente caso, é plausivelmente possível realizar-se o teste de aplicação do princípio da proporcionalidade, devendo-se, inicialmente, pôr em contraponto se a decisão do Supremo Tribunal Federal em aplicar a vedação da Lei 9.099/1995 para as contravenções penais no âmbito da Lei Maria da Penha obedece ao subprincípio da adequação.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 de abr. 2017.

⁹¹ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; 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; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 de abr. 2017.

⁹² ROXIN, Claus. **Derecho penal** – Parte Geral. t. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

⁹³ BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 220.

Como já exposto, uma medida adequada é aquela que contribui, nem que seja minimamente para a consecução de um determinado fim, como salienta Luís Virgílio Afonso da Silva: “Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.”⁹⁴

A interpretação que se confere à aplicação do art. 41 da Lei Maria da Penha tem a finalidade de desestimular as contravenções perpetradas no ambiente familiar e doméstico. Portanto, é possível afirmar que a interpretação é dotada de adequação, vez que se consegue atingir a finalidade de reprimir determinados ilícitos no ambiente doméstico ao deixar de aplicar a Lei nº 9.099/1995.

Quanto ao subprincípio da necessidade, esse é aferido uma vez, analisando-se se a medida imposta, dentre todas as possíveis, é a que restringe em menor escala determinados direitos. Ora, se as contravenções penais sequer deveriam existir, por violarem os princípios do Direito penal da lesividade e da intervenção mínima, submeter os que cometem essas infrações ao mesmo procedimento processual que os autores de crimes de grau de lesividade superior, sem dúvida, seria desnecessário, pois a medida limita em maior intensidade o direito do infrator, sendo a aplicação da Lei dos Juizados Especiais uma medida já passível de alcançar o resultado de punição do agente, lesando em menor escala seus direitos.

Portanto, o art. 41 da Lei 11.304/2006 não deve se aplicar às contravenções penais, devendo, ser aplicada a Lei dos Juizados Especiais nos casos de contravenções penais ocorridas no âmbito da violência familiar e doméstica contra a mulher, mas respeitados o previsto no art. 17 da Lei Maria da Penha, que veda a aplicação de penas de multa, prestação pecuniária ou pagamento de cestas básicas, contrariamente do que decidiu o Supremo Tribunal Federal ao extrapolar limites de razoabilidade e proporcionalidade.

4.4 A natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal leve e culposa

Como já exposto, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424/DF foi contestada, especificamente, a natureza da ação penal pública quanto aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, se era condicionada ou incondicionada à representação, tendo em vista a previsão legal de necessidade de representação nos termos do

⁹⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p.36-37.

art. 88 da Lei nº 9.099/1995 e o afastamento da aplicação da referida lei no âmbito da violência familiar e doméstica contra a mulher.

O Superior Tribunal de Justiça possuía decisões que, apesar de afastar os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/1995 do âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, conferiam natureza de ação penal pública condicionada à representação nos crimes referentes à lesão corporal leve e culposa que fizessem referência ao §9º do art. 129 do Código Penal. Nesse sentido, a referida Corte julgou, em 24 de fevereiro de 2010, o Recurso Especial nº 1.097.042/DF, nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA.

1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima.

2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras.

3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada.

4. Recurso especial improvido.⁹⁵ (grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça, por muito tempo, especificamente até dezembro de 2011, como se percebe no teor do julgado do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1184069/ES⁹⁶, entendeu ser o ato formal de representação da vítima condição de procedibilidade para os crimes de lesão leve e culposa, mantendo o dispositivo constante no artigo 88 da Lei dos Juizados Especiais plenamente aplicável nos casos que envolvessem violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em 2015, após a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424/DF, outrora exposta, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 542, a qual prevê que “A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante

⁹⁵ STJ - REsp: 1097042 DF 2008/0227970-6, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 24/02/2010, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJE 21/05/2010

⁹⁶ AGRAVO REGIMENTAL. LEI MARIA DA PENHA. LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. PACIFICAÇÃO DO TEMA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.097.042/DF. SÚMULA Nº 83/STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Desde o julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.097.042/DF, ficou superada a divergência jurisprudencial, até então existente entre as Turmas especializadas em direito penal desta Corte, acerca da necessidade de representação da mulher nos crimes de lesão corporal leve, praticados no âmbito doméstico e familiar. 2. Com a pacificação do tema, prevaleceu o entendimento segundo o qual, em tais delitos, proceder-se-á à ação penal mediante representação da vítima. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1184069 ES 2010/0039307-7, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 25/10/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJE 15/12/2011)

de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”⁹⁷, acabando o referido tribunal por mudar seu posicionamento em respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Necessário pontuar que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424/DF, após o pedido de manifestação no processo por parte das autoridades que emanaram a lei, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.868/1999, o Senado Federal, como um dos editores da norma, manifestou-se pela necessidade de representação por parte da vítima nos crimes que envolvessem violência doméstica e familiar contra a mulher, não reconhecendo o afastamento do art. 88 da Lei nº 9.099/1995, como segue:

O Senado Federal defende, preliminarmente, o descabimento da ação direta por ausência de repercussão constitucional da matéria nela veiculada. Segundo sustenta, a Carta Federal não versa procedimento de ação penal, incumbindo ao legislador infraconstitucional a disciplina do tema. **Quanto ao mérito, assevera que o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 afastou tão somente os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, mas não a necessidade de representação, prevista no artigo 88 desse Diploma e também nos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei impugnada.** Aduz que a opção legislativa mostra-se consentânea com a proteção dos interesses da vítima, **pois cabe à mulher buscar a intervenção estatal na vida privada.** Alude à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada em sentido contrário àquele pretendido pelo requerente. Salienta que, se no crime de estupro, de gravidade indiscutivelmente maior, a ação penal é pública condicionada, **com maior razão deve-se exigir a representação em caso de lesão corporal.** Diz da improcedência do pedido, inclusive do relativo ao conhecimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁹⁸ (grifo nosso)

A manifestação do Senado Federal, de fato, não é vinculante, mas não deveria o Supremo Tribunal Federal ter desconsiderado a opinião devidamente fundamentada de um dos órgãos que emanaram o ato do poder público, afinal, quem mweais poderia saber a intenção do legislador ao trazer a previsão do art. 41 da Lei nº 11.340/2006 que não o próprio legislador ordinário?

Maria Berenice Dias, ponderando sobre a natureza da ação penal nos crimes perpetrados no ambiente doméstica e familiar, assevera:

Não há como pretender que se prossiga uma ação penal depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com definição de alimentos, partilhas de bens e guarda de visita. A possibilidade de trancamento do inquérito policial em muito facilitará a composição dos conflitos, envolvendo as questões de Direito de Família, que são bem mais relevantes do que a imposição de uma pena criminal ao agressor. A possibilidade de dispor da representação revela formas por meio das quais as mulheres podem exercer o poder na relação com os companheiros. Ainda que a linguagem do desafeto se instale no momento em que ocorreu a violência contra a mulher, não pode a lei abandonar a vítima e perseguir o agressor, o que, certamente, não contribuirá em nada para apaziguar os vínculos familiares

⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TERCEIRA SEÇÃO. Súmula 542, julgado em 26/08/2015, DJE 31/08/2015

⁹⁸ STF – ADI: 4424 DF, Relator: Min. MARCO AURELIO, Data de Julgamento: 09/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014.

que precisam continuar harmônicos mesmo depois de cessado o vínculo de convívio. Esta é a razão da própria Lei Maria da Penha.⁹⁹

A autora Maria Berenice Dias, de forma racional, não desconsidera que a família é uma instituição complexa, que os laços familiares, muitas vezes, mesmo após as separações, devem ser mantidos em virtude da existência de filhos oriundos da relação conjugal ou de convívio, não devendo o Estado buscar apenas a punição do agressor a qualquer custo – e em desacordo com a vontade da vítima – mas sim promover a harmonia no lar, através da conscientização dos agressores e uma reprimenda proporcional à infração penal e ao querer da vítima.

O Ministro Cezar Peluso manifestou-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424/DF, em seu voto, pela necessidade de representação por parte da vítima nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, apesar de voto vencido, o Ministro tratou de considerar as relações familiares como datadas de complexidades e que os crimes perpetrados no seu âmbito merecem um tratamento diferenciado em respeito ao comando constitucional de proteção à família do art. 226, *caput*, como segue:

Alega-se que a mulher ignora - vamos dizer - as sutilezas jurídicas de uma ação pública. E, neste caso, para mim, a situação é ainda pior. **Por quê? Porque há o risco de ela ser, continuando a conviver com o parceiro que a ofendeu - e pode ter sido ofensa eventual e isolada -, no meio dessa convivência eventualmente já pacificada mediante renovação do pacto familiar, ser surpreendida com uma sentença condenatória, que terá no seio da família consequências imprevisíveis.** Por outro lado, isso pode desencadear maior violência por parte do parceiro ofensor, pela óbvia impossibilidade de a mera publicidade da ação penal constituir impedimento a essa mesma violência. O fato de ser pública a ação penal não impede que o parceiro se torne mais violento. No caso, antes, acirra a possibilidade dessa violência, porque ele sabe que estará agora sujeito a uma situação que escapa à possibilidade de intervenção mediante atuação da mulher. Noutras palavras, ele vai se ver numa situação em que poderá tomar atitude de represália mais violenta, pelo fato de ter sido processado e condenado por uma lesão leve!

Por outro lado - e esse o aspecto que mais me preocupa, mais me incomoda, que mais me atormenta, e esta é a razão pela qual estou tomando esta postura -, acho que **nós, do Judiciário, estamos assumindo todos esses riscos, e assumindo-os com perda da visão da situação familiar.** Nós estamos concentrados na situação da mulher, que merece, evidentemente, todas as nossas preocupações, merece toda a proteção do ordenamento jurídico. Isso é coisa indiscutível. Mas assim o legislador, como o constituinte levaram em consideração, como valores, que têm que ser de algum modo compatibilizados, a necessidade da proteção da condição da mulher e a necessidade da manutenção da situação familiar, em que está envolvida não apenas a condição da mulher ou a condição do parceiro, mas também filhos, netos, outros parentes, e que constituem elemento fundamental na mecânica da sociedade.¹⁰⁰ (grifo nosso)

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 124.

¹⁰⁰ STF – ADI: 4424 DF, Relator: Min. MARCO AURELIO, Data de Julgamento: 09/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014.

Especificamente quanto ao crime de lesão corporal culposa, no âmbito da violência doméstica e familiar, considerá-lo de qualquer modo incondicionado à representação seria uma aberração jurídica, apesar de ser plenamente possível de enquadrar-se na Lei 11.340/2006, nos termos do art. 5º e art. 7º, inciso I da referida Lei. O legislador ordinário, por falta de técnica legislativa, deixou de prever a necessidade de dolo para caracterização dos crimes nesse âmbito, afinal utilizando-se de pensamento lógico é possível chegar à conclusão de que para se enquadrar crimes contra a mulher o agressor deve cometê-lo valendo-se dolosamente de sua situação de superioridade em detrimento da condição feminina. Referente à indiscutível aplicabilidade do art. 88 da Lei nº 9099/1995 ao crime de lesão corporal culposa, Sérgio Rebouças pontua:

Nesse particular, assevere-se que ao crime de lesão corporal *culposa* contra a mulher continua aplicável o art. 88 da Lei nº 9.099/1995: ação penal pública condicionada à representação da ofendida. Isso porque tal crime, por ser culposos, alheia-se ao contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher, não se sujeitando ao regime especial objetivos da Lei nº 11.340/2006, em particular à excepcionalidade fixada no art. 41 dessa Lei.¹⁰¹

Oportuno destacar que delitos de gravidade bastante superiores, como é o caso dos crimes de estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual, continuam sendo condicionados à representação, o que causa ainda mais estranheza acreditar que o legislador infraconstitucional intencionalmente retiraria a natureza de ação pública condicionada à representação dos crimes de lesão corporal culposa e leve e optaria por continuar a considerar muitos dos crimes contra a dignidade sexual condicionados à vontade da vítima.

Ademais, necessário pontuar que a vítima, ou suposta vítima, caso optasse pela retratação nos crimes de lesão corporal culposa e leve, depois de noticiado, tal ato seria feito de forma procedimental na presença do juiz de direito e com a oitiva do Ministério Público, conforme o art. 16 o qual prevê que “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.”¹⁰².

¹⁰¹ REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.1209-1210

¹⁰² BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; 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; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 de abr. 2017.

Ademais, é um argumento um tanto falho alegar a existência de dependência financeira por parte da vítima que geraria uma pressão demasiadamente excessiva na ofendida a ponto desta não denunciar o seu agressor como fundamento para a existência da necessidade de representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa. Esta situação, não representa mais a realidade nos dias atuais, haja vista que segundo a Secretaria Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres, no Brasil, no ano de 2016, o “Ligue 180”, central de atendimento à mulher, constatou que 63,37% das mulheres em situação de violência não dependem financeiramente do agressor¹⁰³, bem como 67,24% das pessoas que comunicam o fato criminoso são as próprias vítimas da violência familiar e doméstica¹⁰⁴, o que significa que condicionar à representação não vai gerar o esvaziamento da Lei Maria da Penha, a pretexto de que as vítimas de violência sentem-se amedrontadas e não denunciam.

Defendendo a condicionalidade da ação penal nos crimes de lesão corporal leve e culposa, no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, Maria Lúcia Karam pontua:

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente ofendida, o seu direito e o seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado, que, inferiorizando-a e vitimando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar - e sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é, ou não, um ‘agressor’ - ou que, pelo menos, não deseja que seja punido.¹⁰⁵

Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar da autonomia e do direito de autodeterminação da pessoa, faz suas considerações:

Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colocados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido - e a doutrina majoritária conforta esta conclusão - primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua

¹⁰³ BRASIL. **Ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher - Balanço Anual/2016**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2016, p. 21.

¹⁰⁴ BRASIL. **Ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher - Balanço Anual/2016**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2016, p. 13.

¹⁰⁵ KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim do IBCCrim**, n. 168, p. 6, nov. 2006.

conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, [...].¹⁰⁶

Assim, analisando a existência de proporcionalidade da referida previsão em comento, não há outra conclusão se não a de que considerar os crimes de lesão corporal leve e culposa no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher incondicionados à representação não haveria como tal medida passar sequer no teste do subprincípio da adequação, visto que para ser adequado o meio empregado deve pelo menos fomentar a finalidade pretendida, como pontua Luís Virgílio Afonso da Silva:

[...] uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que "o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado." Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.¹⁰⁷

Ora, nos crimes de lesão corporal culposa e leve de reduzida gravidade, não é uma medida adequada iniciar a qualquer custo a persecução penal contra o agressor, com quem a vítima não mais tem interesse de iniciar uma demanda e muitas vezes já se encontra reconciliada, justamente para preservar as relações familiares, a pretexto de proteger a integridade física da mulher e promover a proteção familiar prevista no art. 226 da Constituição Federal. Tal medida não é adequada, pois sequer é eficiente minimamente para atingir o fim, acabando por ferir a autodeterminação feminina, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, e o princípio da proporcionalidade.

Portanto, o que se defende no presente trabalho é que deveria prevalecer a previsão existente no art. 30 do Projeto de Lei nº 4.559/2004 que originou a Lei Maria da Penha, que continha a redação de que “Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher a ação penal será pública condicionada à representação.”¹⁰⁸

Por fim, necessário pôr em foco que defender a condicionalidade de representação nesses casos não é buscar a preservação da família a qualquer custo, muito menos obrigar que o ofensor persista no lar, mas, sim, preservar a autonomia feminina, ou seja, conceder à mulher a possibilidade de optar livremente se deseja ou não conviver com o agressor e decidir

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 09, p. 361-388, jan./jul. 2007, p. 368.

¹⁰⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p.36-37.

¹⁰⁸ BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei 4559/2004**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004>. Acesso em: 8 maio 2017.

se as condutas perpetradas por ele de fato são gravosas ao ponto de proporcionarem o fim do núcleo familiar, o que se defende aqui, portanto, é a autodeterminação da mulher, pois muitas vezes a exposição em um procedimento penal é mais constrangedor à própria vítima que o ilícito penal perpetrado.

4.5 A aplicação da composição civil dos danos e da transação penal no âmbito da Lei Maria da Penha

O legislador ordinário foi enfático e relativamente coerente ao prever no art. 17 da Lei nº 11.340/2006 que “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.”¹⁰⁹. A intenção do legislador foi, justamente, evitar que a integridade física da mulher fosse “comprada” ou “trocada” por cestas básicas ou algum valor pecuniário.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, ao tratar sobre as penas vedadas pela Lei nº 11.340/2006, pontuam:

[...] houve, com a vigência da Lei 9.099/1995, uma evidente vulgarização das alternativas à pena de natureza real, em especial a (desenfreada) imposição do pagamento de cestas básicas, que nem pena é!

Como resposta, o legislador, por meio do art. 17, vedou 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. A intenção é ver o agressor cumprir pena de caráter pessoal, isto é, privativa ou restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana ou interdição temporária de direitos), mais adequado ao tipo de crime (e autor) em análise.¹¹⁰

Percebe-se, portanto, com a interpretação sistêmica da Lei Maria da Penha, que a real finalidade da opção político-legislativa foi afastar a aplicabilidade de penas de multa (dentre as previstas constitucionalmente no art. 5º, XLVI da Constituição Federal) e evitar as práticas jurisdicionais de obrigar os acusados ao pagamento de cestas básicas.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; 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; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 de abr. 2017.

¹¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha: comentado artigo por artigo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.143.

Criticando as referidas práticas e a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/1995 no âmbito da violência familiar e doméstica, Guilherme de Souza Nucci assevera:

Tudo isso poderia ter sido evitado se cada magistrado, verificada a gravidade do caso de agressão à mulher, em situação de violência doméstica e familiar, não permitisse a banalização da transação, homologando acordos de incentivo à maior dose de violência, fundado no princípio de que para bater na esposa ou companheira basta pagar.¹¹¹

Ao vedar a pena de multa e a prestação pecuniária, ainda sim seria válido aplicar as penas restritiva de direitos, previstas no artigo 43 do Código Penal, quais sejam a limitação de fim de semana, a prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas e a interdição temporária de direitos, uma vez que o §4º do art. 76 da Lei nº 9.099/1995, fazendo referência a transação penal possibilita que “Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa”¹¹².

A limitação de fim de semana encontra-se com suas condições previstas no art. 48 do Código Penal e obriga o infrator a permanecer, nos dias de sábado e domingo, pelo período de cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro local adequado, sendo possível a apresentação de cursos e palestras ou atividades educativas, nesse período.

Referente à pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, previstas no art. 46 do Código Penal, esta será a atribuição de tarefas gratuitas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos ou congêneres, cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, de modo a não ser empecilho à jornada regular de trabalho.

A interdição temporária de direitos encontra-se previstas no art. 47 do Código Penal:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – proibição de frequentar determinados lugares. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011).¹¹³

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 625.

¹¹² BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 6 maio 2017.

¹¹³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 6 maio 2017.

A exposição detalha das penas restritivas de direito se faz necessária para deixar evidente que existem penas previstas na legislação compatíveis com a gravidade do delito no âmbito da violência familiar e doméstica, bem como com o instituto da transação penal que são passíveis de aplicação no lugar das penas de natureza pecuniária.

Portanto, é necessário analisar se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao interpretar a norma e o legislador ordinário ao prever que a transação penal deve ter sua aplicabilidade totalmente vedada, no âmbito da violência familiar e doméstica, em virtude da norma contida no art. 41 da Lei nº 11.304/2006 foi medida dotada de proporcionalidade, obedecendo aos três subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro requisito do teste de respeito ao postulado da proporcionalidade, como já mencionado outrora, é reconhecer se o ato do Poder Público adequado para se atingir o fim que se deseja.

Tem-se, no caso concreto, que o ato do poder público foi a previsão, na Lei Maria da Penha, em seu artigo 41, de vedar a aplicação da Lei 9.099/1995 e, nesse caso, impossibilitar a aplicação do instituto da medida despenalizadora da transação penal que se encontra no art. 76 da Lei dos Juizados Especiais e da composição civil de danos constante no art. 74 da referida lei.

A finalidade que se almeja com a referida previsão, segundo a própria Exposição de Motivos da Lei 11.340/2006, é assegurar assistência familiar, coibindo a violência contra a mulher, protegendo-a, bem como evitar a aplicação de penas de prestação pecuniária, multa e a aplicação de obrigação de pagar cestas básicas:

5. A Constituição Federal, em seu art. 226, § 8º, impõe ao Estado assegurar a "*assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência, no âmbito de suas relações*". A Constituição demonstra, expressamente, a necessidade de políticas públicas no sentido de coibir e erradicar a violência doméstica.

[...]

45. O Projeto proíbe a aplicação de penas restritivas de direito de prestação pecuniária, cesta básica e multa, pois, atualmente, este tipo de pena é comumente aplicado nos Juizados Especiais Criminais em prejuízo da vítima e de sua família.¹¹⁴

Reconhecendo o ato do Poder Público e a finalidade resta saber se tal medida tomada pelo legislador é dotada de adequação, ou seja, é apta para atingir a finalidade quista.

¹¹⁴ BRASIL. EM nº 016 – SPM/PR, de 16 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/smp/2004/16.htm>. Acesso em: 7 de maio 2017.

Como pontuado por Renato Brasileiro Lima, “Não se deve permitir, portanto, o ataque a um direito fundamental se o meio adotado não se mostrar apropriado à consecução do resultado pretendido.”¹¹⁵

Portanto, é possível afirmar que a inaplicabilidade do instituto da transação penal e da composição civil dos danos é sim um meio adequado para se reprimir e violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como evitar que se apliquem as penas de multa, prestação pecuniária e a obrigação de se pegar cestas básicas, visto que é comum, nesse âmbito, aplicar as referidas penalidades.

Tendo a medida sido considerada adequada, deve-se respeitar a relação de subsidiariedade entre os subprincípios e iniciar a análise do respeito ao subprincípio da necessidade ou exigibilidade por parte da medida tomada pelo Estado. Nessa fase de análise, será ponderado se diante de todos os meios adequados o Poder Público optou por aquele de menor intensidade de restrição, como enfatiza Renato Brasileiro Lima:

[...] entende-se que, dentre várias medidas restritivas de direitos fundamentais idôneas a atingir o fim proposto, deve o Poder Público escolher a menos gravosa, ou seja, aquela que menos interfira no direito de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para qual foi instituída.¹¹⁶

Dessa forma, deve ser feito o questionamento se a medida de afastar o instituto da transação penal e da composição civil de danos era realmente exigível/necessário para que fosse atingida a finalidade de se proteger a mulher contra violências perpetradas no seio familiar e vedar a aplicação de penas de prestação pecuniária, multas e a obrigação de pagar cestas básicas nos casos que envolvam violência familiar e doméstica contra a mulher.

Se as reais finalidades de se vedar a aplicação da medida despenalizadora da transação penal e da composição civil de danos eram os excessos cometidos pelos Juizados Especiais ao fixar descomedidamente penas pecuniárias e de multa, bem como a obrigação de fornecer cestas básicas àqueles que perpetrassem violência no âmbito familiar e doméstico, conclui-se que o ato do poder público (previsão do artigo 41 da Lei nº 11.340/2006) foi demasiadamente desnecessário e excessivo, ferindo gravemente o princípio da proporcionalidade.

O legislador infraconstitucional poderia, sem dúvida, ter escolhido dentre as medidas existentes aquela de intensidade inferior e menos gravosa, qual seja a aplicação parcial da Lei nº 9.099/1995, ou seja, aplicá-la no que coubesse no âmbito da violência

¹¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 88.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 89.

familiar e doméstica. Afinal, não existiam apenas as opções de se aplicar em sua totalidade a Lei nº 9.099/1995 ou vedá-la completamente.

A Lei dos Juizados Especiais possui meios menos gravosos e ao mesmo tempo adequados para se punir os infratores, que é justamente a aplicação de penas restritivas de direitos diversas da multa e da prestação pecuniárias (prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana ou interdição temporária de direitos), como já exposto.

A composição civil de danos somente poderá ser feita em conjunto com uma transação penal, pois caso fosse realizada apenas a composição civil dos danos estaria por desprezar o art. 17 da Lei 11.340/2006.

Necessário ressaltar que no Projeto de Lei nº 4.559/2004, o qual foi responsável pela origem da Lei Maria da Penha, proposto pela Secretária Especial de Políticas para as Mulheres, continha no artigo 29 e seguintes, é o que se defende aqui, a medida dotada de maior adequação e menos gravosa possível, vejamos:

Art. 29. Ao processo, julgamento e execução dos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais em que esteja caracterizada violência doméstica e familiar contra a mulher, aplica-se a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que não conflitar com o estabelecido nesta Lei.

[...]

Art. 32. A mediação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, será conduzida por juiz ou mediador.

§ 1º O mediador, devidamente habilitado em curso superior, deverá ter capacitação em violência doméstica e familiar contra a mulher.

§ 2º Sob pena de responsabilidade, nos termos da lei, em hipótese alguma a mulher ofendida de violência doméstica e familiar poderá ser forçada, direta ou indiretamente, à conciliação.

§ 3º Não havendo mediação, será dada à ofendida a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

§ 4º O não oferecimento da representação na audiência não implica na decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

§ 5º Nos casos de violência doméstica e familiar, o prazo decadencial somente passa a correr da data da audiência de apresentação para a qual estiver pessoalmente intimada a ofendida, devendo tal advertência constar expressamente do mandado de intimação.

§ 6º A retratação ou a renúncia da representação somente serão consideradas válidas após ratificação em audiência.

Art. 33. Exercido o direito de representação, o juiz colherá o depoimento pessoal da ofendida, separadamente, e em seguida o do acusado, admitida a acareação.

Art. 34. O juiz encaminhará o caso à equipe de atendimento multidisciplinar ou aos núcleos de atendimento similares, podendo, ainda, determinar a realização dos exames periciais que julgar necessários.

Art. 35. Havendo representação e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos, a ser especificada na proposta.

§ 1º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o acusado condenado, pela prática de crime, a pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o acusado beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado, bem como os motivos e as circunstâncias, se necessária e suficiente a adoção da medida;

IV - o descumprimento, pelo acusado, das medidas cautelares que lhe tenham sido aplicadas.

§ 2º Ao propor a transação penal, o Ministério Público considerará os subsídios apresentados pela Equipe de Atendimento Multidisciplinar e os antecedentes do acusado.

§ 3º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, será esta submetida à apreciação do juiz.

Art. 36. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, das penas restritivas de direito de prestação pecuniária, cesta básica e multa.

Art. 37. Não sendo possível a transação penal, o Ministério Público oferecerá de imediato denúncia oral, prosseguindo-se em audiência de instrução e julgamento, devendo constar do mandado de citação do autor do fato tal advertência, bem como a necessidade de arrolar testemunhas cinco dias antes da audiência, caso pretenda ouvi-las.¹¹⁷

O Projeto carecia apenas de previsão de criação do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, conferindo a atribuição de processar e julgar os casos envolvendo violência doméstica e familiar aos Juizados Especiais Criminais, o que seria bastante dificultoso em virtude da quantidade de procedimentos já existentes nos juizados criminais e a necessidade de criação de uma vara especializada para conferir especial tratamento aos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, em respaldo ao dispositivo constitucional do §8º do artigo 226 da Constituição Federal.

Quanto aos demais dispositivos, percebe-se o cuidado que teve a Secretária Especial de Políticas para as Mulheres, pois previu que as audiências de conciliação, caso não fossem realizadas por juízes de Direito, deveriam ser conduzidas por mediadores com curso superior e especificamente capacitados em violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo que sejam feitas por profissionais dotados possivelmente de maiores conhecimentos nessa área de que um juiz, como psicólogos e assistentes sociais.

Ademais, prever expressamente a punição para os mediadores que impuserem a conciliação sem consentimento da vítima, juntamente com a possibilidade da mulher falar em audiência, buscando-se aqui assegurar os direitos das mulheres, tais medidas acabariam por

¹¹⁷ BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei 4559/2004**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004>. Acesso em: 8 maio 2017.

evitar os problemas constantes no antigo sistema procedimental, explanados na Exposição de Motivos da Lei nº 11.304/2006:

38. Nos Juizados Especiais Criminais, o juiz, ao tomar conhecimento do fato criminoso, designa audiência de conciliação para acordo e encerramento do processo. Estas audiências geralmente são conduzidas por conciliadores, estudantes de direito, que não detêm a experiência, teórica ou prática, na aplicabilidade do Direito. Tal fato pode conduzir a avaliação dos episódios de violência doméstica como eventos únicos, quando de fato são repetidos, crônicos e acompanhados de contínuas ameaças.

39. A conciliação é um dos maiores problemas dos Juizados Especiais Criminais, visto que é a decisão terminativa do conflito, na maioria das vezes induzida pelo conciliador. A conciliação com renúncia de direito de representação geralmente é a regra.

40. Caso não haja acordo, o Ministério Público propõe a transação penal ao agressor para que cumpra as condições equivalentes à pena alternativa para encerrar o processo (pena restritiva de direitos ou multa). Não sendo possível a transação, o Ministério Público oferece denúncia e o processo segue o rito comum de julgamento para a condenação ou absolvição. Cabe ressaltar que não há escuta da vítima e ela não opina sobre a transação penal.¹¹⁸

Com a adoção do referido procedimento contido no Projeto de Lei nº 4.559/2004, somado à criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o Estado estaria por atender a recomendação feitas no Relatório nº 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados para que se evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra a mulher, nos termos que seguem:

VIII. RECOMENDAÇÕES

61. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações:

[...]

4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

[...]

b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;

¹¹⁸ BRASIL. EM nº 016 – SPM/PR, de 16 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/smp/2004/16.htm>. Acesso em: 8 maio 2017.

c) 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 conseqüências penais que gera;¹¹⁹

Ante todo o exposto, não restam dúvidas de que o legislador ordinário, ao retirar a aplicação do instituto despenalizador da transação penal e da composição civil dos danos do âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, acabou agindo de forma desproporcional, ferindo o subprincípio da necessidade, uma vez que optou pela medida mais gravosa, quando possuía outra alternativa, que é justamente a aplicação da transação penal nos termos que constavam no Projeto de Lei nº 4.559/2004, restando ferido o princípio constitucional da proporcionalidade tanto pelo Poder Legislativo, na edição do ato, quanto pelo o Supremo Tribunal Federal na confirmação da constitucionalidade do dispositivo do artigo 41 da Lei nº 11.340/2006.

4.6 A aplicação da suspensão condicional do processo no âmbito da Lei Maria da Penha

O instituto da suspensão condicional do processo, no âmbito dos Juizados Especiais, como já exposto, é apresentado na fase processual no momento em que o Ministério Público oferece a denúncia, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995, que prevê a suspensão do processo por dois a quatro anos, uma vez que o acusado se submeta às condições legais impostas, devendo ser preenchido o requisito de que a pena mínima da infração cometida seja igual ou inferior a um ano, bem como o acusado não tenha sido condenado ou esteja sendo processado por outro crime, devendo estar também presentes os requisitos do art. 77 do Código Penal, sendo extinta a penalidade do agente findando-se o prazo de suspensão.

Primeiramente, necessário pontuar o pensamento de Vladimir Brega Filho ao tratar da previsão normativa da suspensão condicional do processo:

Embora prevista na Lei 9.099/95, a suspensão condicional do processo é instituto autônomo, aplicado a todos os delitos e não exclusivamente aos da competência do juizado especial criminal. O legislador simplesmente aproveitou as ideias, os princípios e a oportunidade para introduzir no direito brasileiro a suspensão condicional do processo.¹²⁰

¹¹⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS DA OEA. **Relatório nº 54/01**, de 4 de abril de 2001. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. Disponível em <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 8 maio 2017.

¹²⁰ BREGA FILHO, Vladimir. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo**: eficácia de cada um dos institutos. Leme: J.H. Mizuno, 2006, p. 98.

O que se infere, portanto, é que o instituto da suspensão condicional do processo foi inserido na Lei nº 9.099/1995 apenas por questão de conveniência legislativa, sendo isso perceptível justamente pela localização topográfica do dispositivo do art. 89 - na seção VI das disposições finais -, bem como pelo próprio *caput* do referido artigo que prevê a aplicação do instituto aos crimes de pena mínima igual ou inferior a um ano “abrangidas ou não por esta lei”¹²¹. Desse modo, esse é um dos primeiros argumentos contrários à sua exclusão do âmbito dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que parte da doutrina e o Supremo Tribunal Federal, em sede controle de constitucionalidade, entendem ser o art. 41 da Lei 11.340/2006 responsável por vedar tal instituto.

Inegável é a crise no sistema carcerário brasileiro, e, em virtude disso, a detenção não é o meio mais apropriado para muitos dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Analisando esse cenário, pontua Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo:

[...] a detenção atua sempre de modo seletivo e temporário em termos de classe social e pertença étnica e cultural, e dificulta a busca de meios efetivos para prevenir a reprodução crônica da "violência conjugal", e que a detenção como mecanismo de combate à "violência conjugal" implica o abandono de outros meios e desconsidera o seu caráter sociocultural.¹²²

Oportuno ressaltar que a Lei nº 11.340/2006 trouxe institutos suficientemente adequados, como é o caso das medidas protetivas de urgência, para muitas das situações de violência familiar e doméstica contra a mulher, que a própria busca por condenação dos infratores, uma vez que tal meio gera maiores transtornos até para vítima em virtude de se iniciar uma persecução penal, como acentua Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo:

As medidas não-penais de proteção à mulher em situação de violência, previstas nos artigos 9º, 22 e 23 da Lei Maria da Penha, mostram-se providências muito mais sensatas para fazer cessar as agressões e, ao mesmo tempo, menos estigmatizantes para o agressor, assim como a ampliação da definição da violência contra as mulheres.¹²³

A principal necessidade de se buscar a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo é a maior celeridade conferida ao procedimento sumaríssimo - onde se propõe a suspensão condicional do processo - diferentemente do rito sumário e ordinário que possui uma demora demasiadamente grande, em desarmonia com os princípios processuais da celeridade e da eficiência e a possibilidade de vigilância pelo poder judiciário e

¹²¹ BRASIL. **Lei nº 9.009, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

¹²² AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Sistema Penal e Violência de Gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/2006. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 23, n. 1, p.113-135, jan./abr. 2008, p. 129.

¹²³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *loc. cit.*.

pela assistência da equipe multidisciplinar como explica Priscila Ramos de Moraes Rego Agnello:

A suspensão condicional do processo ostenta alguns aspectos positivos, estando entre eles a celeridade na resposta estatal à prática do delito e a possibilidade do exercício da vigilância do poder judiciário e da equipe multidisciplinar durante o processo e não apenas durante o cumprimento da pena.

Essa celeridade é sugerida pela pesquisa realizada no TJDFRJ pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS). As pesquisadoras analisaram 318 processos selecionados pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), no período compreendido entre o ano de 2006 a 2012. Os processos foram divididos em dois grupos: A, com aplicação da suspensão condicional do processo, composto por 94 processos; e B, sem aplicação da suspensão e com prolação de sentença composto por 224 processos. Verificou-se que a resposta judicial é dada mais rapidamente no grupo A em que houve a suspensão condicional do processo [...].¹²⁴

O argumento de que a suspensão condicional do processo é aplicada em casos caracterizados por violência de natureza grave e se aplicam penalidades dotadas de valor pecuniário nessas demandas, bem como de que os profissionais do Direito que atuam nos processos desse âmbito não estão devidamente capacitados para conduzirem o processo em virtude da complexidade dos casos por envolverem relações familiares, não são por si só suficientes para afastar a aplicação do instituto, vez que compete ao Estado prepararem seus servidores de forma qualificada para atuarem em causas específicas, bem como os referidos servidores devem aplicar as leis seguindo os dispositivos destas e interpretá-las à luz das Constituição e seus princípios.

Não significa impunidade do infrator, impor diversas condições para cumprimento de uma suspensão condicional do processo, pelo prazo mínimo de dois anos que pode chegar até quatro, pois só apenas ao final do período de suspensão que será declarada a extinção de punibilidade do agente que cometeu a infração criminal.

Ante todos os argumentos expostos resta analisar se a interpretação dada ao artigo 41 da Lei 11.340/2006 pelo Supremo Tribunal Federal de que a suspensão condicional do processo teve sua aplicabilidade vedada pelo referido artigo, no âmbito da violência familiar e doméstica, foi medida que respeitou o princípio da proporcionalidade e obedeceu aos três subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A finalidade da norma que supostamente inviabilizaria a suspensão condicional do processo é coibir a violência contra a mulher, evitar o pagamento de prestação pecuniária e de

¹²⁴ AGNELLO, Priscila Ramos de Moraes Rego. **SURSIS Processual e Lei Maria da Penha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.32.

cestas básicas, bem como evitar que o instituto seja utilizado de forma a banalizar a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ora, como já exposto, o art. 17 da Lei 11.340/2006 veda expressamente a aplicação das penas de prestação pecuniária, de multa ou a imposição de pagar cestas básicas, portanto, independentemente de existência ou não de suspensão condicional do processo. Além disso, apesar de não pacificado, a doutrina majoritária acredita não ser possível aplicar penas restritivas de direitos, dentre elas a multa e a prestação pecuniária, na suspensão condicional do processo, conforme avaliza Renato Brasileiro Lima:

Apesar de não haver consenso na doutrina, prevalece o entendimento de que não é possível aplicação de penas restritivas de direitos como condições da suspensão condicional do processo. As condições a serem cumpridas pelo acusado durante o período de prova funcionam como restrições ao seu comportamento social e não se identificam com as modalidades de sanção disciplinadas no Código Penal. Referidas condições são predispostas não para punir o acusado, mas para demonstrar a sua autodisciplina e senso de responsabilidade na busca da extinção da punibilidade, como prova de sua ressocialização, corroborando a desnecessidade de aplicação da sanção penal. Ademais é o próprio art.89, §2º, da Lei nº 9.099/95, que estabelece a possibilidade de especificação de outras *condições*, e não de outras penas. Inviável, portanto, a fixação de pena restritiva de direitos com a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviço à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana como condições para oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo.¹²⁵

Em que pese o entendimento doutrinário, a jurisprudência vem admitindo a imposição de aplicação de penas restritivas de direito, mas, devendo ser observado os princípios da proporcionalidade e da adequação. A esse respeito, veja-se o voto da Ministra Rosa Weber como relatora no Habeas Corpus nº 108.914/RS, julgado em 29.05.2012:

O instituto permite conferir a pessoas acusadas por crimes menores e sem registros criminais pretéritos tratamento jurídico adequado, proporcional às suas condições pessoais e aos supostos crimes cometidos, permitindo que a Justiça Criminal concentre os seus recursos e energias em casos criminais mais graves.

[...]

Enfim, não é inconstitucional ou inválida a imposição, como condição para a suspensão condicional do processo, de prestação de serviços ou prestação pecuniária, desde que “adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado” e fixadas em patamares distantes das penas decorrentes de eventual condenação.¹²⁶

Mesmo diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no referido Habeas Corpus, não haveria obrigação de aplicar penas de multa e prestação pecuniária, pois, como já mencionado, o próprio art. 17 da Lei 11.340/2006 veda tal imposição no âmbito da

¹²⁵ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 1469.

¹²⁶ STF – HC: 108914 RS, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012.

violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como caso fosse imposta acabaria por violar o §2º do art. 89 da Lei 9.099/1995, pois impor tais medidas não seria adequado ao fato criminoso perpetrado no âmbito doméstico e familiar.

Limitar-se a dizer que a vedação suspensão condicional do processo no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher visa coibir a violência nas relações familiares é um tanto forçoso, haja vista que aplicar a suspensão da maneira correta prevista em lei não viabilizaria descaso com violência contra a mulher, pois o instituto tem o condão de conferir celeridade aos processos, evitando a prescrição de crimes com prazos prescricionais irrisórios e dar uma resposta rápida e proporcional à infração, não buscando o encarceramento a todo custo e visando a ressocialização do agente infrator ao submetê-lo a um período de prova.

Analisando o instituto da suspensão condicional do processo no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, Eliseu Antônio da Silva Belo pontua:

Assim, a um só tempo, com a concessão da referida suspensão condicional são otimizadas e satisfeitas a tutela penal da mulher e a ressocialização do agente que, submetido ao aludido período de prova, sem que pese contra si uma condenação, terá a oportunidade dada pela Justiça (voto de confiança) de se redimir do erro cometido, cumprindo com zelo as condições impostas para, ao final, lhe ser declarada extinta a punibilidade, ciente de que qualquer deslize praticado ao longo do período de prova poderá provocar a revogação do benefício e o regular andamento da respectiva ação penal.¹²⁷

Portanto, é possível afirmar – apesar de bem forçoso - que a inaplicabilidade do instituto da suspensão condicional do processo é sim um meio adequado para se reprimir e violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como evitar que se apliquem as penas de multa, prestação pecuniária e a obrigação de se pegar cestas básicas, pois a medida de vedação do referido instituto é apta minimamente a atingir os fins almejados.

De forma diversa, Eliseu Antônio da Silva Belo considera que a restrição à aplicação da suspensão condicional do processo sequer passaria no teste de adequação:

[...] percebe-se que a restrição em foco não passaria sequer pelo juízo de adequação, porque o benefício concedido ao agente não importa em mero pagamento de pecúnia (o que é vedado pelo art. 17 da lei), submetendo-o, ao contrário, a um período de prova com duração mínima de dois anos, dentro do qual, uma das condições mais importantes para a vítima em questão é exatamente a reparação do dano.¹²⁸

De qualquer modo, oportuno analisar o presente caso quanto ao quesito de respeito ao subprincípio da necessidade, ou seja, aferir se o afastamento total da suspensão

¹²⁷ BELO, Eliseu Antônio da Silva. **O artigo 41 da Lei Maria da Penha frente ao princípio da proporcionalidade**. Goiânia: Verbo Jurídico, 2014, p. 84.

¹²⁸ BELO, Eliseu Antônio da Silva. *loc. cit.*

condicional do processo é uma medida exigível/necessária para se atingir as finalidades da opção legislativa, sendo preciso endossar o pensamento de Luís Virgílio Afonso da Silva:

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. [...]. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto.¹²⁹

Conclui-se, quanto ao respeito ao subprincípio da necessidade que, as reais finalidades de se vedar a aplicação da suspensão condicional do processo eram os excessos cometidos pelos Juizados Especiais ao fixarem descomedidamente penas pecuniárias e de multa, bem como a obrigação de fornecer cestas básicas àqueles que perpetrassem violência no âmbito familiar e doméstico, conclui-se que o ato do poder público (previsão do artigo 41 da Lei nº 11.340/2006) foi demasiadamente desnecessário e excessivo, ferindo gravemente princípio da proporcionalidade.

A expressa vedação do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, bem como a interpretação conferida à norma, dada pelo Supremo Tribunal Federal, acabou por afastar um mecanismo indubitavelmente apto para atingir os fins almejados de forma eficaz e, portanto, proporcional, tendo em vista que a medida despenalizadora da suspensão condicional do processo era adequada em sua essência para uma resposta penal aos agressores. Não há como negar que tal interpretação foi demasiadamente excessiva, uma vez que acabaram por buscar o encarceramento a qualquer custo.

Desse modo, este trabalho segue o entendimento de Eliseu Antônio da Silva Belo acerca da análise da medida restritiva da suspensão condicional do processo frente ao subprincípio da necessidade:

[...] o impedimento legal de concessão da suspensão condicional do processo constitui, na hipótese, medida claramente desnecessária ou dispensável porque a melhor otimização dos direitos fundamentais em colisão (liberdade e ressocialização do cidadão, de um lado, e o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, do outro), como visto, encontra-se exatamente na possibilidade jurídica de concessão do referido benefício, ou seja, em um patamar legislativo inferior, de caráter menos restritivo e igualmente eficaz.¹³⁰

Houve, portanto, um inegável excesso por parte do legislador, acompanhado pelo Supremo Tribunal Federal, além de ferir princípios constitucionais viola princípios do Direito

¹²⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p.38.

¹³⁰ BELO, Eliseu Antônio da Silva. **O artigo 41 da Lei Maria da Penha frente ao princípio da proporcionalidade**. Goiânia: Verbo Jurídico, 2014, p. 86-87.

penal, como é o caso da *ultima ratio*, o qual traduz a máxima de que o Direito penal deve ser o último mecanismo a ser utilizado quando não mais existem meios satisfatórios para se proteger o bem jurídico tutelado.

Necessário pontuar que não se defende aqui a aplicação cega do referido instituto da suspensão condicional do processo, mas, por óbvio, apenas nos casos que se enquadrem nas condições do próprio art. 89 da Lei nº 9.099/1995, quais sejam, como anteriormente exposto, não está sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime. Ademais, é o próprio titular da ação penal, ou seja, o Ministério Público que oferecerá a proposta, sendo uma faculdade sua, portanto, não é razoável que se o próprio titular da ação deseja propor a medida despenalizadora isso lhe seja vedado.

Necessário pontuar que, o Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID) editou o Enunciado nº 10 - revogado após a decisão do Supremo Tribunal Federal - o qual previa que “A Lei n.º 11.340/06 não impede a aplicação da suspensão condicional do processo, nos casos em que couber.”¹³¹, ora, quem teria mais propriedade para afirmar a viabilidade de aplicação do referido instituto se não os próprios juízes que habitualmente tratam da violência doméstica e familiar contra a mulher?

A suspensão condicional do processo é evidentemente um tratamento judicial mais que adequado e apenas aplicável para aqueles que não possuem antecedentes criminais, bem como são acusados por crimes de baixa lesividade, ou seja, é incoerente defender que existiria impunidade caso fosse aplicado o referido instituto despenalizador.

Não resta outra saída que não a de reconhecer a aplicação da suspensão condicional do processo no âmbito da violência familiar e doméstica contra a mulher, pois a medida respeita os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, de modo algum, contraria a proteção à mulher que vislumbra o §8 do art. 226 da Constituição Federal.

¹³¹ FONAVID. **Enunciados atualizados até o VIII FONAVID.** Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2015/12/ENUNCIADOS-ATUALIZADOS-ATE-O-VIII-FONAVID.pdf>>. Acesso em: 11 de maio 2017.

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho, foi discutida a Lei nº 11.340/2006, denominada “Lei Maria da Penha”, especificamente quanto à constitucionalidade da previsão de vedação da aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais, constante no art. 41 da referida legislação, que acabou por impedir a utilização dos institutos despenalizadores constantes na Lei nº 9.099/1995, quais sejam a composição civil dos danos, a transação penal, a suspensão condicional do processo e a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa, vedação esta confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Após uma análise da trajetória feminina perante o direito e o reconhecimento da necessidade de uma lei que conferisse às mulheres maiores instrumentos para sua proteção, a fim de promover a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, foi analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou pela constitucionalidade da previsão constante no art. 41 da Lei nº 11.340/2006.

Concluiu-se, da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, que a referida corte em nenhum momento aplicou com acerto o princípio da proporcionalidade na aferição da constitucionalidade da inaplicabilidade da Lei nº 9.099/1995, limitando-se a invocar o princípio da proteção à família constante no §8º do art. 226 da Constituição Federal.

Estudando-se o princípio constitucional da proporcionalidade e os seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito de forma minuciosa, foi possível analisar sua aplicação frente à opção legislativa por vedar aplicação da Lei nº 9.099/1995 no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

A vedação imposta pelo legislador e confirmada pela decisão do Supremo Tribunal Federal desprestigiaram diversos princípios do Direito, dentre eles a inviolabilidade do direito à liberdade, que apenas em última hipótese deve ser tolhida, a unidade da constituição, a proteção da família, a autodeterminação feminina, a natureza do direito penal como *ultima ratio* e os princípios da celeridade e da economia processual.

Na aferição de respeito ao princípio da proporcionalidade a previsão conseguiu atender ao subprincípio da adequação, por fomentar a finalidade pretendida, sendo a medida um meio minimamente apto a proteger às relações familiares. Quanto ao quesito necessidade a medida mostrou-se desnecessária, uma vez que a opção legislativa, por impossibilitar os institutos despenalizadores, não era, dentre as existentes, a menos gravosa. Não houve, portanto, outra saída que não a de reconhecer a inconstitucionalidade da previsão constante no art. 41 da Lei nº 11.340/2006 por flagrante violação ao princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

- AGNELLO, Priscila Ramos de Moraes Rego. **SURSIS Processual e Lei Maria da Penha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonsa da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AMAR, André *apud* GROPPPI, Ângela. A raízes de um problema. *In*: BONACCHI, Gabriella; GROPPPI, Ângela (orgs.). **O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres**. São Paulo: Unesp, 1995.
- AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- AVENA, Noberto. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Sistema Penal e Violência de Gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/2006. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 23, n. 1, p.113-135, jan./abr. 2008.
- BARBOSA, Ruy. **Obras completas de Rui Barbosa**. São Paulo, v. 48, t. 2, 1921.
- BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BELO, Eliseu Antônio da Silva. **O artigo 41 da Lei Maria da Penha frente ao princípio da proporcionalidade**. Goiânia: Verbo Jurídico, 2014.
- BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL, SPM. *In*: FROSSARD, Heloisa (org.). **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2006, 260p.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei 4559/2004**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004>. Acesso em: 8 maio 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a

95/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 - Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 510 p.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 6 maio 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei de Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. **EM nº 016 – SPM/PR**, de 16 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/smp/2004/16.htm>. Acesso em: 8 maio 2017.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Justificação. Diário do Congresso Nacional da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 fev. 1989. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaodemotivos-149770-pl.html>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10224.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; 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; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 5 de mai. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 24 abr. 2017.

BRASIL. **Ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher - Balanço Anual/2016**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.097.042**, Brasília, DF, 24 fev. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=>

8751454&num_registro=200802279706&data=20100521&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 26 de abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424**, Brasília, DF, 9 fev. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 26 de abr. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 106.212**, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 24 mar. 2011. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/stf_hc106212_marcoarelioetal24032011.pdf>. Acesso em: 26 de abr. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 108.914**, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 29 maio. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=75869667&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 26 de abr. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.136**, Brasília, DF, 1 jun. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088799>>. Acesso em: 26 de abr. 2017

BREGA FILHO, Vladimir. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo**: eficácia de cada um dos institutos. Leme: J.H. Mizuno, 2006.

CAMPOS, Carmen Hein de. CAVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 409-422, mai./ago. 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pg. 137.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2007.

CHANTER, Tina. **Gênero**: conceitos-chave em filosofia. Tradução de Vinicius Figueira. Revisão técnica de Edgar da Rosa Marques. Porto Alegre: Artmed, 2011.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. 11ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS DA OEA. **Relatório nº 54/01**, de 4 de abril de 2001. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. Disponível em <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 16 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. [Carta] 26 ago. 1986, Brasília [para] ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Brasília. 3f. **Carta das Mulheres ao**

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

FONAVID. **Enunciados atualizados até o VIII FONAVID**. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2015/12/ENUNCIADOS-ATUALIZADOS-ATE-O-VIII-FONAVID.pdf>>. Acesso em: 11 de maio 2017.

FREITAS. Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. 2010. 387 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

HEYWOOD, Andrew. **Ideologias políticas**, [v.2]: do feminismo ao multiculturalismo. Tradução de Janaína Marcoantonio e Maria Janikian. São Paulo: Ática, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim do IBCCrim**, n. 168, p. 6, nov. 2006.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACHECO, Denílson Feitoza. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEIXOTO, Alexandre Sivolella; QUEIROZ, Taísa; MENDES, Fávio Carvalho. O princípio da razoabilidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 6, n. 11, p. 95-104, jan./jul. 2004.

PERNOUD, Régine. **A mulher no tempo das catedrais**. Tradução de Miguel Rodrigues. Lisboa: Gradiva, 1980

PERNOUD, Régine. **Idade Média: O Que Não Nos Ensinaram**. Tradução de Maurício Brett Menezes. Rio de Janeiro: Agir, 1978.

PINHO, Leda. A mulher no direito romano: noções históricas acerca de seu papel na constituição da entidade familiar. **Revista Jurídica Censumar**, Maringá, v. 2, n. 1, p. 269-291, 2002.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2017.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramo. **Juizados Especiais Cíveis**. Recife: Bagaço, 1996.

ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de direito romano**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 783, p. 11-15, jan. 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho penal** – Parte Geral. t. I. Madrid: Civitas, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 09, p. 361-388, jan./jul. 2007.

SCOTT, Joan Wallach. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. **Educação & Realidade**. Tradução Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, pp. 71-99, jul./dez. 1995.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição do excesso (Ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normais penais inconstitucionais. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/indez.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em 3 maio 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11493>>. Acesso em: 3 maio 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TERCEIRA SEÇÃO. Súmula 542, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.