

Violência Contra Mulher e Disponibilidade da Ação Penal: Onde Fica o Desejo da Mulher?

Violence Against Women and availability of criminal action: Where Is the Woman's Desire?

Alexandre Morais da Rosa^{ab*}; Greyce Kelly Antunes de Souza^c

^aTribunal de Justiça de Santa Catarina, SC, Brasil

^bUniversidade Federal de Santa Catarina, SC, Brasil

^cUniversidade do Vale do Itajaí, Curso de Direito, SC, Brasil

*E-mail: alexandremoraisdarosa@gmail.com

Resumo

O presente artigo teve como enfoque analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, bem como as consequências que sucederam a partir dessa nova interpretação, a qual dispensa a necessidade de representação por parte da ofendida quando configurada a violência. Para tanto, abordou-se a evolução dos direitos da mulher em virtude da criação da Lei Maria da Penha, suas conquistas, os direitos e princípios constitucionais que amparam a mulher. Em seguida tratou-se das modalidades da ação penal para então adentrar no tema da interpretação do STF.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Direitos Fundamentais. Modalidade da Ação Penal.

Abstract

The present article focused on analyzing the decision of the Supreme Court - STF and the consequences of the new interpretation, which removes the need for representation by the victim when violence is set up. Therefore, the evolution of women's rights was addressed by the establishment of the Maria da Penha Law, their achievements, rights and constitutional principles which support the woman. The modalities of prosecution were assessed, followed by the discussion on the interpretation of the Supreme Court.

Keywords: Maria da Penha Law. Fundamental Rights. Type of Criminal Action.

1 Introdução

Este artigo possui, por objeto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF acerca da natureza da ação penal em casos de violência doméstica, conforme consubstanciado da ADI nº4424¹, ou seja, se a manifestação da vítima se mostra ou não necessária para persecução penal.

O artigo inicialmente trata da evolução e conquistas normativas que a mulher alcançou nesses últimos anos, passando a uma análise dos Direitos Fundamentais e Princípios que as amparam, aspectos gerais da natureza da ação penal para, ao final, tratar da recente interpretação do STF.

A referida interpretação julgada pelo STF se relaciona com o fato de que, para o exercício da ação, não é mais necessário o consentimento da ofendida, podendo o Ministério Público denunciar o agressor.

O tema tem sua importância, tendo em vista que se trata de um assunto que gera diversas discussões e possui pensamentos controversos, quanto aos aspectos positivos e negativos dessa nova interpretação. Propõe-se, ao final, reflexão sobre a importância da manifestação de vontade da vítima, uma vez que a responsabilização penal, por si só, pouco contribui para resolução da questão, a qual não é, definitivamente, simples. A

complexidade das relações familiares demanda compreensão alargada, subjetiva, incompatível com a aparente resolução penal.

A pesquisa foi desenvolvida principalmente no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, trazendo aspectos constitucionais com relação à matéria abordada.

Sendo assim, a escolha do tema se deu em razão de que, embora aprovada pelo STF, a referida ADI não refletiu de forma a apaziguar o problema, merecendo uma análise mais aprofundada sobre o assunto.

2 Desenvolvimento

2.1 A proteção constitucional da mulher e a Lei Maria da Penha

2.1.1 Breve histórico e principais conquistas

Na sociedade patriarcal, culturalmente elaborada pelo masculino, as relações entre mulheres e homens são desiguais. Essas relações, principalmente nos ambientes familiares, foram, ao longo dos anos, vistas como restritas e privadas, originando grande tolerância aos agentes de violência, perpetrada no espaço intrafamiliar. Em virtude da naturalidade com que, perante a sociedade, tem sucedido a

¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4424&processo=4424>.

violência contra a mulher no contexto privado, o problema acaba sendo ofuscado, banalizando-se e recebendo pouca visibilidade, conforme se verá.

Com a manutenção na esfera privada, as violações de direitos contra as mulheres se fizeram invisíveis ao aparato de controle social, esvaziadas no seu sentido público e, portanto, da sua significação política. Ainda soma-se o fato de que a violência doméstica serve como apoio para que se criem outros tipos de violência, o que acaba gerando experiências de brutalidade na infância e na adolescência, produzindo comportamentos violentos e desvios psíquicos graves também para esse público.

Para Dias (2007, p.16)

Quem vivencia a violência, muitas vezes até antes de nascer e durante toda a infância, só pode achar natural o uso da força física. Também a impotência da vítima, que não consegue ver o agressor punido, gera aos filhos a consciência de que a violência é um fato natural.

Devido a essa realidade que arrasa tanto o Brasil como o resto o mundo, diversos tratados internacionais foram pactuados, valendo destacar: Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará (OEA, 1994), Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher², Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher³, Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher⁴, além de outros instrumentos de Direitos Humanos.

No plano internacional, após denúncia referente à impunidade do crime praticado contra Maria da Penha Fernandes, paraplégica devido a duas tentativas de homicídio cometidas contra ela pelo marido - à época, perto de ser beneficiado com a prescrição -, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos - OEA⁵, uma vez convencida da omissão do Estado brasileiro, aceitou a denúncia contra este e recomendou, além do julgamento do agressor, a formulação de lei específica referente à violência contra a mulher (CUNHA; PINTO, 2008).

Souza (2008, p.30) menciona:

Ressalva-se que a luta da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes não se deu apenas no âmbito interno, tendo ela o discernimento de levar a sua batalha pelos direitos humanos das mulheres aos campos internacionais, principalmente pela

omissão brasileira em implementar medidas investigativas e punitivas contra o agressor, dentro do denominado prazo de duração do processo, o que culminou com uma condenação do Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direito Humanos, órgão da OEA.

Assim, o Brasil assinou, em 1994, o documento da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher⁶, também conhecida como Convenção de Belém do Pará. Além de definir o que é violência contra a mulher, esse documento explica de que formas essa violência pode suceder e os lugares nos quais pode ocorrer (OEA, 1994). O Brasil assumiu, perante a comunidade internacional, o compromisso de implantar e cumprir os dispositivos constantes nesse tratado. Como consequência, o tratado serviu de alicerce para a elaboração do conceito de violência contra a mulher, constante na Lei Maria da Penha.

Em seguida, a Lei Maria da Penha fez parte do avanço legislativo brasileiro, transformando-se no principal instrumento legal nacional de combate à violência doméstica sofrida pela mulher, em consonância com o dispositivo constitucional que determina ao Estado zelar pela “assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência, no âmbito de suas relações” - art. 226, § 8º da Constituição (BRASIL, 1988).

A Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) representa uma grande conquista dos movimentos feministas em busca da erradicação, prevenção e punição da violência contra a mulher.

Dias (2007, p.33) explica:

Além de proclamar a natureza da violência doméstica como violadora dos direitos humanos, a Lei impôs a adoção de políticas públicas para resguardar os direitos humanos das mulheres. [...]

Conforme prevê a Lei nº 11.340, em seu art. 3º, §1º:

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2006).

Os privilégios obtidos pelas mulheres com a Lei Maria da Penha são inúmeros, tais como:

- Criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres com competência cível e criminal, servindo como instrumento judicial próprio;
- Enrijecimento da atuação da rede de serviços de atenção à mulher em situação de violência doméstica e familiar, bem como das Delegacias de Atendimento à

2 Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=222494>.

3 Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>.

4 Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pequim95.htm>.

5 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA, sediada em Washington, Estados Unidos. A principal tarefa da Comissão Interamericana de Direitos Humanos consiste em analisar petições apresentadas denunciando violação aos direitos humanos, assim considerados aqueles relacionados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

6 Foi um grande avanço para os direitos individuais e humanitários das mulheres, que aconteceu em 9 de junho de 1994 através da convenção de Belém do Pará, também sendo conhecida como Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em que definiu-se tanto os conceitos do que poderia ser considerado como violência contra a mulher, como algumas penalidades que os infratores poderiam estar sujeitos.

- Mulher, da Defensoria Pública e do Ministério Público;
- Implantação de uma série de medidas de caráter social, preventivo, protetivo e repressivo;
- Estabelecimento de um rumo nas políticas públicas e ações integradas para a prevenção e erradicação da violência doméstica contra as mulheres, tais como: criação de uma série de medidas protetivas de urgência para as vítimas de violência doméstica; delegacias especializadas, casas abrigo e realização de campanhas educativas; capacitação permanente dos integrantes dos órgãos envolvidos na questão; realização de redes de serviços interinstitucionais; promoção de estudos e estatísticas, avaliação dos resultados; celebração de convênios e parcerias e a inclusão de conteúdos de equidade de gênero nos currículos escolares e execução de centros de atendimento multidisciplinar.

Desta maneira, o dever do Estado em asseverar a segurança das mulheres no meio público e privado é reconhecido pela Lei Maria da Penha, que define as diretrizes de uma política de prevenção e atenção no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. Além disso, a referida legislação garante a autonomia e a emancipação da mulher no espaço familiar e social. Ela elimina a hierarquia de gênero, busca a igualdade entre homens e mulheres e objetiva favorecer e conscientizar as mulheres dos recursos para reagir a e posicionar-se contra a violência doméstica e familiar.

2.1.2 Dos direitos fundamentais e proteção da mulher

Inicialmente os direitos fundamentais procuram garantir a liberdade do indivíduo, a partir da estipulação da esfera do indecível. Tarefa esta que, todavia, somente será exitosa no contexto de uma sociedade livre, entendida como aquela que pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade. Assentado dessa forma, a estrutura e a função dos direitos fundamentais asseguram tanto os direitos subjetivos, como também os princípios objetivos da ordem constitucional democrática (SOUZA, 2008).

No que tange aos direitos fundamentais, estes se distinguem em ‘direitos fundamentais na condição de defesa’ (direito de proteção) e ‘direitos fundamentais como direitos a prestações’ (de natureza fática e jurídica; bem como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho) (SARLET, 2001).

Ainda nesse norte, os direitos de proteção podem ser brevemente conceituados, segundo Sarlet (2001, p.171), como sendo: “posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja

contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais”.

Em tal contexto, incumbe ao Estado zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos indivíduos, não somente contra ingerências indevidas de parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provenientes de particulares. Os modos de realização dessa proteção são variados, podendo ser por meio de normas penais, normas procedimentais, atos administrativos e até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos (SARLET, 2001, p.185).

Por outro lado, quanto ao direito de prestação, segundo Bonavides (2000, p.32-33):

[...] os direitos fundamentais da segunda geração são os direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social. Isto posto, os direitos da referida segunda geração estão ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, bem como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho. Pressuposto a isto, passam estes direitos a exercer uma liberdade social, formulando uma ligação das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

Os fundamentos dos direitos humanos⁷ estão no direito natural e em certas liberdades essenciais à personalidade e a dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos estão amparados na Constituição da República Federativa do Brasil, a qual proclama que a sociedade e o Estado existem para o bem-estar da pessoa humana (PEREZ LUÑO, 2010).

O artigo 5º diz:

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 (BRASIL, 1988).

É com base nos direitos fundamentais de igualdade que os casos de violência contra a mulher no ambiente doméstico e familiar devem ser analisados, e que a lei que pretende coibi-la deve ser interpretada.

Nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, compete ao Estado assegurar a assistência à família mediante mecanismos que coíbam a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

A Lei 11.340/06 é o tipo normativo que reconhece a violência doméstica e familiar contra a mulher como impeditivo ao exercício efetivo, dentre outros, dos direitos à vida, à segurança, ao acesso à justiça, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2006). A partir deste reconhecimento, prevê a criação de medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, assim como a instalação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar

⁷ Direitos Humanos e Direitos Fundamentais estão utilizados como sinônimos, significando: “[...] um conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”. Tradução livre. Texto original: “[] un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos em nivel nacional e internacional”.

contra a Mulher, como já mencionado anteriormente.

Do mesmo modo, até este momento, é de ver-se que a Lei Maria da Penha, não gratuitamente, avança ao dispor que, em sua interpretação, “serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar” (BRASIL, 2006).

E, como ensina Carvalho Neto (2004, p.220)

[...] em qualquer tema que formos abordar no Direito, a questão da interpretação, sobretudo a da interpretação constitucional, é sempre uma questão central. Isso porque estaremos sempre falando da reconstituição do sentido de textos [...].

Assim, os princípios constitucionais são espécie de norma constitucional, de conteúdo abstrato mais abrangente, que exprimem os valores contidos na Constituição e estabelecem o norte para todo o sistema jurídico brasileiro.

Quanto ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, caracteriza-se o individualismo pelo entendimento de que cada homem, cuidando dos seus interesses, protege e realiza, indiretamente, os interesses coletivos. Seu ponto de partida é, portanto, o indivíduo.

Previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição, o princípio em tema engloba todas as relações, sendo ele o que diz respeito a todos os outros princípios, bem como valores constantes na Carta Magna (BRASIL, 1988).

Aplicando a terminologia utilizada por Reale (*apud* MIRANDA, 2012), constata-se a existência de, basicamente, três concepções da dignidade da pessoa humana: individualismo, transpersonalismo e personalismo.

De acordo com Dias (2007, p.32): “O princípio da dignidade despatrimonializada e despersonaliza institutos coisificados de direito civil, humanizando as relações jurídicas de direito privado”.

Reale (*apud* MIRANDA, 2012) e Canotilho (2003), em concordância de compreensão e interpretação desse princípio, entendem-no com o propósito de salvaguardar a autonomia do indivíduo, preservando-o das interferências do Poder Público. Ademais, num conflito indivíduo versus Estado, privilegia-se aquele.

O princípio em questão, no âmbito da violência doméstica e familiar, vem disposto na Lei 11.340/06 no art. 3º “Serão asseguradas às mulheres condições para o exercício efetivo dos direitos [...] à dignidade, ao respeito e a convivência famílias e comunitária” (BRASIL, 2006).

A dignidade da mulher é o amparo da legislação protetiva que abriga todos os outros princípios constitucionais. Desta forma, a dignidade é o ponto de apoio para os instrumentos criados para coibir e erradicar a violência contra a mulher, visto que a mulher somente alcançará sua dignidade quando estiver livre de qualquer ato de violência, seja ela física, moral, psicológica, sexual ou patrimonial.

Há de se falar também no Princípio da Igualdade, que encontra-se enunciado no artigo 5º, I, da Constituição Federal - CF, a qual prevê que “Homens e mulheres são iguais em

direito e obrigações” (BRASIL, 1988).

Uma vez que a igualdade também se estende à sociedade conjugal à união estável, o dispositivo comunica-se com o §5º do artigo 226 da CF “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e mulher” (BRASIL, 1988).

Porém, vale ressaltar que o referido princípio, assim como os demais, é relativo, haja vista a possibilidade, em algumas situações, de direito próprio, concedidos ao homem ou à mulher.

Para Moraes (2003):

A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e feitos da medida considerada, devendo estar presente por isso razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Este princípio opõe-se à existência de vantagens para determinadas pessoas ou grupos, porém é necessário identificar e assim diferenciar os iguais e os desiguais, haja vista que dar ao maior igual tratamento concedido ao menor poderia caracterizar injustiça. Por conseguinte, o princípio da igualdade dá segurança às pessoas de posições iguais, objetivando sempre a harmonia entre todos e não consentindo distinções.

Visa-se buscar então, não a mera igualdade formal, que é consequência da lei, mas também a igualdade material, conforme Aristóteles (2010) em tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, buscando reduzir as diferenças sociais. Busca-se, durante décadas, o equilíbrio entre os homens e mulheres por meio de lutas contra a discriminação. Não se trata de mera isonomia formal, pois não é simples igualdade perante a lei, mas igualdade de direitos e obrigações (SANTOS, 2011).

Objetivando proteger e resguardar a integridade dos membros da família, referente ao Princípio da Proteção Integral, estabelece o §8º do artigo 226 da CF “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988)

No entanto, como os casos de violência contra a mulher são frequentes, e devido à sua maior vulnerabilidade, o legislador infraconstitucional reforçou ao tratar dos motivos, no item 6, para que veio a Lei Maria da Penha:

O projeto delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, por entender que a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres. Assim, busca atender aos princípios de ação afirmativa que têm por objetivo implementar ‘ações direcionadas a segmentos sociais,

historicamente discriminados, como as mulheres, visando a corrigir desigualdades e a promover a inclusão social por meio de políticas públicas específicas, dando a estes grupos um tratamento diferenciado que possibilite compensar as desvantagens sociais oriundas da situação de discriminação e exclusão a que foram expostas' (BRASIL, 2006).

Notoriamente observa-se que a extensão se dá nos limites da vulnerabilidade da mulher, de forma que não muda a ideia constitucional de família, mas concede à mulher sob estado de violência, uma proteção extensiva.

Assegurada pelos princípios constitucionais, a Lei Maria da Penha, em seus artigos 2º e 3º, prevê:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2006).

Tais enunciados demonstram, mais uma vez, de maneira expressa, as garantias constitucionais, bem como os direitos fundamentais assegurados às mulheres, devendo, assim, não apenas ser compreendida em seu aspecto formal, mas ser alcançada no aspecto material.

2.2 Maria da Penha e ação penal

2.2.1 Ação penal e suas modalidades

Nas primeiras sociedades, utilizava-se o instituto da autotutela. Porém esta trazia problemas à sociedade, gerando mais violência, bem como a desproporção na punição. Durante a transformação gradual, o Estado limitou o direito de punir, sujeitando o direito de punir a procedimento no qual o acusado tem o direito de se defender e o acusador a carga processual da imputação. Neste ato surge o Estado-juiz, bem como o processo.

Mas, para que o acusado seja punido, o Estado deverá garantir o devido processo legal, mediante a ação penal, no qual obrigatoriamente devem-se respeitar os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa. Criou-se também o órgão estatal específico, o Ministério Público, com finalidade de exercer, em certas condições, o poder de ação no processo penal.

2.2.1.1 Ação penal

Segundo o dicionário de filosofia, o termo ação denota “qualquer operação, considerada sob o aspecto do termo a partir do qual a operação tem início ou iniciativa” (ABBAGNANO, 2000, p.8).

Ensina Lopes Junior (2012, p.3625) que:

A ação é ao mesmo tempo um direito subjetivo – em relação ao Estado-Jurisdição – e direito protestativo em relação ao imputado.

No primeiro caso, corresponde à obrigação da prestação da tutela jurisdicional e de emitir uma decisão; no segundo, há uma sujeição do imputado às consequências processuais produzidas pela ação. [...] Não se sujeita o réu ao acusador, mas ao processo e ao conjunto de atos nele desenvolvidos.

Por sua vez Tourinho Filho (1999, p.305) entende a ação penal como sendo “o direito de se pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal objetivo. Ou o direito de se pedir ao Estado-Juiz uma decisão sobre um fato penalmente relevante”.

Por consequência, abstrai-se que a ação penal é direito autônomo, subjetivo e com finalidade de satisfação de uma pretensão, que independe do resultado final do processo.

2.2.1.2 Ação penal pública e privada

A ação penal é classificada em consideração ao elemento subjetivo. Desta forma, tem-se a primeira subdivisão, encontrando-se a ação penal pública, promovida pelo Ministério Público e a ação penal privada, exercida pela vítima.

Assim preceitua o art. 100 do Código Penal - CP: “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”. Ainda o §1º do art. 100 do CP determina: “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”.

Ademais, a ação penal pública pode ser condicionada ou incondicionada, conforme ensina Costa Júnior (2006, p.164-165):

A ação é pública, quando promovida e movimentada pelo Ministério Público, que é o dominus litis. A ação penal pública é incondicionada quando, para promovê-la, o Ministério Público independe de qualquer manifestação de vontade. A regra é essa: a ação pública é incondicionada. EM se tratando de ação pública condicionada, haverá meação expressa na Parte Especial. [...] ação pública condicionada, subordina-se o seu exercício a uma condição de procedibilidade: a representação do ofendido ou de seu representante legal.

Extraí-se que a ação penal pública incondicionada independe de qualquer requisito especial para ser proposta, ficando exclusivamente a critério do Ministério Público o exame sobre a existência dos elementos necessários para que seja iniciada, com controle judicial posterior.

Tal fato ocorre porque nesse tipo de ação o Estado também é atingido pelo ato delituoso. Vigoram neste caso, os princípios da oficialidade, indisponibilidade, legalidade, da indivisibilidade e intranscendência (COSTA JUNIOR, 2006).

Por outro lado, nota-se que, para o exercício da ação condicionada, depende-se de uma condição: representação, podendo ser a manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal, requerendo ao Ministério Público a instauração da denúncia. Sem esta manifestação de vontade nem sequer o inquérito policial poderá ser instaurado, conforme se depreende do art. 5º, §4º do CPP. Vale ressaltar que a representação não é retratável, ou seja, provocado o Ministério Público, este assume incondicionalmente, sendo

irrelevante qualquer tentativa no sentido de renúncia por parte do ofendido, conforme a previsão do art. 25 do CPP.

Na visão de Tourinho Filho (1999, p.307) o entendimento é sustentado:

Na condicionada, é ainda o órgão do Ministério Público quem a promove, mas sua atividade fica subordinada, condicionada a uma manifestação de vontade, que se traduz por meio da representação (manifestação de vontade do ofendido ou de quem o represente legalmente) ou da requisição do Ministro da Justiça (manifestação de vontade ministerial).

Quanto à modalidade privada, o art. 100 do Código Penal prevê:

§ 2º A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal (BRASIL, 1941).

Ainda Costa Junior (2006, p.166), quanto à ação privada, menciona:

É aquela em que a iniciativa da ação cabe ao ofendido, ou a seu representante legal. Mesmo sendo de caráter privado a iniciativa da ação, o direito de punir continua pertencendo ao Estado.

A distinção entre a ação penal pública e a privada repousa na legitimidade de agir. Entende-se na doutrina que se trata de substituição processual, uma vez que a vítima ao exercer a queixa está defendendo um interesse alheio, interesse exclusivo do Estado, em nome próprio.

2.2.2 Decisão do Supremo Tribunal Federal e suas consequências

Como visto o Estado sempre interveio na relação familiar, uma vez tendo a família como base da sociedade, recebendo, assim, a instituição familiar especial proteção do Estado.

O artigo 16 da Lei 11.340/2006 elucida que a ação penal nos crimes de violência doméstica e familiar é pública condicionada à representação, conforme se observa:

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 (BRASIL, 2006).

Acontece que, nesse contexto, visando a melhor proteção à mulher, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente, no começo deste ano (09/02), por maioria dos votos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424) ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) quanto aos artigos 12, inciso I, 16, e 41 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

Segundo observa Cunha e Pinto (2008, p.104-105):

[...] é que se entendia, até então, de forma praticamente unânime (sobretudo na jurisprudência do STJ), que a ação penal, nesses casos, era condicionada à prévia representação da vítima. Com a decisão do Pretório Excelso, que considerou pública

incondicionada a ação penal dos crimes de lesões corporais leves que envolvam violência doméstica, não há mais que se falar em renúncia à representação (para ficarmos com a equivocada expressão empregada pela lei). Óbvio: representação e retratação são institutos típicos da ação penal pública condicionada e da ação penal privada, como se vê da letra dos arts. 24 e 25 do CPP. Cuidando-se de ação penal pública incondicionada, ao revés a vontade do ofendido é irrelevante e, bem por isso, o Ministério Público não se submete a qualquer manifestação prévia do ofendido, podendo – e devendo- deflagrar a ação penal, forte no princípio da obrigatoriedade. Concluímos que, sem maior dificuldade: para os crimes de lesões corporais leves não mais se cogita da designação de audiência em epígrafe, em entendimento que, inclusive, já é esboçado no STJ [...].

Até esse julgamento, a Lei Maria da Penha permitia inclusive que a representação feita pela mulher agredida fosse retirada. A partir de agora, o Ministério Público pode exercer o direito de ação, mesmo após manifestação contrária da vítima.

Desse modo, quanto à necessidade de representação por parte da vítima, esta decisão do Supremo Tribunal Federal determinou que a ação cabível é a ação penal pública incondicionada, não mais deixando a atuação estatal nas mãos da vítima. Foi abordado que, no intento de livrar a mulher da pressão a que possa ser submetida ou como forma de propiciar o seguimento do processo independentemente de sua vontade, retira-se da mulher a disponibilidade do processo. Em nome da proteção, retira-se sua autonomia, para evitar possível retratação da vítima⁸.

A corrente majoritária da Corte acompanhou o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, no sentido da possibilidade de o Ministério Público dar início à ação penal sem necessidade de representação da vítima.

O artigo 16 da lei dispõe que as ações penais públicas “são condicionadas à representação da ofendida”, mas, para a maioria dos Ministros do STF, essa situação acaba exaurindo a proteção constitucional assegurada às mulheres. Também foi esclarecido que não compete aos Juizados Especiais julgar os crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

Em suma, assim como a violência doméstica (que é uma forma de lesão corporal leve), a ameaça também é crime sobre o qual pode incidir a Lei Maria da Penha, desde que praticados contra vítima mulher. Agora vejamos: ambos são crimes que exigem representação para a propositura da ação penal. A diferença reside no diploma legal onde repousa a exigência. No caso da ameaça, a menção à ação condicionada consta do Código Penal, ao passo em que na violência doméstica a representação é prevista na Lei 9.099/95. A decisão do STF, portanto, afastou a exigência de representação apenas no que tange à lesão leve, pois somente esta tem a natureza da ação penal definida pela Lei 9.099/95.

O artigo 41 da Lei Maria da Penha, ao impedir a aplicação dos institutos despenalizantes da Lei dos Juizados Especiais à

8 ADI 4424/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.2.2012.

violência de gênero, acabou resvalando também no artigo 88, transformando a ação penal em incondicionada. Todavia, para os demais casos em que a representação é exigida, com esteio no Código Penal ou em leis extravagantes, mantém-se íntegra a condição de procedibilidade (CUNHA; PINTO 2008).

2.3 Apreciação da ação pública incondicionada

O presente artigo defende uma posição divergente da do STF, pois entende que, com a interpretação dada pelo Supremo, a liberdade da vítima estaria sendo reprimida, partindo-se do pressuposto que a tutela penal não é a redenção de todos os casos, os quais poderiam ser resolvidos por outros meios.

Segundo dados trazidos pela Procuradoria Geral da República⁹, 90% das ações penais referentes à violência doméstica são arquivadas porque as vítimas decidem voltar atrás para proteger seus companheiros agressores.

Observa-se que devido a muitas mulheres acionarem a autoridade policial, já com intuito de recuar e retratar-se na audiência, haja vista o interesse de permanecerem com seu companheiro, agora, considerando a nova interpretação no STF, essas vítimas nem mais denunciam seus agressores, uma vez que não terão a escolha de retirar a representação.

Vale salientar que a mudança do STF vale apenas para denúncias de lesões corporais. Os casos de ameaça, calúnia, injúria, entre outros, mantêm o mesmo procedimento, necessitam da representação ou queixa-crime por parte da vítima e podem ser retiradas e/ou abandonadas.

Manifesta Maritza Haisi:

A decisão do STF diz que se registrado o boletim de lesão corporal, a mulher não pode desistir do inquérito policial, da ação penal, não pode mais renunciar. Uma vez registrado o boletim, o delegado deve registrar o inquérito policial, que será conduzido até o fim da investigação, inclusive encaminhado ao o Ministério Público que fará a denúncia (RIBEIRO; OLIVEIRA, 2012).

Segundo ela, para algumas mulheres essa mudança pode significar avanço, mas isso pode interferir na vida privada de uma mulher que decida renunciar ao direito de representação.

Neste mesmo norte, em voto isolado, o Ministro Cezar Peluso divergiu do relator do STF, reafirmando a natureza jurídica de ação penal pública condicionada do crime de lesão corporal leve no âmbito doméstico:

[...] não posso supor que o legislador tenha sido leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Ele deve ter levado em consideração, com certeza, elementos trazidos por pessoas da área da sociologia e das relações humanas, inclusive por meio de audiências públicas, que apresentaram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal (SUMPREMO JULGA PROCEDENE..., 2012).

Finalizou seu voto afirmando que é preciso respeitar o direito das mulheres que optam por renunciar ao direito de representação contra seus companheiros quando sofrem algum tipo de agressão. Isso significa o exercício do

núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do ser humano pelo seu destino. O cidadão é o sujeito de sua história, é dele a capacidade de se decidir por um caminho, e isso me parece que transpareceu nessa norma agora contestada, salientou. O ministro citou como exemplo a circunstância em que a ação penal tenha se iniciado e o casal, depois de feitas as pazes, seja surpreendido por uma condenação penal.

Nesse norte, o Ministro Jorge Mussi¹⁰ refere-se:

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher contra a sua vontade, esta 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 o direito à liberdade de que é titular para tratá-la como coisa fosse, submetida à vontade dos 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.

Maritza Haisi ainda complementa:

O problema é que a mulher muitas vezes tem seus motivos para retirar a queixa e isso não poderá mais ser feito, seria uma interferência do estado. Além disso, se a mulher não quer que seja instalado o procedimento, a delegacia vai intimidar e ela pode não comparecer (RIBEIRO; OLIVEIRA, 2012).

A delegada também afirma que já é registrada uma redução no número de denúncias.

Algumas mulheres, levando em conta que não podem recuar, estão deixando de registrar o boletim e isso é muito ruim, já que os índices de registro de agressão doméstica são usados até para definição de políticas públicas para a mulher.

A mulher deve ter a opção de continuar ou não a ação penal contra seu agressor, pois ela precisa ter o poder de vetar a interferência do Estado em sua vida privada, garantindo sua liberdade de escolha. Abrir um processo contra a vontade da vítima nem sempre é a melhor solução para famílias que convivem com violência doméstica, havendo outras formas mais adequadas de proteção ao núcleo familiar.

Em que pese à interpretação do STF visa proteger a mulher, sabe-se que na prática não ampara a vítima adequadamente. É necessário aplicar um modelo de Justiça que restaure a relação familiar quebrada, ou pelo menos, tente fazer algo, buscando restabelecer, sanar e entender o porquê das agressões.

Nesse norte, ensina Rosa (2008), a abordagem tradicional busca calar esta voz, não deixar o sujeito dizer de si, de suas motivações, previamente etiquetadas e formatadas, por tipo penais. Há um sujeito no ato infracional. E a Justiça Restaurativa possibilita que ele se faça ver, dando-lhe a palavra, sempre. É com a palavra, com a voz, que o sujeito pode aparecer. A violência em nome da lei, imposta, simplesmente, realimenta uma estrutura de irresignação que (re)volta, mais e mais. Busca-se, ao inverso do discurso padrão, construir laço social,

9 Disponível em: http://www.pgr.pt/grupo_soltas/Actualidades/Indice-actualidades.html.

10 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Habeas-corpus*. n. 0301158-84, da 6ª Turma de Direito Penal.

e não a imposição de um respeito incondicional kantiano que, por básico, opera na lógica: não discuta, cumpra. Buscar que o sujeito enuncie seu discurso e não despeje enunciados.

Como bem observa Dias (2007, p.124), justificando o seu posicionamento favorável à ação pública condicionada:

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 facilitara 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.

Assim, é mais adequado aplicar a Justiça Restaurativa¹¹ que caminha para uma nova percepção bem mais ampla, analisando todo o contexto social e econômico da vítima e do agressor, buscando mudanças no cenário atual de crise e falência do sistema criminal (PINTO, 2005).

Sendo assim, a consequência direta da exclusão da vontade da vítima na representação pode significar a redução dos registros das ocorrências, uma vez que tal fato implica na punição do seu companheiro do passado, cuja continuidade seria complicada pela manutenção da ação penal.

3 Conclusão

Perante todos os sofrimentos e espécies de violência a que as mulheres podem estar submetidas, o acontecido no seio familiar pode ser tido como o mais prejudicial.

Em vista da situação encontrada, observa-se a procura de melhor atuação do Estado diante do alto índice de casos, incluindo a violência doméstica contra a mulher. Daí que foram criadas as normas para regular as tipificações e espécies de violência, quanto às penas para esses casos.

Tratando das reincidências que indicavam estatísticas preocupantes, haja vista não só os casos de retratação da representação, no qual as vítimas acabavam retirando a representação contra seus agressores a estes retornam para o domicílio, mas também considerando que as agressões acontecem de maneira progressiva, ou seja, tornando mais graves e possibilitando até mesmo a ocorrência de homicídio, é que o STF modificou a interpretação do artigo 16 da Lei Maria da Penha. Ocorre que agora, tratando-se de agressão, a ação é pública incondicionada, isto é, em decorrência do fato de não haver maneira do autor ser liberado nem mesmo apenas pela renúncia ao direito de representação da vítima.

Diante disso, uma vez que tais delitos passam a serem tidos como de ação penal incondicionada, extingue-se notoriamente a possibilidade da vítima perdoar e/ou restaurar sua relação com o agressor, ou seja, por um fim à retratação da

representação, extraindo dela a sua faculdade e o seu desejo de, sem restrições, manter relações com aquele companheiro por ela escolhido, salvo se punido pelo Estado, mesmo que a punição não tenha sentido.

Referências

- ABBAGNANO, N. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, 1940.
- BRASIL. Código Processo Penal - Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro 1941. Brasília, 1941.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.
- BRASIL. Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2006.
- CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO NETO, M. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- COSTA JUNIOR, P.J. *Direito penal objetivo*. 4.ed. Rio de Janeiro: Florense, 2006.
- CUNHA, R.S.; PINTO, R.B. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIAS, M.B. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- MORAES, A. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2012.
- OEA - Organização dos Estados Americanos. Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Belém do Pará, 9 jun. 1994. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=6ade867f-ae13-4b58-9f9c-580ecd41efbe&groupId=10136>. Acesso em: 24 out. 2012.
- PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 10.ed. Madrid: Tecnos, 2010.
- PINTO, R.G. *Justiça restaurativa é possível no Brasil? Coletânea de Artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005.
- RIBEIRO, F.; OLIVEIRA, L.H. Delegada diz que alteração na Lei Maria da Penha pode diminuir registro de BOs. 2012. Disponível em: <http://www.tanacidade.com/?noticia=28955>. Acesso em 25 jun. 2013.
- ROSA, A.M. Justiça restaurativa e ato infracional: práticas e possibilidades. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.9, n.50, jun./jul. 2008.

11 A Justiça Restaurativa é um modelo consensual de tentativa de reconstrução de uma relação que foi quebrada entre transgressor e ofendido, em consequência de um delito ou ato infracional, para curar os traumas e as feridas deixadas, envolvendo a família e a comunidade em um círculo de soluções.

SANTOS, F.F. Princípio constitucional da dignidade humana. *Jusnavigandi*, Teresina, v.3, n.27, 23 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/160/principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 10 out. 2012.

SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, S.R. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha (11.340/06) Comentários Artigos,*

Anotações, Jurisprudência e Tratados Internacionais. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SUPREMO JULGA PROCEDENTE AÇÃO DA PGR SOBRE LEI MARIA DA PENHA. *Notícias STF*. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>. Acesso em: 25 jun. 2013.

TOURINHO FILHO, F.C. *Processo penal*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

