



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

***EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL***

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento nos artigos 102, I, “a” e “p”, e 103, VI, da Constituição Federal, e nos dispositivos da Lei 9.868/99, vem propor AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, com pedido de MEDIDA CAUTELAR, para que se confira interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), no sentido de que (i) a Lei 9.099/95 não se aplica, em nenhuma hipótese, aos crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha; (ii) o crime de lesões corporais consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em

ambiente doméstico, processa-se mediante ação penal pública incondicionada; (iii) os dispositivos referidos têm aplicação a crimes que se processam mediante representação, por previsão legal distinta da Lei 9.099/95.

DOS FATOS

2. Até 2006, o Brasil, ao contrário de dezessete países da América Latina, não tinha legislação específica a respeito da violência contra a mulher no ambiente doméstico. Como as lesões daí resultantes eram, de ordinário, consideradas de natureza leve, tais crimes passaram a ser regidos pela Lei nº 9.099/95, que instituiu os juizados especiais criminais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. A partir de então, também, a persecução penal dos crimes de lesões corporais leves passou a depender de representação, por força do art. 88 da referida lei.

3. A aplicação da Lei 9.099/95 a mulheres em situação de violência doméstica da qual resultara lesões corporais leves desconsiderava, todavia, “*o componente de gênero e a particularidade de um relacionamento continuado de violência intra-familiar, recepcionando, linearmente, assim, não somente a violência esporádica e eventual entre desconhecidos na via pública, como também a agressão que subjuga a mulher de forma cotidiana no espaço privado.*”¹

4. Por outro lado, constatou-se que, após dez anos de aprovação dessa lei, cerca de 70% dos casos que chegavam aos juizados especiais envolvia situações de violência doméstica contra mulheres, e o

¹ LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher; tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Campinas: Millennium, 2009, p. 203.

resultado, na grande maioria, era a “conciliação”. A lei, portanto, a um só tempo, desestimulava a mulher a processar o marido ou companheiro agressor, e reforçava a impunidade presente na cultura e na prática patriarcais. Tudo somado, ficou banal a violência doméstica contra as mulheres.

5. Flávia Piovesan destaca:²

“O grau de ineficácia da referida lei revelava o paradoxo de o Estado romper com a clássica dicotomia público-privado, de forma a dar visibilidade a violações que ocorrem no domínio privado, para então, devolver a este mesmo domínio, sob o manto da banalização, em que o agressor é condenado a pagar à vítima uma cesta básica ou meio fogão ou meia geladeira... Os casos de violência doméstica ora eram vistos como mera 'querela doméstica', ora como reflexo de ato de 'vingança ou implicância da vítima', ora decorrentes da culpabilidade da própria vítima, no perverso jogo de que a mulher teria merecido, por seu comportamento, a resposta violenta.”

6. Diante desse quadro, veio a Lei nº 10.886/2004, que, para coibir e prevenir a violência doméstica, introduziu os parágrafos 9^{o3}, 10^{o4} e 11^{o5} no art. 129 do Código Penal. Não foi suficiente, contudo, para afastar a incidência da Lei nº 9.099/95 em relação às lesões corporais leves.

7. Dois anos depois, sobrevém a Lei nº 11.340/2006, estabelecendo em seu artigo 1^o:

² PIOVESAN, Flávia. Litigância internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a Lei “Maria da Penha”. IN: *Temas de direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233.

³ “Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.”

⁴ “Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3.”

⁵ “Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.”

“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 todos tratados ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

8. A lei foi resultado, também, do Informe nº 54/2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (CIDH)⁶, que, analisando denúncia formulada por Maria da Penha Maia Fernandes, concluiu que o Brasil violara os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial da peticionária, violência que *“ocorre como parte de um padrão discriminatório relativo à tolerância da violência doméstica contra as mulheres no Brasil por ineficácia de ação judicial.”* Desta forma, a Comissão recomendou, entre outras medidas: (i) que se levasse a cabo uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade por retardamentos injustificados; (ii) que se completasse, rápida e efetivamente, o processamento penal do agressor; (iii) que se continuasse o processo de reformas que evitem a tolerância estatal e o tratamento discriminatório relativo à violência doméstica contra as mulheres.

9. De forma explícita, a Comissão entendeu violados os direitos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (denominada “Convenção de Belém do Pará”).

10. A Convenção de Belém do Pará é o primeiro tratado internacional de direitos humanos a reconhecer a violência contra a mulher

⁶ <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/Brasil12.051a.htm>

como um fenômeno generalizado, que *“transcende todos os setores da sociedade, independentemente de sua classe, raça ou grupo étnico, níveis de salário, cultura, nível educacional, idade ou religião”*. Assinada no Brasil em 9 de julho de 1994, entrou em vigor em 3 de março de 1995, tendo sido internalizada pelo Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995, ratificada em 27 de novembro de 1995 e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

11. Em seu preâmbulo, a Convenção destaca que a violência contra a mulher *“constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”*, é uma *“ofensa à dignidade humana”* e *“uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”*.

12. E, em seu artigo 7º, prevê a necessidade de se: (i) incluir na legislação interna normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher; (ii) modificar leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou costumeiras que respaldem a persistência ou tolerância da violência contra a mulher; (iii) estabelecer procedimentos legais justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida a violência.

DO DIREITO

13. Os dispositivos impugnados estão assim redigidos:

“Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I- ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

(...)

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.

(...)

Art. 41. 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.”

14. Diante desse conjunto de dispositivos, duas posições se formaram a respeito da ação penal relativa ao crime de lesões corporais leves praticado contra a mulher no ambiente doméstico: pública condicionada à representação da vítima ou pública incondicionada.

15. A tese sustentada na presente ação é de que a única interpretação compatível com a Constituição é aquela que entende ser o crime de ação penal pública incondicionada. A interpretação que faz a ação penal depender de representação da vítima, por outro lado, importa em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5º, I) e de que *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais* (art. 5º, XLI), à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais, e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º). Eis por quê.

(a) Dignidade da pessoa humana

16. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José da Costa Rica”) prevê, em seu art. 5.1, o direito ao respeito à integridade física, psíquica e moral. Luiz Flávio Gomes comenta o artigo nestes termos:⁷

“O respeito à integridade física (biológica), psíquica (mental) e moral (relacionada com a honorabilidade) nada mais significa que expressão da dignidade da pessoa humana (contemplada no art. 1º, III, CF, como fundamento da República Federativa do Brasil). Cuida-se a dignidade humana do valor-síntese do modelo de Estado (constitucional e de Direito) que adotamos.”

17. Como visto anteriormente, a Lei Maria da Penha foi uma resposta a um quadro de impunidade de violência doméstica contra a mulher, gerado, fortemente, pela aplicação da Lei 9.099.

18. A subprocuradora-geral da República Ela Wiecko Volkmer de Castilho, em artigo intitulado “Um ano de Lei Maria da Penha”, publicado no *Portal da violência contra a mulher*, ressalta:

“A idéia que norteou o grupo de mulheres que, individualmente ou representando organizações, numa reunião realizada em agosto de 2002, no Rio de Janeiro, se comprometeu a lutar por uma lei que regulasse o enfrentamento à violência, era a de produzir uma legislação que reconhecesse este tipo de violência como uma violência aos direitos humanos e que instrumentalizasse o Estado brasileiro em prol das vítimas da violência de gênero. Daí a proposta de um Juizado para a violência doméstica numa perspectiva conglobante de atuação do direito civil e penal, e assessoria de equipe multidisciplinar.

Com o correr do tempo, colocada a proposta ao debate público, passou a predominar a perspectiva setorializada do direito penal, tanto que chegou-se à

⁷ GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2ª ed. rev., atualiz. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 39.

regra do artigo 33, segundo a qual 'enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher'.

O consenso sobre a necessidade de afastar a competência dos Juizados Especiais Criminais (JEC) criados pela Lei 9.099 ocorreu após uma longa discussão sobre a inoperância daqueles juizados e, mais do que isso, sobre a forma com que banalizaram a violência doméstica.

A pesquisa de Campos (2001) foi importante para demonstrar que os Juizados Especiais Criminais atuam de forma positiva na perspectiva do réus, mas na perspectiva das vítimas mulheres constituem uma 'armadilha da legislação penal'⁸.

19. No mesmo sentido, Pedro Rui da Fontoura Porto:

“Desde a entrada em vigor da Lei 9.099/95, que, mormente no relativo ao regramento dos Juizados Especiais Criminais, estabeleceu os princípios norteadores da informalidade, celeridade, oralidade e economia processual (art. 62 da Lei 9.99/95), sempre houve uma preocupação do movimento feminista acerca de, até que ponto, a nova tendência para um direito penal conciliador e mais flexível, baseado na vontade do ofendido, não colocava em risco as fragilizadas vítimas da violência doméstica”⁹.

20. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em relatório de janeiro de 2007, destaca que “*a sanção penal se aplica de maneira desigual quando se trata de comportamentos relacionados com atentados contra as mulheres, apoiando-se na tendência do direito penal mínimo*”¹⁰. Acrescenta, ainda, que, como a discriminação contra as

⁸ [Http://copodeleite.rits.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=897](http://copodeleite.rits.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=897).

⁹ *Violência doméstica e familiar contra a mulher, Lei 11.340/06 - análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 38/39.

¹⁰ Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. Secretaría General da OEA, enero de 2007, parágrafo 225. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/pdf/%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>

mulheres é um fato nas sociedades americanas, há um reduzido número de denúncias de atos de violência¹¹.

21. No mesmo relatório, foram emitidas recomendações gerais no sentido de: (i) garantir que as vítimas de violência tenham acesso pleno a proteção judicial e que os atos de violência sejam adequadamente prevenidos, investigados, sancionados e reparados; (ii) assegurar que todos os casos de violência em razão de gênero sejam objeto de uma investigação oportuna, completa e imparcial, assim como a adequada sanção dos responsáveis e reparação das vítimas; (iii) fortalecer a capacidade institucional para combater o padrão de impunidade frente a casos de violência contra as mulheres, por meio de investigações criminais efetivas, que tenham seguimento judicial consistente, garantindo assim uma adequada sanção e reparação.¹²

22. A ONU, por sua vez, já reconheceu que a violência contra a mulher, além dos custos humanos, inclui a diminuição da produção econômica, a redução da formação de capital humano e principalmente a “transmissão inter-geracional da violência”¹³

23. Já é possível, a esta altura, afirmar, sem medo de errar, que condicionar a ação penal à representação da ofendida é perpetuar, por ausência de resposta penal adequada, o quadro de violência física contra a mulher, e, com isso, a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

24. Há, ainda, nessa interpretação, que condiciona o início da ação penal à representação da vítima, uma outra vertente de violação ao

¹¹ Idem, parágrafo 231.

¹² Idem, recomendaciones generales 1, 2 y 3, páginas 123 y 124.

¹³ Naciones Unidas, Informe del Secretario General, *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*. A/61/122/Add.1, 6 de julio de 2006, párrafo 207. Disponível em: <http://www.unifem.org.mx/un/documents/cendoc/sg/informe06.pdf>

princípio da dignidade da pessoa humana. É quando reduz a violência à sua expressão meramente física.

25. Tal interpretação assenta-se num “modelo biomédico”, e não num “modelo social” de lesão corporal. Este segundo modelo é que, de fato, dá conta das práticas e estruturas excludentes da sociedade.

26. O STF adotou essa última posição ao tratar do estupro.¹⁴ Consta da ementa do respectivo acórdão:

“3. Estupro: crime que, por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, causa tamanha repulsa que as próprias vítimas, em regra, preferem ocultá-lo, bem como a sociedade, em geral, prefere relegar a uma semiconsciência sua ocorrência, os níveis desta ocorrência e o significado e repercussões que assume para as vítimas. Estatísticas de incidência que, somadas às consequências biológicas, psicológicas e sociais que acarreta, fazem desse crime um complexo problema de saúde pública. Circunstâncias que levam à conclusão de que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave”.

27. Também aqui, condenar as vítimas à necessidade de representação, para que a ação penal contra o ofensor tenha curso, é desconhecer as implicações dessa forma específica de violência¹⁵:

“o grau de comprometimento emocional a que as mulheres estão submetidas por se tratar de comportamento reiterado e cotidiano, o medo paralisante que as impede de romper a situação violenta, as ameaças constantes, a violência sexual, o cárcere privado e muitas outras violações de direitos humanos que geralmente acompanham a violência doméstica. (...) Inúmeros estudos têm demonstrado que a maioria dos homicídios cometidos contra as mulheres, os chamados crimes

¹⁴ HC 81.360/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 19/12/2001, publ. DJ 19/12/2002, p. 71.

¹⁵ CAVALCANTI, Stella Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 183.

passionais ocorrem imediatamente após a separações. Nesses casos, as histórias se repetem: várias tentativas de separação, agressões e ameaças, idas e vindas a delegacias de polícia que, não raro, culminam em homicídio.”

28. Portanto, não é possível uma interpretação dos dispositivos referidos que importe em tamanho desrespeito à dignidade da pessoa humana.

(b) Igualdade

29. Não se pode certamente afirmar que a interpretação que ora se contesta seja, em si mesma, intencional e diretamente discriminatória em relação à mulher.

30. Sem embargo, apesar de aparentemente neutra, ela produz, como já visto, impactos nefastos e desproporcionais para as mulheres, sendo, por isso, incompatível com o princípio constitucional da igualdade.

31. A doutrina e a jurisprudência alienígena designam tal situação como de discriminação indireta, correlata com a teoria do impacto desproporcional. Segundo Joaquim Barbosa, tal teoria consiste na ideia de que *toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos*

*de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas*¹⁶.

32. Daniel Sarmento informa sobre o uso da teoria do impacto desproporcional, para evitar discriminações indiretas no campo da igualdade de gênero, pela Corte Europeia de Justiça. Diz ele:

“O primeiro precedente ocorreu no julgamento do Caso 170/84, *Bilka Kaufhaus vs. Von Hartz*, em que se discutia a validade de um sistema privado de pensão mantido por empresa germânica, o qual negava o benefício a empregados que trabalhassem em regime de tempo parcial, à luz do art. 119 do Tratado de Roma, que garante a igualdade entre mulheres e homens em relação ao trabalho. Embora não houvesse ali explícita discriminação de gênero, a Corte entendeu que seria inválido o sistema, porque afetaria de forma muito mais intensa as mulheres do que os homens, já que são elas as que, na grande maioria dos casos, trabalham em regime parcial¹⁷”.

33. E prossegue a respeito da jurisprudência pátria¹⁸:

“Embora a teoria do impacto desproporcional ainda não tenha sido explicitamente examinada pela jurisprudência constitucional brasileira, é importante destacar que nossos tribunais vêm se mostrando cada vez mais abertos à argumentação sobre o impacto real de determinadas medidas sobre grupos vulneráveis, independentemente da comprovação de qualquer intenção discriminatória. O caso mais importante e conhecido neste particular é o acórdão do STF, proferido na ADI nº 1946-DF, julgada em 2003, em que se examinou a constitucionalidade da incidência do limite dos benefícios previdenciários de R\$ 1.200,00, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 20, sobre o salário-maternidade. A consequência da aplicação do referido teto sobre o salário

¹⁶ *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p. 24.

¹⁷ *Livre e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 150.

¹⁸ *Idem*, pp 151-152.

maternidade seria a transferência, para o empregador da gestante, da responsabilidade pelo pagamento da diferença entre o seu salário e o referido limite durante o período da licença-maternidade.

Ora, o argumento em que se louvou o STF para, por unanimidade, em decisão de interpretação conforme a Constituição, impedir a incidência questionada, foi o de que ela teria como efeito concreto o aumento da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho. Como a isonomia entre gêneros constitui cláusula pétrea (art. 5º, inciso I, combinado com art. 60, § 4º, inciso IV, CF), entendeu-se que o limite dos benefícios não poderia ser aplicado ao salário-maternidade, sob pena de inconstitucionalidade”.

34. Consta da ementa do acórdão acima referido:

“Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF 88), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal (...)”¹⁹

35. Como fartamente descrito no tópico anterior, a interpretação que condiciona à representação o início da ação penal relativa a crime de lesões corporais leves praticado no ambiente doméstico, embora não incida em discriminação direta, acaba por gerar, para as mulheres

¹⁹ ADI 1946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. em 3.4.2003, publ. no DJ de 16.5.2003.

vítimas desse tipo de violência, efeitos desproporcionalmente nocivos. É que ela, por razões históricas, acaba dando ensejo a um quadro de impunidade, que, por sua vez, reforça a violência doméstica e a discriminação contra a mulher.

(c) Arts. 5º, XLI, e 226, § 8º, da CF

36. Por força do preceito inscrito no art. 5º, XLI, da CF – *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais* – é que surgiu a Lei Maria da Penha, como expressa o seu próprio preâmbulo, já transcrito anteriormente.

37. Nesse quadro, foge a qualquer juízo de razoabilidade admitir que interpretação judicial da lei que veio em cumprimento a mandamento constitucional acabe por violá-lo. E é o que está a acontecer com a interpretação que exige a representação da vítima de violência doméstica, para início da ação penal em crimes de lesões corporais tidas por leves, conforme demonstrado no capítulo anterior.

38. Mas não é só. Os principais fundamentos dessa corrente interpretativa são: (i) a preservação da entidade familiar; (ii) o respeito à vontade da mulher; (iii) muitos casais se reconciliam após momentos de crise; (iv) eventual condenação indesejada do réu.

39. O já referido relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos registra que a maior deficiência das legislações que tratam de violência doméstica contra a mulher é estabelecer, como objetivo primeiro, *“a preservação da unidade familiar, e não a proteção dos direitos de seus integrantes a viver livres de violência e discriminação”*. E

conclui ser necessário que a atenção dada à violência doméstica tenha enfoque de direitos humanos, a partir de uma perspectiva de gênero²⁰.

40. A Constituição brasileira está livre dessa deficiência, pois expressamente fez constar, em seu art. 226, § 8º, que *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*. Aqui, claramente, cada membro da família tem sobre esta prevalência, quando se trata de coibir violência neste meio.

41. De resto, os crimes que dependem de representação, em regra, são aqueles em que o interesse privado à intimidade das vítimas sobrepuja o interesse público em sua punição. No caso da violência doméstica, tem-se, a um só tempo, grave violação a direitos humanos e expressa previsão constitucional da obrigação estatal de coibir e prevenir sua ocorrência. Nesse contexto, a violência doméstica não pode ser tolerada pelo Estado em hipótese alguma. A opção constitucional foi clara no sentido de não se tratar de mera questão privada.

42. A interpretação que conclui pela necessidade de representação, nessa hipótese, está contra o espírito da Lei Maria da Penha, de por fim à situação de discriminação e violência contra a mulher no ambiente doméstico. De acordo com Stella Cavalcanti, a renúncia ao direito de representar redundava em 90% de arquivamento das ações penais²¹. É fácil imaginar a quanto chega o quantitativo de impunidade se se pensa no número de mulheres que sequer chegam ao ponto de representar.

(d) Proibição de proteção deficiente

²⁰ V. nota 10, parágrafo 220.

²¹ CAVALCANTI, Stella Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica; análise da Lei “Maria da Penha”*, nº 11.340/06. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 186.

43. Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente.²²

44. O tema ganhou destaque no voto do Ministro Gilmar Mendes, em julgamento no qual a Corte recusou a extensão, à união estável, da aplicação de dispositivo do Código Penal (hoje revogado), que previa a extinção de punibilidade do crime do estupro sempre que o autor se casasse com a vítima²³. Eis fragmento do voto:

“[...] De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

²² Cf. Martin Borowski. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162/166; Ingo Wolfgang Sarlet. “Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e Deficiência”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 47, 2004, p. 60-122; e Lênio Luiz Streck. “Bem Jurídico e Constituição: Da Proibição do Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*)”. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, 2004, p. 303/345.

²³ RE 418.376, Plenário, relator o Ministro MARCO AURÉLIO, redator para o acórdão o Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 23/3/2007.

'Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.' (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180).

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

'A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.' (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.)

E continua o Professor Ingo Sarlet:

'A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no

que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).’ (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.)” (grifou-se)

45. A ofensa ao princípio da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), materializa-se, no caso, pelo empecilho à persecução penal nos crimes de lesões corporais tidas por leves, praticadas contra a mulher em ambiente doméstico, tornando vulneráveis bens jurídicos da mais alta importância – vida, saúde e ausência de discriminação contra a mulher – sem uma razão adequada que justifique a interpretação que ora se combate.

46. Nessa mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem decidindo que, se o aparato estatal atua de modo a que a violação reste impune e não se restabeleça à vítima a plenitude de seus direitos, “*pode-se afirmar que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição.*”²⁴

47. Também a Corte Europeia de Direitos Humanos já assentou que a falha do Estado em proteger mulheres contra violência doméstica viola o “*direito delas a igual proteção da lei e esta falha não necessita ser intencional*”²⁵.

48. Enfim, o princípio da proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais é um imperativo para todos os Poderes. A

²⁴ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia 29 julio 1988, párrafo 76.

²⁵ ECHR, Case of Opuz v. Turkey, Judgment of 9 June 2009, paras. 180, 191 e 200.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 29, contém um rol de prescrições a respeito do que chama *normas de interpretação*²⁶.

49. Ensina Valério Mazzuoli:²⁷

“O princípio internacional pro homine (ou in dubio pro libertate) garante ao ser humano a aplicação da norma que, no caso concreto, melhor o proteja, levando em conta a força expansiva dos direitos humanos, o respeito do conteúdo essencial desses direitos e a ponderação de bens e valores. (...)

A primazia, para a Convenção Americana, é da norma que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou garantia (...) São várias as maneiras de se aplicar na prática o princípio ou regra pro homine, sendo algumas delas: a) a aplicação da norma mais protetora; b) a aplicação da norma mais favorável; c) a interpretação do caso pelo juiz com um sentido tutelar de direitos.”

50. Essa regra interpretativa, denominada por Cançado Trindade de *“primazia da norma mais favorável às vítimas”*²⁸, consta da quase totalidade de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Entre nós, agora, com status de norma constitucional, por força da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, internalizada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008²⁹.

²⁶ Artigo 29 - Normas de interpretação. “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

²⁷ GOMES & MAZZUOLI, op. cit., p. 186.

²⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito Internacional e direito interno: sua interação: sua interação na proteção dos direitos humanos (especialmente item VIII). Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/22361/21924>

²⁹ 4.4 Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou

DA CONCLUSÃO

51. Por todo o exposto, conclui-se que: (i) a Lei 9.099 não se aplica, em hipótese alguma, aos crimes cometidos no âmbito da chamada Lei Maria da Penha, como, de resto, está expresso em seu art. 41; (ii) portanto, como consequência lógica e necessária, o crime de lesões corporais consideradas leves, praticado em ambiente doméstico, é de ação penal pública incondicionada; (iii) a representação a que se referem os arts. 12, I, e 16 da Lei Maria da Penha diz respeito a crimes em que esse requisito encontra previsão em lei outra que não a 9.099, como se dá, por exemplo, com a ameaça (art. 147, parágrafo único, CP).

DO PEDIDO CAUTELAR

52. Estão presentes os pressupostos autorizativos para concessão de medida cautelar.

53. A argumentação deduzida acima demonstra a plausibilidade da interpretação de que os crimes de lesões corporais leves praticados contra mulher em ambiente doméstico são de ação penal pública incondicionada.

54. O *periculum in mora* decorre da extinção da punibilidade no caso da ausência de representação, inviabilizando a persecução penal e permitindo, a um só tempo, que se perpetue o quadro de violência doméstica contra a mulher, inclusive com repercussões inter-geracionais, e que se afrontem tratados e convenções internacionais a respeito desse tema,

costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

dos quais o Brasil é signatário, com forte possibilidade de que, mais uma vez, venha a ser demandado perante as Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

55. Com essas considerações, requer-se o deferimento da medida liminar para que se dê interpretação conforme aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006, até o julgamento final da ação, de modo a afastar a exegese que: (i) permite a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher; (ii) condiciona a persecução penal à representação da vítima.

DO PEDIDO FINAL

56. Por fim, requer que, colhidas as informações necessárias e ouvido o Advogado-Geral da União, consoante previsto no § 3º do art. 103 da Constituição da República, seja determinada abertura de vista dos autos à Procuradoria Geral da República, para manifestação a respeito do mérito, e, ao final, seja julgado procedente o pedido, para o fim de se dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006, para o fim de entender que os crimes cometidos com violência doméstica e familiar são de ação penal pública incondicionada, reservando-se a aplicação dos artigos 12, I, e 16 àqueles crimes em que a necessidade de representação está prevista em ato normativo distinto da Lei 9.099.

DO PEDIDO SUBSIDIÁRIO

57. Se, por alguma razão, essa Corte entender não ser cabível a ação direta de inconstitucionalidade, postula-se que a presente inicial seja recebida como arguição de descumprimento de preceito fundamental, pelas razões que se seguem.

58. Como desenvolvido alhures, é controvertida, na doutrina e na jurisprudência, a interpretação da chamada Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) sobre a natureza da ação penal nos crimes de lesões corporais leves praticados contra a mulher no ambiente doméstico: se pública condicionada à representação da vítima ou pública incondicionada.

59. Recentemente, em 24 de fevereiro do corrente, o STJ, apreciando a questão por meio de recurso especial julgado pelo rito da Lei de Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672/2008), entendeu ser necessária a representação da vítima da violência doméstica para propositura da ação penal. Segundo a maioria então formada, a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 somente diz respeito aos institutos despenalizadores da Lei Maria da Penha (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo).

60. Restou vencida, portanto, a corrente jurisprudencial que entendia que, diante da vedação expressa contida no art. 41 da Lei Maria da Penha e tendo em conta o cenário histórico de intervenção legislativa no problema da violência doméstica, o crime de lesões corporais leves dela decorrente deixou de depender de representação da vítima, *“cuja vontade, quase sempre viciada, encobria opressões e ameaças do agressor para não ser processado.”*³⁰.

61. A tese a de ser defendida na ADPF é de que a interpretação judicial dada à matéria, que acabou por prevalecer, implica violação

³⁰ HC nº 95.261/DF, voto vencida da Relatora, Ministra Laurita Vaz.

ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5º, I) e de que *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais* (art. 5º, XLI), à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º).

Do cabimento da ADPF

62. A arguição de descumprimento de preceito fundamental ou ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 9.882/99, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.

63. A doutrina, de modo geral, reconhece a existência de duas modalidades diferentes de ADPF³¹: a autônoma, que representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto; e a incidental, que pressupõe a existência de uma determinada lide intersubjetiva, na qual tenha surgido uma controvérsia constitucional relevante.

64. No caso, a ADPF é de natureza autônoma. Para o seu cabimento, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (b) causada por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, e (c) não haja outro

³¹ Veja-se, a propósito, os artigos que compõem a obra organizada por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001; e Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 247-249.

instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Estes três requisitos estão plenamente configurados, conforme se demonstrará a seguir.

(a) Da Lesão a Preceito Fundamental

65. Nem a Constituição Federal, nem a Lei 9.868/99, definiram o que se entende sobre “*preceito fundamental*”. Contudo, há consenso doutrinário sobre o fato de que estão englobados nesta categoria as normas mais relevantes da Constituição, que estruturam o seu sistema e condensam os seus valores mais importantes³².

66. Por isso, não pode haver nenhuma dúvida sobre a inclusão, no conceito de “preceito fundamental”, de princípios tão centrais à ordem jurídica pátria como o da dignidade da pessoa humana – fundamento da República e epicentro axiológico da Constituição. Também o são os direitos fundamentais cujo elenco se encontra no art. 5º, além de outros que decorram do regime e dos princípios por ela adotados. Entram, nessa categoria, portanto, a impossibilidade de, por meio de lei ou interpretação que a ela se dê, criar discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, a proibição de proteção deficiente aos direitos fundamentais e o direito a que o Estado tenha mecanismos eficazes para coibir a violência contra a mulher no âmbito das relações familiares.

(b) Dos Atos do Poder Público

³² Cf. Gilmar Ferreira Mendes. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto”. In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *op. cit.*, p. 128-149.

67. Os atos do Poder Público suscetíveis de questionamento através de ADPF podem ser comissivos ou omissivos, decorrentes de quaisquer dos Poderes de Estado.

68. A melhor doutrina admite a propositura de ADPF para questionamento de interpretação judicial equivocada da Constituição. Como assentou Gilmar Ferreira Mendes, pode “*ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Neste casos, a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação judicial.*”³³.

69. No julgamento da ADPF 144-7, o STF entendeu pelo cabimento desse tipo de ação do controle concentrado de constitucionalidade “*mesmo que o litígio tenha por objeto interpretação judicial alegadamente violadora de preceitos fundamentais*”³⁴.

70. Ainda que parcela da doutrina entenda por imprescindível a necessária comprovação de controvérsia judicial relevante em qualquer que seja a modalidade de ADPF, o fato é que, com relação à interpretação da Lei nº 11.340/2006, há evidente dissenso a respeito da questão em exame, o que, inclusive, se evidencia pela utilização do rito da Lei de Recursos Repetitivos. De resto, a relevância da controvérsia é decorrência da potencial lesão aos preceitos fundamentais acima indicados.

(c) Da Inexistência de Outro Meio para Sanar a Lesividade

71. O art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 instituiu o chamado “princípio da subsidiariedade” da ADPF. Há acesa controvérsia sobre

³³ *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

³⁴ ADPF 144-7, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 06-08-2008.

como deve ser compreendido o princípio da subsidiariedade nas arguições incidentais. Contudo, quando se trata de ADPF autônoma, parece fora de dúvida que o juízo sobre o atendimento do princípio em questão deve ter em vista a existência e eficácia, ou não, de outros processos objetivos de fiscalização de constitucionalidade – ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão – que possam ser empregados na hipótese.

72. No caso, este requisito está plenamente satisfeito, caso se entenda pela inadmissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade. A situação também não é de inconstitucionalidade por omissão, e a ação declaratória de constitucionalidade não tem qualquer pertinência em relação ao caso. O STF também já entendeu que “*a existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação.*”³⁵.

73. Com todas essas considerações, requer-se, subsidiariamente, o deferimento de medida liminar e posterior procedência da ADPF, pelas razões acima declinadas.

Brasília, 31 de maio de 2010.

DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

³⁵ ADPF 33-5/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 07-12-2005, publ. DJ 27-10-2006.