

09/02/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) –

DO DESCABIMENTO DA AÇÃO

O Senado da República sustenta a impropriedade da ação. Parte da premissa segundo a qual a Constituição Federal não versa a natureza da ação penal – se pública incondicionada ou pública subordinada à representação da vítima. Sob tal ângulo, haveria, então, a denominada violência reflexa no que a disciplina do tema está em normas infraconstitucionais.

A visão amesquinha o processo objetivo e, mais do que isso, mitiga a Carta da República. Esta é dotada de princípios explícitos e implícitos. O que se coloca sob a apreciação do Supremo, guarda-mor da Constituição Federal, é saber se a previsão normativa a submeter o crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher, em ambiente doméstico, enseja tratamento igualitário, presentes lesões causadas em geral, tendo-se como necessária a representação.

Evoca-se o princípio explícito da dignidade humana. Evoca-se a norma expressa no § 8º do artigo 226 da Carta de 1988, a encerrar que cumpre ao Estado criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações mantidas pelos integrantes da unidade familiar.

O questionamento é de índole maior e possui repercussão ímpar. A ordem jurídica comum, a condicionar a ação penal à representação da vítima no caso de lesões corporais leves praticadas contra a mulher no âmbito doméstico mostra-se harmônica com a cláusula final do citado § 8º? Em síntese, há mecanismos capazes de inibir e coibir a violência no âmbito das relações em família no que se submete à vontade da vítima a atuação estatal, a atuação do Ministério Público? Tenho como improcedente a preliminar suscitada, reiterada pelo tutor da lei, pelo

ADI 4.424 / DF

Advogado-Geral da União, ao sustentar o óbice ao exame do pedido ante a necessidade de sopesar leis federais – a que retrata o Código Penal e a de nº 9.099/95.

Reafirmo o que sempre assentei no Plenário quanto à envergadura maior do processo objetivo. A visão exigida do Supremo é única, ou seja, aberta à admissibilidade quando se discute situação jurídica de grande importância para o bem-estar social, para o bem-estar dos cidadãos, presente alegado conflito entre o diploma legal ordinário e a Constituição Federal.

Afasto a procedência da preliminar. Deve-se adentrar a matéria de fundo, elucidando-se vez por todas, como é do interesse da sociedade, a controvérsia que existe, até mesmo, no âmbito da doutrina, o que se dirá em termos de jurisprudência.

NO MÉRITO

Eis um caso a exigir que se parta do princípio da realidade, do que ocorre no dia a dia quanto à violência doméstica, mais precisamente a violência praticada contra a mulher. Os dados estatísticos são alarmantes. Na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher, agredida, a um só tempo, física e moralmente, acaba, talvez ante óptica assentada na esperança, por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem a implementá-la.

Conforme ressaltado na inicial, confeccionada com o desejável esmero, dados estatísticos demonstram que o percentual maior é de renúncia à representação, quer deixando-se de ter a iniciativa, quer afastando-a do cenário jurídico. Stela Cavalcanti, em “Violência Doméstica – Análise da Lei Maria da Penha”, aponta que o índice de renúncia chega a alcançar 90% dos casos. Iniludivelmente, isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas ao fato de vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente, quando, na verdade, o que acontece é a reiteração de procedimento e, pior, de forma mais agressiva ainda em razão da perda dos freios inibitórios e da visão

ADI 4.424 / DF

míope de que, tendo havido o recuo na agressão pretérita, o mesmo ocorrerá na subsequente. Os dados estatísticos são assombrosos relativamente à progressão nesse campo, vindo a desaguar, inclusive, em prática que provoque a morte da vítima.

Sob o ponto de vista feminino, a ameaça e as agressões físicas não vêm, na maioria dos casos, de fora. Estão em casa, não na rua. Consubstanciam evento decorrente de dinâmicas privadas, o que, evidentemente, não reduz a gravidade do problema, mas a aprofunda, no que acirra a situação de invisibilidade social. Na maior parte dos assassinatos de mulheres, o ato é praticado por homens com quem elas mantiveram ou mantêm relacionamentos amorosos.

Compõe o contexto revelador da dignidade humana o livre agir, a definição das consequências de certo ato. Essa premissa consubstancia a regra, mas, para confirmá-la, existe a exceção. Por isso mesmo, no âmbito penal, atua o Ministério Público, na maioria dos casos, sem que se tenha como imprescindível representação, bastando a notícia do crime.

No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. Conforme mencionado na peça primeira desta ação, no Informe nº 54/2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, em análise sintomática da denúncia formalizada por Maria da Penha Maia Fernandes, assentou-se que o Brasil violara os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial da peticionária, considerada violência que se apontou como a encerrar padrão discriminatório, tolerando-se a ocorrência no meio doméstico. Então, recomendou-se que prosseguisse o processo de reformas visando evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório relativo à violência doméstica contra as mulheres. Foi justamente essa condenação de insuplantável teor moral que levou o País a editar a denominada Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006 –, que, no artigo 1º, trouxe à balha o seguinte:

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

ADI 4.424 / DF

de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Antes dessa lei, chegou-se a disciplina específica mediante a introdução, no artigo 129 do Código Penal, a encerrar o crime de lesão corporal, dos parágrafos 9º, 10 e 11, criando-se causas de aumento da pena sob o subtítulo “Violência Doméstica”. Eis os preceitos inseridos:

[...]

§ 9º 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.

§ 10. 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 (um terço).

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

[...]

O § 1º do citado artigo versa consequências da lesão, tais como incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função e

ADI 4.424 / DF

aceleração de parto. Para tanto, há a previsão de reclusão de um a cinco anos.

O § 3º engloba não só certa consequência, como também a postura do agente, ao dispor:

§ 3º - Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III –, o direito fundamental de igualdade – artigo 5º, inciso I – e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – artigo 5º, inciso XLI.

A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará –, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos. Nas palavras de Leda Maria Hermann, em *Maria da Penha: lei com nome de mulher*:

Reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica invalidar sua capacidade de reger a própria vida e administrar os próprios conflitos. Trata-se de garantir a intervenção estatal positiva, voltada à sua proteção e não à sua tutela.

ADI 4.424 / DF

Sob o ângulo constitucional explícito, tem-se como dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias. Esvazia-se a proteção, com flagrante contrariedade ao que previsto na Constituição Federal, especialmente no § 8º do respectivo artigo 226, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, possa a mulher, depois de acionada a autoridade policial, atitude que quase sempre provoca retaliação do agente autor do crime, vir a recuar e a retratar-se em audiência especificamente designada com tal finalidade, fazendo-o – e ao menos se previu de forma limitada a oportunidade – antes do recebimento da denúncia, condicionando-se, segundo o preceito do artigo 16 da Lei em comento, o ato à audição do Ministério Público.

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.

Entender que se mostra possível o recuo, iniludivelmente carente de espontaneidade, é potencializar a forma em detrimento do conteúdo. Vejam que, recebida a denúncia, já não pode haver a retratação. Segundo o dispositivo ao qual se pretende conferir interpretação conforme à Carta da República, ocorrida a retratação antes do recebimento da denúncia, embora exaurido o ato agressivo, a resultar em lesões, é possível dar-se o dito pelo não dito e, com grande possibilidade, aguardar, no futuro, agressão maior, quadro mais condenável.

ADI 4.424 / DF

Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária. Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito. Alfim, é vedado aplicar a norma de forma a revestir a “surra doméstica” de aparências de legalidade ou de tolerância – “A Lei Maria da Penha”, Eliana Calmon, *Revista Justiça & Cidadania*, 10 ed., junho de 2009.

Procede às inteiras o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República, buscando-se o empréstimo de concretude maior à Constituição Federal. Deve-se dar interpretação conforme à Carta da República aos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – no sentido de não se aplicar a Lei nº 9.099/95 aos crimes glosados pela Lei ora discutida, assentando-se que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, atua-se mediante ação penal pública incondicionada. Vale frisar que permanece a necessidade de representação para crimes versados em leis diversas da Lei nº 9.099/95, tais como o de ameaça e os cometidos contra os costumes. Aliás, o Plenário, ao indeferir ordem no *Habeas Corpus* nº 106.212/MS, por mim relatado, placitou o afastamento da Lei nº 9.099/95 pelo artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, quando assentou:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-

ADI 4.424 / DF

normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.

Representa a Lei Maria da Penha elevada expressão da busca das mulheres brasileiras por igual consideração e respeito. Protege a dignidade da mulher, nos múltiplos aspectos, não somente como um atributo inato, mas como fruto da construção realmente livre da própria personalidade. Contribui com passos largos no contínuo caminhar destinado a assegurar condições mínimas para o amplo desenvolvimento da identidade do gênero feminino.

Consigno, mais uma vez, que o Tribunal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 106.212/MS, declarou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 no que afasta a aplicação da nº Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Lei dos Juizados Especiais –, relativamente aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista para o tipo. E, no tocante aos crimes de lesão leve e de lesão culposa, a natureza condicionada da ação penal foi introduzida pelo artigo 88 da Lei nº 9.099/95. Logo, a declaração, como já ocorreu, da constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a estampar a não incidência da citada lei, afasta a previsão de que a ação relativa ao crime do artigo 129 do Código Penal é pública condicionada, mas, já agora em processo objetivo – cuja decisão irradia-se extramuros processuais –, para expungir quaisquer dúvidas, resta emprestar interpretação conforme à Carta da República aos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei nº 11.340/2006, para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão dessa última. É como voto na espécie.