

## LEI MARIA DA PENHA E OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES

**Leonardo Cunha Lima de Oliveira**

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Em agosto de 2006, foi promulgada no Brasil a Lei n° 11.340, denominada popularmente de Lei Maria da Penha. Seu objetivo é conceder maior proteção às mulheres vítimas de agressões físicas, morais, psicológicas e patrimoniais, coibindo severamente a violência no âmbito familiar e doméstico. Convém esclarecer que a referida lei não alterou a pena em abstrato dos crimes, exceto com relação ao delito de lesão corporal leve, que deixou de ser considerado crime de menor potencial ofensivo, dada a ampliação do teto da pena cominada para três anos. Entretanto, mencionada infração penal, mesmo que praticada em razão de relações domésticas, continua sendo de ação penal condicionada à representação do ofendido, nos termos do art. 88 da Lei n° 9.099/95. Isso porque tal condição de procedibilidade não está vinculada ao fato de ser o crime de menor potencial ofensivo, mas simplesmente à natureza da lesão<sup>1</sup>.

Assim, apesar do agravamento da pena máxima em abstrato cominada, caracteriza-se essencialmente como de lesão corporal de natureza leve o crime tipificado no art. 129, § 9º, do Código Penal. Desse modo, a Lei Maria da Penha apenas retirou essa espécie de crime do rol das infrações de menor potencial ofensivo, dado o aumento da pena máxima cominada. Porém, em nada alterou a situação anterior quanto à exigência de representação e, conseqüentemente, de composição civil, assim como quanto à possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo. Sobre o assunto, Pedro Rui da Fontoura Porto<sup>2</sup>, defendendo esse posicionamento, assentou:

---

<sup>1</sup> “Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”.

<sup>2</sup> PORTO, Pedro Rui de Fontoura. *Anotações preliminares à Lei n° 11.340/06 e sua repercussão em face dos juizados especiais criminais*. Disponível em: (<http://www.anjt.org.br/index.php?id=99&n=144>). Acesso em: 04 jan. 2008.

Contudo, apesar das críticas, fato concreto é que o legislador afastou a Lei 9.099/95 no caso de violência doméstica contra a mulher, conforme dicção expressa do art. 41 da Lei 11.340/06<sup>3</sup>, donde se concluir que, nas demais hipóteses de violência doméstica (contra crianças e idosos, especialmente, os do sexo masculino), previstas no § 9º do art. 129 do Código Penal, a referida Lei 9.099/95 segue, em parte, incidente. Diz-se “em parte”, porque a transação penal está afastada de qualquer modo neste tipo de lesão leve com violência doméstica ou familiar, como corolário da ampliação do teto penal para três anos o que descaracteriza a infração penal como de menor potencial ofensivo. Todavia, resta ainda possível a exigência de representação, conciliação civil e a possibilidade de suspensão condicional do processo, que seguem incidentes nos restantes casos em que a violência doméstica não é específica contra a mulher, pois seus pressupostos são outros que não o limite superior da pena em dois anos. Assume-se aqui esta conclusão, pois, na medida em que o afastamento da Lei nº 9.099/95 foi determinado apenas quanto aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, as demais formas de violência persistem sujeitas às regras anteriores. Deste modo, no caso de lesões corporais leves contra outros sujeitos passivos, ainda que praticadas nas hipóteses de violência doméstica do art. 129, § 9º, do CP, continua a exigência de representação do art. 88 da Lei nº 9.099/95 e, como corolário lógico, a possibilidade de conciliação precedente à decisão sobre representar ou não. Da mesma forma, segue possível, em tais casos, a suspensão condicional do processo do art. 89 da referida lei, pois pressupõe que pena mínima não seja superior a um ano, nada referindo em relação ao limite máximo.

---

<sup>3</sup> “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”.

Quanto à possibilidade de prévia realização de audiência de conciliação, antes do oferecimento da denúncia, nessa hipótese, o citado autor aduz:

Ademais, o direito de decidir sobre representar ou não pressupõe a possibilidade de conciliação civil, o que, seguramente, atende a interesses da vítima, nem sempre sediados na exclusiva punição criminal do seu agressor, mas, fundamentalmente, atrelados ao interesse reparatório dos danos sofridos, inclusive aqueles de caráter moral que, segundo afirma a doutrina da responsabilidade civil extramaterial, têm evidente caráter punitivo e podem importar em severa punição ao agressor. Até porque, com ele, é importante lembrar “que o poder de representar pressupõe o de conciliar, de sorte que, mantida a representação, mantém-se também a conciliação”, até mesmo em atenção à tendência da moderna criminologia e direito penal em facilitar a reparação do dano ao ofendido.

O artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, contudo, veda a aplicação dos institutos despenalizadores aos crimes praticados com violência doméstica, familiar ou íntima contra a mulher. Por outro lado, a Constituição Federal, em seu art. 5º, estabelece a igualdade entre homens e mulheres, sendo permitidas, tão-somente, as distinções previstas na própria Carta Magna. Como a Lei Maria da Penha só tem aplicação quando a vítima do crime é mulher, não tem ela incidência quando o crime for praticado contra pessoa do sexo masculino, já que, no direito penal pátrio, é proibida a denominada analogia *in malam partem*.

Como se não bastasse a visível afronta ao princípio da isonomia, tendo em vista que é expressamente vedada, por força da Carta Magna, qualquer discriminação entre os direitos e obrigações dos homens e mulheres, o disposto no artigo 41 da referida lei fere também os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Isso acontece porque a lei em análise tutela, de maneira bastante severa, bens jurídicos de menor expressividade em detrimento de outros crimes de inequívoca repercussão e censurabilidade.

A título de ilustração, pode-se imaginar que, em um crime de furto simples, de estelionato, apropriação indébita ou receptação, onde o desvio de

milhões de reais pode ser o objeto material do delito, em uma infração de desacato ou desobediência, onde o desprestígio de uma autoridade e da própria sociedade são afrontados, pondo em risco a manutenção indispensável da ordem e paz social, torna-se perfeitamente cabível o instituto despenalizador da suspensão condicional do processo. Por outro lado, uma simples ameaça de dano injusto e grave ou, ainda, uma ofensa impensada praticada pelo marido contra a esposa, impede, segundo a norma infraconstitucional, a aplicação do aludido benefício.

Ao nosso sentir, a regra constante no art. 41 da Lei nº 11.340/06 é de flagrante inconstitucionalidade. Portanto, é perfeitamente possível a verificação da sua inadequação à norma constitucional suprema, através do denominado controle difuso ou indireto de constitucionalidade, afastando-se, por conseguinte, a sua aplicabilidade no caso concreto. A respeito do assunto, enfatiza Victor Eduardo Rios Gonçalves<sup>4</sup>:

Conclui-se, a grosso modo, que pela nova lei, a agressão contra crianças do sexo masculino é considerada menos grave do que a cometida contra as do sexo feminino. Da mesma forma, o irmão que agrida a irmã de mesma idade não poderá obter os benefícios, mas se agredir o avô, de 80 anos, terá em tese, direito aos institutos benéficos. Seria justificável este tratamento desigual perante o inciso I do artigo 5º da Constituição Federal, exclusivamente com o argumento de que a mulher é mais susceptível de ser vítima de agressão doméstica em face da sua maior fragilidade? Como, então, sustentar que a agressão de uma mulher, que vive em união estável com outra, não gere direito a suspensão condicional, etc. , mas se a agressão for de um homem contra o outro, nas mesmas circunstâncias, exista o direito ao benefício? Onde estaria a hipossuficiência, se em ambos os casos, autor do fato e vítima são do mesmo sexo? Como justificar esse posicionamento da nova lei diante da maior fragilidade da vítima do sexo feminino se ela admite, em tese, benefícios a uma mãe que provoque lesões leves em seu filho de 2

---

<sup>4</sup> RIOS, Victor Eduardo. *A inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006*. Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo: [ s.n ], 2006.

anos de idade, mas proíbe se a vítima for sua filha de 20 anos?

O tratamento desigual também não se justifica por não haver razoabilidade pelo argumento de que as mulheres sofrem violência doméstica em maior quantidade. As estatísticas não tornam mais gravoso um crime apenas pela condição de sexo da vítima. Esta pode perfeitamente ser idosa ou criança, mas ambas inequivocamente merecem maior proteção do Estado pela sua peculiar situação. É público e notório que os homens são estatisticamente vítimas do crime de homicídio em maior quantidade que as mulheres, mas este simples fato não torna, por si só, a pena do delito contra a vida mais gravosa. No mesmo sentido, não há que se falar em constitucionalidade de tal dispositivo com fundamento no art. 226, § 8º, da CF, que estabelece: “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”.

Como se observa, a Constituição Federal coíbe a violência doméstica contra qualquer membro da entidade integrante da família, sem fazer nenhuma distinção de sexo. Neste diapasão, no nosso entendimento, melhor teria andado o legislador infraconstitucional se tivesse tutelado a violência doméstica ou familiar contra a pessoa, ao invés de limitar tal proteção simplesmente às mulheres. Como se sabe, na atualidade, a mulher vem ocupando papéis de relevo na sociedade, sendo injustificada sua caracterização como sexo frágil. Hoje existem mulheres ocupando cargos de evidente demonstração de poder e competência. O sucesso feminino no mercado competitivo de trabalho, nas mais variadas áreas profissionais, é uma prova de que a posição da mulher na sociedade mudou, consideravelmente, não sendo justificável considerá-la como sexo fragilizado e desprotegido.

A Constituição Federal, em seu art. 98, I, remeteu ao legislador ordinário a tarefa de definir o que seriam infrações de menor potencial ofensivo. Entretanto, os institutos despenalizadores previstos na própria Carta Magna expressam um direito público subjetivo do suposto autor do fato que preenche os requisitos objetivos e subjetivos necessários. Sobre o tema, ensina Eugenio Pacelli de Oliveira<sup>5</sup>:

---

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de processo penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 709 e 723.

Houve a adoção de um modelo consensual de justiça e de processo penal. O Estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual condenatório, quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao fato seria a via conciliatória da transação penal.

Significa dizer que a Lei Maria da Penha, ao excluir dos crimes praticados com violência doméstica a aplicação da Lei nº 9.099/95, retirou do autor do fato o direito ao benefício constitucionalmente garantido da transação penal. E o fez, mesmo estando preenchidos os requisitos para sua concessão, atribuindo-lhe condição particularmente mais gravosa. Com base na Lei Maria da Penha, embora as figuras típicas sejam as mesmas, o rito variará conforme a vítima seja ou não do sexo feminino. Sendo a vítima homem, aplica-se a Lei nº 9.099/95; sendo mulher, a citada lei não se aplica. Dessa forma, o legislador escolheu o sexo da vítima como critério para a adoção ou não do rito mais benéfico.

Existem diversos dispositivos legais que tutelam idosos ou crianças quando estes são vítimas de crimes, tendo em vista a especial proteção que o Estado dá aos materialmente desiguais, reprovando especialmente a conduta do sujeito ativo. Todavia, o legislador, nessas hipóteses, utiliza causas de aumento de pena, qualificadoras ou circunstâncias agravantes. No entanto, a nova lei agravou o rito procedimental em função de a vítima ser ou não mulher.

Assim, o critério utilizado é ilegítimo e inábil a ensejar uma conclusão pela aplicabilidade dos institutos constitucionalmente assegurados ao autor do fato. A Lei nº 11.340/06 não alterou o conceito de crime de menor potencial ofensivo. O critério de definição desses crimes não pode tomar por base a condição de a vítima ser mulher, mas sim o quantum da pena abstratamente cominado ao delito.

No 3º Encontro de Juízes de Juizados Especiais Criminais e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, ficou pacificado que alguns dispositivos da Lei nº 11.340/06 afrontam diversos princípios e dispositivos da Constituição Federal. Senão vejamos:

Segundo os juízes, é inconstitucional o artigo 41 da nova lei que diz não ser aplicável a Lei nº 9.099/95 (dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. Para esse artigo afasta os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 para crimes que se enquadram na definição de menor potencial ofensivo, na forma do art. 98, I, e art. 5º, I, da Constituição Federal. Outra inconstitucionalidade apontada pelos magistrados é em relação ao artigo 33 da Lei nº 11.340/06, que versa sobre matéria de organização judiciária, cuja competência legislativa é estadual”.

No caso de lesão corporal em que a vítima é mulher, apesar de não ser aplicável o instituto da transação penal, em razão da quantidade da pena máxima em abstrato, que o afasta do conceito legal de crime de pequeno potencial ofensivo, entendemos ser perfeitamente possível a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo ao acusado. Com relação aos demais crimes, cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse o limite de dois anos, acreditamos ser possível a aplicação de todos os institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95, sendo, ao nosso sentir, inconstitucional o disposto no art. 41 da Lei nº 11.340/06.

Entendemos a razão que motivou a criação da Lei Maria da Penha e a necessidade de serem adotadas algumas medidas protetivas em benefício da mulher. Contudo, não podemos aceitar a repressividade excessiva e o tratamento desproporcional e não razoável a condutas infracionais. A teoria do direito repressor penal mínimo não pode comprometer os avanços e progressos surgidos com o advento da denominada sanção alternativa. A norma deve sempre ser abstrata, genérica e impessoal, não servindo para tutelar os casos específicos e concretos. Existem outras formas de reprimir e coibir a violência doméstica que ocasiona infrações de pequeno potencial ofensivo. Uma delas é a decretação de coerção pessoal, cerceando a liberdade e a livre circulação dos agressores.

A prisão provisória do acusado que pratica crime tutelado pela Lei Maria da Penha, em razão do cometimento de delito de pequeno potencial ofensivo, viola inexoravelmente a teoria da homogeneidade da prisão cautelar. Nessas hipóteses, a sentença condenatória concede ao réu, quase que em todos os casos, medida repressiva diversa da privação de liberdade, não sendo por conseguinte razoável, salvo em casos excepcionais, a privação da liberdade provisoriamente.

Com essas considerações, concluímos ser perfeitamente possível a designação de audiência prévia de conciliação nos crimes que se apuram mediante

ação penal privada e nos delitos que se instauram através de ação penal pública condicionada à representação, praticados em razão de relações domésticas. No mesmo sentido, entendemos que o art. 41 da Lei n.º. 11.340/2006 é inconstitucional, por evidente afronta aos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Portanto, devem ser aplicados aos crimes decorrentes da relação doméstica os institutos despenalizadores previstos na Lei n.º. 9.099/95, desde que respeitados os demais pressupostos objetivos e subjetivos exigidos na legislação pertinente.

## Referencias bibliográficas

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, 4 v.

CUNHA, R. S; PINTO, R. B. *Violência doméstica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DELMANTO. R. et al. A. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

JESUS. Damásio E. *Violência doméstica*. Disponível em: ([http://www.damasio.com.br/?paga\\_name=art\\_028\\_2007](http://www.damasio.com.br/?paga_name=art_028_2007)). Acesso em: 31 jul. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de processo penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey: 2004.

PORTO. Pedro Rui da Fontoura. *Anotações preliminares à Lei n° 11.304/06 e sua repercussão em face dos juizados especiais criminais*. Disponível em: (<http://www.anjt.org.br/index.php?id=99&n=144>). Acesso em: 04 jan. 2008.

RIOS, Victor Eduardo. *A inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n° 11.340/2006*. Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo: [s.n.] 2006.