

DISCUSSÕES PROCESSUAIS ACERCA DA LEI MARIA DA PENHA: NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO PENAL

Discussions about the procedure Maria da Penha law: criminal legal nature action

Déborah Sampaio Aragão
Universidade Regional do Cariri – URCA. Graduada em Enfermagem – URCA
deborahenf@yahoo.com.br

RESUMO: A lei Maria da Penha foi criada no intuito de proteger à mulher quantos aos casos de violência doméstica, tendo em vista o crescente quantitativo de mulheres sujeitas a este tipo de agressão. Há uma grande discussão doutrinária quanto a natureza da ação penal a ser aplicada aos casos de lesão corporal. Trata-se de uma questão polêmica, que divide opiniões nas cortes de justiça das diversas instâncias do judiciário brasileiro. Duas correntes doutrinárias se apresentam: a primeira defende a que a ação é pública condicionada a representação, na qual cabe à vítima autorizar o desencadeamento da ação em juízo. A segunda é a ação pública incondicionada, na qual o Ministério Público tem o poder/dever de propor a ação penal por meio da denúncia. Aos defensores da ação condicionada a representação, fica claro o posicionamento quanto o respeito à autonomia da vontade da mulher, permitindo reconciliações em seu âmbito familiar. Tal entendimento considera ilógico o Estado punir penalmente o agressor após reconciliação do casal. Já no posicionamento adepto à ação pública incondicionada, a defesa se faz perante a condição ainda hipossuficiente da mulher que sofre violência de gênero e encontra-se em uma situação de vitimização, assim, ela precisa de intervenção eficaz e atuante do Estado, em um momento em que não tem condições psico-sociais para tal. A pretensão precípua da elaboração deste artigo, nesse contexto, foi demonstrar como o assunto é polêmico e preocupante, já que a posição adotada pode interferir diretamente no convívio familiar refém da violência doméstica.

PALAVRAS-CHAVE: LEI MARIA DA PENHA; AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO; AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.

ABSTRACT: The Maria da Penha Law was created in order to protect the woman regarding cases of domestic violence, in view of the increasing quantity of women undergoing this type of aggression. There are a lot of discussion about the doctrinal nature of the criminal action to be applied to cases of personal injury. This is a contentious issue that divides opinions in courts of various instances of the Brazilian judiciary. Two doctrinal trends are emerging: the first argues that the action is conditioned public representation, in which the victim need to allow the triggering of the action in court. The second is the unconditioned public action, in which the prosecutor has the

power and duty to propose criminal action by the complaint. Guests to the advocates of action representation, it is clear positioning as respect for the autonomy of the will of the woman, allowing her into the family reconciliations. This understanding finds illogical the state to punish criminally the aggressor after the couple's reconciliation. Already adept at positioning public action unconditionally, the defense is made before the condition has a disadvantage of women, who suffer gender-based violence is in a situation of victimization, thus, it needs active and effective intervention of the state in a time when not afford such a psycho-social. The intention of writing this article in this context is to show how the issue is controversial and worrisome, as the position taken can directly interfere in family life hostage to domestic violence.

KEYWORDS: MARIA DA PENHA LAW; CRIMINAL ACTION CONDITIONED PUBLIC REPRESENTATION; PUBLIC CRIMINAL ACTION.

INTRODUÇÃO

A lei Maria da Penha é relativamente nova (2006), tendo sido criada no intuito de proteger à mulher quantos aos casos de violência doméstica. Há uma grande discussão doutrinária quanto à natureza da ação penal a ser aplicada aos casos de lesão corporal. Trata-se de uma questão polêmica, que divide opiniões nas diversas instâncias do judiciário brasileiro. Duas correntes doutrinárias se apresentam: a primeira defende a que a ação é pública condicionada a representação, na qual cabe à vítima autorizar o desencadeamento da ação em juízo. A segunda entende que a ação é pública incondicionada, na qual o Ministério Público tem o poder/dever de ação para denunciar, independente da manifestação de vontade da vítima.

A Lei 11.340/2006 criou mecanismos para coibir a violência doméstica, familiar ou no âmbito de relacionamentos íntimos, nas ocasiões nas quais o sujeito passivo desta violência é a mulher. Sendo sujeito passivo dessa violência a mulher. Na visão de Gomes e Bianchini (2010), a preocupação central da lei, não foi disciplinar toda a violência doméstica, que tem como sujeito passivo qualquer pessoa. Buscou-se especificamente a tutela da mulher, não por razão de sexo, sim, em virtude do gênero, embora tal postura ainda não tenha sido integralmente assimilada socialmente. As diferenças de gênero são todas as diferenças não decorrentes da biologia (menstruação, gestação e amamentação) e sim impostas pelas regras culturais da sociedade.

A violência de gênero é eminentemente cultural, pois biologicamente as diferenças entre o homem e a mulher são mínimas. Gomes e Bianchini (2010) complementa que cada sociedade e cada época criam uma identidade para a mulher e para o homem. O modo como a

sociedade vê o papel de cada um, com total independência frente ao sexo, ao substrato biológico, é o que define o gênero.

O objetivo do trabalho foi analisar o impasse doutrinário e jurisprudencial quanto à natureza processual da ação penal a ser aplicada nos casos de competência da Lei Maria da Penha, apresentando a discussão doutrinária quanto à natureza da ação penal aplicada à Lei Maria da Penha e traçando diferenças quantos as duas possíveis naturezas da ação penal pública aplicáveis a lei Maria da Penha: Condicionada à Representação e Incondicionada. Por fim, focar os posicionamentos divergentes nos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se de um estudo exploratório-descritivo, bibliográfico de caráter analítico.

O interesse no tema surgiu em virtude das discussões processuais em torno da Lei 11.340/2006, em função da importância que tal tema assume nas condutas das autoridades civis e judiciárias a partir do ponto de vista que assumam, que pode interferir diretamente no convívio familiar da refém da violência doméstica.

AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO OU AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA: IMPASSE DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL QUANTO A NATUREZA PROCESSUAL

À luz de um mandamento constitucional, contido no art. 226, §8º, da CF/1988, foi criada uma lei específica de proteção a mulher, percebidas as disparidades culturais da sociedade, situação propícia para fomentar violência de gênero.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º - 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.

A Carta magna, portanto, preocupa-se com os membros da família que estão em situação de violência, o que, por certo, inclui a mulher.

A lei nº. 11.340/06, conhecida como a Lei Maria da Penha, entrou em vigor em 22 de setembro de 2006, com o objetivo de fornecer instrumentos eficazes no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, embasada em preceitos constitucionais e de direito internacional.

Com o advento da Lei Maria da Penha, acrescentou-se o § 9º ao art. 129 do Código Penal, e, nas hipóteses de lesão corporal produzida no âmbito familiar, a pena foi majorada, ficando decretado pelo legislador o seguinte:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

(...)

§ 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.

Iniciamos o debate confrontando a qualificadora inserida no Código Penal; o aumento da pena máxima influenciaria na caracterização da natureza da ação penal?

Para os defensores da ação penal condicionada à representação, mesmo ante a qualificadora do § 9º do art. 129, do CP, a representação continua exigível nos crimes de lesões corporais, visto que, apesar de ser também uma medida despenalizadora, ela concorre em favor da vítima, outorgando-lhe o poder de decidir acerca da instauração do processo contra o acusado. E o legislador cercou esta decisão de garantias como a exigência de que a desistência ocorra em presença do juiz e seja ouvido o Ministério Público. (PORTO *apud* SOUZA; CARVALHO; EVANGELISTA, 2007)

Em acórdão da relatora, a desembargadora Jane Silva, temos:

A nova redação do § 9º do art. 129 do CP, feita pelo art. 44 da Lei n. 11.340/2006, impondo a pena máxima de três anos à lesão corporal qualificada praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos juizados especiais e afasta a exigência de representação da vítima. (GARCIA, 2009).

A ação penal consiste no direito público subjetivo de pedir ao Estado, representado pelos seus juízes, a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. (TOURINHO FILHO, 2009) Seu fundamento constitucional encontra-se no art. 5º, XXXV da nossa Constituição, que dispõe: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*", como complemento "*ninguém pode ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*" (art. 5º, LIII, da CF).

Conforme descreve Garcia (2009), a ação penal pública incondicionada é aquela cuja propositura independe da vontade da vítima ou de seu representante legal, estando o Ministério Público autorizado a intentá-la sem qualquer provocação se houver prova suficiente de materialidade e indícios de autoria. É inaugurada para apuração de infrações penais que interferem diretamente no interesse geral da sociedade. Ela constitui regra em nosso ordenamento jurídico, somente excetuada quando a lei penal expressamente estabelecer outra forma de se proceder. Assim, o membro do Ministério Público atuará incondicionalmente, sem a necessidade de autorização ou manifestação de vontade de quem quer que seja.

Segundo o mesmo autor, a ação penal pública condicionada à representação, por outro lado, também titularizada pelo Ministério Público, necessita de uma permissão da vítima ou representante legal para ser intentada. Para evitar a ofensa à vítima em sua intimidade, o legislador optou por condicioná-la à representação do ofendido ou seu representante legal, significando essa manifestação de vontade da vítima uma intenção de autorizar a implementação da ação em juízo. Devido a implicações na esfera de interesses da vítima, seu desencadeamento dependerá, sempre, da manifestação de vontade do ofendido ou de quem legalmente o representa, no sentido de querer ver apurada a infração penal.

Esclarece Tourinho Filho (2009, p. 131) que “A representação trata-se de condição de procedibilidade, sem ela, nas hipóteses previstas em lei, nem sequer o inquérito policial pode ser instaurado, consoante a regra do §4º do art. 5º CPP e com muito mais razão a ação penal, art. 24 do CPP.”

Um dos pontos iniciais de obscuridade do legislador, que permitiu a discussão e divergência quanto à natureza da ação penal aplicável à lei Maria da Penha, foi o artigo 41 da citada Lei:

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.

Nesse sentido, indaga Garcia (2009) como ficaria a ação penal referente ao crime de lesão corporal de natureza leve? Seria pública incondicionada por não se aplicar a disposição da Lei 9009/95, ou seria pública condicionada à representação, conforme as regras previstas principalmente no art. 16 da Lei Maria da Penha quanto à retratação da representação?

Primeiramente, é importante salientar que a jurisprudência tem se orientado por duas posições: ação pública condicionada a representação e ação pública incondicionada. Nossos tribunais, por sua vez, vêm adotando posições antagônicas não chegando, até o momento, num consenso.

Ratifica Garcia (2009) que parte da doutrina e jurisprudência entende que a lesão corporal leve, para efeitos de violência doméstica e familiar, prescinde de representação, já que esta formalidade se trata de previsão inserida no art. 88 da Lei 9099/95, diploma este inaplicável aos crimes da Lei Maria da Penha.

Na lei em discussão, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Lei nº 9.099/95, em seu art. 88, temos:

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.

Para os defensores da corrente da ação penal incondicionada, independe de autorização da vítima, podendo a autoridade policial e o Ministério Público, de ofício, adotar as providências arroladas na Lei nº 11.340/06, por não se aplicar Lei nº 9.099/95, ou seja, não há necessidade de representação da vítima.

Aos adeptos a aplicação da ação pública condicionada à representação, como Souza, Carvalho e Evangelista (2007) relatam, este artigo não admite apenas a aplicação dos institutos despenalizadores inerentes às condutas que traduzem crimes considerados de menor potencial ofensivo, incluindo a lesão corporal, a saber: composição civil; transação penal e suspensão condicional do processo, sem com isso retirar o poder da mulher de autorizar ou não a persecução penal contra seu agressor. Repudiando a respristinção da antiga regra do art. 129 do Código Penal,

que cogitava a ação penal pública incondicionada como instrumento adequado à persecução criminal em desfavor do autor da conduta incriminada.

A questão central é entender o porquê de não se aplicar apenas os institutos despenalizadores desta lei, e ignorar o mencionado no artigo acima transcrito. No contexto de violência de gênero, nenhum dos institutos despenalizadores da lei dos juizados é aplicável, bem como também deve ser desnecessária a representação, como reforça os simpatizantes da aplicação da ação pública incondicionada.

Na doutrina liderada pelo professor Damásio de Jesus, registra Souza, Carvalho e Evangelista (2007), entretanto, que mesmo nos casos de lesão corporal de natureza leve não se prescindiria de representação, pois:

(...) a Lei nº 11.340/2006 não pretendeu transformar em pública incondicionada a... ação penal por crime de lesão corporal cometido contra mulher no âmbito doméstico e familiar, o que contrariaria a tendência brasileira da admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e dela retiraria meios de restaurar a paz no lar (...). O referido art. 88 da Lei nº 9.099/95 não foi revogado.

Reforçando a discussão, dispõe a Lei Maria da Penha, em seu artigo 16:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Referida norma tem um sentido claro que é reconhecer e atestar a existência dos tipos penais, inclusive lesões corporais leves, que reclamam ação penal pública condicionada, sem excluir ou excepcionar nenhum deles. Desse modo, não há como aceitar a posição que se apega à literalidade do art. 41 do mesmo diploma. (SOUZA; CARVALHO; EVANGELISTA, 2007)

Resta aos filiados a ação pública incondicionada querer ver reconhecido esse art. 16 como inconstitucional, por contrariar toda política de erradicação da discriminação contra a mulher. Para (GOMES; BIANCHINI, 2010), no máximo caberia dar-lhe interpretação conforme, para restringir sua aplicação a outros delitos dependentes de representação da vítima, porém, não entrando aí a lesão corporal decorrente da violência de gênero, visto que, nesse caso, a ação penal tem que ser pública incondicionada.

Ademais, nova abordagem foi dada, como a apresentada no trecho do voto do Ministro Hamilton Carvalhido:

(...) atuação do Ministério Público, fazendo dispensável a representação para a instauração da investigação policial, indispensável à sua renúncia ou retratação a audiência judicial especialmente designada para esta finalidade, antes do recebimento da denúncia e obrigatória a intervenção do deste, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher. (CAMPOS, 2008).

O que está por detrás da violência de gênero, como se vê, não é simplesmente a ofensa à integridade física de uma pessoa. Esse é o lado ostensivo, físico e material do fato. Por detrás dessa ofensa existe um determinado 'padrão sócio-cultural' de condutas, fundado no reconhecimento

popular da superioridade masculina que encontra seu par na inferioridade feminina. A ação pública condicionada à representação não constituiu uma medida apropriada para a modificação desse estado de coisas, desse deplorável padrão sócio-cultural; ao contrário, está agravando-o e intensificando-o. (GOMES; BIANCHINI, 2010)

A mudança em torno da idéia de representação, nas ações penais públicas condicionadas de que trata a Lei Maria da Penha, ou seja, a efetiva participação da parte ofendida na persecução criminal pode ser vista já no artigo 10, caput da Lei Maria da Penha:

Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.

Pelo dispositivo, constata-se que, a autoridade policial tomando conhecimento da *notitia criminis*, terá o poder/ dever de agir de ofício, como ocorre nas ações penais públicas incondicionadas. Sua atuação não está atrelada à manifestação expressa da vítima, podendo ser inclusive preventiva, se os fatos lhe chegarem ao domínio com a devida antecedência, ainda que de forma imediata. (COSTA JÚNIOR, 2011)

Da mesma forma, ao tratar das providências preliminares que deve a autoridade policial adotar, diante do conhecimento da ocorrência de fatos delituosos abrangidos pela Lei Maria da Penha, dispõe o artigo 12, inciso I que:

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;

Costa Júnior (2011) analisa a interpretação gramatical da locução, “se apresentada”, depois da vírgula, que para ele só ratifica a idéia da prescindibilidade da representação, nos moldes em que é concebida no código de processo penal, artigo 39.

Assim, se até o oferecimento da denúncia, respeitado o prazo decadencial previsto no código de processo penal, artigo 38, a ofendida não apresentar sua retratação, convalidado estarão todos os atos até então já praticados em desfavor do agressor, autorizando com isso, ao Ministério Público, ingressar em juízo com a competente ação penal. (COSTA JÚNIOR, 2011)

Os intérpretes da lei, até nos artigos postos na literalidade percebem nuances que direcionam para relativização da norma. Entretanto, sempre encontramos posicionamentos antagônicos.

Como se sabe, a lei não contém palavras inúteis e, no caso de prevalecer a literalidade do art. 41, inegável a existência de contradição entre a regra neste contida e aquela inserta no art. 12, que, aliás, vem reforçar o direito da mulher de decidir se deseja ou não a intervenção do Estado nas suas relações domésticas ou familiares. Assim, para evitar o conflito entre dispositivos de um mesmo diploma é necessário compatibilizá-los, reforçando a tese de que não restou modificada a natureza da ação penal. De fato, a exegese dos arts. 12 e 16 avalizam o entendimento segundo o qual lesões corporais leves cometidas contra a mulher ou

quaisquer das pessoas arroladas pelo art. 129, § 9º, do estatuto repressivo, no ambiente doméstico, serão processadas mediante ação penal pública condicionada. (SOUZA; CARVALHO; EVANGELISTA, 2007).

Depois, com bem menciona Tourinho Filho (2009), a razão de ser das ações penais públicas condicionadas, é que determinados crimes afetam imediatamente interesses particulares e só mediadamente, o interesse geral, e, nesses casos, o Estado deixa ao alvedrio do particular a conveniência da reprimenda, até mesmo pela tenuidade do bem jurídico violado.

Não é, definitivamente, o caso das condutas praticadas nas circunstâncias delineadas pela Lei Maria da Penha, cujas práticas, são consideradas formas de violação aos direitos humanos.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Esse conflito, por envolver vários direitos humanos fundamentais, necessariamente tem que ser resolvido também com o auxílio dos princípios do Direito Internacional, destacando-se, dentre eles, o princípio que se aplica a norma mais favorável à proteção dos direitos humanos. No caso da violência de gênero, não há dúvida que a norma mais favorável é a que não exige nenhum tipo de manifestação de vontade da vítima (art. 41), porque quem está subjugado culturalmente não tem liberdade de atuação. (GOMES, 2010)

Prevalece, portanto, o interesse geral a justificar a interferência imediata do Estado em tais ocorrências, daí porque, ter o legislador retirado da esfera de apreciação da vítima, a adoção das providências preliminares de responsabilização do autor, na fase policial, nos crimes de ação penal pública condicionada, como seria de praxe. (COSTA JÚNIOR, 2011)

Maria Berenice Dias, prevalece uma opinião valorativa do direito de Família sobreposto ao direito Penal:

A Lei Maria da Penha veio propiciar à vítima a discricionariedade de avaliar a necessidade de intervenção do Estado em suas relações doméstica e familiar. Portanto, a ação penal para os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa praticados contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar permanece condicionada à representação, não sendo alcançada pelo art. 41 da Lei nº 1.340/06. (SOUZA; CARVALHO; EVANGELISTA, 2007).

Em outras opiniões favoráveis a ação condicionada à representação, temos:

“... a ação penal permanece pública condicionada à representação do ofendido, nos...termos do art. 88 da Lei nº 9.099/95 (...) afinal, se o legislador cercou de garantias a renúncia ao direito de representação, prestigiando assim a vontade da ofendida, não seria coerente ignorar esta mesma autonomia no caso do crime definido no art. 129, § 9º, do Código Penal. (FULLER *apud* SOUZA; CARVALHO; EVANGELISTA, 2007)”.

Sabe-se que muitas das vezes, por de trás de uma decisão aparentemente espontânea da vítima de não prosseguir na responsabilização de seu ofensor, escondem-se ameaças e pressões de toda ordem. Atento a isso, o legislador então transferiu à Justiça, avaliação da conveniência ou não da persecução criminal, diante do caso concreto. (COSTA JÚNIOR, 2011)

Restabelecidas a paz e a harmonia familiar, não cabe ao Estado, tampouco ao particular, interferir na relação conjugal, devendo àquele incentivar os mecanismos que pacifiquem os conflitos e, em contrapartida, abolir os que os recrudescem. (SOUZA; CARVALHO; EVANGELISTA, 2007)

JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DE JUSTIÇA: DIVERGÊNCIAS QUANTO À NATUREZA PROCESSUAL DA AÇÃO CABÍVEL A LEI MARIA DA PENHA

Há várias decisões no que concernem as divergências quanto à natureza da ação penal aplicável aos crimes cometidos com violência de gênero, onde é aplicável a Lei Maria da Penha.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em importante decisão no HC 106.805-MS, em 03 de fevereiro de 2009, aplicou o entendimento de que, em se tratando de lesões corporais leves e culposas praticadas no âmbito familiar contra a mulher, a ação é, necessariamente, pública incondicionada.

A Relatora Ministra Jane Silva (TJ-MG) explicou que

“...em nome da proteção à família, preconizada na Constituição Federal, e em frente ao disposto no art. 88 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que afasta expressamente a aplicação da Lei n. 9.099/1995, os institutos despenalizadores e as medidas mais benéficas previstos nesta última lei não se aplicam aos casos de violência doméstica e independem de representação da vítima para a propositura da ação penal pelo MP nos casos de lesão corporal leve ou culposa. Ademais, a nova redação do § 9º do art. 129 do CP, feita pelo art. 44 da Lei n. 11.340/2006, impondo a pena máxima de três anos à lesão corporal qualificada praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos juizados especiais e, por mais um motivo, afasta a exigência de representação da vítima. Concluiu que, nessas condições de procedibilidade da ação, compete ao MP, titular da ação penal, promovê-la. Sendo assim, despidiendola, também, qualquer discussão da necessidade de designação de audiência para ratificação da representação. (GARCIA, 2009)”.

Para o ministro Paulo Gallotti, com o voto vista que definiu o resultado do julgamento, a figura da ação incondicional é a que melhor contribui para a preservação da integridade física da mulher, historicamente vítima de violência doméstica. Não se pode admitir que a Lei Maria da Penha, criada para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, seja interpretada de forma benéfica ao agressor ou que se torne letra morta. (CAMPOS, 2008)

A Ministra Jane Silva, ora relatora, observou:

“(...) A intenção do legislador ao criar a nova figura típica, na realidade uma nova modalidade de lesão corporal leve qualificada, tendo em vista o novo montante de pena estabelecido, foi atingir os variados e, infelizmente, numerosos casos de lesões corporais praticados no recanto do lar, local em que deveria imperar a paz e convivência harmoniosa entre seus membros e, jamais, a agressão desenfreada que muitas vezes se apresenta, pondo em risco a estrutura familiar, base da sociedade. (...). (CAMPOS, 2008)”.

No entanto, a mesma Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 05 de março de 2009, no julgamento do HC 113.608-MG, tendo como relator o Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ-SP), mudou o entendimento quanto à representação prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006. Considerou, conforme registrado por Garcia (2009), que "se a vítima só pode retratar-se da representação perante o juiz, a ação penal é condicionada. Ademais, a dispensa de representação significa que a ação penal teria prosseguimento e impediria a reconciliação de muitos casais".

Diante do exposto, verifica-se, portanto, que o entendimento é divergente quanto ao tema em discussão e a questão mostra-se bastante controvertida dentro da própria Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Primeiramente, aplicou-se o entendimento que para o crime de lesão corporal de natureza leve, no âmbito das disposições da Lei Maria da Penha, seria cabível a ação penal pública incondicionada. Posteriormente, o referido entendimento foi modificado, esclarecendo que para tais casos a ação penal é condicionada à representação da vítima. (GARCIA, 2009)

Em outras decisões do STJ temos a exigência de representação, como no dia 24.02.10, a Terceira Seção do STJ (Quinta e Sexta Turmas) concluiu (HC 96992 e REsp 1097042) ser indispensável a manifestação da vontade da vítima para a propositura da ação (que seria pública condicionada) no caso de lesão corporal leve praticada contra mulher, no âmbito familiar ou doméstico ou de relacionamento íntimo.

Segundo este entendimento, quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher contra sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente ofendida, o seu direito e o seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar o direito à liberdade de que é titular para tratá-la como se 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 que 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. (KARAM *apud* BOLETIM JURÍDICO, 2010)

Entretanto, o entendimento predominante considerou mais salutar admitir-se, em tais casos, a representação, isto é, que a ação penal dependa da representação da ofendida, assim como também a renúncia. Para o decano da Seção, ministro Nilson Naves, "a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas". (SABATOVSKI, 2010)

Nesse julgado, o entendimento do ministro Mussi, no sentido da necessidade de representação da vítima para que seja proposta ação penal prevaleceu sobre o do relator, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que entendia que a ação neste caso é pública e incondicionada.

Em outro julgado recente, temos que, existindo a representação, ela se dá de forma mitigada, sem necessidade das formalidades legais:

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no dia 21 de setembro de 2010, negou provimento a recurso ordinário em habeas corpus interposto em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, entendendo ser desnecessária a representação formal para prosseguimento da ação penal movida contra o recorrente (STJ, RHC 23.786, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).

O relator após esclarecer que, no seu entendimento (superado por decisão da Terceira Seção do STJ), a Lei Maria da Penha alterou a natureza da ação penal respectiva, de pública condicionada à representação, para incondicionada, nos crimes de lesão corporal praticados no âmbito doméstico ou familiar, destacou:

(...) ainda que se considere necessária a representação, entendo que esta prescinde de maiores formalidades, bastando que a ofendida demonstre o interesse na apuração do fato delituoso, o que é evidenciado, no caso dos autos, pelo registro da ocorrência na Delegacia de Polícia e a realização de exame de lesão corporal. (GOMES, 2010).

O site do STJ publicou:

Maria da Penha: queixa da vítima basta para mostrar interesse em ação contra agressor. A mulher que sofre violência doméstica e comparece à delegacia para denunciar o agressor já está manifestando o desejo de que ele seja punido, razão por que não há necessidade de uma representação formal para a abertura de processo com base na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). (...)

A Quinta Turma do STJ já havia decidido no mesmo sentido ao analisar o *Habeas Corpus* 130.000. Da ementa, Gomes (2010), sintetiza:

A representação, condição de procedibilidade exigida nos crimes de ação penal pública condicionada, prescinde de rigores formais, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal no sentido de que se promova a responsabilidade penal do agente, como evidenciado, in casu, com a notitia criminis levada à autoridade policial, materializada no boletim de ocorrência. (...)

Guilherme de Souza Nucci, respeitado doutrinador, ensina que:

A representação não exige rigorismo formal, ou seja, um termo específico em que a vítima declare expressamente o desejo de representar contra o autor da infração penal. Basta que, nas declarações prestadas no inquérito, por exemplo, fique bem claro o seu objetivo de dar início à ação penal, legitimando o Ministério Público a agir. Outra situação possível: o ofendido pode comparecer à delegacia, registrar a ocorrência e manifestar expressamente, no próprio boletim, o seu desejo de ver o agressor processado. Entretanto, para que dúvida não paire, o ideal é colher a expressa intenção do ofendido por termo, como deixa claro o § 1.º do art. 39 do CPP. (GOMES, 2010).

Maria Berenice Dias, filiada à corrente da ação mediante representação, leciona que:

A representação é oferecida pela vítima quando ela comparece à delegacia. Neste momento a autoridade policial procede ao registro da ocorrência, ouve a ofendida, lavra o boletim de ocorrência e toma por termo a representação (art. 12, I). A partir daí o inquérito policial deve ter andamento (CPP, art. 5.º, § 4.º). Ou seja, o

inquérito se instaura mediante a manifestação da vítima. Encaminhado o inquérito a juízo, o Ministério Público oferece a denúncia. (GOMES, 2010).

Recebendo o inquérito policial, e desde que não tenha havido a retratação, o promotor de justiça, avaliando, pelos elementos constantes dos autos, a viabilidade da ação penal, e diante do conceito amplo de representação, firmado pela Lei Maria da Penha, está autorizado a oferecer a denúncia, independentemente de ratificação expressa por parte da ofendida, isto porque entendemos que o seu silêncio implica uma concordância tácita de representação com as medidas até então adotadas contra o seu agressor. Havendo a retratação expressa documentada ou reduzida a termo, cumpre ao órgão ministerial requerer a designação de competente audiência, para os fins do artigo 16 da Lei Maria da Penha. (COSTA JÚNIOR, 2011)

Encontrando um equilíbrio entre as duas correntes, percebe-se que os defensores não radicais da ação incondicionada, acabam por permitir que se considerando necessária a representação, essa possa se dá de forma tácita, diminuindo as formalidades.

Por fim, na avaliação dos dois posicionamentos, temos que o primeiro, que defende a ação pública incondicionada, trabalha com a condição de submissão da mulher na realidade brasileira, revelada pela existência desta violência eminentemente cultural e de gênero. A condição ainda hipossuficiente da mulher no contexto familiar é:

fruto da cultura patriarcal que facilita sua vitimização em situações de violência doméstica, tornando necessária a intervenção do Estado em seu favor, no sentido de proporcionar os meios e mecanismos para o reequilíbrio das relações de poder imanescentes ao âmbito familiar. 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. (BIANCHINI; MAZZUOLI *apud* GOMES; BIANCHINI, 2010).

Como assinala (GOMES; BIANCHINI, 2010), na violência de gênero é reconhecido que a mulher está em posição desfavorável. E de quem está em posição desigual – hierarquicamente inferior, por razões culturais – não se pode exigir o impossível.

No posicionamento adepto a ação incondicionada, a defesa se faz perante a condição ainda hipossuficiente da mulher, passível de sofrer violência de gênero. Na situação de vitimização, ela precisa de intervenção eficaz e atuante do Estado, não esperando dela uma posição firme sobre sua vontade, num momento em que não tem condições psico-sociais para tal.

Melhor andaria o legislador, se tivesse expressamente declarado de ação pública incondicionada, as condutas típicas previstas no código penal, quando relacionadas com a violência doméstica e/ou familiar, pois, na verdade, foi o que fez de forma oblíqua. (COSTA JÚNIOR, 2011)

Aos defensores da ação condicionada a representação, fica claro o posicionamento quanto o respeito à autonomia da mulher, permitindo reconciliações em seu âmbito familiar e, ainda, considerando ilógico o Estado punir penalmente o agressor após reconciliação do casal.

“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, partilha de bens e guarda de visita. A possibilidade de trancamento do inquérito policial em muito facilitará a composição dos conflitos, envolvendo as questões de Direito de Família, que são bem mais relevantes do que a imposição de uma pena criminal ao agressor. A possibilidade de dispor da representação revela formas por meio das quais as mulheres podem exercer o poder na relação com os companheiros. (DIAS *apud* BOLETIM JURÍDICO)”.

Como não poderia deixar de contradizer, apresentamos o comentário de Gomes e Bianchini (2010) “em matéria de violência de gênero, com a devida *venia*, o direito penal é muito mais relevante que o direito de família, visto que o que se pretende é a erradicação de um padrão sócio-cultural preconceituoso e nefasto, que coloca a mulher numa posição de inferioridade”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tendência de pacificação das discussões tratadas neste artigo tende a ocorrer com a edição de uma emenda à Lei Maria da Penha ou com a elaboração de uma súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, para esclarecimento desta celeuma, diante dos vários posicionamentos que se erguem da complexa máquina do ordenamento jurídico posto.

Conforme o ponto de vista do consagrado professor Luiz Flávio Gomes e Bianchini (2010), falta a conjugação de todas as fontes do direito (leis, códigos, constituição, jurisprudência interna, tratados internacionais de direitos humanos, jurisprudência internacional e direito universal) para solução deste conflito. Antigamente (no tempo do legalismo – século XIX até meados do século XX) o juiz, para dirimir um conflito, só tinha como preocupação entender e aplicar as leis e os códigos. Na atualidade do direito dialógico tudo se tornou muito mais complexo, porque o juiz, agora, para descobrir a norma incidente sobre o caso concreto, tem que conjugar as sete fontes do direito, acima mencionadas, estabelecendo entre elas um diálogo (diálogo das fontes).

A controvérsia desde a edição da Lei 11.340/2006 (lei Maria da Penha) sobre esse ponto ainda vai continuar, tendo em vista o conflito legislativo estabelecido entre o art. 41 (da referida lei), que dispensa a representação da vítima, e o art. 16 (da mesma lei), que proclama a necessidade dessa representação.

Entretanto, o intuito na elaboração do artigo não foi tomar o posicionamento em uma ou outra corrente, muito menos esgotar o debate doutrinário. A função precípua foi demonstrar os principais argumentos de cada ponto de vista, de modo a se verificar a postura da doutrina e dos juristas brasileiros diante da matéria, que, pelos bens jurídicos protegidos, tais como a mulher e a família, é bastante relevante a complexo.

REFERÊNCIAS

BOLETIM JURÍDICO. **Violência doméstica e a natureza jurídica da respectiva ação penal: Lei Maria da Penha suscita debate no Judiciário e no Legislativo Inserido em 1/3/2010**. Disponível em: www.boletimjuridico.com.br/fiquepordentro/materia.asp?conteudo=214. Acesso em: 17/01/2011.

CAMPOS, C. A. **STJ decide que a violência contra a mulher, prevista na Lei Maria da Penha, é crime de ação pública incondicionada**. Criado em: 14/08/2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/94900/stj-decide-que-a-violencia-contr-a-mulher-prevista-na-lei-maria-da-penha-e-crime-de-acao-publica-incondicionada>. Acesso em: 17/01/2011

COSTA JÚNIOR, Q. F. da. **Ação Penal Pública Condicionada e a Lei Maria da Penha: algumas considerações**. Disponível em: https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/40/acao_penal_publica.pdf. Acesso em: 17/01/2011

GARCIA, L. G. N. **Lesão corporal leve na Lei Maria da Penha e Ação Penal**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 28 de junho de 2009. Acesso em: 15/01/2011.

GOMES, L. F.; BIANCHINI, A. **Violência de gênero e exigência de representação da vítima: equívoco do STJ (parte 1,2,3,4,5)**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 15 março de 2010. Acesso em: 07/03/2011

GOMES, L. F. **Lesão corporal contra mulher. Violência de gênero. Ação penal pública (in) condicionada?** Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 03 de novembro de 2010. Acesso em 07/03/2011

SABATOVSKI, E. STJ. 3ª Seção. Recurso especial repetitivo. **Lesão corporal leve. Lei Maria da Penha. É necessária a representação da vítima de violência doméstica para propositura de ação penal**. Disponível em: <http://www.legjur.com/news/visualiza.php?id=1022> Postado em 03/03/2010. Acesso em: 07/03/2011.

SOUZA C. J. de; CARVALHO R. C. de; EVANGELISTA S. M. **Violência doméstica e a natureza jurídica da ação penal**. Criado em: 10/09/2007. Disponível em: <http://www.ampac.org.br/artigos/violenciadomesticaeanaturezajuridicadaacaoopenal.pdf>. Acesso em: 15/01/2011.

TOURINHO FILHO, F. C. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.