

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
**REQTE.(S)** : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**  
**INTDO.(A/S)** : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**  
**ADV.(A/S)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**INTDO.(A/S)** : **CONGRESSO NACIONAL**

AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 9 de fevereiro de 2012.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
**REQTE.(S)** : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**  
**INTDO.(A/S)** : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**  
**ADV.(A/S)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**INTDO.(A/S)** : **CONGRESSO NACIONAL**

**RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

O Procurador-Geral da República pretende seja atribuída interpretação conforme à Constituição aos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – “Lei Maria da Penha” –, para declarar a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes versados naquele diploma, assentar, como consequência, que o crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher em ambiente doméstico é processado mediante ação penal pública incondicionada e restringir a aplicação dos artigos 12, inciso I, e 16 da norma em comento às ações penais cujos crimes estejam previstos em leis diversas da Lei nº 9.099, de 1995. Eis o teor dos preceitos:

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:

**ADI 4.424 / DF**

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.

Consoante aduz, a promulgação da Lei nº 11.340/2006 decorreu da constatação de ineficiência das regras reveladas na Lei nº 9.099/95 para a proteção das mulheres contra a violência doméstica e também da edição do Informe nº 54/2001, por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. Nesse último ato, ficou consignado que o Brasil violou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), no bojo da denúncia formulada por Maria da Penha Maia Fernandes.

Articula com a inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto a necessidade de representação da ofendida poderá configurar obstáculo à punição do agressor.

**ADI 4.424 / DF**

Faz referência à substituição do “modelo biomédico” por um “modelo social” de lesão corporal, calcado nos prejuízos sociais decorrentes dos casos de violência doméstica. Alega desrespeito ao princípio da igualdade, mencionando a teoria do impacto desproporcional, porquanto condicionar à representação a punição do crime de lesão corporal no ambiente doméstico gera efeitos desproporcionalmente nocivos para as mulheres.

Aponta a transgressão às disposições dos artigos 5º, inciso XLI, e 226, § 8º, da Carta da República e ao princípio da proibição de proteção deficiente, corolário do princípio da proporcionalidade, se vier a prevalecer interpretação diversa. Evoca a primazia da norma mais favorável ao ser humano, vigente no âmbito do direito internacional, como norte interpretativo para os artigos da Lei nº 11.340/2006.

Sob o ângulo do risco, alude à extinção da punibilidade de agressores em razão da ausência de representação, resultando na perpetuação do quadro de violência doméstica contra a mulher. Busca a concessão de medida acauteladora para afastar interpretação que: (i) permita a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher e (ii) sujeite a persecução penal à representação da vítima em tais delitos.

Requer, alfim, a declaração de procedência do pedido, a fim de dar-se interpretação conforme à Constituição aos artigos citados, nos moldes já descritos. Na eventualidade de concluir-se pela inadequação da ação direta de inconstitucionalidade, formula pleito subsidiário, para que o processo seja conhecido como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Vossa Excelência determinou a observância do rito previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/99.

A Presidência da República, nas informações, afirma a

**ADI 4.424 / DF**

procedência do pedido formulado. A Câmara dos Deputados salienta que, ante o objetivo da ação, nada tem a manifestar.

O Senado Federal defende, preliminarmente, o descabimento da ação direta por ausência de repercussão constitucional da matéria nela veiculada. Segundo sustenta, a Carta Federal não versa procedimento de ação penal, incumbindo ao legislador infraconstitucional a disciplina do tema. Quanto ao mérito, assevera que o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 afastou tão somente os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, mas não a necessidade de representação, prevista no artigo 88 desse Diploma e também nos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei impugnada. Aduz que a opção legislativa mostra-se consentânea com a proteção dos interesses da vítima, pois cabe à mulher buscar a intervenção estatal na vida privada. Alude à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada em sentido contrário àquele pretendido pelo requerente. Salienta que, se no crime de estupro, de gravidade indiscutivelmente maior, a ação penal é pública condicionada, com maior razão deve-se exigir a representação em caso de lesão corporal. Diz da improcedência do pedido, inclusive do relativo ao conhecimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Advogado-Geral da União aponta que a alegada ofensa à Carta da República seria meramente reflexa. Consoante afirma, a análise do mérito da demanda pressupõe o prévio cotejo com outras leis federais, tais como o Código Penal e a Lei nº 9.099/95, tornando imprópria a via eleita. Entende ser impossível o conhecimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental por não estarem demonstradas a afronta direta a preceito fundamental nem a controvérsia constitucional sobre a lei impugnada. Quanto à questão de fundo, anota assistir razão ao requerente.

O Ministério Público Federal endossou os termos da

**ADI 4.424 / DF**

inicial, salientando que não é caso de violência reflexa à Constituição.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios requereu o ingresso no processo na qualidade de *amicus curiae*. Vossa Excelência indeferiu o pedido.

O processo encontra-se aparelhado para julgamento.

É o relatório.

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 conseqüências 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.

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
**REQTE.(S)** : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**  
**INTDO.(A/S)** : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**  
**ADV.(A/S)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**INTDO.(A/S)** : **CONGRESSO NACIONAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Poderíamos dizer: a matéria está julgada. Mas não é bem assim, e teríamos, em reforço ao pronunciamento, a natureza do processo. Aqui, o processo é objetivo; aqui, realmente, estaremos prolatando decisão que repercutirá, sem necessidade de comunicação, a qualquer órgão no cenário nacional.

Por que fiz alusão à decisão anterior? Porque, antes da Lei nº 9.099/95, a ação, considerada a lesão corporal mesmo leve ou culposa, era pública incondicionada. Com a vinda à balha do artigo 88 da Lei nº 9.099/95, excluída expressamente pelo artigo 41 da Lei Maria da Pena, a ação passou a ser pública condicionada à representação da vítima. Isso em termos de norma geral, da definição pelo legislador de crime de menor potencial ofensivo, não de norma especial exigida pela Carta da República para que se alcance, realmente, a proteção por ela, Carta da República, visada.

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
**REQTE.(S)** : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**  
**INTDO.(A/S)** : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**  
**ADV.(A/S)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**INTDO.(A/S)** : **CONGRESSO NACIONAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, repito, mais uma vez, que, ao julgarmos anteriormente o *habeas*, assentamos o que agora estamos explicitando nessa decisão: que não se aplica o artigo 88 da Lei nº 9.099/95, a prever que, em se tratando de lesão de natureza leve ou lesão corporal culposa, a ação é condicionada à representação da vítima.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sim, sim.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Está aqui exposto no 41.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – No caso.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Como diz o artigo 41.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Porque ficaria, como disse, esvaziada a proteção, exigida pela Carta da República, de ser dada pelo Estado, se se viabilizasse o recuo que, para mim, pode-se presumir como viciado, ante o contexto em que vive a mulher no próprio lar, a ascendência, que não é uma ascendência salutar, do gênero masculino.



**ADI 4424 / DF**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Eu quero compartilhar com Vossa Excelência e, desse modo, com todo o Plenário, não uma divergência, mas uma preocupação. Estamos todos aqui imbuídos do mesmo propósito de dar à norma uma interpretação tuitiva da condição de vulnerabilidade da mulher. Então, esse é o pressuposto.

Vossa Excelência não receia que, voltando ao regime anterior da ação civil pública incondicionada, caíamos na mesma inibição, que tinham antes as mulheres, de dar a notícia-crime? Porque hoje o sistema, na condicionada, com a possibilidade de renúncia...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Não, admito que continue podendo implementar a notícia-crime, mas endosso a viabilidade de essa notícia-crime ser dada, por exemplo, por um vizinho que haja percebido a violência.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Eu estou preocupado com isso, queria ouvir Vossa Excelência e ouvir o Plenário.

Estou pensando aqui o que poderia eventualmente ocorrer. Estamos perante uma realidade que pode ser modificada conforme a nossa decisão. Estou pensando se o fato de tornarmos a ação civil pública incondicionada não representaria maior inibição para as notícias crimes por parte da mulher. Porque, veja Vossa Excelência o que estou pensando.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Presidente, o receio não procede.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Hoje, com a possibilidade que ela tem de retratar a representação, já temos situação que, diríamos, fragiliza a mulher, porque ela volta atrás e continua sendo vítima da violência. Se ela imaginar que, uma vez formalizada a notícia-crime, já não poderá retratar-se, a pergunta é: isso

**ADI 4424 / DF**

não significaria certa contenção, certa inibição com receio de que agora não haja volta?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, em termos de proteção, a gradação é maior se aberto o leque; caso admitido que não há necessidade de a notícia-crime ser dada mediante uma representação pela mulher. Terá uma proteção maior, por quê? Porque as estatísticas demonstram que, em 90% dos casos de representação, há o recuo. Foi quando disse: recuo mediante uma livre manifestação de vontade? Aos sessenta e cinco anos, não acredito mais em Papai Noel!

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Nós temos o problema da estatística anterior, quando não havia notícia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas antes, Presidente, não havia efetividade, não havia eficácia.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Só estou mostrando uma preocupação. Eu quero dar uma interpretação que mais bem atenda à necessidade de proteção da mulher.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E eu quero exatamente participar desta preocupação de Vossa Excelência. Por isso que estou dizendo que a estatística anterior não tomava esta realidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, voltemos a enfoques anteriores. Antigamente, não havia a Lei Maria da Penha, não havia a proteção especial. A não se concluir dessa forma, teremos de declarar a inconstitucionalidade do 41 da Lei Maria da Penha no que afasta, peremptoriamente, sem exceção, a aplicação da Lei nº 9.099/95. Por quê? Porque foi a Lei nº 9.099/95, mitigando o instituto da lesão corporal leve ou culposa, que introduziu no cenário normativo a

**ADI 4424 / DF**

necessidade da representação. Antes, quanto aos cidadãos em geral, não existia essa obrigatoriedade. Indago: coaduna-se, harmoniza-se, com o tratamento exigido pelo § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, no tocante à necessidade de o Estado implementar a proteção para coibir a violência doméstica, ter-se como imprescindível a representação? Representação que, na maioria dos casos, não ocorre. A agressão dá-se entre quatro paredes e fica, quase sempre, escondida. Entender-se possível o recuo, visando a manutenção da família, é algo irreal. Precisamos sopesar valores.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Ministro, eu estaria pensando em uma alternativa: manter eventualmente a necessidade da representação interpretando-a como irretratável.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** - Presidente, permita-me ressaltar mais um aspecto. Quando afastamos a necessidade da representação, não colocamos a mulher em situação de inferioridade. Não geramos o antagonismo, considerada a relação marido/mulher, companheira/companheiro. Acabamos por protegê-la, porque não deixamos pairar no ar algo que, a rigor, levará a agressão moral ou mesmo física, em termos de intimidação pelo agente, companheiro ou marido. Sopesando valores, penso que o maior a ser resguardado é o que direciona à proteção da mulher. E o Estado não a protege quando exige que adote postura de antagonismo em relação àquele que já se mostrou um agressor, representando contra ele.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - O meu temor, Ministro, é só este, de que, se dermos interpretação que signifique que a ação será pública e incondicionada, isso possa, na prática, inviabilizar a iniciativa que a mulher tem, porque estará diante de um dilema, Ministro, não há dúvida nenhuma. "Eu posso dar a notícia-crime, mas eu sei que não há retorno."

**ADI 4424 / DF**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ela poderá dar a qualquer momento a notícia do crime.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, verdadeiramente, 99%, eu diria, das mulheres brasileiras - aí estão incluídas aquelas que tiveram acesso à informação, à educação formal - nem sabem se essa ação é incondicionada, penal incondicionada, nem sabem...Elas querem chegar lá e dar a notícia e, quando se retratam, normalmente, se retratam porque o homem voltou para casa e disse a elas que iria sair; de alguma forma, ameaçou, é isso o que acontece. O mais, se a ação penal é condicionada, se a ação penal vai acontecer, 99% do povo brasileiro nem sabe o que é isso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas, isso é pior, Ministra, vou lhe dizer por quê: ela dá uma notícia sem saber das consequências.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, não. Na hora que ela vai e representa, ela vai querendo que tenha consequências jurídicas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E a ação se processa, e ela tem uma surpresa, a do resultado da ação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ela vai querendo as consequências. E quando se pergunta a ela o que ela quer, ela diz que quer justiça. Ela quer que o Judiciário funcione, é isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A proteção maior estará em não exigir da mulher atitude contrária ao marido ou companheiro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim.

**ADI 4424 / DF**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – De não se exigir essa atitude, isso para que haja a persecução criminal.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Sim, mas um confronto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Afinal, em quase todos os casos reveladores de prática criminosa, a ação é pública incondicionada.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - A preocupação de Vossa Excelência é de que a mulher experimente do próprio veneno, essa é a preocupação de Vossa Excelência. Mas o que ocorre, como salientou a Ministra Cármen Lúcia, é que a vida cotidiana demonstra que as mulheres sofrem essa violência, têm a inibição e não sabem quais as consequências da espécie da ação, se é condicionada ou não.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Como ninguém, nem homem, nem mulher, nem ninguém sabe o que é ação penal condicionada ou incondicionada. Até o terceiro ano de Direito, nós não sabemos.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não, mas eu acho que os homens sabem, o ofensor sabe. Então, na verdade, esse efeito que impede uma eventual retratação é mais intimidatório do que a possibilidade de retratação.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** -É um dado ponderável. Eu acho ponderável o seu dado.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Quer dizer, o homem sabendo que nem que ela queira, ela vai poder dispor - isso nem precisaria estar dito, por quê? Porque, se a ação é penal pública, há o princípio da

**ADI 4424 / DF**

indisponibilidade da ação penal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O que é pior: surgir a ação penal por iniciativa de terceiro ou por iniciativa da vítima? O que protege mais?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A busca pela proteção maior.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência me permite? Pela prática da experiência judicante, em diversas hipóteses, no curso da ação penal, evidentemente, por via oblíqua, a manifestação da mulher, em favor do seu consorte, vai influir na avaliação do caso concreto pelo juiz, sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas nós caímos no quadro vigente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas o quadro vigente obriga a mulher a representar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Por outro caminho, caímos no quadro vigente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, vou contar um caso que houve no Tribunal do Júri, à época presidido por pessoa com a qual guardo relação íntima há trinta e nove anos. Ocorreu uma tentativa de homicídio. O companheiro – eram pessoas de escolaridade menor –, cortou, com um facão, a mão da companheira. No Júri, ela pedia misericórdia quanto ao companheiro e dizia: é um homem bom, não, não o coloquem na cadeia.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O júri

**ADI 4424 / DF**

absolveu ou condenou?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Espero tenha condenado.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Está vendo que a regra de Vossa Excelência nem sempre vale.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu tenho a experiência prática, eu já vi isso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Aliás, o caso é de crime de lesão gravíssima, mas, enfim...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, eu apenas entendo, como o Ministro Marco Aurélio, que a intimidação é maior sabendo que ela não pode se retratar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu só quero... eu não estou nem tomando posição, só estou suscitando uma questão que eu acho que a gente tem que levar em conta.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas, no caso do exemplo do Ministro Marco Aurélio, a mulher queria, na verdade, dar uma “mãozinha ao companheiro”.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - O Ministro Peluso tem uma preocupação que eu até louvo e nos possibilita essa discussão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Num livro interessante, numa publicação “Diásporas, diversidades, deslocamentos”, publicação recente, de 2010, Rosane Teixeira de Siqueira e Oliveira, citando Márcia

**ADI 4424 / DF**

Macedo, diz uma coisa muito interessante sobre as dificuldades das queixas, das denúncias, das reclamações que as mulheres fazem por espancamento nas próprias delegacias, ela disse o seguinte:

"Ao analisar as dificuldades por que passam as delegacias de polícia especializadas no atendimento à mulher, Lima (2007) analisa: 'Na verdade, elas refletem as dificuldades da aceitação, por parte da polícia e, mesmo, da população, da idéia defendida pelas feministas, desde a década de 60, de que a violência doméstica é crime' - ou seja, nem a população aceita com facilidade, nem a polícia, essa ideia-força, o machismo, de que a violência doméstica é crime - "e constitui um problema político. A aceitação plena desse princípio exige uma verdadeira quebra de paradigmas em uma cultura que tem o patriarcalismo como modelo de família. Os preconceitos, ainda hoje existentes com relação à mulher, afetam as relações e representações de gênero perpetuando, apesar das inegáveis mudanças, traços de uma cultura construída dentro de parâmetros morais judaico-cristãos, que continua, muitas vezes," - isso é importantíssimo - "responsabilizando a mulher pela violência de que é vítima."

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Exigir da mulher que represente não é protegê-la, mas deixá-la vulnerável – mais vulnerável ainda.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - É a denominada vitimologia machista, a mulher é culpada por ter apanhado.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - "A culpa foi dela que fez alguma coisa errada aqui". E ela começa a acreditar nisso.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - E aqui vem o arremate, também culturalmente denso:

Enquanto os homens são as maiores vítimas da violência nos



**ADI 4424 / DF**

espaços públicos - nas ruas, portanto, os homens matam e morrem mais do que as mulheres nos logradouros -, a grande maioria das mulheres agredidas sofrem violência dentro de sua própria casa.

Ou seja, os homens, além da covardia da agressão, da brutalidade contra a mulher, do ponto de vista da desproporção física, eles ainda apanham as mulheres indefesas, porque, entre quatro paredes, há invisibilidade social.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Há certa invisibilidade social.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Então, a cultura machista "nossa" nos leva a interpretar essa lei no sentido de dar como inaplicável para o caso.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** - Afirmo, pela experiência de vida e pelas estatísticas, que exigir da mulher a representação não é protegê-la, é deixá-la vulnerável.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - A não ser que se caia no mito de dizer que o defeito está na própria proteção, mas nós não podemos chegar a esse ponto.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Eu gostaria de fazer uma observação, na linha do que falou o Ministro Cezar Peluso e do que lembrava também há pouco o Ministro Celso de Mello, a propósito de uma preocupação de José Frederico Marques, quanto a essa delicada questão que envolve a relação familiar: a eventual recomposição, o processo que já prossegue. E aí eu tenho pelo menos uma dificuldade, isto é, acho que temos de explicitar, de forma muito clara, que é a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, neste caso de processo penal, quer dizer: qual é o parâmetro de controle? Claro, o parâmetro de controle é genérico, dignidade da pessoa humana, mas isso

**ADI 4424 / DF**

carece de alguma concretização, vimos na fundamentação trazida na ADI, muito bem elaborada pelo eminente Procurador-Geral.

O texto constitucional, se formos examiná-lo em relação às funções do Ministério Público, diz no artigo 129, inciso I:

"I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;"

Portanto, há um espaço de avaliação por parte do legislador, tendo em vista, aí, esse eventual entrecchoque de valores. E aqui nós estamos, realmente, diante desse tema que é assaz difícil, para nós, e extremamente difícil também no âmbito do Direito Comparado, que é esse controle genérico das normas legais de caráter penal; essa é a dificuldade.

Comungo com a preocupação, quer dizer, essa é uma política pública que se elege. Isso é um debate que se faz presente em relação às normas, por exemplo, de caráter penal: deve-se ou não criminalizar o aborto, deve-se ou não criminalizar o uso de drogas? Não no sentido de uma posição meramente liberal, mas em termos de legitimação.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Ministro Gilmar Mendes, se Vossa Excelência me permite, exatamente avaliando também sob esse ângulo, até que ponto nós, do Poder Judiciário, podemos valorar a política pública erigida pelo legislador, quando a nossa função, na essência, não é esta.

Então, eu até trouxe aqui uma passagem que, nesses casos específicos, a postura do Judiciário deve ser uma postura de autocontenção, como preconiza, por exemplo, o Professor Cass Sunstein, por quê? O legislador fez essas avaliações todas, ele avaliou todos os dados...

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA** - Mas elas se provaram erradas.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não, por isso é que eu acho

**ADI 4424 / DF**

que nesse caso... Estou dizendo exatamente o contrário. Estou dizendo que a lei, essa lei, nós a declaramos constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, Vossa Excelência me permite? Qual foi a política normativa do Congresso Nacional? De afastamento da Lei nº 9.099/95.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Foi, explicitamente.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Expressamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Como foi criada a representação? Mediante a Lei nº 9.099/95.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Sim, mas aqui o texto é expresse, Ministro: a despeito do afastamento da 99, há previsão do condicionamento da ação penal.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** – Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, existe quanto a outros crimes, mas não quanto à lesão corporal. O que digo é que a lesão corporal, antes da Lei nº 9.099, antes de 1995, provocava, mesmo leve ou culposa, a ação pública condicionada. Veio a nova lei e previu que, no caso de lesão corporal leve ou culposa, exige-se a representação. Mas o Congresso, no que regeu, de forma especial, a matéria, a proteção doméstica no tocante à mulher, afastou peremptoriamente a Lei nº 9.099/95. Se caminarmos no sentido de concluir que a ação é pública condicionada, estaremos, a contrariar o entendimento dos nossos representantes, dos deputados federais e dos senadores.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA** - Uma contradição.

**ADI 4424 / DF**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Não, aí não.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Bem, eu me limitei a trazer um tema à consideração dos Ministros, nem ainda avancei no meu ponto de vista. Eu quero dizer duas coisas: uma, é que considero alguma coisa sobre a qual vale a pena o Tribunal pensar, porque, na verdade, foi o legislador, que, levando em consideração a experiência anterior a essa lei, resolveu condicionar a ação penal.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Presidente, perdoe-me Vossa Excelência.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Vossa Excelência me permite? Foi o próprio legislador que, quando estabeleceu, nos artigos 12 e 16, o condicionamento da ação penal, examinou - eu suponho que bem examinou - a realidade anterior a essa lei e onde havia uma dificuldade, uma inibição de as mulheres levarem ao conhecimento da autoridade policial as ofensas físicas que sofriam. Então, eu acho que já houve aí um juízo do legislador.

Agora, nós estamos aqui fazendo o quê? Estamos, baseados em alegação de que esse modelo não estaria funcionando, retornando ao modelo anterior. E aí a pergunta que fica - e é essa que eu deixo aos Senhores - é: qual é a melhor interpretação que devemos dar para proteger a mulher? Manter a necessidade da representação ou voltar ao panorama anterior em que não havia necessidade de representação e que a ação penal era pública e incondicionada?

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – As estatísticas revelam.

**ADI 4424 / DF**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Noutras palavras, eu espero que tomemos a decisão mais acertada para proteger as mulheres.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** - Presidente, o que temos na Lei Maria da Penha? Não se aplica a Lei nº 9.099/95.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Salvo quanto à representação.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE)** - Qual foi o diploma que previu a necessidade da representação para ter-se a persecução criminal no caso de lesão corporal leve ou culposa? A Lei nº 9.099/95. Qual é a diferença entre dar-se a notícia do crime e a representação? Qual é a diferença? Mesmo porque hoje se toma, numa flexibilidade maior quanto à forma, a notícia-crime dada pela mulher como representação. É que, se ela não representar e houver a notícia do crime, por exemplo, por um vizinho, que cansou de presenciar e de ouvir as consequências, as palavras decorrentes das surras domésticas, apontadas pela Ministra Eliana Calmon, ter-se-á a persecução, deixando-se a mulher protegida, porque o marido não vai poder atribuir a ela a existência da ação penal.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA** - Claro. Ministro Marco Aurélio, introduz-se aí um elemento de impessoalidade, e a ação vai ser conduzida pelo Ministério Público, a alegação de que tenha partido dela desaparece.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** - Quer dizer, antes, quanto a todos, a ação era pública e incondicionada. Houve necessidade de se reger, de forma especial, a situação concreta da

**ADI 4424 / DF**

violência doméstica contra a mulher e, mesmo a lei especial afastando a representação – porque a representação, no caso de crime de lesão corporal leve decorre do artigo 88 da Lei nº 9.099/95 –, vamos restabelecer a exigência, vamos apontar que o artigo 41 é conflitante com a Carta da República, para colar representação?

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Não, nós manteríamos o 41.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Ministro Marco Aurélio, eu até vou um pouco mais longe. Além da 9.099 não se aplicar, e ela é o diploma que prevê a representação, o artigo 12 dispõe, dentre as providências, que a autoridade deve ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo. Então, essa lei também repete essa representação.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Se apresentada.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Essa lei também repete e é um óbice realmente à efetivação do direito fundamental da mulher.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Ministra, não se pode reduzir a termo o que não foi apresentado, é óbvio.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Exatamente, o que significa que não será sempre apresentada, como diz o Ministro Relator.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Acho que estamos todos esclarecidos, cada um tem o seu ponto de vista.

Vossa Excelência então está julgando procedente em parte?

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Sim, Presidente.

**ADI 4424 / DF**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Está dando interpretação conforme ao artigo 12, I e XVI.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** - A procedência é total, porque o Ministério Público pede a interpretação conforme à Carta para assentar que a persecução penal, considerada a lesão leve, independe da representação da vítima.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Esse é o núcleo.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Mas, quanto ao pedido de dizer que não se aplica a Lei nº 9.099, isso é textual do 41. Não se aplica, está aqui.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** - Presidente, se concluirmos que se impõe a representação, como a Lei Maria da Penha não versa o crime de lesão corporal leve, não versa, muito menos, em relação a esse crime, a essa agressão, necessidade de representação, vamos ter que dar ao artigo 41 interpretação conforme, para colar a exceção.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - É uma questão técnica, acho que não altera o resultado da ação. Mas, enfim, se Vossa Excelência quiser conduzir como total, não há problema nenhum.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** - Acolho o pedido formulado.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Já estamos todos esclarecidos quanto ao seu pensamento.

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**A Senhora Ministra Rosa Weber:** Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em face dos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

Eis o teor dos artigos impugnados:

*“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.”*

O autor formula pedidos de interpretação dos dispositivos impugnados conforme à Constituição, no sentido de: a) afastar, em qualquer hipótese, a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes cometidos no âmbito da “Lei Maria da Penha”; b) assentar que o crime de lesões corporais leves, quando praticado contra mulher no ambiente doméstico, processa-se mediante ação penal pública incondicionada; c) os



**ADI 4.424 / DF**

dispositivos referidos têm aplicação a crimes que se processam mediante representação, por previsão legal distinta da Lei 9.099/95. Em suma, que 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 9.099/95.

Caso a Corte entenda pelo não-cabimento da ação direta, pede, sucessivamente, o recebimento da peça vestibular como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A questão em debate diz com o processamento do crime de lesão corporal leve, quando praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, se mediante ação penal pública incondicionada ou ação penal pública condicionada à representação da ofendida.

Isso porque o processamento da ação penal pública relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas foi condicionado a representação por força de dispositivo da Lei 9.099/95:

*“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.”*

Por outro lado, o art. 41 da Lei 11.340 (Lei Maria da Penha) dispõe que *“aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995”*. Esse preceito, no entanto, tem sido interpretado, nos Tribunais, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, que já uniformizou sua jurisprudência – apreciando a questão segundo o rito de recursos repetitivos à apreciação do Resp 1.097.042/DF, em 24.2.2010 – no sentido de que o art. 41 da Lei 11.340/2006 apenas exclui a aplicação do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras da Lei 9.099, não importando em alteração da espécie de ação penal cabível para os crimes definidos no respectivo art. 88.

Em apertada síntese, o autor ampara seu pedido de interpretação conforme à Constituição nas seguintes teses:

a) entender que a ação penal é condicionada à representação, no

**ADI 4.424 / DF**

caso, fere a dignidade da mulher vítima de violência doméstica, como pessoa humana (art. 1º, III, da Carta Política);

b) condicionar a instauração da ação penal à representação da ofendida, no caso de lesão corporal leve praticada com violência doméstica contra a mulher, afronta o princípio da isonomia (art. 5º, I, da Lei Maior). A situação especial da mulher vítima de violência exige uma resposta especial do Estado, consistindo, a ação penal condicionada à representação, na espécie, em proteção insuficiente do Estado à vítima desse tipo de violência, uma vez inócua a remediar a situação de desequilíbrio de fato da mulher, em relação a outras vítimas do mesmo tipo penal, com delineamento, inclusive, de situação de discriminação indireta (art. 5º, XLI, da CF);

c) a proteção insuficiente nega eficácia, por conseguinte, ao art. 226, § 8º, da Constituição da República, pelo qual o Estado se obrigou a assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram e coibir a violência no âmbito familiar.

O que se questiona no feito, a meu juízo, não é a opção de política criminal do legislador, mas a validade, perante a ordem jurídica constitucional, de uma determinada interpretação do texto legislado, mormente quando **se faz presente interpretação alternativa** que, na tese do autor, ao contrário da interpretação impugnada, **confere densidade normativa** aos preceitos constitucionais invocados.

Entendo que a questão, tal como posta na peça vestibular, não se esgota na exegese de textos infraconstitucionais, concentrando-se, ao contrário, na alegada efetividade conferida – ou não, a depender da leitura que se faça das normas questionadas – a princípios e valores consagrados no texto da Constituição, o que, a meu sentir, autoriza o exame do mérito.

Cumprido destacar, diante disso, que segundo a interpretação da legislação questionada cuja inconstitucionalidade busca o autor ver reconhecida, os aludidos dispositivos da Lei Maria da Penha (arts. 12, I, 16 e 41), na prática, nada teriam inovado, na ordem jurídica então vigente, no tocante à necessidade de representação como condição da ação penal

**ADI 4.424 / DF**

para o processamento do crime de lesão corporal leve, ainda que praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher. Ou seja, simplesmente, não estabeleceriam qualquer a distinção, tendo em vista essa particularidade. O que se busca reputar inconstitucional, portanto, não seria, a rigor, uma inovação legislativa, mas, o que pode ser entendido, a grosso modo, como uma “omissão”, uma suposta recusa em se inovar legislativamente, a prevalecer a interpretação impugnada, cuja implicação seria a manutenção do regime geral de persecução penal, no tocante à necessidade de representação para a ação penal relativamente aos crimes de lesões corporais leves, no âmbito da Lei Maria da Penha. O que seria eventualmente reputado inconstitucional, como resultado da interpretação conforme à Constituição do art. 41 da Lei Maria da Penha propugnada na presente ação, assentando-se, conseqüentemente, o processamento mediante ação penal pública incondicionada dos crime de lesão corporal leve praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, não seria nenhum dos dispositivos da Lei 11.340/2006, e sim a própria aplicação, a esses crimes, do art. 88 da Lei 9.099/1995.

Reporto-me às considerações lançadas no voto por mim elaborado à apreciação da ADC 19:

“(…)

Resultado de denúncia apresentada na Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância com relação à violência contra a mulher, que levou à elaboração – por um grupo interministerial, a partir de anteprojeto cunhado por organizações não-governamentais – do projeto de lei que culminou na aprovação da Lei 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha, o processo de elaboração, discussão e, finalmente, aprovação e vigência dessa Lei, além de ter contado com intensa participação de diversos setores do Estado e da sociedade civil, resultou do reconhecimento, no plano do sistema regional de proteção internacional dos direitos humanos, da permanência de uma dívida histórica do Estado brasileiro em relação à adoção de mecanismos eficazes de

**ADI 4.424 / DF**

prevenção, combate e punição da violência de gênero.

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Maria da Penha v. Brasil*, considerou o Estado brasileiro **responsável** por ter falhado com o dever de observância das obrigações por ele assumidas – ao tomar parte da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), de 1994 – de condenar todas as formas de violência contra a mulher, seja pelo insucesso em agir, seja pela tolerância com a violência. A **ineficiência seletiva** do sistema judicial brasileiro, em relação à violência doméstica, foi tida como **evidência de tratamento discriminatório** para com a violência de gênero (Cfr. *Maria da Penha v. Brasil*, §§ 55 e 56).

O objetivo da Lei Maria da Penha é, pois, **coibir e prevenir** a violência doméstica e familiar contra a mulher. Organicamente, insere-se no contexto, iniciado nos anos 90, de especialização da legislação em face dos distintos modos de apresentação da violência na sociedade, com frequente amparo em dados estatísticos. Assim como, para ficar com apenas alguns exemplos dessa tendência normativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente trata de forma especializada da violência contra a criança, o Código de Defesa do Consumidor consiste na especialização do tratamento de uma espécie de violência contra o consumidor e o Código de Trânsito enfrenta a especialidade da violência no trânsito, na mesma linha identificam-se abordagens especializadas de diferentes formas de violência no Estatuto do Idoso, na Lei de Crimes Ambientais e, por fim, na Lei Maria da Penha.

Esta Corte Suprema já se manifestou, em duas ocasiões, ao julgamento de *habeas corpus*, sobre os arts. 16 e 41 da Lei Maria da Penha. No julgamento do HC-98880/MS (Relator Ministro Marco Aurélio de Mello), entendeu a Primeira Turma que a audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha pressupõe a iniciativa da vítima visando a afastar a representação. Significa dizer, tratando-se de crime processado mediante ação penal pública condicionada à representação da ofendida, a audiência

**ADI 4.424 / DF**

só será designada se, antes de recebimento da denúncia, a vítima houver manifestado o desejo de renunciar à representação. Recebida a denúncia sem notícia de qualquer manifestação da parte ofendida no sentido de se retratar da propositura da ação penal, a não realização da audiência especialmente designada para tal finalidade, prevista no referido art. 16, não acarreta a nulidade da ação penal.

A seu turno, no julgamento do HC-106212/MS, também relatado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), de modo a afastar a incidência da Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais), ainda que se cuidasse, na hipótese concreta, de contravenção, e não de crime *stricto sensu*, em decisão assim ementada:

*“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-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.”*

Na oportunidade, discutiu-se a constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha ao afastar a aplicação da Lei 9.099/1995, nos delitos contra a mulher, inclusive quando consubstanciada contravenção penal, afastando-se a interpretação gramatical da expressão “nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher”. No *habeas*

**ADI 4.424 / DF**

*corpus*, o paciente buscava anular o processo por não lhe ter sido oferecido o tratamento benéfico versado na Lei 9.099/1995, em especial a suspensão do processo (art. 89).

Às alegações de (a) **afronta ao art. 98, I, da Constituição da República**, no que prescreve a competência dos juizados especiais para os crimes de menor potencial ofensivo, e (b) ofensa ao **princípio da igualdade**, ao lhe ser conferido, tomada a pessoa da vítima como critério, **tratamento processual penal diferenciado**, respondeu esta Corte, à primeira, que não haveria falar em ofensa ao postulado isonômico. A situação de desequilíbrio de fato enfrentada pela mulher, e que a Lei Maria da Penha veio enfrentar, **justifica o discrimen**. E, à segunda, respondeu que o art. 41 da Lei Maria da Penha não colide com o art. 98, I, da CF, porque esse dispositivo constitucional se limita a prever a competência dos juizados especiais para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, sem, no entanto, prefixar o seu conteúdo.

Ora, a qualificação de determinados crimes como de “menor potencial ofensivo” foi deixada ao alvedrio do legislador que, ao elaborar e atualizar a política criminal, valora as condutas penalmente imputáveis, definindo o que avalia deva ser inserido ou não no conceito. Se a duração da pena máxima imputada a uma dada conduta tipificada foi e é um critério utilizado pelo legislador para assim proceder, nada impede que dele extraia exceções com base em critérios outros ou que venha a definir novos critérios para empreender essa conceituação. E a escolha do legislador na elaboração de um diploma normativo não o vincula na elaboração de novas leis. No julgamento mencionado, entendeu-se, pois, que aprovou ao legislador da Lei Maria da Penha, no exercício de uma reavaliação do tratamento conferido aos crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, excluí-los do conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo, não se aplicando, assim, o critério objetivo da duração máxima da pena nestes casos porque eleito outro fator para a determinação do seu

**ADI 4.424 / DF**

tratamento em termos de política criminal.

No presente feito, é distinta a questão posta em face do mesmo artigo 41 da Lei 11.340/2006: os crimes de lesão corporal leve, quando praticados no ambiente doméstico, processam-se mediante ação penal pública condicionada à representação ou mediante ação penal pública incondicionada?

Ao excetuar das hipóteses de incidência da Lei 9.099/1995 os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, o art. 41 da Lei 11.340/2006 se mostra categórico. Ao afirmar inaplicável a Lei 9.099/1995, tenho por clara a atribuição, pelo legislador, a tais crimes, de tratamento específico – diferenciado – dando nova dimensão, quanto à sua importância, a esse tipo de ilícito. Procedendo a nova valoração, alterou o seu processamento de maneira abrangente.

O legislador da Lei Maria da Penha não explicitou, nem no art. 41 nem em qualquer outro dispositivo desse diploma, os fins para os quais negou a aplicação da Lei 9.099/1995 aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Referiu-se à lei *in totum*. É regra básica de hermenêutica jurídica que não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu, de modo a excluir da eficácia do preceito, no caso, a definição do tipo de ação penal cabível. Compreensão diversa estaria a conflitar com o § 8º do art. 226 da Lei Maior.

A exegese do art. 41 da Lei 11.340/2006 compatível, a meu juízo, com a ordem constitucional é aquela que confere máxima eficácia ao art. 226, § 8º, da Carta Republicana, que, ao assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, demanda do Estado a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das respectivas relações. O Estado somente se desincumbe satisfatoriamente do seu dever de agir positivamente na criação de mecanismos para coibir a violência no seio familiar quando tais mecanismos são adequados e eficazes à concretização do seu fim.

Oportuno referir aqui a pesquisa realizada entre janeiro e fevereiro de 2011 pelo Instituto Avon/Ipsos, e divulgada em janeiro de 2012 na

**ADI 4.424 / DF**

Revista de Direitos Humanos, publicação da Associação dos Magistrados Brasileiros, que dá conta da existência de importantes fatores que se erigem como obstáculos a que as vítimas desse tipo de violência denunciem os seus agressores, tais como a dependência emocional e financeira – seja real ou imaginária –, e o medo da morte. E seria ilusório crer que esses mesmos fatores que, no momento de denunciar a agressão, comprimem a autonomia da vontade da mulher, desaparecerão no momento de representar contra o agressor.

Esses dados ilustram bem um contexto no qual exigir da mulher agredida que, a fim de se dar início à ação penal, represente contra aquele que sobre ela exerce forte coação moral e domínio psicológico, a colocando em situação de vulnerabilidade física e emocional, atenta contra a própria dignidade da pessoa humana – valor fundante da nossa República (art. 1º, III, da Carta Política).

Por outro lado, a concepção segundo a qual indevida, por se tratar de interferência em “questão privada”, a tutela estatal nos casos de violência contra a mulher, se mostra incompatível com a obrigação constitucional do Estado de assegurar positivamente à mulher vítima de violência a plena fruição de seus direitos. A esse respeito, vale mencionar que é iterativa a jurisprudência dos mecanismos regionais de proteção internacional dos direitos humanos – tanto no sistema europeu quanto no sistema interamericano – no que admitem a intervenção na vida privada ou familiar dos indivíduos, desde que necessária para proteger a saúde e outros direitos igualmente importantes ou para prevenir a consumação de ato criminoso (Cfr. *Opuz vs. Turquia*, § 144, 2009; *Bevacqua e S. vs. Bulgária*, § 83, 2008; *K.A. e A.D. vs. Bélgica*, § 81, 2005; *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, 1988).

Entendo que a eficácia esperada dos mecanismos destinados a assegurar à mulher suficiente proteção contra a violência doméstica resultaria fortemente prejudicada se condicionada a persecução penal à representação da ofendida. Diante das condições especiais em que são perpetrados os atos de violência doméstica, tal condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória a sua saúde e



**ADI 4.424 / DF**

segurança. Ao desconsiderar o propósito da legislação em exame – escorada em compromissos assumidos no texto da Constituição Republicana e em tratados internacionais – de afirmar um sistema de persecução e punição minimamente eficaz para o tipo específico de violência que é a violência doméstica direcionada contra a mulher, a interpretação do art. 41 da Lei 11.340/2006 que assim conclui resulta em falta para com a obrigação do Estado de atuar positivamente na realização do seu objetivo.

Conforme destaquei ao julgamento da ADC 19,

“esse aspecto ficou muito bem delineado no julgamento do caso *Opuz vs. Turquia*, perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2009, que resultou na condenação do Estado demandado – a Turquia – por falhar em fornecer, na legislação doméstica, mecanismos suficientes de proteção em face da violência praticada contra a mulher no ambiente familiar. No caso, norteou a decisão o fato de que o Estado não poderia prosseguir com a ação penal contra o agressor, na hipótese de retratação da vítima, quando se tratasse, mal comparando, de lesão corporal considerada, nos moldes daquela jurisdição penal, menos grave. O arcabouço legislativo então em vigor foi censurado, por esse motivo, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por estar “(...) *aquém dos requisitos inerentes às obrigações positivas do Estado de estabelecer e aplicar efetivamente um sistema que puna todas as formas de violência doméstica e forneça salvaguardas suficientes para as vítimas*”, assentando-se, ainda que “*as autoridades responsáveis pela persecução deveriam ter sido capazes de prosseguir com o processo como questão de interesse público, independentemente da retirada da reclamação*” (*Opuz vs. Turquia*, § 145).

O dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares se concretiza na definição e implementação das políticas públicas, voltadas a esse fim, cujas feições são dependentes das opções feitas pelo legislador. Não obstante, o espectro de escolhas legislativas disponíveis, do ponto de vista constitucional, somente inclui aquelas que

**ADI 4.424 / DF**

fornece proteção suficiente ao bem jurídico tutelado, aquelas que sejam, por assim dizer, eficazes, sob pena de ser negada a força normativa da Constituição. A **insuficiência na prestação estatal protetiva** configura, **em si mesma**, uma **afronta à garantia inscrita no texto constitucional**.

Não tivesse a experiência com a aplicação da Lei 9.099/1995 se mostrado inadequada ou insuficiente para lidar com a violência praticada no âmbito familiar, e não teria o legislador inserido, na Lei 11.340/2006, o seu art. 41.”

Em artigo publicado em 2006, no qual analisava as expectativas em relação à recém-aprovada Lei 11.340, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon chamou atenção para o fracasso da Lei 9.099/1995, em termos de política criminal, no tocante aos casos de violência doméstica contra a mulher:

*“Lamentavelmente, a realidade mostrou-se inteiramente diferente da ideia conceitual dos que lutaram pela aprovação dos Juizados. Em pouco tempo, chegou-se à conclusão de que o diploma legal serviu para a legalização da ‘surra doméstica’.*

(...)

*A suavidade da pena e o desaparecimento da culpa do agressor pelas tratativas procedimentais levavam à reincidência, ou seja, outra surra, outra agressão, acompanhada de coação, para que a vítima não usasse o suporte legal nos próximos embates.” (ALVES. Eliana Calmon. A Lei Maria da Penha In Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 18, n. 1, jan./jun. 2006)*

Admitir o condicionamento da ação pública à representação da ofendida, nos casos de lesões corporais leves, nega o espírito da Lei Maria da Penha. No julgamento do HC 106.212, o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, muito bem lembrou que *“nesse campo, a reincidência é regra, não é exceção”*. Acresço que, nesse campo, a regra é a progressão gradual de crimes mais leves que, em sendo tolerados, dão lugar a

**ADI 4.424 / DF**

agressões cada vez mais graves, muitas vezes com consequências fatais.

É difícil imaginar uma seara onde a vontade da vítima esteja mais vulnerável a pressões externas – e internas – do que nos crimes de violência doméstica. Reconhecendo esse dado, a Lei Maria da Penha instituiu, mesmo quanto aos crimes em relação aos quais a propositura da ação penal está sujeita à representação da ofendida, mecanismos de tutela para assegurar e qualificar a livre manifestação de vontade da vítima, como se depreende dos arts. 12, I, e 16, não por acaso também objeto da presente ação, em que se busca lhes seja conferida interpretação conforme a Constituição da República.

O inciso I do art. 12 dispõe que, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ao colher o registro da ocorrência, a autoridade policial deverá imediatamente tomar a representação a termo, se apresentada, e o art. 16, ao exigir condições especiais para a retratação – o artigo chama de renúncia embora se trate, tecnicamente, de retratação – contém mecanismo que não só busca garantir qualitativamente a autonomia da manifestação de vontade, como também, na prática, dificulta a sua ocorrência. Extrai-se que todo o sistema da Lei Maria da Penha sinaliza no sentido de uma atuação mais forte e de uma tutela mais presente do Estado na persecução dos crimes praticados contra a mulher no âmbito da família.

Impende observar, por fim, o amplo reconhecimento do fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico, na esfera das relações de gênero (art. 5º, I, da Lei Maior) reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.

Aqui, peço vênias para novamente remeter aos fundamentos por mim expendidos ao exame da ADC 19:

“Com efeito, a Constituição expressamente confere à mulher, em alguns dispositivos, tratamento diferenciado, protetivo, na perspectiva de, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, *“acertar, na diferença de cuidado jurídico, a igualação do*

**ADI 4.424 / DF**

*direito à dignidade na vida*” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 75).

Assim, foi por ter presente a constatação da história de desfavorecimento à mulher no mercado de trabalho, que o constituinte, no art. 7º, XX, incumbiu ao legislador de elaborar mecanismos jurídicos de incentivos específicos para a proteção do mercado de trabalho da mulher. Da mesma forma, a Constituição assegura à mulher, no art. 201, § 7º, I e II, aposentadoria com menor tempo de contribuição e menor idade, em comparação ao homem. E, enquanto o art. 10, §, 1º, do ADCT, disciplinando provisoriamente a licença-paternidade prevista no art. 7º, XIX, da CF, fixa-lhe a duração de cinco dias, a licença à gestante, nos termos do art. 7º, XVIII, não será inferior a cento e vinte dias.

Entendo que uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização. Quando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica (art. 5º, *caput* e I da CF), materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade.

Indivíduos identificados como especialmente vulneráveis em função do grupo social a que pertencem têm reconhecido pelo sistema constitucional o direito à proteção do Estado, na forma de mecanismos eficazes de dissuasão, contra violações da sua integridade pessoal (Vejam-se, exemplificativamente, os arts. 129, inciso V – populações indígenas; 227, § 1º, II – portadores de necessidades especiais físicas, sensoriais ou mentais; 230, § 1º – idoso).

Sobre os desafios hermenêuticos apresentados pela urgência na concretização dos direitos fundamentais demandada na contemporaneidade, têm se debruçado não só as

**ADI 4.424 / DF**

Cortes constitucionais das mais diversas jurisdições nacionais, mas também as Cortes integrantes dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Pode-se afirmar que a evolução de praticamente todas as democracias constitucionais modernas converge para uma compreensão do princípio da igualdade segundo a qual, na precisa definição da Corte Europeia de Direitos Humanos, “discriminação significa tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente similar” (*Willis vs. Reino Unido*, § 48, 2002; *Okpiz vs. Alemanha*, § 33, 2005). *Contrario sensu*, deixar de tratar diferentemente, sem um **objetivo e justificativa razoável**, pessoas em situação relevantemente diferente, também é discriminar.

Sobre o tema, me reporto a duas belíssimas monografias tematizando a igualdade, da Ministra Cármen Lúcia e de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“O princípio jurídico da igualdade refaz-se na sociedade e rebaliza conceitos, reelabora-se ativamente, para igualar iguais desiguados por ato ou com a permissão da lei. O que se pretende, então, é que a ‘igualdade perante a lei’ signifique ‘igualdade por meio da lei’, vale dizer, que seja a lei o instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas entre as pessoas. (...) O que se pretende, pois, é que a lei desiguale iguais, assim tidos sob um enfoque que, todavia, traz consequências desigualadoras mais fundas e perversas. Enquanto antes buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desigualando em alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal.*

(...)

*Ao comportamento negativo do Estado, passa-se, então, a reivindicar um comportamento positivo. O Estado não pode*

**ADI 4.424 / DF**

*criar legalidades discriminatórias e desigualadoras, nem pode deixar de criar situações de igualação para depurar as desigualdades que se estabeleceram na realidade social em detrimento das condições iguais de dignidade humana que impeçam o exercício livre e igual das oportunidades, as quais, se não existirem legalmente, deverão ser criadas pelo Direito. Somente então se terá a efetividade do princípio jurídico da igualdade materialmente assegurado.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 39 e 41)*

*“(…) não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas com os interesses acolhidos no sistema constitucional.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 54)*

A Lei Maria da Penha reconhece o fenômeno da violência doméstica contra a mulher como uma **forma específica de violência** e, diante disso, incorpora ao direito instrumentos que levam em consideração as particularidades que lhe são inerentes. Reconhece, pois, a desigualdade de gênero, e vem assim a proteger a mulher no horizonte definido pelo art. 226, § 8º, da Constituição Republicana. Ao encarregar o Estado de assegurar assistência à família “na pessoa de cada um dos que a integram”, a Constituição revela não ignorar que os diferentes integrantes da família ostentam necessidades assistenciais distintas, a depender da posição que ocupam no âmbito das relação familiar.

**ADI 4.424 / DF**

Na Resolução 2003/45, a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos reconheceu expressamente o nexo entre violência baseada no gênero e discriminação, enfatizando que *“todas as formas de violência e discriminação contra mulheres ocorrem no contexto de discriminação de jure e de facto e do status rebaixado legado às mulheres na sociedade, e são exacerbadas pelos obstáculos frequentemente enfrentados pelas mulheres na procura de remédios do Estado”*.

Considerar o princípio da igualdade tão somente em sua dimensão formal, sem atentar para a dimensão material, inviabiliza toda e qualquer ação afirmativa, voltada a reparar seja desigualdades de gênero, seja de raça, credo, idade ou condição social. Sem consideração à dimensão material – norteadora da Lei Maria da Penha – do princípio da igualdade, não teríamos os sistemas de proteção dos direitos do consumidor e dos direitos do trabalhador, ambos amparados na hipossuficiência e, por isso mesmo, na vulnerabilidade, tampouco teríamos Estatuto do Idoso, legislação de proteção à pessoa portadora de necessidades especiais Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não desconheço que o homem possa ser vítima de violência doméstica. No entanto, a legislação não lhe dá maior ênfase ao prevenir e coibir, por se tratar da exceção, não da regra, como revelam os dados estatísticos estarrecedores da violência de gênero. Para esses casos, os arts. 44, II, “g”, e 61, II, “f”, do Código Penal já ofereceriam proteção suficiente.

Ora, o requisito da representação da ofendida, como condição da ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves, impõe, do ponto de vista psicossocial, exigências maiores às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, do que às vítimas que sofrem esse mesmo tipo de lesão em outros contextos sociais, nos quais não se cogita de subordinação afetiva da vítima ao agressor. Em vista das condições especiais em que os crimes domésticos contra a mulher são praticados, nas quais há uma vinculação da vítima ao agressor, o impacto dessa exigência não é o mesmo para ambas as vítimas, não sendo,

**ADI 4.424 / DF**

consequentemente, proporcional.

Destaco, ainda, em sentido convergente, muito embora a *contrario sensu*, a decisão proferida na ADI 3096, da qual foi relatora a Ministra Cármen Lúcia:

*“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 39 E 94 DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). RESTRIÇÃO À GRATUIDADE DO TRANSPORTE COLETIVO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE SELETIVOS E ESPECIAIS. APLICABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEI 9.099/1995 AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA IDOSOS. 1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 39 da Lei 10.741/2003. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade nessa parte. 2. Art. 94 da Lei n. 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão “do Código Penal e”. Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95: benefício do idoso com a celeridade processual. Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, ao art. 94 da Lei n. 10.741/2003.”*

No precedente, a Corte conferiu ao art. 94 do Estatuto do Idoso interpretação conforme à Constituição, com redução de texto, para assentar que a aplicação da Lei 9.099/1995 aos crimes com pena máxima superior a dois anos e inferior a quatro, quando praticados contra o idoso se restringe ao rito célere, o que vem em benefício do idoso. Afastou a extensão, aos crimes com pena superior a dois anos e inferior a quatro, praticados contra o idoso, das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/1995, porque se estaria estabelecendo fator de discrimen desproporcional, uma vez que o crime praticado contra o bem jurídico



**ADI 4.424 / DF**

que se quis tutelado com maior zelo, o crime contra o idoso, receberia tratamento diferenciado, mas favorável ao agente, em franca desproporcionalidade em relação ao mesmo crime, quando não praticado contra o idoso, sem razão que o justificasse. Cuidou-se, pois, de expungir da ordem constitucional, discriminação injustificada, porque caminhava em sentido oposto à tutela pretendida.

Diferentemente, a discriminação afirmativa que se projeta da Lei Maria da Penha se faz acompanhar de razão que, na exata medida em que se presta a compensar a discriminação de fato cuja existência reconhece, a justifica, prestando reverência ao princípio da igualdade consagrado no artigo 5º, I, da Constituição da República.

**Conclusão**

Ante o exposto, acompanho o voto do eminente Relator, quando julga procedente a ação, dando interpretação conforme ao art. 41 da Lei 10.340/2006 ( Lei Maria da Penha), sem redução de texto, para fixar o sentido de que (1) aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, inclusive o disposto no seu art. 88, e que, conseqüentemente, o crime de lesões corporais leves, quando praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, processa-se mediante ação penal pública incondicionada, e (2) que 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 ato normativo outro que não a Lei 9.099/1995.

**É como voto.**

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, parabenizando a Ministra Rosa Weber pela profundidade de seu voto, eu também gostaria, em primeiro lugar, de me solidarizar com a manifestação da Ministra Cármen Lúcia.

Na oportunidade em que o Ministro Marco Aurélio votava a questão da constitucionalidade da lei, à luz do princípio da igualdade, eu afirmei, realmente, que não se poderia considerar iguais mulheres que sofrem violência doméstica e mulheres que não sofrem violência doméstica, quando então evidentemente a eminente Ministra afirmou que todas as mulheres sofrem a mesma violência doméstica, ainda que uma só tenha sofrido e sem nenhuma discriminação. E, voltado para o princípio da igualdade, eu gostaria de me solidarizar e dizer que nós homens de bem também nos sentimos atingidos quando uma mulher sofre violência doméstica.

Senhor Presidente, me debruçando esta manhã sobre o tema, eu verifiquei que realmente não há possibilidade de solucionarmos essa questão sem perpassarmos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tão bem explorado no voto do Ministro Marco Aurélio. E é muito bom que se deixe enfatizado, e eu pude colher através de vários insertos que, na visão kantiana, as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade; o que significa dizer que o homem, conquanto ser humano, não pode dispor da mais íntima propriedade; o homem pode não ter absolutamente nada de bem material, mas sempre terá um patrimônio imaterial, que é a sua dignidade, porque vivemos a era em que há a sobrepujança do ser sobre o ter.

Senhor Presidente, a matéria já foi debatida, e, sob o ângulo da tutela da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares da República Federativa do Brasil, Estado democrático de direito, e realmente a erigir a

**ADI 4.424 / DF**

necessidade da representação, no meu modo de ver, revela-se um obstáculo à efetivação desse direito fundamental, porquanto a proteção resta incompleta e deficiente, mercê de revelar subjacentemente uma violência simbólica e uma afronta a essa cláusula pétrea. Isso consta do Pacto São José da Costa Rica, consta de todos os documentos transnacionais, que realmente essa violência se encarta na violação aos direitos fundamentais, especificamente à dignidade da pessoa humana. Isso vem assentado na exposição de motivos, que eu vou trazer à colação quando da juntada do voto, e verifico que, sob o ângulo do princípio da razoabilidade, não se revela mesmo razoável essa representação exigível da mulher, que demonstra ser uma estratégia inibidora, como destacou o Ministro Marco Aurélio, pelo aspecto biopsicológico: a mulher já está abalada no seu emocional diante da agressão, da violência física, moral, sexual, enfim; de sorte que essa repressão à violência doméstica deve se fazer **ex officio**. Há aqui uma série de estudos e textos de autores que revelam exatamente essa ponderação a que levou efeito o Ministro Marco Aurélio. Ele fez uma ponderação: o que inibe mais essa violência doméstica? O ofensor saber que é indisponível a propositura daquela ação ou ele saber que a mulher pode, coagida .....

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E que não depende da vítima.

Agora, não impeço que ela leve a notícia do crime, como qualquer do povo poderá levar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E a prática judiciária revela que, às vezes, no curso da ação penal, ela vai a juízo e produz uma declaração que o juiz .....

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Fica mais protegida não tendo de tomar a iniciativa contra o companheiro, ou o marido.

**ADI 4.424 / DF**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Sem dúvida.

Eu comungo dessa valoração que Vossa Excelência empreendeu. E entendo até mais. Entendo que não se fazer essa valoração e impor-se a necessidade de representação, vai incidir na violação da proteção deficiente do Estado, a que se referiu o Ministro Gilmar Mendes.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – É a metade do caminho.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Aqui eu faço, exatamente, uma digressão sobre esse tema, que todos os Senhores já conhecem, e até um paralelismo, Ministro Ayres Britto, porque veja o seguinte. Quando o artigo 37 da Constituição Federal exige uma administração eficiente, isso também, de alguma forma, atinge o Poder Judiciário, porque o Poder Judiciário se incumba da administração da Justiça. Como é que vamos garantir um acesso a uma ordem jurídica justa, se vamos criar um obstáculo para que a mulher ofereça a sua notícia ou tenha a tutela dos seus direitos empreendida pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, não se pode imaginar o respeito à cláusula pétrea da duração razoável dos processos se o Poder Judiciário não for efetivamente um poder eficiente.

Por essas razões, Senhor Presidente, trago aqui uma série de argumentos. Evidentemente que hoje a teoria argumentativa é muito importante para sopesar uma questão desta. Como Vossa Excelência mesmo trouxe à baila, é uma questão que pode gerar perplexidade, senão vai ficar pior o panorama, ou melhor, mas, de qualquer maneira, amanhã, os jornais já estarão noticiando, aos ofensores, que se eles perpetrarem qualquer violência, o problema será único e exclusivamente deles.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – É uma inibição.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Exatamente, porque a

**ADI 4.424 / DF**

ofendida não poderá retratar-se daquela ação penal que não pertence mais a ela, mas uma ação penal pública.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não se exigirá que se exponha, representando contra o agressor.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - De sorte, Senhor Presidente, que eu vou fazer a juntada do voto por escrito, mas acompanho integralmente o voto do eminente Ministro Marco Aurélio, com as observações diminutas que ora lancei.

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX : Senhor Presidente,**

Vivemos a era da dignidade. O Direito, que outrora bradava pela sua independência em relação a outras ciências sociais, hoje torna arrependido ao seu lar: o Direito reside na moral. Há, entre esses dois conceitos, uma conexão não apenas contingente, mas necessária.

Vivemos a era neokantiana. Ainda no Século XVIII, Immanuel Kant nos ensinava que, independente de nossas crenças religiosas, é uma exigência da racionalidade reconhecer que o ser humano não tem preço, tem dignidade, e que não é possível fazer dele meio para a consecução do que quer que seja. É a sobrepujança do ser sobre o ter. A cada dia essa lição, cravada no art. 1º, III, da Carta de outubro, nos revela novas nuances, em um aprendizado perene.

A tendência expansiva do sobreprincípio constitucional da dignidade humana resta bastante clara na doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes, que dele extrai os princípios da igualdade, da integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade (O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: Constituição, direitos fundamentais e direito privado. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119).

Analisando a filosofia de Kant, Michael Sandel, professor de Harvard, ensina que alguns preceitos básicos de justiça, como a igualdade, se utilizados indiscriminadamente, podem conduzir à barbárie e à ruína da dignidade humana. Nas suas palavras: “a ideia de que somos donos de nós mesmos, se aplicada de maneira radical, tem implicações

**ADI 4.424 / DF**

que apenas um libertário convicto poderia apoiar; um Estado mínimo, o que exclui a maioria das medidas para diminuir a desigualdade e promover o bem comum; e uma celebração tão completa do consentimento que permita ao ser humano infligir afrontas à própria dignidade” (SANDEL, Michael. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 135-136).

A Lei Maria da Penha reflete, na realidade brasileira, um panorama moderno de igualdade material, sob a ótica neoconstitucionalista que inspirou a Carta de Outubro de 1988 teórica, ideológica e metodologicamente. A desigualdade que o diploma legal visa a combater foi muito bem demonstrada na exposição de motivos elaborada pela Secretaria de Proteção à Mulher:

Ao longo dos últimos anos, a visibilidade da violência doméstica vem ultrapassando o espaço privado e adquirindo dimensões públicas. Pesquisa da Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar - PNAD do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, no final da década de 1980, constatou que 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem nos espaços domésticos e são praticadas por pessoas com relações pessoais e afetivas com as vítimas.

Para enfrentar esse problema, que aflige o núcleo básico da nossa sociedade – a família – e se alastra para todo o corpo comunitário por força dos seus efeitos psicológicos nefastos, é necessária uma política de ações afirmativas que necessariamente perpassa a utilização do Direito Penal.

A adoção das ações afirmativas é o resultado de uma releitura do conceito de igualdade que se desenvolveu desde tempos remotos. Na clássica obra Aristotélica “A Política”, o filósofo já ponderava que “*A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e*

**ADI 4.424 / DF**

*os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção."*

A nossa Carta Magna herdou da experiência norte americana a expressa consagração da igualdade, que, a bem de ver, é mesmo um princípio da razão prática. A *Virginia Bill of Rights* de 1776 foi o primeiro diploma constitucional a homenagear esse preceito, no seu artigo 4º, posteriormente repetido na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, logo no primeiro artigo. Era, porém, uma concepção liberal da igualdade, simplesmente formal, ignorando a diferença de condições sociais entre os sujeitos iguados.

A partir do Estado Social de Direito, cujo marco é o conhecido *welfare state*, percebeu-se que a atitude negativa dos poderes públicos era insuficiente para promover, de fato, a igualdade entre as pessoas. Exige-se uma atitude positiva, através de políticas públicas e da edição de normas que assegurem igualdade de oportunidades e de resultados na divisão social dos bens escassos. Na lição de Canotilho, não há igualdade no não direito (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 7 ed., 2003. p. 427).

Esse senso de discriminação positiva foi analisado com maestria pelo Min. Joaquim Barbosa em sede doutrinária, *verbis*:

“Em Direito Comparado, conhecem-se essencialmente dois tipos de políticas públicas destinadas a combater a discriminação e aos seus efeitos. Trata-se, primeiramente de políticas governamentais de feição clássica, usualmente traduzidas em normas constitucionais e infraconstitucionais de conteúdo proibitivo ou inibitório da discriminação. Em segundo lugar, de normas que ao invés de se limitarem a proibir o tratamento discriminatório, combatem-no através de medidas de promoção, de afirmação ou de restauração, cujos



**ADI 4.424 / DF**

efeitos exemplar e pedagógico findam por institucionalizar e por tornar trivial, na sociedade, o sentimento e a compreensão acerca da necessidade e da utilidade da implementação efetiva do princípio universal da igualdade entre os seres humanos.”

(BARBOSA GOMES, Joaquim B. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade – o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 49)

Sendo estreme de dúvidas a legitimidade constitucional das políticas de ações afirmativas, cumpre estabelecer que estas se desenvolvem também por medidas de caráter criminal. Uma abordagem pós-positivista da nossa Carta Magna infere dos direitos fundamentais nela previsto deveres de proteção (*Schutzpflichten*) impostos ao Estado. Como o Direito Penal é o guardião dos bens jurídicos mais caros ao ordenamento, a sua efetividade constitui condição para o adequado desenvolvimento da dignidade humana, enquanto a sua ausência demonstra uma proteção deficiente dos valores agasalhados na Lei Maior.

Ingo Sarlet, em estudo sobre a proteção deficiente no Direito Penal, empreendeu a seguinte análise:

“cumpre sinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo) , como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações, isto sem falar nas violações de bens fundamentais de caráter transindividual como é o caso do meio

**ADI 4.424 / DF**

ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do Estado democrático de Direito e das suas instituições, também no tocante às respostas para a criminalidade num mundo em constante transformação.

A partir destes exemplos e das alarmantes estatísticas em termos de avanços na criminalidade, percebe-se, sem maior dificuldade, que à crise de efetividade dos direitos fundamentais corresponde também uma crise de segurança dos direitos, no sentido do **flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo poder público, no âmbito dos seus deveres de proteção** (...). Por segurança no sentido jurídico (e, portanto, não como equivalente à noção de segurança pública ou nacional) compreendemos aqui – na esteira de Alessandro Baratta – um atributo inerente a todos os titulares de direitos fundamentais, a significar, em linhas gerais (para que não se recaia nas noções reducionistas, excludentes e até mesmo autoritárias, da segurança nacional e da segurança pública) a efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de intervenção ilegítimo por parte de detentores do poder, quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder.”

(SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3, 2003. p. 86 e segs.)

Uma Constituição que assegura a dignidade humana (art. 1º, III) e que dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações (art. 226, § 8º), não se compadece com a realidade da sociedade brasileira, em que salta aos olhos a alarmante cultura de subjugação da mulher. A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermassverbot*).

**ADI 4.424 / DF**

Longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da Constituição), a Lei nº 11.340/06 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social. Ao contrário do que se imagina, a mulher ainda é subjugada pelas mais variegadas formas no mundo ocidental. São mecanismos de opressão insidiosos, muito bem expostos por Nicla Vassallo e Concita De Gregorio em texto recente (*Donne e oppressioni tra Occidente, Oriente, Islam. Sui meccanismi di controllo dei corpi femminili. In: Ration Pratica, 37. Il Mulino, 2011. pp. 403-416*).

Por óbvio, todo *discrímen* positivo deve se basear em parâmetros razoáveis, que evitem o desvio de propósitos legítimos para opressões inconstitucionais, desbordando do estritamente necessário para a promoção da igualdade de fato. Isso porque somente é possível tratar desigualmente os desiguais na exata medida dessa desigualdade. Essa exigência de razoabilidade para a edição de ações afirmativas foi muito bem analisada por Canotilho:

**“(...) o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objectivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: **existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer****

ADI 4.424 / DF

**diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.”**

(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 7 ed., 2003. p. 428)

Bem por isso, o afastamento da constitucionalidade da Lei Maria da Penha seria uma atividade essencialmente valorativa, acerca da razoabilidade dos fundamentos que lhe subjazem e da capacidade de seus institutos para colimar os fins a que se destina. É que, no campo do princípio da igualdade, qualquer interpretação da medida escolhida pelo Parlamento pressupõe seja feito um juízo de valor. No entanto, salvo em casos teratológicos, a decisão do legislador deve ser prestigiada. Se não é factível defender que jamais será possível a intervenção do Judiciário nessa matéria, nem por isso se pode postular um excessivo estreitamento das vias democráticas.

Aqui se impõe uma postura de autocontenção do Judiciário (*judicial self-restraint*), na feliz expressão de Cass Sunstein (One Case At A Time. Judicial Minimalism On The Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press. 1999), sob pena de indevida incursão na atividade legislativa.

Nesse ponto, é essencial invocar as ponderações de Robert Alexy, quando enfrentou idêntico problema no ordenamento alemão:

“Saber o que é uma razão suficiente para a permissibilidade ou a obrigatoriedade de uma discriminação não é algo que o enunciado da igualdade, enquanto tal, pode responder. Para tanto são exigíveis outras considerações, também elas valorativas. E é exatamente a esse ponto que são direcionadas as críticas fundamentais acerca da vinculação do legislador ao enunciado geral da igualdade. Essas críticas sugerem que uma tal vinculação faria com que o Tribunal Constitucional Federal pudesse impor sua concepção acerca de uma legislação correta, razoável e justa no lugar da

ADI 4.424 / DF

**concepção do legislador, o que implicaria um ‘deslocamento de competências sistemicamente inconstitucional em favor do Judiciário e às custas do legislador’.** Essa objeção, que, no fundo, sugere que o Tribunal Constitucional Federal se transformaria em uma corte de justiça com competências ilimitadas que decidiria sobre questões de justiça, pode, no entanto, ser refutada.

(...) Se há casos nos quais estejam presentes razões suficientes para a admissibilidade mas não para a obrigatoriedade de um tratamento desigual, então, há também casos nos quais o enunciado geral da igualdade não exige nem um tratamento igual, nem um tratamento desigual, mas permite tanto um quanto o outro. Isso significa que **ao legislador é conferida uma discricionariedade.**

(...) Nesse sentido, não se pode argumentar que a vinculação do legislador ao enunciado da igualdade faz com que ao Tribunal Constitucional Federal seja conferida uma competência para substituir livremente as valorações do legislador pelas suas próprias. É possível apenas argumentar que o enunciado geral de liberdade confere ao tribunal determinadas competências para definir os limites das competências do legislador.”

(ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 411-413)

Por isso, Senhor Presidente, não é possível sustentar, *in casu*, que o legislador escolheu errado ou que não adotou a melhor política para combater a endêmica situação de maus tratos domésticos contra a mulher. Vale lembrar que a Lei Maria da Penha é fruto da Convenção de Belém do Pará, por meio da qual o Brasil se comprometeu a adotar instrumentos para punir e erradicar a violência contra a mulher. Inúmeros outros compromissos internacionais foram assumidos pelo Estado brasileiro nesse sentido, a saber, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), o Protocolo

**ADI 4.424 / DF**

Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, dentre outros.

Justifica-se, portanto, o preceito do art. 41 da Lei nº 11.343/06, afastando-se todas as disposições da Lei nº 9.099/95 do âmbito dos crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Ao suposto ofensor, não serão conferidos os institutos da suspensão condicional do processo, da transação penal e da composição civil dos danos.

Do mesmo modo, os delitos de lesão corporal leve e culposa domésticos contra a mulher independem de representação da ofendida, processando-se mediante ação penal pública incondicionada. O condicionamento da ação penal à representação da mulher se revela um obstáculo à efetivação do direito fundamental à proteção da sua inviolabilidade física e moral, atingindo, em última análise, a dignidade humana feminina. Tenha-se em mente que a Carta Magna dirige a atuação do legislador na matéria, por incidência do art. 5º, XLI (“*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”) e do art. 226, § 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*”).

No que atine à competência prevista no art. 33, a Lei Maria da Pena também não merece reparos. Uma adequada proteção da mulher demanda uma completa análise do caso, tanto sob a perspectiva cível quanto criminal. Desse modo, é essencial que o mesmo juízo possua competências cíveis e penais, sem que se possa nisso vislumbrar ofensa à competência dos Estados para dispor sobre a organização judiciária local (art. 125, § 1º c/c art. 96, II, d, CRFB).

*Ex positis*, voto pela total procedência da ADI nº 4.424 e da ADC nº 19, nos termos pleiteados pelos proponentes.

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL****VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, inicio cumprimentando o eminente Relator e toda a Corte. O debate desta tarde foi muito proveitoso e bastante profundo, bastante ligado à realidade, realidade essa, relativamente à qual, no julgamento do HC nº 106.212, proferi um voto que iniciei lembrando as Ordenações Filipinas, que vigoraram, em matéria penal, até 1830, quando da edição do Código Penal do Império. E dizia um dispositivo das Ordenações o seguinte:

"Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assim a ela como o adúltero, SALVO SE o marido for peão e o adúltero, fidalgo."

A evolução civilizatória relativamente à mulher aconteceu ao longo de todo o século XIX e do século XX, principalmente. E a Constituição brasileira tem um ponto, sim, específico que vai além do princípio mais amplo da dignidade, que é o já referido aqui nos votos proferidos - especialmente no voto do eminente Relator -, § 8º do art. 226, o qual estabelece que o Estado tem a obrigação, o dever de coibir a violência no seio familiar e de criar mecanismos para tanto.

Naquela oportunidade do julgamento do **habeas corpus**, também lembrei a violência contra a criança. Naquele momento, eu referi que o mais cruel criminoso, o mais vil bandido que se possa pensar, se confessar um crime sob tortura, nós iremos, aqui, anular essa confissão. E o mais vil bandido, que não tiver um advogado de defesa, Ministra Rosa, terá direito a um defensor público para defendê-lo. Quem defende a mulher e a criança no seio familiar, dentro da casa? Não há, ali, defensor dativo, não há um advogado a ser nomeado. Manter a exigência de representação - penso que equacionou muito bem o eminente Relator - para o início

**ADI 4.424 / DF**

desse dever do Estado, que é coibir a violência doméstica, vai de encontro ao comando contido no § 8º do art. 226 do texto constitucional. E esse dispositivo não está, como todos, na Constituição por acaso. Lá está porque faz parte de uma mudança cultural e civilizatória. Vejam, Vossas Excelências, que eu citei uma lei. Pode parecer muito tempo, mas não faz duzentos anos, há menos de duzentos anos atrás, ainda, no Brasil, podia o homem que encontrasse a sua mulher em adultério matá-la, e ao adúltero, dependendo do seu **status** social. Mas a ela, sempre, ele poderia matar.

É um processo civilizatório e o Estado é partícipe hoje dessa promoção, ao contrário do que foi no passado, quando discriminava. Sem dúvida nenhuma, que, no caso, se aplica, igualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, independentemente de sexo, origem, raça, cor etc, como está no nosso texto constitucional.

Por isso, Senhor Presidente, e fundamentando, especificamente, o meu voto no art. 226, § 8º, da CF/88, para além do princípio da dignidade da pessoa humana, já citado, eu acompanho o eminente Relator e julgo procedente a ação.



09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL**

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Senhor Presidente, também acompanho o Ministro Relator - vou fazer a juntada do voto -, acentuando basicamente que, tal como o Ministro Marco Aurélio acentuou, a interpretação que agora se oferece para conformar a norma à Constituição me parece basear-se, exatamente, na proteção maior à mulher e na possibilidade, portanto, de se dar cobro à efetividade da obrigação do Estado de coibir qualquer violência doméstica. E isso que hoje se diz, ainda não sei se com certo eufemismo, com certo cuidado, de que nós somos mais vulneráveis, na verdade, significa que somos mulheres maltratadas, mulheres sofridas, todas nós que passamos por situações que, na generalidade, não deveríamos viver.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** –  
Fragilizadas.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Pois é. Estamos tentando ficar fortes, cada vez mais. E ações como essa, discussões como essa, nos permitem, exatamente, essa possibilidade.

A preocupação de Vossa Excelência sempre nos cala fundo, e faz-me pensar, realmente... Como poderíamos aumentar a proteção, interpretando a lei, se a escolha já foi feita pelo legislador? Acho que a preocupação de Vossa Excelência procede, em especial por todo o seu talento, mas tenho a impressão que nós temos que completar mudanças no espaço público em que escutávamos "em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher". E há um soneto do Drummond que diz: "O que se passa na cama é segredo de quem ama". É bem certo que quem bate não ama. Então, não valeria o soneto.

**ADI 4424 / DF**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Depende do que se passa na cama!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Se for violência, o Estado entra, e esta é a grande mudança. Acabou a história de achar que, porque as coisas se passam entre quatro paredes, o Estado não pode intervir.

É preciso levar em consideração, rigorosamente, o escopo da Lei, o objetivo da Lei, que é dar maior proteção.

Por essa razão também julgo procedente a ação, para o fim específico de dar interpretação conforme às normas da Lei n. 11.340, sem embargo das ponderações do Ministro Gilmar e do Ministro Dias Toffoli.

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, da mesma forma como fiz anteriormente, quero saudar e cumprimentar o eminente Relator pelo brilhante voto que trouxe, assim como os belíssimos argumentos que foram veiculados pelos Colegas, que, na verdade, esgotaram a temática.

Mas eu me permitiria trazer à colação, ao debate, um outro aspecto. Eu gostaria de salientar que penso que nós estamos diante de um fenômeno psicológico e jurídico que os juristas denominam de vício da vontade, que é conhecido e estudado desde os antigos romanos. E as mulheres - como está demonstrado estatisticamente, isso foi salientado por todos os oradores e todos os magistrados que me antecederam - não representam criminalmente contra o companheiro ou o marido em razão da permanente coação moral e física que sofrem, e que inibe a sua livre manifestação da vontade.

Esse vício da vontade, que é conhecido e estudado pelos juristas brasileiros, consta de nossa legislação civil e penal desde muito tempo. O Código Penal, por exemplo, no artigo 22, fala em "coação irresistível", inclusive afasta a punibilidade daqueles que agem sob uma coação irresistível. E o Código Civil vigente, no artigo 151, também trata da coação como um vício insanável da vontade, que anula inclusive o ato ou negócio jurídico quando uma das partes age sob - e aqui leio o dispositivo - "fundado temor de dano iminente e considerável a sua pessoa, a sua família, ou aos seus bens."

O que acontece com a mulher, sobretudo a mulher fragilizada, que se situa nos extratos inferiores da camada social? Ela está exatamente

**ADI 4.424 / DF**

nesta condição: sob permanente temor de sofrer um dano pessoal, ou que os seus filhos ou familiares sofram um dano, ou que o seu patrimônio, de certa maneira, sofra também algum atentado. Portanto, a mulher não representa porque sua vontade é viciada.

Este é um argumento que eu, modestamente, aduzo aos debates aqui travados, mas concluindo que adiro integralmente ao douto voto do eminente Ministro Marco Aurélio para julgar procedente a ação e dar também interpretação conforme ao artigo 41 da Lei Maria da Penha, nos exatos termos que foram colocados pelo Relator.

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL**

**DEBATE**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, verifico aqui que nós estamos afastando essa representação naqueles delitos previstos na Lei nº 9.099, mas há um detalhe aqui: o Ministério Público também aduziu, de forma bastante singela, que, por exemplo, nos crimes previstos no Código Penal que representam violência doméstica e que se exige representação, também não se exija essa representação, como no crime de ameaça, porque a simples ameaça é uma violência doméstica.

Então, aqui na conclusão, diz respeito aos crimes em que esse requisito encontra previsão em lei outra, que não a 9.099, como se dá, por exemplo, com a ameaça do artigo 147, parágrafo único.

**O SENHOR ROBERTO GURGEL (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA)** - Presidente, se me permite só esclarecer, é o contrário, Ministro. O que se sustenta é que, nessas hipóteses, aí sim, se exigirá a representação. O que a inicial sustenta é que aqueles crimes que não são aqueles da Lei nº 9.099, aí haveria.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Então, ficou esclarecido.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – O pedido é apenas quanto à lesão corporal.

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, tal como já me manifestei nos debates, eu continuo um pouco dubitativo em relação à solução alvitrada, porque não vou ter tempo para... Era um caso típico que eu gostaria de pedir vista, mas já estou com o gabinete um pouco onerado, para examinar a questão da perspectiva da análise dos fatos e prognoses, que é o que nós estamos fazendo em relação à atividade do legislador.

Nós temos no texto constitucional, foi objeto de alguma consideração aqui, estes chamados mandados ou mandatos de criminalização. Por exemplo, quando diz que o crime de racismo é crime inafiançável e imprescritível. Quer dizer, o constituinte não deixa espaço para o legislador eleger sequer o modelo, porque terá que ser criminalizada a conduta e aí estabelece inclusive a imprescritibilidade.

Em outros casos, fala-se, por exemplo, também na inafiançabilidade, estabelecendo, portanto, algum tipo de critério. Quer dizer, criminaliza a conduta. Em outros casos, nós sabemos, o texto constitucional é muito mais amplo, muito mais vago, muito menos preciso, deixa ao legislador a possibilidade de eleger, de avaliar até se trata do tema no plano penal ou no plano administrativo, no plano de outra índole.

Então, me parece que, aqui, eu tenho assim uma dificuldade de dizer simplesmente, como já se colocou no debate, que é a melhor escolha - e a doutrina realmente é muito dividida quando faz essa consideração de **lege ferenda** -, se a melhor forma de proteger é a ação condicionada ou a ação pública não condicionada.

Eu gosto sempre de uma frase que eu repito, de um jurista alemão chamado Jahrreiss, que diz que legislar é um pouco fazer experiência, só que é fazer experiência com o destino humano. Essa é a diferença. Aqui, é um pouco isso que ocorre. Aí vem inclusive aquela menção que aparece

**ADI 4.424 / DF**

no Evangelho que, às vezes, querendo fazer o bem, faz-se o mal. Então, é preciso ter cuidado. Mas, como nós estamos aqui fixando uma interpretação que eventualmente, quer dizer, declarando constitucional, nós poderemos eventualmente rever dentro inclusive de fatos, eu vou acompanhar o Relator.

Mas quero realmente compartilhar as angústias que vão na minha alma porque, primeiro, a própria fundamentação, e é fundamental que Corte Constitucional - diferentemente do legislador -, nós temos que dizer qual é o fundamento da inconstitucionalidade. Não pode ser um fundamento espiritual. Não pode ser, como eu disse, em outro momento, porque a lei é boa e agora o legislador optou por um modelo eventualmente, na minha visão, um tanto quanto pior. O legislador terá as suas razões para fazer as eleições. E nem nós sabemos, porque a questão que nós discutimos aqui - o Ministro Celso de Mello e eu - que tem ocupado os próprios doutrinadores, é que, às vezes, a própria ação penal pública incondicionada vai ser um elemento de tensão familiar e, eventualmente, de desagregação familiar. E o texto constitucional quer um mínimo de integração, daí eu não estar, realmente, seguro de que essa fórmula que nós estamos a eleger como aquela que de fato condiz com o princípio da proteção insuficiente, como em relação à alternativa, é de fato a adequada, para dizer então que há uma inconstitucionalidade.

Mas, diante das considerações e diante da possibilidade de que venhamos eventualmente a rever, eu vou fazer essa consideração. Vou depois juntar notas sobre esse assunto porque realmente nós estamos aqui - volto a dizer, como fiz no debate - num campo extremamente sensível, que é o da constitucionalidade do Direito Penal e Processual Penal. Podemos nós, daqui a pouco, dizer que o legislador - podemos eventualmente, mas temos que fundamentá-lo, e fundamentá-lo bem - obrou mal ao criminalizar uma conduta? Haveria outros meios menos invasivos? Ou, como faz aqui, vejo que o texto constitucional diz que cabe à lei estabelecer se a ação pública será condicionada ou incondicionada.

Então, é preciso que se tenha uma enorme cautela quando se lida com esses temas, e na prática há essas ponderações que têm literalmente

**ADI 4.424 / DF**

dividido a doutrina, nós não temos um juízo seguro em relação a isso.

Essa é a delicadeza do nosso afazer, muito mais delicado do que - inclusive isso lembra de todos os clássicos que lidam com jurisdição constitucional - até o afazer legislativo em certa medida. Por quê? Porque o legislador, como eu disse, pode fazer experimento e, verificando que essa fórmula é equivocada, ele reverte, revoga. Para cortes ou para órgãos do nosso perfil, essa opção já é muito mais difícil, embora possamos até rever - como eu já disse -, as nossas decisões vêm dotadas desse caráter de durabilidade, ou de uma quase irreversibilidade num dado tempo, pelo menos.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Vossa Excelência me permite? Eu acho que há um dado importante aí também - eu estou de acordo com o raciocínio de Vossa Excelência. É que, tal seja a decisão que tomarmos, amanhã ou depois, se o legislador, consciente, baseado em pesquisas, estatísticas etc, quiser retornar ao sistema da ação penal condicionada, vai encontrar o obstáculo da declaração de inconstitucionalidade. Noutras palavras, o legislador não terá muita opção diante dessa realidade. Vejam a responsabilidade que estamos assumindo.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É isso.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Vossa Excelência entendeu bem?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Entendi, mas a nossa doutrina dos casos julgados é no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade não vincula o Poder Legislativo, pelo menos é o que se tem afirmado.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Não vincula o Poder Legislativo, mas acarretará o seguinte: vamos tornar a



**ADI 4.424 / DF**

editar uma lei que já foi tida por inconstitucional, vamos correr o risco novamente? A coisa não é tão simples assim

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas é um risco natural.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Sim, mas tudo é risco natural, Ministro, os riscos excepcionais...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Por isso é que somos os guardiões maiores da Carta.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas perdão por ter interrompido Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas é nessa linha, Presidente. Portanto, com essas ressalvas de fundamentação e chamando atenção para a delicadeza desses misteres, exatamente em se tratando de norma de caráter penal e processual penal, eu gostaria pelo menos de registrar essas preocupações, porque, como se diz acacianamente, as consequências vêm depois, e aí nós podemos nos deparar com esta fórmula do Evangelho: querendo fazer o bem, acabamos fazendo o mal. Mas eu também não disponho de dados para seguir na outra alternativa desenhada, que é a de cancelar a fórmula legislativa adotada quanto à ação pública condicionada, apenas gostaria de deixar essas observações, tendo em vista a delicadeza do tema de que nós estamos a tratar, Senhor Presidente.

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, não sou totalmente insensível aos argumentos expostos por Vossa Excelência e pelo Ministro Gilmar Mendes. Mas noto que a nossa Constituição, assim como todas as outras constituições modernas, só desnuda o homem ou um determinado grupo social. Ela só aponta para um determinado grupo social e dedica a esse grupo social um capítulo, uma seção, com uma finalidade, que é a finalidade de conferir proteção.

A Constituição só traz à tona, só desnuda grupos sociais com essa finalidade. Não há nenhum capítulo ou dispositivo na Constituição dedicado ao homem branco, de características caucasianas.

Com isso, quero dizer que a Constituição, ao desnudar certos grupos sociais, ela o faz porque reconhece a condição de vulnerabilidade desses grupos. Isso é a própria Constituição que reconhece, quando ela estabelece regimes especiais para esses grupos, quando ela prevê que o legislador vote normas protetivas de que esses grupos vão se beneficiar.

Ora, quando o legislador, levando em conta o que diz a Constituição em benefício desses grupos, vota normas ou leis que, embora no intuito de ver os direitos avançarem e protegerem os direitos desses grupos vulneráveis e destacados, mesmo a intenção tendo sido boa, na verdade, essas normas se revelam ineficazes, insuficientes. Quando isso ocorre, eu acho que é dever desta Corte Constitucional, tomando em conta esse fracasso da norma votada pelo legislador e levando em conta esses dados sociais que são inegáveis, são tão inegáveis que a própria Constituição os toma em conta, é dever desta Corte reverter essas políticas na busca de uma outra direção que vá, esta, sim, no sentido da proteção. E é o que ocorre aqui.

Foi votada pelo Congresso essa lei, que tinha um determinado

**ADI 4.424 / DF**

objetivo, mas quando ela foi colocada em prática, outros fatores sociais intervieram e a tornaram, ou a tornam, ineficaz.

É esta, a meu ver, a fundamentação. É a base constitucional dessa orientação que estamos tomando hoje, ao darmos interpretação conforme a esses dispositivos.

Por essas breves razões, eu acompanho também o Relator e acolho a ação do Procurador-Geral da República, tal como postulado.

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Senhor Presidente, eu me detenho, no particular, na leitura do § 8º do artigo 226 da Constituição, cuja dicção é esta:

"Art. 226....."

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos" - ferramentas, mecanismos - "para coibir a violência no âmbito de suas relações."

Nem preciso enfatizar que a Lei Maria da Penha se embute e se inscreve nesse saudável, necessário até, propósito constitucional. Mas é interessante observar como Peter Häberle parece que acertou em cheio quando passou a falar de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Isso porque, não raras vezes, encontramos subsídios para interpretar a Constituição em obras, em pensamentos, em textos de pessoas que não fazem parte da área jurídica.

Na obra que li ainda há pouco, de Rosane Teixeira de Siqueira e Oliveira, há uma passagem muito interessante de Pierre Bourdieu, que era sociólogo, não era jurista, como que sintonizado com outro, que já morreu, Paulo Freire, brasileiro. Paulo Freire, Ministro Celso de Mello, dizia o seguinte: O sonho do oprimido é ser não o opressor do opressor, mas um opressor dos seus antigos companheiros de opressão. Ou seja, o sonho do oprimido é ser um opressor dos outros oprimidos, e não ser um opressor do opressor.

Bourdieu disse o seguinte:

"Os dominados" - ou seja, os oprimidos - "aplicam categorias construídas do ponto de vista" - não deles, os dominados - "dos dominantes às relações de dominação, fazendo-as assim ser vistas como naturais" - como se as relações de dominação fossem naturais. "O que pode levar a uma espécie de autodepreciação" - dos dominados, de

**ADI 4424 / DF**

autodesprezo, de automenoscabo, de autorrebaixamento do ponto de vista de sua autoestima - "ou até de autodesprezo sistemáticos".

Aí diz:

"(...) na representação que as mulheres (...) fazem de seu sexo" - do seu gênero - "como algo deficiente, feio ou até repulsivo(...)"

Ora, estamos diante de um problema cultural, não só jurídico. Por isso que falei ao mesmo tempo que o equacionamento que o Ministro Marco Aurélio fez, a meu sentir, foi rigorosamente jurídico, lastreado na Constituição, com reflexos positivos no plano da cultura e do processo civilizatório como um todo.

E de fato nós estamos aqui tratando de normas jurídicas a partir da Constituição que fogem um pouco daquela definição simplista de que o Direito é uma técnica de controle social notadamente pela regulação de condutas, de comportamentos intersubjetivos ou intergrupais.

Há leis, há normas que são estruturantes, estruturais, porque, mais do que regular condutas topicamente, pontualmente consideradas, elas querem mudar uma cultura, como diria a Ministra Rosa, elas querem quebrar paradigmas, porque são paradigmas ultrapassados que boicotam o processo civilizatório de emancipação, de libertação de mentes e de espíritos, sabido que o preconceito realmente atua no sentido de escravização mental.

E essas normas, que visam estruturalmente a combater uma certa cultura, como a cultura do patriarcalismo, essas normas, no fundo, estão mudando mentalidades, querem mudar as mentalidades dominantes, porque, quando se muda mentalidade, o efeito é conhecido, nós nos transformamos como pessoas, não mudamos apenas o nosso comportamento, a nossa conduta, porque nós podemos mudar a nossa conduta, até no sentido do não preconceito, mas, por conveniência, para praticarmos o politicamente correto, para não posarmos de ultrapassados. Mudamos a nossa conduta no sentido socialmente desejável, mas, continuamos a mesma pessoa, no fundo, preconceituosa.

Então, esse artigo 41, Ministro Marco Aurélio, me parece que busca mudança de mentalidade e, portanto, quebra de paradigmas culturais. E,

**ADI 4424 / DF**

por isso, a proposta de Vossa Excelência de afastar a obrigatoriedade da representação da agredida, como condição de propositura da ação penal pública, me parece rimado com a Constituição, porque a agredida - num contexto cultural patriarcal, renitentemente patriarcal, mais do que isso, machista como o nosso - tende a condescender com o agressor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite uma ponderação? Por que veio a lume a exigência de representação na lesão corporal leve? Porque se tomou esse crime de menor potencialidade ofensiva. Indago: a violência doméstica, desaguando na lesão corporal leve, é de menor intensidade ofensiva?

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Não é.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Então, não podemos aplicar a Lei nº 9.099/95, no que introduziu a representação.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO -** Mesmo que seja fisicamente de menor potencial ofensivo, juridicamente não é. É a distinção que Kelsen fazia entre o ser e o dever ser.

Em suma, foi por isso que Lacordaire disse o seguinte: Muitas vezes, entre o forte e o fraco, a lei é que liberta, a liberdade é que escraviza. Não se pode deixar totalmente a critério da agredida a sorte da persecução penal do agressor.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA -** Ministro, Vossa Excelência me permitiria?

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO -** Pois não.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA -** O que Vossa Excelência acaba de dizer, que está na linha do que o Ministro Marco Aurélio enfatizou no seu brilhante voto, diz respeito exatamente à

**ADI 4424 / DF**

condição que foi estudada como “Síndrome de Estocolmo”. É o que ocorre nos sequestros nos quais o refém, num dado momento, acredita que a vida dele depende tanto do sequestrador que chega a imaginar que gosta do sequestrador... E, essa síndrome - que é estudada só para os casos de sequestro -, hoje, eu leio na neurociência, também se aplica às mulheres que sofrem, durante muito tempo. É que as pessoas que, todos os dias, foram aquebrantadas, mutiladas, enfraquecidas e que têm medo, começam a achar que a vida delas depende daqueles que, pelo menos, as deixam sobreviver!

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Contentando-se com o maltrato menor.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - É aplicável aqui isso que Vossa Excelência disse - eu não sei se do ponto de vista da psicologia está correto -, mas, me parece que é a Síndrome de Estocolmo já aplicada às mulheres. agradeço a Vossa Excelência.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Perfeito. Numa linguagem de tocador de violão - e o Ministro Fux também toca violão, guitarra - , nós estamos afinando as nossas vozes pelo mesmo diapasão. Na verdade, a lei, aqui, protege a agredida dela mesma, da sua excessiva condescendência.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Ou da sua fragilidade.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Pela sua fragilidade, pela sua vulnerabilidade histórica, não é isso Ministro Joaquim Barbosa? Bem, assim como Lacordaire disse que entre fracos e fortes, ou seja, entre hipossuficientes e hipersuficientes, a liberdade é que escraviza e a lei é que liberta, há uma fábula conhecidíssima: a mesma liberdade para lobos e cordeiros é excelente para os lobos.

**ADI 4424 / DF**

Por isso, Senhor Presidente, eu acompanho o Ministro Marco Aurélio, e faço a mesma interpretação conforme que Sua Excelência fez dos artigos 12, inciso I, e 16, da Lei nº 11.340/2006, para assentar a natureza incondicionada da ação penal no caso de crime de lesão corporal.



09/02/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O **longo** itinerário histórico **percorrido** pelo processo de reconhecimento, afirmação e consolidação dos direitos da mulher, **seja** em nosso País, **seja** no âmbito da comunidade internacional, **revela** trajetória **impregnada** de notáveis avanços, **cuja significação** teve o elevado propósito **de repudiar** práticas sociais que injustamente subjugavam a mulher, **suprimindo-lhe** direitos e **impedindo-lhe** o pleno exercício dos **múltiplos** papéis que a moderna sociedade, **hoje**, lhe atribui, por **legítimo** direito de conquista.

Esse movimento feminista - que fez instaurar um processo de inegável transformação de nossas instituições sociais - **buscou**, na perspectiva concreta de seus grandes objetivos, estabelecer um **novo** paradigma cultural, **caracterizado** pelo reconhecimento e pela afirmação, **em favor** das mulheres, da posse de direitos básicos fundados na essencial igualdade entre os gêneros.

**Todos sabemos**, Senhor Presidente, **sem desconhecer** o relevantíssimo papel pioneiro desempenhado, **entre nós**, no passado, por Carlota Pereira de Queiroz, Nísia Floresta, Bertha Lutz, Chiquinha Rodrigues e Maria Augusta Saraiva, **dentre outros grandes vultos brasileiros** do processo de afirmação da condição feminina, que, **notadamente a partir** da década de 1960, **verificou-se** um significativo avanço na discussão de temas intimamente ligados à situação da Mulher, **registrando-se**, no contexto desse processo histórico, uma **sensível** evolução na abordagem **das questões de gênero**, de que resultou, em função de um incessante movimento de caráter dialético, a **superação** de velhos preconceitos culturais e sociais, **que impunham**, arbitrariamente, à

**ADI 4.424 / DF**

mulher, mediante **incompreensível** resistência de natureza ideológica, um **inaceitável** tratamento discriminatório e excludente, **que lhe negava** a possibilidade de protagonizar, **como ator relevante**, e fora do espaço doméstico, os papéis que até então lhe haviam sido recusados.

**Dentro** desse contexto histórico, a **mística feminina**, enquanto sinal visível de um processo de radical transformação de nossos costumes, **teve a virtude**, altamente positiva, **consideradas** as adversidades enfrentadas pela mulher, **de significar uma decisiva resposta contemporânea** aos gestos de profunda hostilidade, que, **alimentados** por uma **irracional** sucessão de fundamentalismos - **quer** os de caráter teológico, **quer** os de índole política, **quer**, ainda, os de natureza cultural -, **todos eles impregnados** da marca da intolerância e **que culminaram**, em determinada etapa de nosso processo social, **por subjugar**, injustamente, a mulher, **ofendendo-a** em sua inalienável dignidade e **marginalizando-a** em sua posição de pessoa **investida** de plenos direitos, **em condições de igualdade** com qualquer representante de **gênero** distinto.

**Cabe ter presente**, bem por isso, neste ponto, ante a sua **extrema** importância, a Declaração e Programa de Ação de Viena, **adotados** pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos **promovida** pela Organização das Nações Unidas (1993), **na passagem em que** esse instrumento, **ao reconhecer** que os direitos das mulheres, **além de inalienáveis**, *“constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais”* (Capítulo I, item n. 18), **deu expressão prioritária** à *“plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional (...)”* (Capítulo I, item n. 18).

**Foi com tal propósito** que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos **instou**, de modo particularmente expressivo, que *“as mulheres tenham pleno e igual acesso aos direitos humanos e que esta seja uma prioridade*

**ADI 4.424 / DF**

para os Governos e as Nações Unidas”, **enfatizando**, ainda, “a importância da integração e plena participação das mulheres como agentes e beneficiárias do processo de desenvolvimento (...)”, **tudo isso** com a finalidade **de pôr em relevo** a necessidade “**de se trabalhar no sentido de eliminar todas as formas de violência contra as mulheres na vida pública e privada, de eliminar todas as formas de assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres, de eliminar preconceitos sexuais na administração da justiça e de erradicar quaisquer conflitos que possam surgir entre os direitos da mulher e as conseqüências nocivas de determinadas práticas tradicionais ou costumeiras, do preconceito cultural e do extremismo religioso**” (**Capítulo II, “B”, n. 3, itens ns. 36 e 38 - grifei**).

Esse **mesmo** compromisso **veio a ser reiterado** na Declaração de Pequim, **adotada** na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, **realizada** na capital da República Popular da China (1995), **quando**, uma vez mais, **proclamou-se que práticas e atos de violência** “são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser combatidos e eliminados”, **conclamando-se** os Governos à **urgente adoção** de medidas destinadas a combater e a eliminar **todas as formas de violência e de constrangimento** “contra a mulher na vida privada e pública, quer perpetradas ou toleradas pelo Estado ou pessoas privadas” (“Plataforma de Ação”, Cap. IV, “I”, item n. 224), **especialmente** quando tais atos **traduzirem** abuso de poder, tal como **expressamente** reconhecido nessa Conferência Internacional sobre a Mulher:

*“A violência contra a mulher constitui obstáculo a que se alcancem os objetivos de igualdade, desenvolvimento e paz. A violência contra a mulher viola e prejudica ou anula o desfrute por parte dela dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. A inveterada incapacidade de proteger e promover esses direitos humanos e liberdades nos casos de violência contra a mulher é um problema que preocupa a todos os Estados e exige solução. (...).*

.....

**ADI 4.424 / DF**

*A expressão 'violência contra a mulher' se refere a qualquer ato de violência que tem por base o gênero e que resulta ou pode resultar em dano ou sofrimento de natureza física, sexual ou psicológica, inclusive ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer se produzam na vida pública ou privada. Por conseguinte, a violência contra a mulher pode assumir, entre outras, as seguintes formas:*

.....  
*b) a violência física, sexual e psicológica no nível da comunidade em geral, inclusive as violações, os abusos sexuais, o assédio e a intimidação sexuais no trabalho (...).*  
.....

*Os atos ou as ameaças de violência, quer ocorram no lar ou na comunidade, perpetrados ou tolerados pelo Estado, infundem medo e insegurança na vida das mulheres e constituem obstáculo à obtenção da igualdade, do desenvolvimento e da paz. O medo da violência, incluindo o assédio, é um constrangimento permanente para a mobilidade da mulher, que limita o seu acesso às atividades e recursos básicos. A violência contra a mulher está associada a um elevado custo social, sanitário e econômico tanto para o indivíduo como para a sociedade. A violência contra a mulher é um dos mecanismos sociais fundamentais mediante os quais a mulher é forçada a uma posição de subordinação comparada com a do homem. (...).*

.....  
*A violência contra a mulher é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, que têm causado a dominação da mulher pelo homem, a discriminação contra a mulher e a interposição de obstáculos ao seu pleno desenvolvimento. A violência contra a mulher ao longo do seu ciclo vital deriva essencialmente de hábitos culturais, em particular dos efeitos prejudiciais de algumas práticas tradicionais ou consuetudinárias e de todos os atos de extremismo relacionados com a raça, sexo, o idioma ou a religião, que perpetuam*

**ADI 4.424 / DF**

*a condição de inferioridade conferida à mulher no seio da família, no local de trabalho, na comunidade e na sociedade. (...).*

.....  
*As mulheres podem tornar-se vulneráveis à violência perpetrada por pessoas em posição de autoridade tanto em situações de conflito como de não-conflito. (...)."*

*("Plataforma de Ação", IV, "D", itens ns. 112, 113, 117, 118 e 121 - grifei)*

O eminente Embaixador José Augusto Lindgren Alves, em lapidar reflexão crítica sobre o tema pertinente à condição feminina ("**Relações Internacionais e Temas Sociais - A Década das Conferências**", p. 240/241, item n. 7.6, 2001, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília), **expendeu** considerações extremamente relevantes sobre o processo de afirmação, expansão e consolidação dos direitos da Mulher no século XX, **analisando-os** em função das **diversas** Conferências internacionais **promovidas** sob a égide da Organização das Nações Unidas:

*"Seja pelo desenvolvimento de sua situação em grande parte do mundo, seja nos documentos oriundos de cada uma das quatro grandes conferências da ONU a ela dedicadas nas três últimas décadas, o caminho percorrido pela mulher no século XX, mais do que um processo bem-sucedido de auto-ilustração no sentido kantiano - da qual a mulher efetivamente equiparada ao homem prescindiria e a mulher biológica per se não necessitaria -, evidencia uma capacidade de auto-afirmação, luta e conquista de posições inigualáveis na História. O fato é tão evidente que sua reiteração soa lugar-comum. Mais interessantes parecem os marcos conceituais de tal evolução.*

*Na descrição de Miriam Abramovay, o desenvolvimento conceitual subjacente à práxis do feminismo passou, nas últimas duas décadas, dos enfoques reducionistas que encaravam a mulher como ente biológico, ao tratamento de sua situação como ser social, 'ou seja, incorporou-se a perspectiva de gênero para compreender a posição da mulher na sociedade'. As conferências da ONU sobre a mulher, por sua vez, sempre tendo como subtítulo os termos 'Igualdade,*

**ADI 4.424 / DF**

*Desenvolvimento e Paz', foram expandindo os campos prioritários de atuação. A partir dos subtemas do trabalho, da educação e da saúde, na Conferência do México, em 1975, passaram a incluir a violência, conflitos armados, ajustes econômicos, poder de decisão e direitos humanos em Nairóbi, em 1985, e, agora, abrangem os novos temas globais do meio ambiente e dos meios de comunicação, além da situação particular das meninas. As estratégias, que privilegiavam originalmente a integração da mulher no processo de desenvolvimento, em Nairóbi, já afirmavam que 'o papel da mulher no processo de desenvolvimento tem relação com o desenvolvimento de toda a sociedade'. Faziam-no, porém, sem um exame mais detido das relações históricas assimétricas homem-mulher, que incorporam relações de poder.*

*Em Beijing, as relações de gênero, com seu substrato de poder, passaram a constituir o cerne das preocupações e dos documentos adotados, tendo como asserção fundamental a reafirmação dos direitos da mulher como direitos humanos. E nestes se acham, hoje, naturalmente, incluídos seus direitos e necessidades específicos, particularmente os reprodutivos, os sexuais e os referentes à violência de que são vítimas, por indivíduos e sociedades, tradições, legislações e crenças." (grifei)*

**Essa função de tutela dos direitos da mulher, muitas vezes transgredidos por razões de inadmissível preconceito de gênero, é desempenhada, no contexto do sistema interamericano, pela **Convenção Interamericana** celebrada, em Belém do Pará (1996), **com o objetivo** de prevenir, punir e erradicar toda forma de desrespeito à Mulher, **notadamente na hipótese de violência física, sexual e psicológica "ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa (...)" (Artigo 2, "B" - grifei).****

**Veja-se, pois, considerados** todos os aspectos que venho de ressaltar, **que o processo de afirmação** da condição feminina **há de ter, no Direito, não** um instrumento de opressão, **mas** uma fórmula de libertação **destinada a banir, definitivamente,** da práxis social, **a deformante matriz**

**ADI 4.424 / DF**

ideológica **que atribuía**, à *dominação patriarcal*, um odioso estatuto de hegemonia **capaz de condicionar** comportamentos, **de moldar** pensamentos e **de forjar** uma visão de mundo absolutamente **incompatível** com os valores **desta República**, **fundada** em bases democráticas e cuja estrutura se acha modelada, *dentre outros signos que a inspiram*, pela igualdade de gênero e pela consagração dessa *verdade evidente* (a ser constantemente acentuada), **expressão** de um autêntico espírito iluminista, **que repele** a discriminação e **que proclama** que homens e mulheres, **enquanto** seres integrais e concretos, são pessoas **igualmente dotadas** de razão, de consciência e de dignidade.

O Brasil, **fiel** aos compromissos **assumidos** na ordem internacional e **reconhecendo** que **toda mulher tem direito** a uma vida **livre** de violência, de pressões, de opressão e **de** constrangimentos, **tanto** na esfera pública quanto no âmbito privado, **veio a editar** a Lei nº 11.340/2006, **a denominada** “*Lei Maria da Penha*”, **que criou** mecanismos destinados a coibir a violência doméstica e familiar **contra** a mulher.

Na realidade, **a edição** desse importante diploma legislativo **deve ser compreendida** no contexto da incisiva manifestação *da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, **que destacou**, no exame concreto do crime cometido contra a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, que esse caso deveria ser analisado **na perspectiva da discriminação de gênero** por parte de órgãos do Estado brasileiro e em razão da impunidade dos agressores nessa área **tão sensível quão delicada** dos direitos básicos da pessoa humana.

**Eis, no ponto, o pronunciamento** da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

*“(...) essa violação segue um padrão discriminatório com respeito à tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial. A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para*

**ADI 4.424 / DF**

*determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres.”*

**Daí a correta afirmação da douta Advocacia-Geral da União:**

*“É de se ver, destarte, que a Lei Maria da Penha está em conformidade com a diretriz internacional adotada por diversos países, que inscreve a violência de gênero como violação dos direitos humanos, e dá cumprimento à determinação do órgão competente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao qual o Brasil, por vontade livre e soberana, decidiu se submeter e cuja inobservância pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.”*

**Vale lembrar, no ponto, a observação feita por SILVIA PIMENTEL e FLÁVIA PIOVESAN (“Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela”, 2007) a propósito do que se vem de referir:**

*“No campo jurídico, a Lei Maria da Penha vem a sanar a omissão inconstitucional do Estado Brasileiro, que afrontava a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres - a Convenção CEDAW da ONU, ratificada pelo Brasil em 1984 e sua Recomendação Geral 19, de 1992, que reconhecem a natureza particular da violência dirigida contra a mulher, porque é mulher ou porque a afeta desproporcionalmente. Esta omissão afrontava também a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - a ‘Convenção de Belém do Pará’ - ratificada pelo Brasil em 1995. Note-se que, diversamente de várias dezenas de países do mundo e de dezessete países da América Latina, o Brasil até 2006 não dispunha de legislação específica a respeito da violência contra a mulher. Até então aplicava-se a Lei 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais (JECrim)*



**ADI 4.424 / DF**

*para tratar especificamente das infrações penais de menor potencial ofensivo e que, nos casos de violência contra a mulher, implicava naturalização deste padrão de violência, reforçando a hierarquia entre os gêneros e a subsequente vulnerabilidade feminina.*

*Por força das referidas Convenções, o Brasil assumiu o dever de adotar leis e implementar políticas públicas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Neste mesmo sentido, o país recebeu recomendações específicas do Comitê CEDAW/ONU e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos/OEA, que culminaram no advento da Lei 11.340, em 07 de agosto de 2006 - conquista histórica na afirmação dos direitos humanos das mulheres.” (grifei)*

**Entendo, por isso mesmo, Senhor Presidente, que o advento** da Lei Maria da Penha **significou** uma expressiva tomada de posição por parte do Estado brasileiro, **fortemente estimulado**, no plano ético, jurídico e social, **pelo valor primordial** que se forjou no espírito e na consciência de todos em torno **do princípio básico** que proclama a essencial igualdade entre os gêneros, numa evidente e necessária **reação** do ordenamento positivo nacional **contra** situações concretas **de** opressão, **de** degradação, **de** discriminação e **de** exclusão que têm provocado, *historicamente*, a **injusta** marginalização da mulher.

**A Lei Maria da Penha, que “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, longe de transgredir** a Constituição da República, **qualifica-se**, *segundo entendo*, **como legítimo** instrumento de efetivação e de realização concretizadora **dos grandes princípios** nela consagrados, **em especial** a determinação do que se contêm no art. 226, § 8º, de nossa Lei Fundamental, **cujo texto impõe, ao Estado, o dever** de coibir a violência no âmbito das relações familiares.

Esta decisão **representa** marco importante na concretização de um dos tópicos **mais** relevantes e sensíveis da agenda dos Direitos Humanos em nosso País, **pois se revestem** de imenso significado **as consequências**

**ADI 4.424 / DF**

**positivas** que resultarão **deste** julgamento, **fortalecendo e conferindo maior eficácia** aos direitos básicos da mulher, *em especial da mulher vítima de violência*, **e tornando efetiva** a reação do Estado na prevenção e repressão *aos atos criminosos* de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por tais razões, **acompanho** o douto voto do eminente Relator e, *em consequência*, julgo **procedente** a presente ação direta.

**É o meu voto.**

09/02/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Eu gostaria de, antes de externar meu ponto de vista, só lembrar uma coisa que de certo modo já permeou algumas intervenções dos Ministros: não é apenas a doutrina jurídica que se encontra dividida quanto ao alcance da lei. Tenho em mãos, aqui, por exemplo, estudos, sínteses de estudos de várias associações, como a Defesa de Gênero, o Coletivo Feminista de São Paulo, o Instituto Noos, dedicado à prevenção e interrupção da violência intrafamiliar e de gênero, o IPEA, todos mostrando outros aspectos que nem foram sequer considerados nesta assentada, como, por exemplo, eventual conveniência de se manter o procedimento da Lei nº 9.099. Por quê? Porque a celeridade é um dos ingredientes importantes do combate à violência, pois, quanto mais rápida for a decisão da causa, maior será sua eficácia.

Segundo, a oralidade, ínsita na lei, é outro fator importantíssimo, sobretudo porque essa é violência que se manifesta no seio da entidade familiar. Fui Juiz de família durante oito anos, conheço muito bem como as pessoas interagem de modo positivo na presença do magistrado. Depois, as audiências prévias são sempre benéficas.

Noutras palavras, há vários aspectos que mereceriam ser ponderados também num problema de grande complexidade.

Mas vou marcar a minha posição, não como mera oposição à douta maioria, senão também como advertência para o legislador que, no caso, segundo todas as presunções, tinha boas razões para dar caráter condicionado à ação penal. Não posso supor que o legislador tenha sido, neste caso, leviano, ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Ele deve ter levado em consideração, com certeza - porque a lei foi decorrência de várias audiências públicas -, elementos trazidos por pessoas da área da sociologia, das relações humanas, que evidentemente trouxeram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal com

**ADI 4.424 / DF**

caráter condicionado.

E, mais, acho que ela deixa transparecer uma coisa importante. Não obstante o Ministro Ricardo Lewandowski ter aludido a eventual presença, que pode até ser, vamos dizer, quase regra na grande maioria dos casos, de vício da vontade da mulher ofendida, tampouco podemos dizer que isso seja regra de caráter absoluto. Muitas mulheres não fazem a delação, não levam a notícia-crime por decisão que significa exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do seu destino. Isso é dimensão que não pode ser descurada. O ser humano se caracteriza, exatamente, por ser sujeito da sua história, a capacidade que tem de se decidir por um caminho, e isso me parece que transpareceu à edição dessas duas normas agora contestadas.

Mas a minha advertência vai ao legislador para que ele considere os seguintes riscos: primeiro, a possibilidade de intimidação da mulher em levar a notícia-crime, porque sabe que não vai poder influir no desenvolvimento da ação penal, nem vai poder paralisá-la. Alega-se que terceiros poderão fazê-lo, mas a notícia de terceiros é sempre excepcional. Essa violência, quase sempre, se dá no âmbito doméstico e é de conhecimento apenas das pessoas da família. Há casos - vamos dizer - marginais em que, pela brutalidade, extravasa os muros da residência e chega ao conhecimento dos vizinhos, mas isso não significa, necessariamente, uma condição de eficácia. Por quê? Porque ficar na dependência de notícia de terceiro é correr o risco de não haver notícia alguma.

Alega-se que a mulher ignora - vamos dizer - as sutilezas jurídicas de uma ação pública. E, neste caso, para mim, a situação é ainda pior. Por quê? Porque há o risco de ela ser, continuando a conviver com o parceiro que a ofendeu - e pode ter sido ofensa eventual e isolada -, no meio dessa convivência eventualmente já pacificada mediante renovação do pacto familiar, ser surpreendida com uma sentença condenatória, que terá no seio da família consequências imprevisíveis. Por outro lado, isso pode desencadear maior violência por parte do parceiro ofensor, pela óbvia

**ADI 4.424 / DF**

impossibilidade de a mera publicidade da ação penal constituir impedimento a essa mesma violência. O fato de ser pública a ação penal não impede que o parceiro se torne mais violento. No caso, antes, acirra a possibilidade dessa violência, porque ele sabe que estará agora sujeito a uma situação que escapa à possibilidade de intervenção mediante atuação da mulher. Noutras palavras, ele vai se ver numa situação em que poderá tomar atitude de represália mais violenta, pelo fato de ter sido processado e condenado por uma lesão leve!

Por outro lado - e esse o aspecto que mais me preocupa, mais me incomoda, que mais me atormenta, e esta é a razão pela qual estou tomando esta postura -, acho que nós, do Judiciário, estamos assumindo todos esses riscos, e assumindo-os com perda da visão da situação familiar. Nós estamos concentrados na situação da mulher, que merece, evidentemente, todas as nossas preocupações, merece toda a proteção do ordenamento jurídico. Isso é coisa indiscutível. Mas assim o legislador, como o constituinte levaram em consideração, como valores, que têm que ser de algum modo compatibilizados, a necessidade da proteção da condição da mulher e a necessidade da manutenção da situação familiar, em que está envolvida não apenas a condição da mulher ou a condição do parceiro, mas também filhos, netos, outros parentes, e que constituem elemento fundamental na mecânica da sociedade.

Por estas razões, que representam pouco menos que discordância intelectual com a postura adotada pela douta maioria, vou votar vencido para que meu voto fique marcado como advertência para o legislador. E faço-o na expectativa, e mais do que expectativa, na grande esperança de que a douta maioria tenha acertado mais uma vez.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

**Decisão:** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente). Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu  
Secretário