

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. ARTIGOS

1.1 BREVES CRÍTICAS E COMENTÁRIOS À LEI 11.340/06 E

tion and similar papers at core.ac.uk

bro

provided by Biblioteca Digital Jurídica do S

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

LUCIANA PERPÉTUA CORRÊA

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Breves críticas ao artigo 41 da Lei nº 11.430/0. 2.1. Análise estrutural do artigo 41 da Lei 11.430/06 e sua inconstitucionalidade. 2.1.1. O art. 41 da Lei 11430/06 e a ofensa aos princípios constitucionais. 2.1.2. Ofensa a direitos constitucionais. 2.1.3. Ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. 2.1.3.1. Subprincípio da adequação: ofensa ao princípio da isonomia. 2.1.3.2. Subprincípio da adequação: ofensa à norma do artigo 98, inciso I, da CF/88 e ao princípio da intervenção mínima. 2.1.3.3. Subprincípio da adequação: ofensa ao direito constitucional da duração razoável do processo. 2.1.3.4. Subprincípio da necessidade: ofensa ao direito da dignidade da pessoa humana. 2.1.3.5. Subprincípio da necessidade: ofensa ao princípio da liberdade de locomoção. 2.1.3.6. Princípio da proporcionalidade estrito senso. 2.1.3.7. Antinomia existente no art 266 da CF/88: princípio da preservação da instituição familiar. 2.2. Análise funcional do artigo 41 da Lei nº 11430/06. 3. Artigo 41 da Lei nº 11.340/06 e extensão da vedação aos artigos 88 e 89 da Lei nº 9099/95. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A generalização da violência doméstica e familiar além do sentimento de impunidade reinante atualmente na sociedade brasileira com relação aos crimes cometidos contra a mulher no âmbito familiar acarretaram a promulgação da Lei nº 11.340, em 7 de agosto de 2006. Tal estatuto legal entrou em vigor após 45 dias da data de sua promulgação e foi batizado de *Lei Maria da Penha*, em homenagem à farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que foi vítima de violência doméstica e que empreendeu lutas para a promulgação de uma legislação mais rigorosa no país. Neste norte, a nova lei surge em um momento em que impera no seio da sociedade a idéia de que a violência doméstica é tratada pelo Poder Público brandamente, sem haver uma séria punição do agressor.

A idéia imperante na *Lei Maria da Penha* seria então de aumentar a ingerência estatal, assegurando um tratamento diferenciado para os delitos relativos à violência intrafamiliar. Dessa via, poderá o Juiz, através de requerimento do Ministério Público ou mesmo de ofício, adotar medidas que façam cessar a violência, como o afastamento do agressor do lar, a colocação de óbices para a aproximação do autor da residência da vítima, o encaminhamento da mulher e dos filhos a abrigos seguros, além de outras medidas cautelares. A nova lei permite ainda a determinação judicial de frequência do agressor a grupos terapêuticos e reflexivos, de forma a conscientizá-lo da gravidade dos atos de violência cometidos no seio familiar, também dispondo de outras formas para colocar um fim ao conflito familiar.

Entretanto, conforme será abordado no presente trabalho, verificamos que o novo estatuto legal, no tocante às medidas de âmbito criminal, toma rumo diverso dos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa, entre outros, seguindo o norte preconizado pelo chamado *movimento da lei e da ordem*. De outra parte, é bom noticiar que as medidas de afastamento do lar já existiam anteriormente na Lei nº 9.099/95, sendo que as medidas estabelecidas na seara cível e administrativa na nova lei, per si, já resolveriam os óbices em relação ao receio da vítima em retornar ao seio familiar e preservação da instituição sem violência.

Assim, apesar de vislumbrarmos na Lei nº 11.430/06 vários avanços, principalmente no tocante às medidas de natureza cível, interpretamos, com muita reserva, alguns dispositivos da lei, mormente a previsão do artigo 41, que afasta por completo a aplicação da Lei nº 9.099/95 nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

2. Breves críticas ao artigo 41 da Lei nº 11.430/06

O artigo 41 da Lei nº 11.430/06 dispõe que: “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”. Uma breve leitura do citado artigo legal leva o aplicador do direito a crer que o legislador pretendeu vedar a aplicação de todas as previsões da Lei nº 9.099/95, incluindo nessa vedação o procedimento especial mais célere e a possibilidade de oferta de transação penal a qualquer dos crimes envolvendo violência doméstica.

Ademais, por não fazer exceção a qualquer dispositivo da Lei dos Juizados Especiais Criminais, também estaria vedada a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo e não haveria mais a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal de natureza leve ou lesão corporal culposa, desde que envolvam crimes de violência doméstica. O raciocínio que leva a essa última conclusão é simples, pois,

se a Lei nº 9.099/95 não se aplica mais aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e não existe ressalva no artigo 41 da nova lei aos institutos previstos nos artigos 88 e 89 da Lei dos Juizados, conclui-se que ela não se aplica por inteiro, incluindo as previsões da suspensão condicional do processo e a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal.

Entretanto, conforme abaixo será demonstrado, a nova disposição legal padece de inconstitucionalidade. Outrossim, no tocante aos institutos da suspensão condicional do processo e da necessidade de representação nas lesões corporais de natureza leve ou lesões corporais culposas, demonstraremos que a vedação do artigo 41 da nova lei não é extensível a tais dispositivos. Com efeito, conforme acima salientado, o guerreado instituto legal não guarda consonância com ordenamento jurídico pátrio, mostrando-se contrário ao sistema constitucional vigente.

Noberto Bobbio aludiu, em sua obra, que a norma jurídica não poderia ser analisada de forma isolada, porquanto faz parte do sistema mais abrangente que consubstancia o ordenamento jurídico vigente, consoante os ensinamentos de Kelsen, um dos mais renomados juristas de nossa época a se dedicar ao estudo da norma, enquanto integrante do ordenamento jurídico.¹ Nesse passo, esse trabalho propõe-se a análise da norma jurídica sob o aspecto estrutural e funcional. A análise da legislação no foco estrutural pretende verificar a harmonia entre o seu conteúdo formal e material e o sistema jurídico normativo constitucional e infraconstitucional aos quais pertence.

De outro lado, sob o enfoque funcional, a problemática se volta para análise da regra no aspecto sociopolítico. Partindo dessas premissas, verificamos que o artigo 41 da *Lei Maria da Penha* apresenta vários óbices sob o aspecto estrutural e funcional, os quais maculam a validade e a eficácia² da norma jurídica, conforme irá se demonstrar nos capítulos seguintes.

2.1. Análise estrutural do artigo 41 da Lei nº 11.430/06 e sua inconstitucionalidade

Desde o início do século XX, a *Teoria Pura do Direito*, idealizada por Hans Kelsen, na qual erigiu como norma fundamental, apriorística, *a necessária harmonia substancial entre as leis infraconstitucionais com as Constituições do Estado*, comando legislativo

¹ “A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas este ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.” (BOBBIO, 1999).

² Conceito de eficácia normativa de Francesco Carnelutti (1999) é a idoneidade da norma de produzir os seus efeitos.

hierarquicamente superior na estrutura piramidal por ele criada. O ordenamento jurídico pátrio herdou a idéia kelsiana e consolidou o princípio da supremacia da norma Constitucional, que submete a validade e eficácia das normas infraconstitucionais à sua conformidade, formal e material, com a Constituição Federal de 1988.

O supedâneo do controle constitucional das normas e de sua hierarquia superior é a proteção do Estado Democrático de Direito, uma vez que é na Constituição do Estado que os pilares da vontade política do povo estão concentrados, bem como, nela estão as bases ideológicas norteadoras da política estatal. Releve-se que o insigne jurisconsulto Pacheco (2005, p. 65) erigiu o princípio da supremacia da Constituição como um dos pilares fundamentais do processo penal. Aduziu, ainda, que o referido instituto possui função fundamentadora, bem como eficácia diretiva e revocatória, impedindo a validade das novas normas ou revogando aquelas que com elas são incompatíveis.

Pelas razões mencionadas, começaremos a análise estrutural do artigo 41 da Lei Maria da Penha, enquanto norma integrante do ordenamento constitucional, porquanto a sua compatibilidade com a ordem jurídica constitucional consubstancia elemento indispensável à sua validade e eficácia. A celeuma em relação às inovações trazidas ao processo penal com o advento da Lei nº 11.430/06 gira em torno do artigo 41, da referida Lei, porquanto o referido instituto ofende os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e intervenção mínima.

No mais, o guerreado instituto normativo afronta os direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, liberdade individual, duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação, o instituto de conciliação da seara penal que se incorpora na transação penal aos crimes de menor potencial ofensivo e o princípio da preservação da instituição familiar. Em razão do exposto, a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.430/06 é fecunda, complexa e imprescindível de enfrentamento jurígeno.

2.1.1. O art. 41 da Lei nº 11.430/06 e a ofensa aos princípios constitucionais

Os princípios constitucionais possuem natureza normativa, tal como as regras, porquanto ambos dizem o dever ser do Estado. Os princípios, enquanto normas constitucionais, têm um valor fundamental na ordem jurídica, uma vez que orientam as atividades produtiva e interpretativa e têm a função sistêmica de convalidar normas hierarquicamente inferiores ou revogar aquelas dissonantes com os seus preceitos fundamentais. A doutrina e jurisprudência mais judiciosas erigiram os princípios constitucionais como normas de hierarquia superior, com os quais as leis infraconstitucionais devem guardar obediência, sob pena de ter suprimida

sua validade³. Nessa vereda, *mister* se faz ressaltar os dizeres de Greco (2003, p. 59): “Sejam os princípios expressos ou implícitos, positivados ou não, entenda-se, contemporaneamente, o seu caráter normativo como normas com alto nível de generalidade e informadoras do todo o ordenamento jurídico, com capacidade, inclusive, de verificar a validade das normas que lhe devem obediência [...]”.

2.1.2. Ofensa a direitos constitucionais

O filósofo Alexy (1986) construiu a teoria externa, na qual deve haver uma compatibilização entre o direito individual e o coletivo, e a teoria interna, que admite alguns limites em relação aos direitos individuais. Em análise perfunctória das teorias sobre restrição de direitos, consideramos que a mais adequada é a do jurista Mendes (2004), o qual prelecionou que os direitos individuais de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por norma constitucional ou com respaldo mediato em norma constitucional, conforme explanação já avençada no capítulo anterior.

No caso, a lei ordinária (artigo 41 da Lei nº 11.430/06) guarda vício formal insuperável, ao pretender restringir a dignidade da pessoa humana e a liberdade, bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Inadmissível no ordenamento jurídico pátrio a pretensão de uma lei infraconstitucional restringir cláusula pétrea e direito. O artigo 41 da Lei nº 10.430/06 criou, por meio de uma lei infraconstitucional, restrição à norma constitucional vigente, o que não pode ser aceito no ordenamento jurídico pátrio, pela hierarquia das normas. Neste sentido, lecionou com o costumeiro brilhantismo Mendes (2004, p. 28): “Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)”. Por conseguinte, o guerreado dispositivo jurídico mostra-se manifestamente inválido e ilegítimo.

2.1.3. Ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são tratados muitas vezes como sinônimos, *verbi gratia*, a identificação do Supremo Tribunal Federal da proporcionalidade com a razoabilidade. A classificação dos princípios advém da

³ Kildare Gonçalves Carvalho aduziu que os princípios constitucionais: “ São pautas de uma nova hermenêutica, isto é, criativa, participativa e construtiva, em harmonia e adequada com os direitos fundamentais e realidade social, as seguintes: concretização, princípio da proporcionalidade, teoria estruturante do direito, princípios gerais do direito convertidos em princípios constitucionais e colocados no vértice da pirâmide normativa, dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a acolher novas gerações de direitos, e expansão horizontal do Direito Constitucional, abarcando todos os ramos da Ciência Jurídica.” (CARVALHO, 2006. p.308).

doutrina alemã, que subdividiu o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Interessante salientar que não obstante sua origem filosófica tenha sido na Antiguidade, consubstanciando a noção de *justa medida*, a Alemanha foi o primeiro país que desenvolveu o princípio da proporcionalidade em sede constitucional.

No Brasil, os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade podem ser extraídos facilmente da Carta Magna, enquanto normas implícitas e ao mesmo tempo instrumentos normativos capazes de coibir atos contrários ou abusivos aos valores da Constituição Federal. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade consubstanciam instrumentos hábeis à garantia dos direitos fundamentais constitucionais, contra abusos, excessos e desvios do legislador em relação aos preceitos abrigados pela Constituição Federal de 1988⁴. A dificuldade na distinção entre os princípios advém da proximidade entre os conceitos dos institutos. Senão, vejamos. Por meio destes princípios deve-se analisar: 1) se a norma está apta a produzir os fins a que se destina (adequação); 2) se é necessária, ou seja, atingiu os fins de modo menos gravoso aos direitos e garantias individuais; 3) se causou benefícios superiores às desvantagens que proporcionou (proporcionalidade estrito sensu).

Já o princípio da razoabilidade foi conceituado como sendo a ponderação das conseqüências que garanta maior racionalidade e objetividade dos atos, ou seja, se as medidas são necessárias e adequadas aos fins constitucionais.

Assim, dada a proximidade dos conceitos, iremos utilizar a terminologia princípio da razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos neste trabalho jurídico. Após as noções preliminares, utilizaremos os subprincípios mencionados, para analisar a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.430/06. Inicialmente, com fulcro no subprincípio da adequação, iremos analisar se o artigo 41 da Lei nº 11.430/06 tem respaldo nas normas constitucionais pátrias, se está atingindo os fins cotejados em nossa Carta Magna e se os benefícios causados são superiores às respectivas desvantagens.

⁴ Nessa senda, o ilustre juriconsulto Slaibi Filho, em sua obra Ação Declaratória de Constitucionalidade, incluiu o princípio da razoabilidade como decorrente da idéia de Supremacia da Constituição, conforme se vislumbra *in fine*:

Da idéia de supremacia da Constituição decorrem os seguintes princípios: 1- princípio da unidade, em que as normas inferiores devem se adequar com as normas superiores na Constituição; 2. o princípio da constitucionalidade, isto é, de verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais com as normas superiores; 3. o princípio da razoabilidade, segundo o qual as normas infraconstitucionais devem ser instrumentos ou meios adequados (razoáveis), aos fins estabelecidos na Constituição [...] (SLAIBI FILHO, 1995. p. 40)

2.1.3.1. Subprincípio da adequação: ofensa ao princípio da isonomia

O artigo 41 da Lei nº 11.430/06 é categórico ao aduzir que não serão aplicados os institutos legais contidos na Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica *contra a mulher*. Ao discorrer dessa forma, o artigo ofende o princípio constitucional da isonomia, descrito no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Extrai-se do referido artigo que se a vítima da violência doméstica for mulher, terá direito às medidas protetivas descritas na Lei Maria da Penha. Convém salientar que se a vítima de violência doméstica for homem, não lhe será dado o mesmo tratamento jurídico, uma vez que será privado das medidas protetivas descritas na Lei nº 11.430/06. Isso decorre do fato de que as vítimas do sexo masculino não receberam a proteção legal da Lei Maria da Penha.

Para parte da doutrina, tal dispositivo legal não afrontaria o princípio da isonomia entre homens e mulheres, pois o princípio da igualdade material é garantido através de tratamentos diferenciados dispensados pelo legislador infraconstitucional aos desiguais. Entretanto, cumpre assinalar que o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, alude que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. O tratamento legal diferenciado que a Lei Maria da Penha auferiu a homens e mulheres, inclusive em relação às medidas protetivas, mostrou-se manifestamente inconstitucional, já que se revela inadequado e desproporcional, tendo em vista o momento social em que vivemos.

2.1.3.2. Subprincípio da adequação: ofensa à norma do artigo 98, inciso I, da CF/88 e ao princípio da intervenção mínima

A exposição de motivos da Lei Maria da Penha consubstancia a finalidade de se eliminarem os institutos despenalizadores descritos na Lei nº 9.099/95 para reprimir mais severamente aqueles que cometeram crimes com violência doméstica e reduzir o cometimento das referidas condutas delituosas. O legislador que elaborou a norma jurídica descrita no artigo 41 da Lei nº 11.430/06, ao expor como móvel a maior repressão penal ao infrator que comete crimes mediante violência doméstica, mostrou-se adepto ao movimento ideológico de Lei e Ordem, na seara penal.

Entretanto, as medidas repressivas oriundas do referido movimento têm sido muito criticadas, porque não vêm se mostrando hábeis a diminuir a criminalidade. Ademais, mostram-se infrutíferas em face da prevenção penal. Ocorre que além de as medidas do movimento da Lei e da Ordem serem inadequadas, sob o enfoque político-sociológico, questão que iremos trabalhar com mais acuidade ao analisarmos a estrutura funcional da norma, não se pode olvidar que também não são legítimas,

porque não alcançam os fins jurídicos da ordem constitucional. Irrefutável que a norma combatida causa um desequilíbrio no ordenamento jurídico, pois veda a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos crimes cometidos mediante violência doméstica, além de submetê-los ao rito ordinário.

Ressai-se que o simples fato do legislador decidir que o rito a ser seguido para os crimes praticados com violência doméstica contra a mulher será o ordinário, não faz com que eles deixem de ser considerados crimes de pequeno potencial ofensivo. Após as alterações trazidas pela Lei nº 10.259/01 e as modificações da Lei nº 9.099/95, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é uníssono no tocante à definição de crime de menor potencial ofensivo do crime. Dessa via, será considerado crime de menor potencial ofensivo, albergado pela Lei nº 9.099/95, todo o delito cuja pena abstrata prevista máxima é de dois anos, independentemente do rito procedimental previsto. Sobressai-se que o princípio da intervenção mínima, pilar do direito penal moderno, tem respaldo nessa premissa.

A experiência no Juizado Especial demonstra que a maior parte dos crimes cometidos com violência doméstica contra a mulher possui pena máxima inferior a 2 (dois) anos. Por conseguinte, a submissão ao rito ordinário e inaplicabilidade dos institutos da Lei nº 9.099/95 mostram-se inadequados e inconstitucionais. Colige-se das assertivas supramencionadas, que a aplicação do artigo 41 da Lei nº 9.099/95 consubstancia um desvio do objetivo principal do Direito Penal que é ocupar-se da punição severa dos crimes de maior potencial ofensivo – maior pena – que ofendem bens significativos, para o fazer em relação à ofensa de bens menos relevantes.⁵

Em virtude dessas considerações, o instituto guerreado mostra-se inadequado a alcançar os fins colimados pela sistemática jurídica penal que tem como supedâneo o princípio da intervenção mínima. Sobremais, o mencionado princípio está implícito na Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I, da CF/88, que possibilitou a conciliação na seara do direito processual penal pátrio, em relação aos crimes de pequeno potencial ofensivo. Nessa linha, releve-se que o inciso I do artigo 98 da CF/88 deixa clara a intenção do legislador constituinte em proteger os bens jurídicos

⁵ Nesse passo, Rogério Greco (2005) lecionou que:

[...] o falacioso discurso do movimento de Lei e Ordem, que prega a máxima intervenção do Direito Penal, somente nos faz fugir do alvo principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo, pois que nos fazem perder tempo, talvez proposadamente, com pequenos desvios, condutas de pouca ou nenhuma relevância servindo tão-somente, para afirma o caráter simbólico de um Direito Penal que procura ocupar o papel de educador da sociedade, a fim de encobrir o grave e desastroso defeito do Estado, que não consegue cumprir suas funções sociais, permitindo que, cada dia mais, ocorre um abismo econômico entre as classes sociais [...].

mais relevantes no direito penal e processual penal, garantindo benesses àqueles que cometeram crimes de menor potencial ofensivo.⁶

O direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe a autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção do legislador para compor conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, os quais sempre estarão presentes.

Diante do exposto, o instituto descrito no artigo 41 da Lei nº 11.430/06 mostra-se inadequado às normas Constitucionais que tratam do princípio da intervenção mínima. No mais, ao se transferir todos os processos à Justiça Comum e os submeter ao rito ordinário, o legislador, além de prejudicar a eficiência do Poder Judiciário, também restringiu o direito à duração razoável do processo e a celeridade de sua tramitação de forma irretorquível, conforme se verá no próximo tópico.

2.1.3.3. Subprincípio da adequação: ofensa ao direito constitucional da duração razoável do processo

Além de inidôneo a alcançar os fins descritos no artigo 98, inciso I, da CF/88 e os colimados pelo princípio da intervenção mínima, o artigo 41 da Lei Maria da Penha também não se mostrou apto a garantir a duração razoável do processo, cláusula pétrea constitucional. *Ab initio*, deve-se alhear que, desde que o Estado assumiu a função jurisdicional, iniciou-se a criação de critérios objetivos, universais e vinculativos aos cidadãos, com o fim de alçar a solução mais equânime aos casos concretos, tornando-se o processo um instituto jurídico eminentemente formal.

Ocorre que a referida formalidade implicou a duração desarrazoada do processo, fato que aumentou os custos, agravou a angústia e a infelicidade dos cidadãos com as situações indefinidas e, muitas vezes, levou a ineficácia da prestação jurídica estatal. Com efeito, a ineficiência do sistema judiciário, implicou o seu descrédito social.⁷

O referido óbice instigou os processualistas a cogitar novos meios de soluções dos conflitos, em consonância com a ordem constitucional vigente. Um dos meios que o legislador buscou para garantir a celeridade processual e estreitar a duração processual foi a conciliação. Em matéria penal, a Constituição Federal de 1988

⁶ Com efeito, a lição de Cezar Roberto Bitencourt segue os mesmos trilhos mencionados:

⁷ Nessa senda, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover (2005) enfrentaram o tema das formalidades processuais e suas implicações práticas, com o costumeiro brilhantismo, ao averçar que:

Pois tudo toma tempo e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal. O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema.

abriu nova perspectiva com a previsão, no artigo 98 do referido instituto legal, dos Juizados Especiais Criminais, aduzindo em seu inciso primeiro que seria composto por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações de pequeno potencial ofensivo nas hipóteses previstas nas Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/03. Essa conciliação recebeu o *nomen iuris* de transação penal.

Os institutos de conciliação consubstanciaram um excepcional avanço jurídico no alcance da duração razoável do processo e celeridade processual, em relação aos crimes de menor potencial de lesão aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Sobremais, a criação dos Juizados Especiais Criminais possibilitou uma melhor apuração dos delituosos mais graves, tanto por parte da polícia judiciária, quanto por parte do Poder Judiciário, já que a Justiça Comum ficou menos inflacionada, por conseguinte mais eficiente e célere.

Entretanto, numa contramão da tendência processualista, o artigo 41 da Lei nº 10430/06 vedou a possibilidade de aplicar os institutos conciliadores aos crimes de menor potencial ofensivo praticados com violência doméstica, principalmente a possibilidade da transação penal. Tal vedação se estende a todos os crimes previstos na Lei nº 11.340, incluindo aqueles cuja pena máxima seja de dois anos.

Assim, como visto anteriormente, não pairam dúvidas de que a referida vedação irá inflacionar sobejamente a Justiça Comum e prejudicar a celeridade dos feitos, bem como sua duração razoável, uma vez que todos os crimes de pequeno potencial ofensivo cometidos com violência doméstica serão julgados de acordo com as regras que concernem ao rito ordinário. Em razão das considerações supramencionadas, irretorquível que a Lei nº 11.340/06, em seu artigo 41, representa verdadeiro retrocesso no sistema processual penal pátrio e ofende o direito constitucional à duração razoável do processo e celeridade em sua tramitação.

Necessário se faz ressaltar que o legislador constituinte erigiu o direito à duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação a cláusula pétreia, através da Emenda Constitucional 45, publicada em 30 de dezembro de 2004, consoante se vislumbra no artigo 5º, inciso LXXVII, da CF/88. No mais, trata-se de uma garantia supranacional contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada no Brasil, pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, consoante se vislumbra *in fine*:

Art. 8º- Garantias Judiciais.

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na

apuração de qualquer acusação penal formulada contra ele, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁸

Tal fato é justificável, porquanto a jurisdição é um instrumento imprescindível para assegurar a dignidade da pessoa humana, justiça social e resguardar o Estado Democrático de Direito. O legislador ordinário, através do instituto normativo combatido, inequivocamente ofendeu o princípio da razoável duração do processo e consubstanciou indubitável retrocesso ao trabalho de operacionalização do sistema conciliatório na seara penal, desenvolvido por processualistas renomados e sérios deste século.

Por todo o exposto, não pairam dúvidas de que o instituto legal é manifestamente inadequado ao caso, porque não atinge os fins por ele colimados e também é inválido por ofender os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima, bem como restringir o direito à duração razoável do processo e à justiça conciliatória descrita no artigo 98, inciso I, da CF/88.

2.1.3.4. Subprincípio da necessidade: ofensa ao direito da dignidade da pessoa humana

Não menos importante sobressair que o artigo 41 da Lei nº 11.430/06 ofende direito à dignidade da pessoa humana, bem como o direito individual à liberdade, fundamentos da CF/88, para atingir seus fins. A medida utiliza-se de meios gravosos, manifestamente desnecessários sobre o ponto de vista jurídico ao alcance dos fins almejados pela norma. O artigo 41 da Lei nº 11.430/06 ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, ao auferir tratamentos desiguais, mais severos a indivíduos que respondem por crimes de pequeno potencial ofensivo, sem respaldo constitucional.

A dignidade da pessoa humana deve ser um fim em si mesmo e não um meio para obtenção de algum resultado. O indivíduo deve ser punido pelos seus atos e não por sua condição cultural, econômica, racial, história ou pragmática. Não se pode admitir que os agentes que ofendam bens jurídicos idênticos, de pequeno potencial

⁸ Os insígnies mestres Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover aduziram que o processo em prazo razoável integra a garantia do devido processo legal, conforme a redação infra :

E pelo menos num ponto- aplicável ao processo penal e ao não penal-nova garantia surge explicitamente da Convenção: o direito ao processo em prazo razoável. Realmente, a garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas integra as garantias do devido processo legal(expressas, nesse ponto, a Constituição espanhola de 1978, no art. 24.2, e a Constituição canadense de 1982, no art. 11, letra b/, porquanto justiça tardia não é verdadeira justiça.

ofensivo, possam ser submetidos a tratamentos tão díspares pelas circunstâncias de local e afetividade em que foram cometidos. Exemplo dessa desigualdade processual poderá ser visualizado na hipótese da ocorrência de um delito de ameaça ou de uma contravenção de vias de fato envolto no ambiente de conflito doméstico. Neste caso, os operadores do direito não poderão ofertar o benefício da transação penal, apesar de a pena máxima abstrata dos referidos crimes ser inferior a dois anos. Os aplicadores do direito também serão obrigados a instruir o processo, por força da vedação genérica do artigo 41 da Lei nº 11.340/06.

Não menos importante ressaltar que o legislador ordinário, agindo dessa forma, afronta o inciso I, artigo 98, da CF/88, já que o constituinte pretendeu estender a possibilidade de transação penal e de julgamento pelos juizados especiais criminais a todos os indivíduos que cometeram infrações de pequeno potencial ofensivo e preenchessem os requisitos e pressupostos para tanto. Não houve remissão, no plano constitucional, da possibilidade de vedação a certos crimes de pequeno potencial ofensivo dos benefícios a serem previstos em lei, como no caso dos crimes cometidos em ambiente de violência doméstica. A restrição do direito fundamental de liberdade, a submissão a tratamento mais gravoso e vexatório enquanto meio para reduzir a prática da violência doméstica, reduz a condição humana a meio, com o fim de atingir o referido fim.

De outro lado, vislumbra-se a evidente vontade do legislador de punir o autor do delito que pratica a violência doméstica e não proteger o bem jurídico em questão. Notório na doutrina pátria que a valoração da pena está condicionada à importância do bem jurídico por ela protegido. Nesse encaixe, podemos citar a Lei dos Crimes Hediondos, que majorou a pena de todos os delitos nela descritos. *A fortiori*, infere-se da Lei nº 11.430/06 que somente a pena da lesão corporal praticada com violência doméstica foi aumentada, sendo que os demais crimes não sofreram alterações. Dessa forma, se não houve modificação alguma em relação às outras penas referentes aos crimes de violência doméstica, trata-se conclusão óbvia que o legislador entendeu que o insulto ao bem protegido não é maior nos casos em que há violência doméstica.

Consoante argumentação retromencionada, clarividente que a norma pune soberbamente o autor do delito de violência doméstica, como meio de auferir resposta à sociedade que tem se indignado com os referidos delitos, uma vez que o Estado se mostra impotente a resolver seus problemas sociais. Ocorre que, enquanto estudiosos do direito, não podemos deixar que o legislador sacrifique o direito fundamental à dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade do indivíduo, toda a vez que se mostre incapaz de resolver os óbices sociais enfrentados pelos brasileiros. A medida normativa descrita no artigo 41 da Lei Maria da Penha é soberbamente gravosa e não guarda adequação, razoabilidade, com o fim estatal de combate à violência doméstica,

mostrando-se inadmissível na ordem jurídica atual do processo constitucional, por sacrificar direitos fundamentais supremos, erigidos como cláusulas pétreas no nosso ordenamento jurídico.

2.1.3.5. Subprincípio da necessidade: ofensa ao princípio da liberdade de locomoção

O princípio da liberdade individual está descrito, de forma implícita, no artigo 5º, incisos II, XI, XV, LIII, LIV, LXI, LXII, LXVIII, da CF/88, que foi maculado de forma reflexa pelo artigo 41 da Lei nº 11.430/06. Em consonância com as fundamentações supramencionadas, o guerreado instituto jurígeno ofendeu também o direito individual à liberdade de locomoção, ao impedir que os réus que cometeram os crimes de pequeno potencial ofensivo praticados com a violência doméstica possam ser beneficiados com os institutos despenalizadores descritos na Lei nº 9.099/95.

Não menos importante ressaltar a referida inconstitucionalidade formal, já que a norma infraconstitucional restringe a cláusula pétrea de liberdade individual de locomoção, sem respaldo normativo. O cidadão que comete crime de pequeno potencial ofensivo, no ambiente de violência doméstica, será submetido aos mesmos regramentos, julgado e estigmatizado de igual forma àquele que cometeu um crime de grave potencial ofensivo. Diante do cediço, revela-se a inconstitucionalidade do dispositivo legal guerreado, porque se utilizou medida sobejamente gravosa à ordem jurídica constitucional, ao restringir direitos e garantias individuais do cidadão, não atendendo ao subprincípio da proporcionalidade *lato sensu* e, por conseguinte, ofendendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade de forma reflexa.

Entendemos que o simples afastamento do lar daquele que cometeu o delito de violência doméstica, o tratamento psicológico do agressor, recolhimento das vítimas em abrigo próprio e as medidas que dificultam a aproximação do infrator ao seio familiar sem a necessária recuperação, previstos na referida lei, *per si*, já evitariam ulteriores agressões à família. Diante do exposto, com fulcro, também, no princípio da intervenção mínima, o combatido instituto penal mostra-se desnecessário no pleito.

2.1.3.6. Princípio da proporcionalidade estrito senso

O artigo 41 da Lei nº 11.430/06 ofende o princípio da proporcionalidade *estricto senso*, pois todas as desvantagens descritas neste trabalho superam, em muito, os benefícios pretendidos pelo legislador com o referido dispositivo legal.

2.1.3.7. A antinomia existente no art 266 da CF/88: princípio da preservação da instituição familiar

É sabido que, quando há conflito entre princípios constitucionais, na verdade, verifica-se uma antinomia aparente de idéias que deve ser resolvida com fulcro na análise sistemática dos fins almejados por nossa Carta Magna. Necessário se faz salientar que a ordem constitucional vigente preserva a instituição da família em seu artigo 226, dispondo sobre a liberdade e o respeito à privacidade dos membros da família, afastando a ingerência demasiada do poder público.⁹

Convém relevar que o Direito de Família, regulamentado no Livro IV da Lei nº 10.406/02, Código Civil, encampa a tese de conservação da família. Não obstante tal previsão constitucional, o novo instituto legal, bem mais severo, segue caminho inverso ao preconizado pela CF/88, ofendendo o preceito constitucional da não intervenção Estatal nas relações familiares. Ademais, ao possibilitar a utilização de medidas de afastamento do lar, poderá ser responsável pelo desmembramento de muitas famílias, o que aumentará os bolsões de miserabilidade no país.

Em virtude dessas considerações, mostra-se inadequada a intervenção preconizada no artigo 41 da Lei nº 11.430/06 no seio familiar. Diante do exposto, chegamos à conclusão de que o artigo 41 da Lei nº 11.340 padece de inconstitucionalidade, porque afronta direitos protegidos constitucionalmente e mostra-se manifestamente desproporcional, por vedar a aplicação das benesses da Lei nº 9.099/95 a crimes de menor potencial ofensivo.

2.2. Análise funcional do artigo 41 da Lei nº 11.430/06

O artigo 41 de Lei Maria da Penha, sob o aspecto funcional, demonstra retrocesso estatal, pela utilização do movimento da Lei e Ordem, bem como a inflação do Poder Judiciário comum, com infrações de pequeno potencial ofensivo, comprometendo a credibilidade do Poder Público na resolução de suas lides. Com efeito, o referido dispositivo legal evidencia o esforço do legislador para recrudescer a lei penal e processual, restringindo os direitos individuais dos cidadãos, com o fim de dar resposta à sociedade, demonstrando a voracidade da expansão do movimento da Lei e Ordem.

⁹ Interpretando o dispositivo constitucional elencado, esclarece-nos Moraes (2000, p. 649, grifo nosso) que

[...] o planejamento familiar é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. O planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma *coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas*.

A apologia do legislador ao movimento da Lei e Ordem mostra-se evidente também pelo aumento da pena do crime de lesões corporais cometidos contra a mulher, nos moldes do § 9º do artigo 129 do Código Penal, modificado pela lei, que previu a pena de detenção de 3 meses a 3 anos 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. A opção legislativa pelo recrudescimento da lei e restrição dos direitos individuais dos cidadãos brasileiros afastou o direito penal do seu pilar teológico, que é proteger os bens jurídicos de grande potencial ofensivo e garantir a paz social.

O referido instituto legal, além de auferir ao crime de lesões corporais praticadas com violência doméstica o *status* de crime de médio potencial ofensivo, também vedou a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos crimes cometidos com violência doméstica e atribuiu a competência para a apreciação jurisdicional dos mesmos à Justiça Comum, enquanto não forem criados os Juizados Especiais especializados no combate aos crimes cometidos contra a mulher em ambiente de violência doméstica. A excessiva preocupação do legislador, no sentido de reprimir muitas condutas indesejadas, inflaciona o sistema jurídico pátrio e acaba por gerar a ineficácia da Justiça comum em relação àquelas infrações cujos bens jurídicos são realmente relevantes.

Cumpram ressaltar que a mídia e a sociedade civil têm sido implacáveis na campanha de combater a violência doméstica. A adoção da política de lei e ordem, restringindo liberdades sem supedâneo constitucional, em dissonância com a sistemática penal e processual penal, somente aproximou os meios de comunicação sensacionalistas da *ratio* do combate ao inimigo e não a teleologia penal do direito penal do fato. Em razão das considerações traçadas, a linha doutrinária adotada nesse novo instituto legal é ilegítima, inconstitucional e manifestamente injusta.¹⁰

Não menos importante salientar que os Juizados Especiais Criminais foram criados como meio de minimizar o tumulto processual que se instaurou no Juízo Comum, garantindo a seletividade dos bens jurídicos, à medida que o último ficou com a função de apenas se dedicar aos crimes de maior potencial ofensivo. Desse modo, tais normas possibilitaram a redução do número de processos nas Varas Criminais.

¹⁰ Nesse sentido, Greco (2005, p. 30) nos esclarece:

Não podemos afastar todas as nossas conquistas que nos foram sendo dadas em doses homeopáticas ao longo dos anos, sob o falso argumento do cidadão versus inimigo, pois que, não sendo possível conhecer o dia de amanhã, quem sabe algum louco chegue ao poder e diga que inimigo também é aquele que não aceita a teoria do Direito Penal do Inimigo [...].

Nesse passo, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, ditou que a União, Estados, Distrito Federal, e Territórios irão criar juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados ou leigos, para julgar infrações penais de menor potencial ofensivo. Com efeito, o devido processo legal foi estabelecido para que o agente fosse condenado à pena privativa de liberdade. A exceção descrita em nosso ordenamento foi a possibilidade de haver transação penal e institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 nos crimes de menor potencial ofensivo.

Definiu-se infração de menor potencial ofensivo como aquela em que a pena máxima não fosse superior a um ano. Tal conceito foi modificado pela Lei nº 10.259/01, que definiu como de pequeno potencial ofensivo aquele crime cuja pena não ultrapasse dois anos. Os Juizados Especiais Criminais surgiram como forma de resgatar o direito individual da duração razoável do processo, porquanto esta Justiça cuidaria apenas dos crimes de pequeno potencial ofensivo e deixaria à Justiça Comum os crimes de maior gravidade.

Os institutos despenalizadores aplicáveis aos crimes de pequeno potencial ofensivo mostraram-se eficazes e adequados em relação à pena aplicada, já que, desde que recomendável, o benefício da transação penal possibilita a aplicação das penas substitutivas aos infratores que geraram lesividade de menor porte. Nesse sentido, Grinover (2002): “A Constituição fornece exemplos concretos da necessária observância do princípio da proporcionalidade, quando confere tratamento mais ou menos severo de acordo com a gravidade das infrações: assim, com relação aos crimes hediondos e às infrações de menor potencial ofensivo”.

Não há dúvidas de que o novo instituto penal e processual irá inflacionar a Justiça Comum com infrações cujo bem jurídico é classificado como o de pequeno potencial ofensivo, comprometendo a credibilidade e eficiência da justiça ordinária penal. De outro lado, a aplicação do artigo 41 da referida lei poderá agravar a situação das famílias brasileiras com menor condição financeira aumentando os bolsões de miséria e provocando o desmembramento das uniões vigentes.

A aplicação imediata do mencionado dispositivo legal implicará a intervenção incondicionada do Estado na família brasileira, o que poderá separar membros de famílias independentemente da vontade recíproca. Colige-se que, independentemente do bem jurídico ofendido, o pai de família que cometer crime ou contravenção utilizando-se de violência doméstica será severamente castigado. Inegável que, apesar dos avanços no sentido de incluir as mulheres no mercado de trabalho, a população economicamente ativa e com maior renda é composta de homens. Tal fato deve-se à herança de uma sociedade machista que se instaurou ao longo da história.

Nas classes menos favorecidas, onde ocorre a maior parte dos crimes os quais envolvem violência doméstica, o fenômeno supracitado é evidenciado sem maiores esforços. Ocorre que o guerreado instituto jurídico imprime graves conseqüências ao agente que comete crimes utilizando-se de violência doméstica, independentemente da lesividade da conduta. A submissão do referido infrator ao rito processual ordinário, implicará, como já se evidencia na Justiça Comum, na maioria das vezes, a perda de emprego, estigmatização como infrator e supressão da única fonte de renda da casa. No mais, poderá acarretar a desestruturação da família, no plano psíquico, dificultando sobremaneira a sua manutenção e conservação. Diante do esposado, podemos concluir que as medidas gravosas descritas no guerreado instituto legal implicarão conseqüências irreparáveis ao instituto familiar.

3. Artigo 41 da Lei nº 11.340/06 e extensão da vedação aos artigos 88 e 89 da Lei nº 9.099/95

Conforme exposto acima, verificamos que o artigo 41 da Lei nº 11.430 padece de inconstitucionalidade. Importante questão surgida na interpretação desse dispositivo é sobre a delimitação da vedação explícita encontrada no referido dispositivo legal. Com efeito, paira certa dúvida na doutrina sobre a questão da extensão da vedação do artigo 41 no que tange às previsões dos artigos 88 e 89 da Lei nº 9.099/95.

De acordo com uma primeira corrente doutrinária, que parte de uma interpretação literal, chegaríamos à conclusão de que o artigo 41 da Lei nº 11.340 impossibilitaria a aplicação dos artigos 88 e 89 da Lei nº 9.099/95, pois a novel lei veda a aplicação da Lei dos Juizados Especiais como um todo, sem excepcionar quaisquer dispositivos. No tocante à inaplicabilidade do artigo 88 da Lei nº 9.099/95, o entendimento se baseia no fato de não ser no Código Penal que se vai encontrar o dispositivo que determina a ação penal pública condicionada para as lesões leves em geral, mas sim no artigo 88 da Lei nº 9.099/95.

Assim, no silêncio do Código Penal e diante da vedação do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, retornaríamos à regência do artigo 100, CP, que impõe a ação penal pública incondicionada. Destarte, os crimes de lesões corporais leves no ambiente de violência doméstica não necessitariam mais de representação, voltando a ação penal ser pública incondicionada, dada a inaplicabilidade do artigo 88 da Lei dos Juizados, aumentando ainda mais a demanda desnecessária na Justiça Comum, já que obrigaria a vítima a se submeter à instrução penal independentemente de sua vontade.¹¹

¹¹ Adotando tal corrente, elucidam Gomes e Bianchini (2006) que:

Art. 41 da nova lei: dentre todos os delitos que, no Brasil, admitem representação acham-se a lesão corporal culposa e a lesão corporal (dolosa) simples. Nessas duas hipóteses a exigência de representação (que é condição específica de procedibilidade) vem contemplada no art.

Tal interpretação seria a mesma utilizada na conclusão sobre a impossibilidade de apresentação do benefício da suspensão condicional do processo, mesmo nos crimes de violência doméstica cuja pena mínima abstratamente prevista fosse igual ou inferior a um ano, já que não há qualquer exceção na regra do artigo 41 da Lei Maria da Penha. Não obstante as ponderações da primeira corrente, há uma segunda linha de entendimento, que reputamos ser a mais correta, que reza que a interpretação a ser dada ao artigo 41 da Lei nº 11.430 é a de que tal dispositivo veda a aplicação da Lei nº 9.099/95 (incluindo aí possibilidade de composição civil e transação penal), não abarcando os institutos de natureza mista, penal e processual.

Mirabete (2000, p. 31) denomina tais dispositivos como normas legais independentes dos juizados especiais criminais, pois a matéria prevista não tem “[...] correspondência direta com a matéria referente aos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais e sua aplicação independe da criação desses órgãos jurisdicionais”. Desta feita, para esta corrente doutrinária, o artigo 88 da Lei nº 9.099/95 não estaria abarcado pela vedação do artigo 41 da Lei nº 11.430/06, já que não se refere à condição de procedibilidade exclusiva para as ações penais de competência do Juizado. Com efeito, o artigo 88 da Lei dos Juizados trata da necessidade de representação aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, previstos no Código Penal, que podem ser de pequeno ou médio potencial ofensivo.

Vale registrar que a própria *mens legis* da Lei nº 11.340/06 deixa transparecer, em seu artigo 16, que está mantida a necessidade de representação, a ser feita dentro do prazo decadencial, para que se dê o início da ação penal pelo Ministério Público nos crimes de lesão corporal leve, sendo, portanto, a ação penal pública condicionada à manifestação do ofendido: “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.

88 da Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais). Esse dispositivo não foi revogado, sim, apenas derogado (ele não se aplicará mais em relação à mulher de que trata a Lei 11.340/2006 - em ambiência doméstica, familiar ou íntima). Note-se que o referido art. 88 só fala em lesão culposa ou dolosa simples. Logo, nunca ninguém questionou que a lesão corporal dolosa grave ou gravíssima (CP, art. 129, § 1º e 2º) sempre integrou o grupo da ação penal pública incondicionada. Considerando-se o disposto no art. 41 da nova lei, que determinou que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/1995”, já não se pode falar em representação quando a lesão corporal culposa ou dolosa simples atinge a mulher que se encontra na situação da Lei 11.340/2006 (ou seja: numa ambiência doméstica, familiar ou íntima) (nesse sentido cf. também: José Luiz Joveli; em sentido contrário: Fernando Célio de Brito Nogueira).

Assim, verificamos que o próprio legislador manteve expressamente a necessidade de representação para o início da ação penal nos crimes previstos em lei, incluindo aí os casos de lesão corporal leve, agora com a pena majorada, conforme § 9º do artigo 129 do Código Penal. Tal entendimento não poderia ser diverso, uma vez que as lesões corporais praticadas com violência doméstica tem a condenação do réu praticamente vinculada à cooperação da vítima na sua instrução probatória, porque cometidos na clandestinidade do lar, e a materialidade delitiva exige a colaboração da vítima na realização do exame de corpo delicto.¹²

Da mesma forma, a aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 não estaria vedada pela Lei Maria da Penha, sendo plenamente possível a aplicação do instituto do *sursis* processual para crimes submetidos aos juízos comuns. Neste rumo, tal instituto possui natureza híbrida, penal e processual, cujo conteúdo abrange não só os crimes alcançados pela Lei nº 9.099/95, como também aqueles que se enquadram nos patamares fixados no art. 89, ou seja, é extensível a todos os crimes cuja pena mínima prevista é de, no máximo, um ano.

4. Conclusão

Diante de todo exposto, verificamos que o artigo 41 da Lei nº 11.430/06 padece de inconstitucionalidade, por ofender razoabilidade, proporcionalidade e intervenção mínima. No mais, o guerreado instituto normativo afronta os direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, liberdade individual, duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação, o instituto de conciliação da seara penal, que se incorpora na transação penal aos crimes de menor potencial ofensivo, e o princípio da preservação da instituição familiar.

¹² Esse é o entendimento de Nogueira (2006):

O que quis a lei vedar foram os benefícios decorrentes da aplicação da Lei do Juizado Especial Criminal aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Devemos buscar no conjunto das normas trazidas pela nova lei a vontade e os objetivos do legislador ao editá-la. Para isso, não podemos interpretar isoladamente determinados preceito nela contidos. Devemos conjugar as disposições da lei, sem perder de vista os valores nela resguardados e as finalidades da lei. É a interpretação teleológica ou finalística da lei. Desse modo, segundo nossa interpretação, podem ser extraídas as seguintes conclusões da conjugação dos arts. 16, 17 e 41 da Lei 11.340/06:

[...].

b) persiste a exigência de representação nos casos do art. 129, § 9º, do CP, e art. 21, da LCP (por analogia); no caso do art. 147 do CP, o parágrafo único exigia e exige tal condição de procedibilidade; se o legislador pretendesse banir referida condição da Lei 11.340/06 ação penal pública, não teria trazido a previsão do art. 16 da lei, que impõe formalidade para a renúncia à representação;

O artigo 41 de Lei Maria da Penha, sob o aspecto funcional, demonstra retrocesso estatal, pela utilização do movimento da Lei e Ordem, bem como a inflação do Poder Judiciário comum, com infrações de pequeno potencial ofensivo, comprometendo a credibilidade do Poder Público na resolução de suas lides. Outrossim, as medidas gravosas descritas no guerreado instituto legal implicarão conseqüências irreparáveis ao instituto familiar, bem como, aumentarão os bolsões de miséria no país.

Sugere este trabalho, ainda, a aplicação do artigo 89 e 88 da Lei nº 9.099/95 aos crimes previstos na Lei nº 11.430/06, por se tratarem de medidas de natureza híbrida, penais e processuais, podendo ser aplicados a crimes não albergados no conceito de delito de menor potencial ofensivo.

5. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Therie der Gundrechte*. Frankfurt am Main, 1986.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Bastos Ribeiro. *Comentários à Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática fundamental transformadora*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. Vol 336, p. 125-136, outubro-dezembro de 1996.

CANOTILHO, JJ. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra. Reimpressão, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do Direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOMES, Luis Flávio. GOMES, Luis Flávio e BIANCHINI, Alice. *Lei da Violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima*. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=2067>>. Acesso em: 12 ago. 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei nº 9.099/95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: IOB, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas do Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: Altas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *A Lei n. 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher, perplexidades à vista*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Lei_11_340_Violencia_domestica.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito Processual penal: teoria, crítica e práxis*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.