

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEI MARIA DA PENHA¹

“Saímos da ditadura do masculino para a ditadura de um feminino esteriotipado. Um feminino que nega tudo o que é feminino.”²

Na sessão plenária realizada no dia 24 de março, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340/2006. A decisão foi tomada no julgamento do Habeas Corpus (HC) 106212, em que um condenado pela Justiça de Mato Grosso do Sul à pena restritiva de liberdade de 15 dias, convertida em pena alternativa de prestação de serviços à comunidade, contestava essa condenação. O réu foi punido com base no artigo 21 da Lei das Contravenções Penais, acusado de ter desferido tapas e empurrões em sua companheira. Todos os Ministros presentes à sessão do Plenário acompanharam o voto do relator, Ministro Marco Aurélio. Segundo ele, a constitucionalidade do artigo 41 dá concretude, entre outros, ao artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal, 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 de suas relações”. O Ministro disse que o dispositivo se coaduna com o que propunha Ruy Barbosa, segundo o qual a regra de igualdade é tratar desigualmente os desiguais. Isto porque a mulher, ao sofrer violência no lar, encontra-se em situação desigual perante o homem. Ele descartou, também, o argumento de que o juízo competente seria um juizado criminal especial, em virtude da baixa ofensividade do delito. Os Ministros apontaram que a violência contra a mulher é grave, pois não se limita apenas ao aspecto físico, mas também ao seu estado psíquico e emocional, que ficam gravemente abalados quando ela é vítima de violência, com consequências muitas vezes indelévels. Ao acompanhar o voto do relator, o Ministro Luiz Fux disse que os juzizados especiais da mulher têm maior agilidade nos julgamentos e permitem aprofundar as investigações dos agressores domésticos, valendo-se, inclusive, da oitiva de

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador-UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador-UNIFACS (Curso coordenado pelo Professor J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e ao Movimento Ministério Público Democrático. Integrante, por três vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação da Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, do Curso JusPodivm, do Praetorium, do Curso IELF e da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (em co-autoria) – Editora Juruá, 2010, além de organizador e coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, Editora JusPodivm, 2008. Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados na Bahia e no Brasil.

² Janaína Paschoal, “Mulher e Direito Penal”, Coordenadores: Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3.

testemunhas. Por seu turno, o Ministro Dias Toffoli lembrou da desigualdade histórica que a mulher vem sofrendo em relação ao homem. Tanto que, até 1830, o direito penal brasileiro chegava a permitir ao marido matar a mulher, quando a encontrasse em flagrante adultério. Entretanto, conforme lembrou, o direito brasileiro vem evoluindo e encontrou seu ápice na Constituição de 1988, que assegurou em seu texto a igualdade entre homem e mulher. Entretanto, segundo ele, é preciso que haja ações afirmativas para que a lei formal se transforme em lei material. Por isso, ele defendeu a inserção diária, nos meios de comunicação, de mensagens afirmativas contra a violência da mulher e de fortalecimento da família. No mesmo sentido votou também a Ministra Cármen Lúcia, lembrando que a violência que a mulher sofre em casa afeta sua psique (autoestima) e sua dignidade. “*Direito não combate preconceito, mas sua manifestação*”, disse ela. “*Mesmo contra nós há preconceito*”, observou ela, referindo-se, além dela, à Ministra Ellen Gracie e à vice-procuradora-geral da República, Deborah Duprat. E esse preconceito, segundo ela, se manifesta, por exemplo, quando um carro dirigido por um homem emparelha com o carro oficial em que elas se encontrem, quando um espantado olhar descobre que a passageira do carro oficial é mulher. “*A vergonha e o medo são a maior afronta aos princípios da dignidade humana, porque nós temos que nos reconstruir cotidianamente em face disto*”, concluiu ela. Também com o relator votaram os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e o presidente da Corte, Ministro Cezar Peluso. Todos eles endossaram o princípio do tratamento desigual às mulheres, em face de sua histórica desigualdade perante os homens dentro do lar. O Ministro Ricardo Lewandowski disse que o legislador, ao votar o artigo 41 da Lei Maria da Penha, disse claramente que o crime de violência doméstica contra a mulher é de maior poder ofensivo. Por seu turno, o Ministro Joaquim Barbosa concordou com o argumento de que a Lei Maria da Penha buscou proteger e fomentar o desenvolvimento do núcleo familiar sem violência, sem submissão da mulher, contribuindo para restituir sua liberdade, assim acabando com o poder patriarcal do homem em casa. O Ministro Ayres Britto definiu como “*constitucionalismo fraterno*” a filosofia de remoção de preconceitos contida na Constituição Federal de 1988, citando os artigos 3º e 5º da CF. E o Ministro Gilmar Mendes, ao também votar com o relator, considerou “*legítimo este experimento institucional*”, representado pela Lei Maria da Penha. Segundo ele, a violência doméstica contra a mulher “*decorre de deplorável situação de domínio*”, provocada, geralmente, pela dependência econômica da mulher. A Ministra Ellen Gracie lembrou que a Lei Maria da Penha foi editada quando ela presidia o Conselho Nacional de Justiça e ensejou um impulso ao estabelecimento de juizados especiais da mulher. Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso disse que o artigo 98 da Constituição, ao definir a competência dos juizados especiais, não definiu o que sejam infrações penais com menor poder ofensivo. Portanto, segundo ele, lei infraconstitucional está autorizada a definir o que seja tal infração.

Ousamos discordar frontalmente da decisão acima transcrita.

Como se sabe, a Lei nº. 11.340/06, a chamada “Lei Maria da Penha”, procurou criar “*mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher*”³. Segundo a lei, “*configura violência doméstica e*

³ Sobre o assunto, além de vários artigos já publicados na internet, indicamos: “Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”, obra coletiva publicada pela Editora Lumen Juris (2008) e organizada por Adriana Ramos de Mello; “Violência Doméstica”, de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo

familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.”⁴ A violência pode ser praticada:

a) *“no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”;*

b) *“no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”⁵ ou*

c) *“em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.”⁶*

Batista Pinto, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; “Violência Doméstica”, de Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti, Salvador: Editora JusPodivm, 2007 e “Estudos sobre as novas leis de violência doméstica contra a mulher e de tóxicos”, obra coletiva coordenada por André Guilherme Tavares de Freitas, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

⁴ *“O declínio primitivo e que deu azo ao presente conflito afirmou não se tratar de violência de gênero, uma vez que as envolvidas são do sexo feminino. Na esteira do vem decidindo o STJ, o sujeito passivo da violência doméstica, objeto da Lei 11.340/06 é a mulher, sendo certo que o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, o que restou cabalmente demonstrado neste autos, de onde exsurge a hipótese contemplada no inciso II, do art. 5º, da Lei da regência. Ademais a condição peculiar da mulher (vítima) prevista no art. 4º, da Lei Especial, está perfeitamente delineada com o fim social a que se destina a legislação em comento. A Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, justificando-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar” (TJRJ – 8ª C. CC 2009.055.00401 – rel. Gilmar Augusto Teixeira – j.30.09.2009).*

⁵ *“Lesão corporal cometido por sogra à nora. I – Conflito suscitado no juízo criminal comum em face de Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca da Capital, para julgamento de delito praticado na vigência da Lei 11.340/06. II – O artigo 129, § 9º do Código Penal é aplicável às hipóteses de violência doméstica, nas quais a lesão corporal é praticada contra pessoas que integram estrutura familiar, in casu sogra e nora, ligadas, portanto, por laços de afinidade, não importando se entre pessoas do mesmo sexo, amoldando-se os fatos, em consequência, ao disposto 5º e 14 da Lei 11.340/06. Conflito Procedente” (TJRJ – 2ª C. CC 2009.055.00320 – rel. Kátia Jangutta – j.03.09.2009).*

⁶ O namoro é uma relação íntima de afeto sujeita à aplicação da Lei 11.340/06. Quando a agressão é praticada em decorrência dessa relação, o Ministério Público pode requerer medidas para proteger a vítima e seus familiares. O entendimento é da 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça e foi firmado no julgamento do pedido de Habeas Corpus de um agressor que tentava suspender a proibição de chegar a menos de 50 metros da ex-namorada e do filho dela. A restrição foi imposta pela Justiça do Rio Grande do Sul em ação proposta pelo Ministério Público com base na Lei Maria da Penha. A defesa do agressor alegou a inconstitucionalidade da lei por privilegiar a mulher em detrimento do homem, a ilegitimidade do Ministério Público e disse que não havia relação doméstica entre o casal, pois namoraram por pouco tempo, sem a intenção de constituir família. De acordo com o inquérito policial, a vítima trabalhava com o agressor e os dois namoraram por quatro anos. Após o término do relacionamento, o agressor passou a espalhar panfletos difamatórios contra a ex-namorada, pichou o muro de sua residência e é suspeito de ter provocado um incêndio na garagem da casa dela. Seguindo o voto da relatora no STJ, desembargadora convocada Jane Silva, a 6ª Turma negou o pedido. Para a relatora, um namoro de quatro anos configura, para os efeitos da Lei Maria da Penha, relação doméstica ou de família, não simplesmente pela duração, mas porque o namoro é um relacionamento íntimo. A própria lei afasta a necessidade de coabitação para caracterizar a relação íntima de afeto. Assim, o Ministério Público tem

Ademais, compreende:

a) “a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”;

b) “a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”;

c) “a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”;

d) “a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades” e

e) “a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.”

É importante ressaltar que a lei não contém nenhum novo tipo penal, apenas dá um tratamento penal e processual distinto para as infrações penais já elencadas em nossa (vasta e exagerada) legislação. De toda maneira, entendemos extremamente perigosa a utilização, em um texto legal de natureza penal e processual penal (e gravoso para o indivíduo), de termos tais como “diminuição da auto-estima”, “esporadicamente agregadas”, “indivíduos que são ou se consideram aparentados”, “em qualquer relação íntima de afeto”, etc., etc.

Observa-se, porém, que uma agressão de ex-namorado contra antiga parceira não configura violência doméstica. Com esse entendimento, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, declarou competente o juízo de direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete, em

legitimidade para propor medidas de proteção. A decisão ressalta ainda que declarar a constitucionalidade ou não da lei é atribuição do Supremo Tribunal Federal. A relatora ainda esclareceu que a 3ª Seção do STJ, no julgamento dos conflitos de competência 91.980 e 94.447, não decidiu se a relação de namoro é ou não alcançada pela Lei Maria da Penha. O entendimento da Corte Superior naqueles casos específicos foi de que a violência praticada contra a mulher não decorria da relação de namoro. De acordo com Jane Silva, quando há a comprovação de que a violência praticada contra a mulher, vítima de violência doméstica por sua vulnerabilidade e hipossuficiência, decorre do namoro e que esta relação, independentemente de coabitação, pode ser considerada íntima, aplica-se a Lei Maria da Penha. (HC 92.875).

Minas Gerais, para julgar e processar ação contra agressor da ex-namorada. No caso, o homem encontrou a ex-namorada na companhia do atual parceiro e praticou a agressão. Ele jogou um copo de cerveja no rosto dela, deu-lhe um tapa e a ameaçou. O Ministério Público entendeu ser caso de violência doméstica e, por isso, considerou que deveria ser julgado pela Justiça comum. Acatando esse parecer, o juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete encaminhou os autos para a 1ª Vara Criminal da cidade. Porém, a Vara Criminal levantou o conflito de competência por entender que não se tratava de violência doméstica e, por essa razão, a questão deveria ser julgada pelo Juizado Especial. Em sua decisão, o relator, ministro Nilson Naves, destacou que a Lei Maria da Penha não abrange as consequências de um namoro acabado. Por isso, a competência é do Juizado Especial Criminal. Acompanharam o relator os ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Og Fernandes. O ministro Napoleão Nunes Maia Filho divergiu do relator e foi acompanhado pela desembargadora convocada Jane Silva. Segundo ela, o namoro configura, para os efeitos da Lei Maria da Penha, relação doméstica ou familiar, já que trata de uma relação de afeto.” (Processos: CC 91980 e CC 94447).

Segundo o seu art. 6º., a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos; logo, é possível que a apuração do crime daí decorrente seja da atribuição da Polícia Federal, na forma do art. 1º., **caput** e inciso III, da Lei nº. 10.446/02; ainda em tese, também é possível que a competência para o processo e julgamento seja da Justiça Comum Federal, **ex vi** do art. 109, V-A, c/c o § 5º., da Constituição Federal, desde que se inicie, via Procurador-Geral da República, e seja julgado procedente o Incidente de Deslocamento de Competência junto ao Superior Tribunal de Justiça). Esta conclusão decorre das normas referidas, bem como em razão do Brasil ser subscritor da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher⁷ e da Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher⁸.

Não pretendemos ferir suscetibilidades ou idiosincrasias, apenas manifestar o nosso entendimento sobre uma norma jurídica que entendemos ferir a Constituição Federal. Como diz Paulo Freire, “*só, na verdade, quem pensa certo, mesmo que, às vezes, pense errado, é quem pode ensinar a pensar certo. É uma das condições necessárias a pensar certo é não estarmos demasiado certos de nossas certezas. Por isso é que o pensar certo, ao lado sempre da pureza e necessariamente distante do puritanismo, rigorosamente ético e gerador de boniteza, me parece inconciliável com a desvergonha da arrogância de quem se acha cheia ou cheio de si mesmo.*”⁹

Estamos de acordo com a tutela penal diferenciada para hipossuficientes (inclusive pelo desvalor da ação¹⁰), mas sem máculas à

⁷ Aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984.

⁸ Firmada em 1994 na cidade brasileira de Belém do Pará, adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

⁹ Pedagogia da Autonomia, São Paulo: Paz e Terra, 35ª. ed., 2007, p. 28.

¹⁰ Como se sabe, a antijuridicidade de um comportamento é composta pelo chamado desvalor da ação e pelo desvalor do resultado; o primeiro, segundo Cezar Roberto Bitencourt, é a “*forma ou modalidade de concretizar a ofensa*”, enquanto que o segundo é “*a lesão ou exposição a perigo do bem ou interesse juridicamente protegido.*” Este mesmo autor, citando agora Jescheck, ensina que modernamente a “*antijuridicidade do fato não se esgota na desaprovação do resultado, mas que ‘a forma de produção’ desse resultado, juridicamente desaprovado, também deve ser incluído no juízo de desvalor.*” (Teoria

Constituição Federal e aos princípios dela decorrentes e inafastáveis. Neste ponto, concordamos com Naele Ochoa Piazzeta, quando afirma que “*corretas, certas e justas modificações nos diplomas legais devem ser buscadas no sentido de se ver o verdadeiro princípio da igualdade entre os gêneros, marco de uma sociedade que persevera na luta pela isonomia entre os seres humanos, plenamente alcançado.*”¹¹

Como afirma Willis Santiago Guerra Filho, “*princípios como o da isonomia e proporcionalidade são engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, sendo, portanto, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, donde podemos incluí-los na categoria, equiparável, das ‘garantias fundamentais’.*”¹²

Com efeito, o art. 41 da lei estabelece que “*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.*”

Entendemos tratar-se de artigo inconstitucional, principalmente à luz dos princípios da proporcionalidade e da igualdade. Atente-se, com Luiz Flávio Gomes, que “*o princípio da proporcionalidade tem base constitucional (é extraído da conjugação de várias normas: arts. 1º, III, 3º, I, 5º, caput, II, XXXV, LIV, etc.) e complementa o princípio da legalidade.*”¹³

Igualmente, “*el principio de proporcionalidad que, como ya indicado, surgió en el Derecho de policía para pasar a impregnar posteriormente todo el Derecho público, ha de observarse también en el Derecho Penal.*”¹⁴

Geral do Delito, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 121/124). Segundo Luiz Flávio Gomes, deve-se a Welzel “*o enfoque do delito como desvalor da ação (negação de um valor pela ação) mais desvalor do resultado. (...) O delito não é fruto exclusivamente do desvalor do resultado, senão sobretudo (na visão de Welzel) do desvalor da ação, que, no seu sistema, goza de primazia. O desvalor da ação, de qualquer modo, passa a constituir requisito obrigatório de todo delito.*” (Estudos de Direito Penal e Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 220/221). Assim, é inegável que o estudo da antijuridicidade leva à conclusão de que esta se perfaz não apenas com a valoração do resultado como também (e tanto quanto) com o juízo de valor a respeito da ação (ou omissão). Munõz Conde, na sua Teoria Geral do Delito, explica bem esta dicotomia e a imprescindibilidade da conjunção entre estes dois elementos: “*Nem toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico (desvalor do resultado) é antijurídica, mas apenas aquela que deriva de uma ação desaprovada pelo ordenamento jurídico (desvalor da ação).*” Em vista dessa percepção, diz o mesmo autor que o Direito Penal “*não sanciona toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas só aquelas que são conseqüências de ações especialmente intoleráveis.*” E continua o mestre espanhol: “*Ambos os conceitos, desvalor da ação e desvalor do resultado, são igualmente importantes na configuração da antijuridicidade, de vez que estão perfeitamente entrelaçados e são inimagináveis separados (...), contribuindo ambos, no mesmo nível, para constituir a antijuridicidade de um comportamento.*” (...) “*O que sucede é que, por razões de política criminal, o legislador na hora de configurar os tipos delitivos pode destacar ou fazer recair acento em um ou em outro tipo de desvalor.*” ((Teoria Geral do Delito, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, p. 88/89).

¹¹ O Princípio da Igualdade no Direito Penal Brasileiro – Uma Abordagem de Gênero, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 174.

¹² Introdução ao Direito Processual Constitucional, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 46.

¹³ Penas e Medidas Alternativas à Prisão, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 66.

¹⁴ Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, Madri: Editorial Colex, 1990, p. 29.

Por que proibir a aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais Criminais? A exclusão deve ser prevista em razão da gravidade do delito, não em razão da vítima ser mulher em situação de violência doméstica e familiar. O que justifica, à luz da Constituição Federal, a adoção de regime mais gravoso para determinados crimes é a própria gravidade do delito (aferida pela pena abstratamente cominada ou pelo bem jurídico tutelado, o que não é o caso, mesmo porque a lei não tipifica nenhuma conduta penalmente relevante). A propósito, observamos, **mutatis mutandis**, que o art. 61 da Lei nº. 9.099/95 foi modificado exatamente para retirar aquela ressalva quanto ao procedimento especial (que ensejava a exclusão do crime como sendo de menor potencial ofensivo). A doutrina nunca entendeu muito bem o porquê da ressalva, pois o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo deveria levar em conta apenas a pena máxima abstratamente cominada, sendo o tipo de procedimento absolutamente indiferente para aquele fim. Tal entendimento acabou prevalecendo com a promulgação da Lei nº. 11.313/06 que alterou a redação do art. 61 da Lei nº. 9.099/95.

Note-se que a Constituição Federal, razoável e proporcionalmente, estabelece regimes penal e processual mais gravosos para autores dos chamados crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo, o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; ao passo que permite medidas despenalizadoras quando se trata de infração penal de menor potencial ofensivo (cfr. arts. 5º., XLII, XLII e XLIV e 98, I, ambos da Constituição Federal).

Como, então, tratar diferentemente autores de crimes cuja pena máxima aplicada não foi superior a dois anos? Um condenado por uma injúria ou uma ameaça (pena máxima de seis meses), estará impedido de ser beneficiado caso tenha praticado aqueles delitos contra uma mulher em situação de violência doméstica e familiar; a violação aos referidos princípios constitucionais salta aos olhos!

Na lição de Sebastián Melo, “*sendo o Direito Penal um instrumento de realização de Direitos Fundamentais, não pode prescindir do princípio da proporcionalidade para realização de seus fins. Esse princípio, mencionado com destaque pelos constitucionalistas, remonta a Aristóteles, que relaciona justiça com proporcionalidade, na medida em que assevera ser o justo uma das espécies do gênero proporcional. Seu conceito de proporcionalidade repudia tanto o excesso quanto a carência. A justiça proporcional, em Ética e Nicômaco é uma espécie de igualdade proporcional, em que cada um deve receber de forma proporcional ao seu mérito. Desta forma, para Aristóteles, a regra será justa quando seguir essa proporção. Nas palavras do filósofo grego em questão, a sua igualdade proporcional representa uma ‘conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo nesta acepção é o meio-termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional’.*”¹⁵

Reafirmamos, com Humberto Ávila, que a igualdade (que ele denomina de postulado) “*estrutura a aplicação do Direito quando há*

¹⁵ “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, texto inserto na obra Princípios Penais Constitucionais, Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 203.

relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).” Para ele, a proporcionalidade (que também seria um postulado) “aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.”¹⁶

Assim, para nós, se a infração penal praticada for um crime de menor potencial ofensivo (o art. 41 não se refere às contravenções penais) devem ser aplicadas todas as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº. 9.099/95 (composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo), além da medida “descarcerizadora” do art. 69 (Termo Circunstanciado e não lavratura do auto de prisão em flagrante, caso o autor do fato comprometa-se a comparecer ao Juizado Especial Criminal).¹⁷

Seguindo o mesmo raciocínio, em relação às lesões corporais leves e culposas, a ação penal continua a ser pública condicionada à representação, aplicando-se o art. 88 da Lei nº. 9.099/95.¹⁸

¹⁶ Teoria dos Princípios, São Paulo: Malheiros, 4ª. ed., 2004, p. 131.

¹⁷ É cediço que o princípio da proporcionalidade está implícito na Constituição Federal. Os princípios implícitos, como se sabe, “*podem ser apreendidos a partir de uma pluralidade, mais ou menos vasta, de normas explícitas, ou ainda ser extraídos não mais de uma pluralidade de disposições, mas de uma única disposição. Isso se dá toda vez que de uma única disposição se extrai, além da norma expressa que constitui seu significado, também uma norma ulterior implícita. Finalmente, restam aqueles princípios totalmente implícitos, que são deduzidos não de uma disposição, mas da ‘natureza das coisas’, da ‘Constituição material’, do sistema jurídico como um todo, de outros princípios implícitos à sua volta, e assim por diante.*” Quanto à proporcionalidade, “*sua natureza de princípio jurídico é evidenciada quando, à parte da generalidade e do aspecto vago do que impõe (...), é possível também verificar que se encontra entre as normas superiores do ordenamento jurídico, de nível constitucional, razão pela qual norteia toda a atividade penal, seja no âmbito legislativo, seja na aplicação da lei aos casos concretos.*” (Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 58, com grifo nosso).

¹⁸ Em sentido contrário, na sessão realizada no dia 1º. de junho de 2007, a 1ª. Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal concluiu que o crime de lesão corporal leve, praticado contra a mulher independe de representação da vítima. A conclusão, por maioria de votos, foi uma resposta a recurso do Ministério Público. De acordo com a Turma, a nova lei propõe uma reflexão sobre o problema da violência doméstica e abre a oportunidade para que os operadores do direito assumam uma postura corajosa diante da questão. O voto condutor do acórdão destaca as agressões como “*atitudes covardes de homens que resolvem abandonar seu perfil natural de guardiões do lar para se transformarem em algozes e carrascos cruéis de sua própria companheira*”. Um dos três votos proferidos no julgamento seguiu outro posicionamento (Processo nº. 20060910173057). Este mesmo Tribunal, porém, um mês depois desta primeira decisão, seguiu outro entendimento: “**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL - 1ª. TURMA CRIMINAL – EMENTA: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO.** Com base na interpretação sistemática, a Egrégia Primeira Turma Criminal concluiu que o legislador, ao disciplinar no art. 41 da Lei nº 11.340/2006 que nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não se aplica a Lei nº 9.099/1995, pretendeu apenas vedar os institutos despenalizadores nela previstos, subsistindo a incidência do art. 88, que condiciona à representação da vítima a ação penal nos crimes de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa. O entendimento pela exclusão completa da lei em casos tais, conforme destacado, resultaria em verdadeiro contra-senso, uma vez que o Código Penal exige a representação em hipóteses de crimes mais graves, como estupro e atentado violento ao pudor, e a própria Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) impõe, em seu art. 12, que a autoridade policial, no momento do registro da ocorrência, tome a representação da vítima a termo, cuja retratação, a teor do art.16, somente é possível perante o juiz, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério

Creemos que devemos interpretar tal dispositivo à luz da Constituição Federal e não o contrário. Afinal de contas, como já escreveu Cappelletti, “*a conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todas.*”¹⁹ Devemos interpretar as leis ordinárias em conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! Segundo Frederico Marques, a Constituição Federal “*não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico.*”²⁰

A prevalecer a tese contrária (pela constitucionalidade do artigo), uma injúria praticada contra a mulher naquelas circunstâncias não seria infração penal de menor potencial ofensivo (interpretando-se o art. 41 de forma literal); já uma lesão corporal leve, cuja pena é o dobro da injúria, praticada contra um idoso ou uma criança (que também mereceram tratamento diferenciado do nosso legislador – Lei nº. 10.741/03 e Lei nº. 8.069/90) é um crime de menor potencial ofensivo. No primeiro caso, o autor da injúria será preso e autuado em flagrante, responderá a inquérito policial, haverá queixa-crime, etc., etc. Já o segundo agressor não será autuado em flagrante, será lavrado um simples Termo Circunstanciado, terá a oportunidade da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo, etc., etc. (arts. 69, 74, 76 e 89 da Lei nº. 9.099/95). Outro exemplo: em uma lesão corporal leve praticada contra uma mulher a ação penal independe de representação (é pública incondicionada), mas uma lesão corporal leve cometida contra um infante ou um homem de 90 anos depende de representação. Outro exemplo: um pai agride e fere levemente seus dois filhos gêmeos, um homem e uma mulher; receberá tratamento jurídico-criminal diferenciado. Onde nós estamos!

Insistimos que o princípio da proporcionalidade não foi observado, o que torna inválida esta norma, apesar de vigente. Como observa Mariângela Gama de Magalhães Gomes, este princípio “*desempenha importante função dentro do ordenamento jurídico, não apenas penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que merecem uma tutela diferenciada (penal) e das que não a merecem, assim como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas; além disso, conforme enunciado, constitui importante limite à atividade do legislador penal (e também do seu intérprete), posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.*”²¹

Para Pedraz Penalva, “*a proporcionalidade é, pois, algo mais que um critério, regra ou elemento técnico de juízo, utilizável para afirmar conseqüências jurídicas: constitui um princípio inerente ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, enquanto sua devida utilização se apresenta*

Público, a fim de que seja constatada a inexistência de coação por parte do agressor.” (20060910172536 RSE, Rel. Des. MARIO MACHADO. Data do Julgamento 12/07/2007).

¹⁹ **Apud** José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1998, Vol. I, p. 79.

²⁰ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 79.

²¹ O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

como uma das garantias básicas que devem ser observadas em todo caso em que possam ser lesionados direitos e liberdades fundamentais.”²²

Feriu-se, outrossim, o princípio da igualdade, previsto expressamente no art. 5º., **caput** da Constituição Federal. Este princípio constitucional *“significa a proibição, para o legislador ordinário, de discriminações arbitrárias: impõe que a situações iguais corresponda um tratamento igual, do mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado.”* Segundo ainda Mariângela Gama de Magalhães Gomes, a igualdade *“ordena ao legislador que preveja com as mesmas conseqüências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam comparáveis, e lhe permite realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista uma causa objetiva – pois caso não se verifiquem motivos desta espécie, haverá diferenciações arbitrárias.”²³*

Para Ignacio Ara Pinilla, *“la preconizada igualdad de todos frente a la ley (...) ha venido evolucionando en un sentido cada vez más contentutista, comprendiéndose paulatinamente como interdicción de discriminaciones, o, por lo menos, como interdicción de discriminaciones injustificadas.”²⁴*

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, *“há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.”²⁵*

Mas, infelizmente, como afirma Francesco Palazzo, *“a influência dos valores constitucionais vem, pouco a pouco, crescendo sempre no arco dos tempos, sem que, no entanto, ainda assim as transformações constitucionais tenham logrado produzir a esperada reforma orgânica do sistema penal, inclusive.”²⁶*

Canotilho explica que são *“princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.”²⁷*

Este art. 41 também afronta o disposto no art. 98, I da Constituição Federal, pois a competência dos Juizados Especiais Criminais é ditada pela natureza da infração penal, estabelecida em razão da matéria e, portanto, de caráter absoluto, ainda mais porque tem base constitucional; neste sentido, Mirabete e Ada, respectivamente:

²² **Apud** Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

²³ Obra citada, p. 67.

²⁴ “Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad”, artigo que compõe a obra coletiva denominada “El Principio de Igualdad”, coordenada por Luis García San Miguel, Madrid: Dykinson, 2000, p. 206.

²⁵ Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª. ed., 6ª. tiragem, p. 47.

²⁶ Valores Constitucionais e Direito Penal, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 117.

²⁷ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., p. 1.151.

“A competência do Juizado Especial Criminal restringe-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme a Carta Constitucional e a lei. Como tal competência é conferida em razão da matéria, é ela absoluta.”²⁸

“A competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta.”²⁹

Igualmente Cezar Roberto Bitencourt, para quem *“a competência **ratione materiae**, objeto de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, apresenta-se da seguinte forma: crimes com pena máxima cominada não superior a dois anos e contravenções penais.”³⁰*

Sidney Eloy Dalabrida também já escreveu:

*“A competência do Juizado Especial Criminal foi firmada a nível constitucional (art. 98, I, CF), restringindo-se à conciliação (composição e transação), processo, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo. É competência que delimita o poder de julgar em razão da natureza do delito (**ratione materiae**), e, sendo assim, absoluta.”³¹*

Repita-se que a competência da qual ora falamos tem índole constitucional (art. 98, I da Carta Magna), sendo nulos todos os atos porventura praticados, não somente os decisórios, como também os probatórios, *“pois o processo é como se não existisse.”³²*

Se assim o é, ou seja, se a própria Constituição estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o processo, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, é indubitável não ser possível a exclusão desta competência em razão do sujeito passivo atingido (mulher) e pela circunstância de se tratar de violência doméstica e familiar.

É bem verdade que a própria Lei n.º 9.099/95 prevê duas hipóteses em que é afastada a sua competência (arts. 66, parágrafo único e 77, § 2º.), mas este fato não representa obstáculo ao que dissemos, pois se encontra dentro da faixa de disciplina possível para a Lei n.º 9.099/95, permitida pelo art. 98 da Constituição. Em outras palavras: ao delimitar a competência dos Juizados, poderia a respectiva lei, autorizada pela Lei Maior, estabelecer exceções à regra, observando, evidentemente, os critérios orientadores estabelecidos pela própria lei. Efetivamente, na Lei n.º 9.099/95 há duas causas modificadoras da competência: a complexidade ou circunstâncias da causa que dificultem a formulação oral da peça acusatória (art. 77, § 2º.) e o fato do réu não ser encontrado para a citação pessoal (art. 66, parágrafo único)³³.

²⁸ Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Atlas, 1997, p. 28.

²⁹ Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., p. 69.

³⁰ Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3ª. ed., p. 59.

³¹ Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, n.º 57, agosto/1997.

³² Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, São Paulo: Saraiva, Vol. II, 12ª. ed. p. 503.

³³ “TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS - SEÇÃO CRIMINAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 590-9/194 (200603891424) - Relator: Des. Elcy Santos de Melo - EMENTA:

Porém, o certo é que tais disposições não ferem a Constituição Federal, pois as duas hipóteses se ajustam perfeitamente aos critérios da celeridade, informalidade e economia processual propostos pelo legislador (art. 62, Lei nº. 9.099/95). Nada mais razoável e proporcionalmente aceitável que retirar dos Juizados Especiais o réu citado por edital (ao qual será aplicado, caso não compareça, o art. 366 do CPP) e um processo mais complexo: são circunstâncias que, apesar de excluírem a competência dos Juizados, ajustam-se perfeitamente àqueles critérios acima indicados e são, portanto, constitucionalmente aceitáveis.

Observa-se que se as leis respectivas “*podem definir quais são as infrações, podem, também, o menos, que é excluir aquelas que, mesmo sendo de menor potencial ofensivo, não são recomendadas para serem submetidas ao Juizado, desde que não se subtraia de todo a competência estabelecida constitucionalmente*”, como bem anotou Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho.³⁴ (grifo nosso).

Destarte, subtraindo a competência dos Juizados Especiais Criminais, a referida lei incidiu em flagrante inconstitucionalidade, pois a competência determinada expressamente pela Constituição Federal não poderia ter sido reduzida por lei infraconstitucional.

O texto constitucional é explícito ao garantir ao autor da infração penal de menor potencial ofensivo o procedimento oral e sumariíssimo. Segundo Antonio Scarance Fernandes, “*a incorporação, nos ordenamentos, de modelos alternativos aos procedimentos comuns ou ordinários gera para as partes o direito a que, presentes os requisitos legais, sejam obrigatoriamente seguidos. (...) Em relação à extensão do procedimento, têm as partes direito aos atos e fases que formam o conjunto procedimental. Em síntese, têm direito à integralidade do procedimento.*”³⁵

Ademais, “*o procedimento pode ser visto como as regras de um jogo, que devem ser obedecidas para que seja legítima a competição. O cumprimento dos atos e fases procedimentais se impõe tanto ao Juiz quanto às partes e a todos os sujeitos que participarem do processo, isso porque o procedimento é integral. Além disso, prevendo a lei um procedimento específico para determinada*

Processual Penal. Conflito negativo de competência. Juizado Especial Criminal. Citação pessoal. Autor do fato não encontrado. Deslocamento da competência. Justiça Comum. Art.66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Encontrando-se o autor do fato em local incerto e não sabido e, portanto, inadmissível a sua citação pessoal, correta a postura do juiz do Juizado Especial Criminal em determinar a remessa dos autos para a Justiça Comum, a teor do que determina o art. 66, parágrafo único, da Lei n.9.099/95, ali firmando a sua competência, ainda que presente nos autos o endereço atualizado do acusado ou sendo este encontrado após o deslocamento processual. Conflito provido.” Idem: “TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS - Ementa: Processual Penal. Conflito negativo de jurisdição. Juizado Especial Criminal. Citação pessoal. Paciente não encontrado. Modificação da competência para o juízo comum: artigo 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Conflito procedente. Não localizado o autor do fato delituoso para a citação na forma pessoal perante o juizado especial criminal, dá-se o deslocamento da competência para o juízo criminal comum julgar e processar o feito, nos termos do artigo 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Conflito conhecido e provido. Competência do juiz suscitado.” (Conflito de Competência nº. 520-4/194 - 200400741029 – Rel. Des. Floriano Gomes).

³⁴ Lei dos Juizados Especiais Criminais (com Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 15.

³⁵ Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 67/69.

*relação de Direito Material controversada, não cabe ao Juiz dispensá-la, impondo-se sua observância, em respeito ao devido processo legal. Justifica-se isso em virtude de os atos previstos na cadeia procedimental serem adequados à tutela de determinadas situações, daí serem imprescindíveis, ou seja, o procedimento ostenta uma tipicidade.”*³⁶

A propósito, **mutatis mutandis**, veja um trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.797-2:

“(…) Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional - consoante adverte CASTRO NUNES (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 641/650, 1943, Forense) - deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, mediante interpretação judicial (e não legislativa), conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, consideradas as atribuições do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça³⁷, tais como expressamente relacionadas no texto da própria Constituição da República. (...) Vê-se, portanto, que são inconfundíveis – porque inassimiláveis tais situações - a possibilidade de interpretação, sempre legítima, pelo Poder Judiciário, das normas constitucionais que lhe definem a competência e a impossibilidade de o Congresso Nacional, mediante legislação simplesmente ordinária, ainda que editada a pretexto de interpretar a Constituição, ampliar, restringir ou modificar a esfera de atribuições jurisdicionais originárias desta Suprema Corte, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça estaduais³⁸, por tratar-se de matéria posta sob reserva absoluta de Constituição. (...) Em suma, Senhora Presidente, o Congresso Nacional não pode - simplesmente porque não dispõe, constitucionalmente, dessa prerrogativa – ampliar (tanto quanto reduzir ou modificar), mediante legislação comum, a esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados³⁹. (...) O ponto está em que às leis ordinárias não é dado impor uma dada interpretação da Constituição. De tudo resulta que a lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência da Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional. (...) Coisa diversa, convém repisar, é a lei pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: aí, a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior. (...) Daí a correta lição expendida pelo ilustre magistrado ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE (“Revista de Direito Renovar”, vol. 24/78-79, set/dez 02), que também recusa, ao Poder Legislativo, a possibilidade de, mediante verdadeira “sentença legislativa”, explicitar, em texto de lei ordinária, o significado da Constituição. Diz esse ilustre

³⁶ Luciana Russo, “Devido processo legal e direito ao procedimento adequado”, artigo publicado no jornal “O Estado do Paraná”, na edição do dia 26 de agosto de 2007.

³⁷ E também dos Juizados Especiais Criminais, cuja competência encontra sede igualmente na Carta Magna.

³⁸ Repetimos: e também dos Juizados Especiais Criminais.

³⁹ Idem.

autor: *‘Na direção inversa – da harmonização do texto constitucional com a lei – haveria a denominada interpretação da Constituição conforme as leis, mencionada por Canotilho como método hermenêutico pelo qual o intérprete se valeria das normas infraconstitucionais para determinar o sentido dos textos constitucionais, principalmente daqueles que contivessem fórmulas imprecisas ou indeterminadas. Essa interpretação de mão trocada se justificaria pela maior proximidade da lei ordinária com a realidade e com os problemas concretos. O renomado constitucionalista português aponta várias críticas que a doutrina tece em relação a esse método hermenêutico, que engendra como que uma ‘legalidade da Constituição a sobrepor-se à constitucionalidade das leis’. Tal concepção leva ao paroxismo a idéia de que o legislador exercia uma preferência como concretizador da Constituição. Todavia, o legislador, como destinatário e concretizador da Constituição, não tem o poder de fixar a interpretação ‘correta’ do texto constitucional. Com efeito, uma lei ordinária interpretativa não tem força jurídica para impor um sentido ao texto constitucional, razão pela qual deve ser reconhecida como inconstitucional quando contiver uma interpretação que entre em testilha com este.’*”

Relembremos que “*não se pode interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (gesetzeskonformen Verfassunsinterpretation). O contrário é que se faz.*”⁴⁰

Uma coisa é lei vigente, outra é lei válida. Vejamos a lição de Miguel Reale: “*Validade formal ou vigência é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo.*”⁴¹

Nem toda lei vigente é válida e só a lei válida e que esteja em vigor deve ser observada pelos cidadãos e operadores de Direito.⁴² Como afirma Enrique Bacigalupo, “*la validez de los textos y de las interpretaciones de los mismos dependerá de su compatibilidad con principios superiores. De esta manera, la interpretación de la ley penal depende de la interpretación de la Constitución.*”⁴³

A propósito, Ferrajoli:

“*Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos de acto normativo, así como a la competencia del órgano de que emana. Para que sea válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su significado.*” Para o autor, “*las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de la validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de valores – como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de*

⁴⁰ STJ, Rel. Min. ADEMAR MACIEL, DJU 3.4.95, p.8.149.

⁴¹ Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 19ª. ed., 1991, p. 114.

⁴² Como ensina Gilberto Thums, “*não basta que existam leis com vigência, é necessário que sejam válidas e somente possuem validade as leis que se harmonizam com os princípios fundamentais da Constituição. (...) Portanto, todas as normas infraconstitucionais que não correspondem, quanto ao seu conteúdo, aos princípios constitucionais, embora formalmente vigentes (validade formal), seriam materialmente inconstitucionais, podendo o juiz negar sua aplicação.*” (Sistemas Processuais Penais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 172, com grifo nosso).

⁴³ “Principios Constitucionales de Derecho Penal”, Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1999, p. 232.

los ciudadanos.”⁴⁴ (Grifos no original).

Janaína Paschoal adverte: *“O perigo que vislumbramos na nova lei é justamente o de, novamente, prevalecer o caminho mais fácil, qual seja o de simplesmente prender-se o agressor, tratando-se como uma ‘safada’ que gosta de apanhar que, depois de denunciar, se opõe a essa prisão. (...) A idéia de que a Mulher precisa se libertar, psicologicamente, de seu agressor é totalitária, e tão preconceituosa como a que deve se submeter às vontades do marido.”*⁴⁵

Não olvidemos, outrossim, que a exclusão do Juizado Especial Criminal para o processo e julgamento de tais crimes só facilitará o transcurso do prazo prescricional (e a extinção da punibilidade), pois, optando por outros procedimentos (especiais ou sumário) certamente a demora na aplicação da pena será bem maior do que, por exemplo, se houvesse a possibilidade (bem ou mal) da transação penal (com a proposta imediata de uma pena alternativa).

A título de conclusão, e para refletirmos, oportuna também a transcrição da lição de Roberta Toledo Campos:

*“O homem exalta a violência. Virou o grande monstro que ameaça a família. O povo grita por socorro. E o Estado, num ato salvacionista, edita a Lei Maria da Penha. Lógico! Como é inadimplente na implementação dos direitos fundamentais, como educação, saúde, moradia, cultura, emprego etc., e, assim, gerador de muitas das mazelas humanas, faz uso de uma de suas atribuições a mais viável economicamente: o processo legislativo e o sistema penal. Ao criar leis, o Estado transmite ao povo carente de direitos fundamentais a sensação de dever cumprido, já que as leis entram em vigor imediatamente e induzem a ilusão de que agora temos leis fortes, que não deixam mais brechas para a impunidade. (...) Não nos escapa que é momento de refletir sobre a crise da masculinidade e da feminilidade. Há dúvida de que a natureza determina de modo tão sumário a diferença entre masculino e feminino. Homem, mulher, masculino e feminino são construções. Efetivamente, muitos de nós criticamos o modelo masculino ou feminino sob o qual fomos criados. Já se sabe atualmente que é possível ser homem sem ser macho e opressor. O desmoronamento dos modelos tradicionais de gênero é mais uma possibilidade do que uma perda. É a possibilidade de mudança. E é esta crise que nos leva à auto-reflexão para a construção de um novo ser humano. Ser humano este não determinado por sua biologia, mas capaz de encontrar livremente a sua própria identidade, o seu ser, tomando o cuidado para não cometer o erro de supor a possibilidade de uma nova síntese, de uma nova identidade estereotipada. (...) Não é possível diante da principiologia democrática constitucionalizada estabelecer modelos de identidade masculina ou feminina. Estereotipar a identidade em masculino e feminino é, no mínimo, discriminatório. Falar em encontrar uma nova identidade masculina ou feminina é um equívoco. É possível apenas refletir sobre a construção da nova identidade do sujeito constitucional no atual Estado Democrático de Direito.”*⁴⁶

⁴⁴ Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal, Madri: Editorial Trotta S.A., 3ª. ed., 1998, p. 874.

⁴⁵ Obra citada, p. 3.

⁴⁶ CAMPOS, Roberta Toledo. Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha. Disponível na internet www.ibccrim.org.br 04.09.2007.

