

CONSIDERAÇÕES SOBRE A INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/95 À LEI DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

DULCIELLYNÓBREGA DE ALMEIDA
Analista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios; Diretora de Secretaria de Juizado Especial.

O presente artigo visa analisar o art. 41 da Lei 11.340/06 e suas conseqüências jurídicas, especialmente no que tange à (in) constitucionalidade da disposição que veda a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

No ano de 2006 foi editada a Lei 11.340 de 07/08/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher e altera dispositivos do Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal, entre outras providências.

Entre as inovações incluiu o legislador a instituição de medidas protetivas de urgência, com possibilidade inclusive de concessão de alimentos provisórios ou provisionais, em favor da mulher, bem como aumento da pena do crime de le-

são corporal praticado com violência doméstica, dando elasticidade considerável ao conceito para nele embutir toda e qualquer forma de violência, seja ela física, psicológica, moral ou sexual, elevando-a, inclusive, ao patamar de violação dos direitos humanos.

Antes do advento da referida lei houve alteração do art. 129 do Código Penal, que trata do crime de lesão corporal, para nele incluir os parágrafos 9º e 10, acrescentados pela Lei 10.886/2004 que instituiu a lesão corporal praticada com violência doméstica. Em face de constituir crime de menor potencial ofensivo, com pena prevista de 06 meses a 01 ano, a matéria era de competência dos Juizados Especiais Criminais, com aplicação dos institutos e procedimento da Lei 9.099/95.

A nova lei, em seu art. 41, dispôs expressamente que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995.”

Para compreensão do tema faz-se imprescindível esclarecer o conceito de crime de menor potencial ofensivo. A Constituição Federal em seu art. 98, I, estabelece que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criam juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor

potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Relegou o legislador constituinte a tarefa de definir o que seriam infrações de menor potencial ofensivo ao legislador ordinário. O art. 61 da Lei 9.099/95, por sua vez, trouxe a definição, dispondo que tais infrações seriam aquelas a que a lei cominasse pena máxima não superior a um ano. Com o advento da Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, ampliou-se para 02 anos o limite da pena máxima para fins de incidência do procedimento da Lei dos Juizados, o que implica na possibilidade de diversas benesses legais, tais como a aplicação dos institutos da transação penal, suspensão condicional do processo, audiência preliminar para fins de conciliação e composição civil, interrogatório do réu após oitiva das testemunhas e, notadamente, o direito de não ser preso em flagrante, caso se comprometa a comparecer ao Juizado e desnecessidade de pagamento de fiança.

Não se discute que uma lei ordinária possa ser revogada por outra lei da mesma espécie. Assim, poderia a Lei 11.340/2006 revogar ou alterar a Lei 9.099/95? Não há dúvidas. Todavia, todo ordenamento jurídico deve se compatibilizar verticalmente com a norma fundamental, sob pena de a norma incom-

patível ser expurgada do universo jurídico sob a pecha de inconstitucional.

Indaga-se: poderia a lei ordinária excluir para determinados crimes a aplicação da Lei 9.099/95, máxime em face da previsão constitucional do instituto da transação penal? Ora, o referido instituto, frise-se novamente, previsto constitucionalmente, é direito público subjetivo do suposto autor do fato, e não discricionariedade do Ministério Público. Isso implica dizer que se o suposto autor do fato preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício, deve o órgão ministerial oferecer a referida transação penal. Eugênio Pacelli de Oliveira¹ preceitua inclusive que houve a adoção de um modelo *consensual* de justiça e de processo penal, afirmando ainda que “o Estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual condenatório, quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao fato seria a via conciliatória da transação penal”.

Significa dizer que a nova lei ao excluir dos crimes praticados com violência doméstica a aplicação da Lei 9.099/95, retirou do autor do fato o direito ao benefício constitucionalmente garantido da transação penal, ainda que o mesmo satisfizesse os requisitos para sua concessão, atribuindo-lhe condição particularmente mais gravosa.

É imperioso que se ressalte ainda que a família é a base da sociedade, com

especial proteção pelo Estado, na forma do art. 226, *caput*, da Constituição Federal. A adoção pela lei de um modelo repressivo, encarcerizador, não se coaduna com a tendência atual vigente em quase todo o mundo, na busca de conferir dignidade e reinserção social daqueles que infringem as leis. A Lei 9.099/95, cujo fim máximo é a consecução da pacificação social, atinge os objetivos da sociedade na busca da solução de conflitos.

Não se discute, decerto, da aplicação da Lei 9.099/95 às lesões corporais praticadas com violência doméstica, eis que a Lei 11.340/06 aumentou a pena máxima para 03 anos, de forma que o tipo penal deixou de ser de menor potencial ofensivo em razão da valoração dada pelo legislador no sentido de reprovar a conduta quantificando-a sensivelmente. A questão cinge-se em aplicar a Lei 9.099/95 àqueles crimes que continuam sendo de menor potencial ofensivo, como a ameaça, a injúria, calúnia e difamação, para citar alguns.

Assim, caso a mulher seja vítima de uma ameaça praticada pelo seu marido, este último não terá direito à transação penal, ao *sursis* processual, poderá ser preso, enfim, sofrerá todas as consequências jurídicas da nova lei, mesmo que posteriormente o casal faça as pazes, pois se a denúncia do Ministério Público já tiver sido recebida, o princípio da indisponibilidade da ação penal impede que seja feito o arquivamento do pro-

cesso. Ocorre que o rito aplicável aos crimes perpetrados com violência doméstica é o rito comum, que prevê o recebimento da denúncia seguido do interrogatório, defesa prévia e oitiva das testemunhas. Ou seja, assim que o inquérito policial é concluso ao Ministério Público e este oferece a denúncia, recebida esta, iniciada estará a ação penal, impedindo assim a renúncia por parte da vítima, o que sem dúvida gera grave problema de desagregação familiar, uma vez que o autor do fato responderá criminalmente, sem possibilidade dos benefícios legais, gerando novo problema social.

Ainda assim, mesmo que a final o autor do fato sofra condenação, indaga-se se caberá a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal. Não há óbice legal, de forma que o autor será processado para ao fim ver-se aplicada uma pena restritiva de direitos após a condenação criminal, caso faça jus. O Estado prosseguirá com um processo cujo objetivo não será alcançado, pelo contrário, poderá ser causa de novos conflitos interfamiliares.

Vale ressaltar que os Juizados Especiais Criminais vêm cumprindo seu mister na resolução dos conflitos, muitas vezes com o encaminhamento das partes para acompanhamento psicossocial, onde se busca resgatar os valores familiares e a reflexão das partes acerca da situação vivenciada.

No que tange à nova lei, em que pese as figuras típicas serem as mesmas, o rito variará conforme a vítima seja ou não do sexo feminino, isto é, a vítima sendo homem, aplica-se a Lei 9.099/95; a vítima sendo mulher não se aplica a Lei 9.099/95. A escolha da vítima pelo legislador não tem o condão de alterar o rito procedimental, sem que a conduta típica seja alterada. Ou seja, o legislador escolheu como critério para a adoção ou não do rito mais benéfico a qualidade da vítima. Logicamente que existem inúmeros dispositivos na lei que tutelam idosos ou crianças quando estes são vítimas de crimes, tendo em vista a especial proteção que o Estado dá aos materialmente desiguais, reprovando especialmente a conduta do sujeito ativo. Todavia, o legislador nessas hipóteses utiliza de causas de aumento de pena, qualificadoras, circunstâncias agravantes. No entanto, a nova lei agravou o rito procedimental em função de a vítima ser ou não mulher. Cumpre analisar se o fator de *discrímen* é legítimo e hábil a ensejar a conclusão acerca da inaplicabilidade de institutos constitucionalmente assegurados ao autor do fato.

Guilherme de Souza Nucci² proclama que a Lei 11.340/06 firmou entendimento de que os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não são de menor potencial ofensivo, independentemente da pena, motivo pelo qual não se submetem à Lei 9.099/95. Defende,

assim, a constitucionalidade do art. 41 da referida lei.

Seguindo essa linha de raciocínio, poder-se-ia dizer que a Lei 11.340/06 alterou o conceito de crime de menor potencial ofensivo? O critério atual não seria mais o *quantum* da pena, mas também a condição de a vítima ser mulher? É preciso repensar a lei à luz da Constituição e dos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito ao devido processo legal, da proporcionalidade e da proteção à família. Luiz Roberto Barroso³ preleciona que “Toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima efetividade. Juízes e Tribunais devem pautar sua atividade por tais pressupostos. Todo direito constitucional tem aplicabilidade direta e imediata, cabendo ao juiz competente para a

causa integrar a ordem jurídica quando isto seja indispensável ao exercício de tal direito”.

Não se pode olvidar que os casos mais graves devem ser analisados com o devido rigor, protegendo-se a mulher do agressor familiar, que deverá sofrer as conseqüências de seus atos após a instauração da ação penal.

Assim, considerando a exceção das medidas segregadoras e repressivas, a solução que se impõe consiste no controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, ou controle difuso, a ser realizado pelos juízes e tribunais a fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/06 para assegurar e garantir que direitos subjetivos constitucionais sejam resguardados, especialmente o direito ao benefício da transação penal.

NOTAS

1 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 709 e 723.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais comentadas. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

3 BARROSO, Luiz Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.