

FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
CURSO DE DIREITO

Bruna Campos Soares
Galvão Rabelo

A RETRATAÇÃO TÁCITA DA OFENDIDA NA LEI Nº 11.340/2006
(MARIA DA PENHA)

Ubá/MG
2013

INTRODUÇÃO

A lei Maria da Penha trouxe em seu conteúdo objetivos explícitos na prevenção e coibição de ilícitos no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, visando proporcionar uma ampla e incontestável proteção à ofendida, não deixando, ainda, de se preocupar com a readaptação, recuperação e ressocialização de seu agressor.

O legislador, ao propiciar uma maior proteção à “mulher”, quis favorecer àquela incursa em uma vulnerabilidade situacional, aqui entendida como vítima de relações ocorridas na entidade familiar, ou seja, em sua morada, onde possua o convívio com o suposto autor do delito, não deixando de abarcar aquelas pessoas que, embora não residam em mesma residência, tenham uma íntima relação de afeto.

Entre os dispositivos elencados, o artigo 16 da Lei 11.340/2006 traz em seu conteúdo a oportunidade de a vítima se retratar da sua representação oferecida em desfavor do agressor em um momento específico, qual seja em audiência designada para tal, perante o juiz, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. Daí surge o seguinte questionamento: a ausência da vítima à audiência prevista no art. 16 implica retratação tácita da representação anteriormente feita?

Essa e demais dúvidas serão objetos de estudo no presente artigo, realizando, ainda, uma análise acerca do histórico e considerações da lei Maria da Penha, da representação nas ações penais públicas condicionadas, o exercício do direito de retratação, assim também em sua forma tácita, e por fim alguns posicionamentos sobre os últimos.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA)

A lei nº 11.340/2006, popularmente conhecido por “Lei Maria da Penha”, de 7 de agosto de 2006, entrou em vigor na data de 22 de setembro de 2006, criando mecanismos mais rigorosos para tutelar e coibir ilícitos praticados com violência doméstica e familiar, nos termos do artigo 226, parágrafo oitavo, da Constituição Federal, visando prevenir, punir e erradicar a violência

contra a mulher, entendida esta como qualquer conduta ou omissão que lesione (deixando ou não marcas aparentes), mate, gere sofrimento físico, sexual, moral, psicológico ou patrimonial (art. 7º da Lei 11.340/2006).

Trata-se de crimes ocorridos no âmbito da unidade doméstica e familiar, entendida aquela como o espaço de convívio permanente de pessoas, obtendo ou não vínculo familiar, incluindo os agregados esporadicamente, e o último, compreendido como uma comunidade formada por pessoas unidas por laços naturais, afinidade ou vontade expressa, em um mesmo espaço de convívio ou qualquer relação íntima de afeto, independentemente de orientação sexual (art. 5º da Lei 11.340/2006).

Surgiu de uma incansável busca e necessidade do Estado em responder aos anseios das vítimas, que pleiteavam por uma atitude eficaz a barrar o avanço dos índices delitivos registrados no seio familiar.

Dando maior amplitude, o legislador equiparou o descumprimento do disposto nesta lei como uma das formas de violação dos direitos humanos, vislumbrando assim sua magnitude.

Entre as inovações advindas da Lei Maria da Penha estão as medidas protetivas de urgência, medidas que asseguram maior segurança à ofendida que esteja em situação de risco, devendo o agressor cumprir as determinações elencadas, sob pena de obter restrita sua liberdade, devido a imposição de prisão preventiva por parte do Poder Judiciário, o qual avalia minuciosamente cada caso concreto às providências cabíveis. As medidas vão desde a saída do agente do domicílio à proibição de aproximação da mulher agredida (art. 22 da Lei 11.340/2006).

As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da vítima, ainda que na ausência de procurador, devendo, em face da natureza jurídica de medida cautelar, observar a presença do *periculum in mora* e *fumus commissi delicti* para sua decretação.

O nome “Maria da Penha” trata-se de uma homenagem à biofarmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, mulher brutalmente espancada e violentada frequentemente pelo marido, Marco Antônio Heredia Viveiros, durante anos de relacionamento conjugal. Por motivo fútil (ciúmes), por vezes o agressor tentou cessar a vida de sua esposa, praticando atos de execução, utilizando-se para tal, arma de fogo, eletrocussão e afogamento, até que com um tiro nas costas, enquanto dormia, Maria da Penha ficou paraplégica.

O agressor foi julgado e condenado por duas vezes, entretanto, obteve por pouco tempo cessada sua liberdade, devido a recursos impetrados por sua defesa.

Diante da sensação de ineficácia e inércia da justiça criminal brasileira, Maria da Penha, juntamente com o Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), efetivaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) – órgão competente pela promoção da defesa e proteção destes direitos – que recebeu a denúncia de violência doméstica, reconhecendo a negligência de nosso país, solicitando a criação de legislação específica para o tratamento do impasse.

Dando continuidade à proteção da mulher, leia-se, aquela vítima de violência doméstica, afastou-se aqui o previsto no artigo 61 da Lei 9099/1995, em que, ao ser cominada pena igual ou inferior a dois anos, cumulada ou não de multa, a competência passa a ser dos Juizados Especiais Criminais, tratando-se de crimes de menor potencial ofensivo (art. 41 da Lei 11.340/2006).

Ainda, a aplicação de pena restritiva de direito, pagamentos de multas ou cestas básicas foram terminantemente proibidas por esta lei, bem como verificada a impossibilidade de aplicação dos benefícios da conciliação, suspensão condicional do processo e da transação penal aos agressores de âmbito afetivo, diminuindo a sensação de impunidade daqueles vitimados (art. 17 da Lei 11.340/2006).

As causas em destaque possuem direito de preferência, devendo ser priorizadas pelo juiz, quando de eventual acúmulo processual, de modo a terem maior celeridade em seu andamento.

Outrossim, importante também destacar a busca pela reeducação e recuperação do agressor, muitas vezes pai de família, que por motivos alheios à sua vontade encontra-se em situação de dependência química, entre outros, gerando desconfortos para sua esposa e para seus filhos.

A Lei Maria da Penha nasceu muito mais em favor das vítimas do que em detrimento ao agressor, devendo-se, pois, serem aquelas auxiliadas da melhor maneira quanto a assistência e orientação, estas tanto psicológica como jurídica.

2. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO

Ação penal é o direito de pleitear junto ao Poder Judiciário a aplicação do Direito Penal ao caso concreto. Trata-se de direito fundamental, previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, assegurando a possibilidade de reclamar em juízo a tutela jurisdicional, havendo lesão ou ameaça a direito.

Em suma, cabe ao Estado, quando da prática do ilícito penal, a pretensão de punir o infrator, vedando os institutos da autocomposição e autotutela, salvo os casos legalmente autorizados (estado de necessidade ou legítima defesa em benefício próprio).

A ação penal classifica-se tendo em vista o objeto jurídico do delito e o interesse do sujeito passivo, se baseando na titularidade para sua execução. Por vezes, situações são de tamanha relevância para o Estado, que o mesmo reserva-se no direito e dever de dar prosseguimento à ação penal e, por conseguinte, providenciar o início de apurações investigativas policiais, denominando-se crimes de ação penal pública, exercida na pessoa do representante do Ministério Público.

No entanto, a ação penal pública se subdivide em: a) ação penal pública incondicionada, quando o seu exercício não se subordina a qualquer requisito, não exigindo manifestação de qualquer pessoa; ou b) ação penal pública condicionada, dependente de expressa manifestação de vontade da ofendida (representação) ou requisição do Ministro da Justiça para serem iniciadas.

Os crimes de ação penal pública condicionada à representação, que nos interessa aqui mais diretamente, são facilmente identificados pelo legislador, uma vez que sempre estarão expressos no tipo penal ou nas disposições gerais, com os dizeres “somente se procede mediante representação”, como descrito, por exemplo, no delito que versa, em tese, no artigo 147, do Código Penal, notado seu parágrafo único.

Neste contexto, importante destacar a ausência de necessidade de representação da vítima, em casos de lesão corporal leve ou culposa, na Lei Maria da Penha, decisão esta julgada procedente por maioria de votos na sessão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424), ajuizada pela Procuradoria Geral da República, em 9 de fevereiro de 2012. Para o ministro Ayres Britto, em um contexto patriarcal e machista, a mulher agredida tende a condescender com o agressor. “A proposta do relator no

sentido de afastar a obrigatoriedade da representação da agredida como condição de propositura da ação penal pública me parece rimar com a Constituição”, concluiu.

Nas ações penais públicas condicionadas à representação, presente se faz os princípios da oportunidade e obrigatoriedade, em que aquele se verifica pela alternativa da vítima de representar ou não em face de seu agressor e, o último, efetivada sua representação e presentes os pressupostos legais, está o Ministério Público obrigado a dar início à persecução penal.

A representação será colhida por termo, consoante o parágrafo primeiro do artigo 39 do Código de Processo Penal, e se mostra como uma das condições de prosseguimento da ação, funcionando como *delatio criminis*, assim entendido como um relatório do delito, primando pela procedência das providências jurídicas cabíveis àquele que infringiu a norma penal, não necessitando, obrigatoriamente, de ser declarada expressamente, com rigor formal, podendo ser evidenciada em meros registros de ocorrência policial ou mesmo em sua forma oral.

Neste sentido a jurisprudência é pacífica:

Nos crimes de ação pública, condicionada à representação, esta independe de forma sacramental, bastando que fique demonstrada, como na espécie, a inequívoca intenção da vítima e/ou seu representante legal, nesta extensão, em processar o ofensor. Decadência afastada. 3 - Ordem conhecida em parte e, nesta extensão, denegada (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – HABEAS CORPUS N°. 20.401 – RJ (2002/0004648-6) (DJU 05.08.02, SEÇÃO 1, P. 414, J. 17.06.02). RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES).

Aliás, este é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal (RT 731/522; JSTF 233/390; RT 680/429):

No julgamento do Habeas Corpus nº. 88843, por unanimidade, os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apesar de concederem a ordem de ofício (para afastar qualquer impedimento contra a progressão do regime prisional em favor de um condenado por atentado violento ao pudor com violência presumida), negaram, no entanto, o pedido formulado pela defesa por entender “*que, de acordo com diversos precedentes da Corte, o entendimento firmado no STF é de que não se deve exigir a observância rígida das regras quanto à representação, principalmente quando se trata de crimes dessa natureza*”, segundo o relator, Ministro Marco Aurélio. Para a Defensoria Pública paulista, que impetrou a ação no Supremo em favor do condenado, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que negou pedido idêntico feito àquela corte, estaria equivocada, uma vez que seria necessário haver uma representação formal contra o réu, para que ele fosse processado. E que a representação que houve, no caso, foi feita pela vítima, uma menor de idade. O depoimento da vítima, menor de idade, manifestando a intenção de perseguir o acusado em juízo, foi usado para suprir a representação, disse o defensor público. Como a vítima é menor de idade, tal depoimento não é válido, não supre a representação, afirmou ainda a defensoria, para quem “*aceitar essa tese é burlar o devido processo legal*”. (OLIVEIRA, 2012).

A condição de representar pode ser realizada pelo procurador da ofendida, com poderes especiais para tanto, desde que maior de dezoito anos. Sendo menor, a ofendida deverá manifestar sua vontade, nos termos do artigo 24 do Código de Processo Penal, através de seu ascendente, curador ou tutor.

Quanto às formalidades, pode a vítima ou seu representante legal ofertar representação perante o representante do Ministério Público, à autoridade policial, ou até mesmo ao juiz, onde, colhidos os dados, este último apura o caso, requisitando a instauração de Inquérito Policial, após, remete o mesmo ao promotor, para os devidos procedimentos.

Destarte, inexistindo provas suficientes para o embasamento de uma peça acusatória, a representação da vítima não possui cunho condenatório obrigatório, cabendo ao representante do Ministério Público, se for o caso, arquivar o feito, haja vista se tratar aquela somente de uma “autorização” para a *persecutio criminis*.

3. DA AUDIÊNCIA DO ARTIGO 16 DA LEI MARIA DA PENHA

Em que pese o desenvolvimento do presente tópico, mister se faz em um primeiro momento expressar o disposto no artigo 16 da Lei nº 11.340/2006 (Maria da Penha):

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.

O referido dispositivo restou equivocado ao se expressar pela possibilidade de renúncia da vítima em audiência específica para tal, ora que o instituto da renúncia, diferente da retratação, ocorre antes de iniciada a ação penal consoante nosso ordenamento jurídico, não sendo aqui possível se renunciar a um direito já em outra oportunidade exercido.

Para uma melhor compreensão, a renúncia é a opção que possui a ofendida por não apresentar sua vontade quanto à *persecutio criminis*, ocorrendo antes do exercício do direito, ao passo que a retratação é uma declaração contrária a outra anteriormente feita. Trata-se de espécies

do gênero desistência, aplicável aos crimes de ação penal privada e ação penal pública condicionada.

Teoricamente, o legislador agiu erroneamente ao propor à vítima a possibilidade de dispor de um direito exercido, o qual seria pressuposto para a origem de outro, referindo-se aqui a ação pública a ser exercida pelo representante do Ministério Público, para o efetivo prosseguimento do feito, optando pelas providências cabíveis (denúncia, arquivamento ou diligências).

A representação é formalidade essencial ao início do Inquérito Policial, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 4º, em seu parágrafo quarto, combinado com a alínea “a”, inciso III, do artigo 564, ambos do Código de Processo Penal; querendo a norma se referir, na verdade, sobre a retratação da representação, quando da utilização desinteligente do termo “renúncia”.

De igual sentido, leciona Cunha e Pinto:

Sabendo que renúncia significa abdicação do exercício de um direito, clara está à impropriedade terminológica utilizada pelo legislador, quando, na realidade, pretendeu se referir à retratação da representação, ato da vítima (ou de seu representante legal) reconsiderando o pedido-autorização antes externado (afinal, não se renuncia a direito já exercido!). Na letra do art. 25 do CPP, não é admitida a retratação depois de ofertada a denúncia. *In casu*, a audiência tratada no dispositivo em estudo é realizada quando já se tem a denúncia, conforme se verifica da parte final do artigo em comento, ao tempo, portanto, que não mais seria admitida à retratação. Vê-se, assim, que a partir do advento da Lei Maria da Penha, os arts. 25 do CPP e 102 do CP passaram a merecer uma nova leitura, de tal maneira que a retratação, nos casos de violência doméstica e familiar, passa a ser admitida mesmo após a oferta da denúncia. (CUNHA; PINTO, 2008, p.109).

De forma diversa se manifestou Luiz Flávio Gomes:

A lei somente permitiria a renúncia antes do oferecimento da representação, situação na qual logicamente não haveria denúncia, pois, ausente representação da vítima não há que se falar sequer em instauração de procedimento investigatório. Nessa situação específica, aplicar-se-ia o artigo 16 da Lei 11.340/06, pois o termo *antes do recebimento da denúncia* foi empregado de forma errônea (palavras inúteis), permanecendo a hipótese de retratação da representação regida exclusivamente pelo artigo 25 do Código de Processo Penal. (GOMES, 2010).

Em busca de uma solução às críticas advindas do referido artigo em tela, o Juizado Especial Criminal – que, como vimos acima, não possui competência para julgar os crimes relacionados com a violência doméstica – externou entendimento no sentido de que o desinteresse da ofendida no processo equivaleria à sua renúncia, o que, em tese, não foi acatado por muitos estudiosos do direito, que viram o alegado pelo JECRIM como uma coação ao direito

da vítima de comparecer à referida audiência, visto que, não se fazendo presente na mesma, teria extinto o seu desejo em prosseguir com o feito.

Ainda, importante diferenciar o disposto no referido artigo e o expresso no artigo 25 do Código de Processo Penal, quanto ao “tempo e espaço” da retratação da vítima. O dispositivo em questão determina que a retratação da representação deve se dar antes do recebimento da peça acusatória (denúncia) pelo *Parquet*, ao passo que o Código de Processo Penal impõe o limite de até o oferecimento da mesma, de forma que a Lei Maria da Penha elasteceu o prazo para que a ofendida mude de ideia quanto aos fatos outrora noticiados à autoridade competente.

A crítica consiste numa análise lógico-jurídica da impossibilidade do exposto, o qual iria ferir a legislação ordinária, assim também a sistemática da Constituição Federal. A lógica verifica-se pelo fato de a vítima não possuir titularidade ativa depois de externada sua vontade de punir o agressor, condição para a pretensão do Ministério Público, que passa a figurar como titular da ação penal de iniciativa pública (artigo 102, inciso I, CF e artigo 24, CPP).

Neste aspecto, entende Aury Lopes Junior:

A legitimidade ativa da ação penal é ocupada pelo titular da pretensão acusatória. Especificamente no processo penal, a legitimidade decorre da sistemática legal adotada pelo legislador brasileiro e não propriamente do interesse. Por imperativo legal, nos delitos de ação penal de iniciativa pública, o Ministério Público será sempre legitimado para agir. (LOPES JR., 2008, p. 341).

Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade conferidos ao Ministério Público impediriam a disposição da ofendida consoante o artigo 16 da Lei 11.340/06, não havendo fundamento jurídico ou lógico que desse respaldo a este, prevalecendo a regra do artigo 25 do CPP e artigo 102, CP, em que uma vez oferecida a peça acusatória pelo *Parquet*, de acordo com a representação, a atuação da vítima estaria exaurida, passando a legitimidade e a titularidade da ação penal pública para o Ministério Público, o qual promoveria esta de acordo com o que lhe fosse pertinente.

No entanto, ao mencionarmos o princípio da obrigatoriedade, não devemos nos atentar a sua forma literal, visto se tratar de uma autorização para agir e não necessariamente uma obrigação, já que o promotor, após esgotadas as apurações e meios investigatórios poderá requerer o arquivamento do feito, se entender pela inexistência de materialidade delitiva ou

testemunhas presenciais ao fato, as quais pudessem comprovar o ilícito e sua autoria, notando diligências infrutíferas.

Destarte, é certo que nada mais justo diante das citadas divergências se utilizar o disposto no art. 16 da Lei 11.340/2006, sob o aspecto que ao agir de tal maneira o legislador quis conferir um maior prazo para a decisão da vítima, antes de “exaurida” sua legitimidade ativa, com o recebimento da denúncia e, por conseguinte, a atuação do representante do Ministério Público.

Outro aspecto de suma relevância diz respeito a presença do juiz e do representante do Ministério Público na audiência, em que poderão auxiliar a vítima quanto as possíveis conseqüências de sua escolha, prevenindo futuras agressões através de acompanhamento multidisciplinar, entre outras medidas adotadas pela Lei Maria da Penha para a harmonia familiar.

A retratação deve ser exercida de maneira espontânea pela vítima ou seu representante legal, não devendo o ato ser coagido pela existência da referida audiência e muito menos se evitada de dúvida quanto à vontade daquela. Notando indicadores favoráveis à não retratação, tais como a reiteração de violência doméstica, antecedentes criminais reprováveis, gravidade da conduta do agente e entre outros, as autoridades competentes devem indeferir o beneficiamento ao réu.

No que tange às medidas protetivas de urgência, aquelas em outrora oportunidade conceituadas, a ofendida pode desistir do processo mesmo que o denunciado esteja sob o crivo destas, assim relatando Maria Berenice Dias (2007, p. 115):

A retratação pode ocorrer na audiência realizada no procedimento de medida protetiva. Feito acordo sobre as questões familiares, revelando a vítima que não tem mais interesse na representação, será conduzida a outro local, ou o agressor deve ser afastado do recinto. Além do juiz estará presente a vítima, seu defensor e o representante do Ministério Público. Homologada a desistência, será comunicada a autoridade policial para que archive o inquérito, eis ter ocorrido a extinção da punibilidade (CP, art. 107, VI). Se o inquérito policial já tiver sido remetido ao juízo, a renúncia só pode ser aceita até o recebimento da denúncia.

4. DA RETRATAÇÃO TÁCITA DA OFENDIDA

Externado o tema descrito no tópico anterior, a problemática se inicia com a ausência da vítima, a qual deveria manifestar sua vontade de prosseguir ou não no feito, omissa o legislador, na Lei Maria da Penha, em solução ao impasse.

As críticas consistem nas alternativas que o Judiciário pode estabelecer, obtendo posicionamentos diversos. Ora, se a ofendida não comparece à audiência e não colabora mais com as apurações, evidentemente há de se concluir seu desinteresse no feito. Todavia, também tem se entendido que a mesma poderia ter deixado de comparecer à audiência de retratação por medo ou por estar sendo coagida por parte de seu agressor.

Ainda, outra possibilidade seria a alteração de endereço sem comunicação nos autos, inviabilizando sua localização para intimação. Imaginar que a ofendida esteja amarrada ou presa em algum cativeiro, convenhamos, não é o que acontece no dia-a-dia forense.

Neste contexto, é julgado de alguns Tribunais, entre eles o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL LEVE. ART. 129, § 9º, DO CPB. RETRATAÇÃO TÁCITA DA REPRESENTAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. O não comparecimento da ofendida na audiência preliminar demonstra falta de interesse na possível punição do agressor, constituindo retratação tácita da representação, o que também foi revelado pela conduta posterior, quando declarou em juízo sobre a pacificação dos conflitos familiares. PROVIDA A APELAÇÃO. UNÂNIME. (TJRS/Recurso Crime Nº. 71001522838, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Nara Leonor Castro Garcia, Julgado em 17/12/2007).

E o Tribunal de Justiça do Distrito federal:

HÁBEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE AMEAÇA EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. RECEPÇÃO DA DENÚNCIA SEM AUDIÊNCIA PRÉVIA PARA RATIFICAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. ORDEM DENEGADA.

1. A AUDIÊNCIA PRÉVIA DE QUE TRATA O ART. 16 DA LEI 11.343/2006 NÃO É OBRIGATÓRIA NO PROCESSO E JULGAMENTO DE CRIMES QUE TAMBÉM CONFIGUREM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. O PROCEDIMENTO SÓ SE JUSTIFICA QUANDO HÁ PEDIDO EXPRESSO OU INDÍCIOS DE QUE A VÍTIMA QUEIRA SE RETRATAR ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

2. NÃO HÁ NULIDADE SE A AÇÃO PENAL POR CRIME DE AMEAÇA PROSEGUE NORMALMENTE SEM A INTIMAÇÃO DA OFENDIDA PARA RATIFICAR A REPRESENTAÇÃO COLHIDA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL.

3. ORDEM DENEGADA.

(TJDF/Processo. nº 20080020030372HBC/DF; Relator: George Lopes Leite; Julgado em 30/06/2008).

Criada para proteger a mulher vítima de violência doméstica e familiar, a Lei 11.340/06 (Maria da Penha) demonstraria desencontro aos seus desígnios se insistisse na continuidade do feito ainda que com a ausência da ofendida, revigorando situações que já se encontrariam, na maioria das vezes, pacificadas na entidade familiar.

Por obter extrema importância o direito de retratação, e recair somente e exclusivamente na pessoa da vítima ou de seu representante legal, não se verifica aqui a possibilidade de recurso, reconhecendo também sua prescrição ou decadência, quando silente a ofendida e ultrapassado o prazo decadencial para tal, qual seja aquele utilizado na representação, seis meses, tornando-se extinta a punibilidade do agente, nos termos do artigo 38 do Código de Processo Penal e 107, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, inexistindo o *fumus boni juris* para legitimar a *persecutio criminis in judicio*.

São corriqueiros os casos de abandono do processo pela mulher vítima de violência doméstica e familiar, a qual procura ao máximo proteger a imagem de seu relacionamento com o agressor, acreditando numa harmonia pacífica entre ambos. Seria um exorbitante contrassenso ver seu agressor processado criminalmente quando já se havia retomado a suas rotinas, empreendendo o sustento e cuidado dos filhos, festejando juntos datas comemorativas, e esquecido o lamentável fato ocorrido.

Deixando de atender às intimações da autoridade policial e não mais colaborando para a elucidação dos fatos, a vítima adotou postura consciente de atos incompatíveis com a vontade de exercer o direito de representação, denotando desinteresse na propositura de uma ação penal contra seu agressor. Não se pode desenterrar o infortúnio doméstico sepultado pela ofendida e resgatar o pesadelo psicológico superado pela mesma.

Embora a firmeza com que o artigo 16 da Lei Maria da Penha só dê o efeito de reconhecer a renúncia à representação quando realizada na presença do juiz, os tribunais vem adotando entendimento segundo o qual a prática, pela ofendida, de atos incompatíveis com o exercício do direito de representação importam, sim, em válida retratação, em sua forma tácita.

Para Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2008, p.115-117), “o não comparecimento da vítima à audiência designada demonstra a falta de interesse na possível punição do agente e a pacificação dos conflitos familiares, constituindo-se em lúdima retratação da representação”. Isso, sem contar na dificuldade de ordem prática que se verificaria na colheita de prova, em face da nítida intenção da ofendida em livrar seu agressor de qualquer responsabilidade.

Ademais, o legislador Constituinte dedicou à tutela da família o Capítulo VII, do Título VIII, da Constituição da República, instituindo-a como base da sociedade, portanto, não pode a sistemática processual penal afrontar a supremacia da Carta Magna, que erigiu a família como entidade dignitária de ampla e especial proteção do Estado.

Um exemplo cotidiano é o fato de a vítima e seu agressor se reconciliarem e, por acreditarem que ficando inertes nada aconteceria com o processo, deixa aquela de se retratar da representação no momento oportuno, vindo a ser surpreendida com uma futura citação de seu companheiro, colocando em conflito a relação das partes, já que um terá que depor contra o outro, expondo sua intimidade de modo, muitas vezes, vexatório, o que não seria conveniente conforme o exposto entendimento previsto na Constituição federal, quanto à proteção especial à família.

Em suma, é de se ressaltar que não haveria sentido em continuar com uma ação penal, cuja vítima restabeleceu laços afetivos com o réu, haja vista que, como já citado, tal conduta não seria adequada à luz do disposto reiteradamente na norma constitucional, no que tange a entidade familiar.

Durante decisão emanada da Quinta e Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça,

firmou-se entendimento pela imprescindibilidade da manifestação positiva da vítima para o recebimento da peça acusatória oferecida pelo representante do Ministério Público e prosseguimento da ação penal. O posicionamento do ministro Arnaldo Esteves Lima prevaleceu sobre o da relatora, ministra Laurita Vaz, concluindo que o processamento do ofensor, mesmo contra a vontade da vítima, não é a melhor solução para as famílias que convivem com o problema da violência doméstica, pois a conscientização, a proteção das vítimas e o acompanhamento multidisciplinar com a participação de todos os envolvidos são medidas juridicamente adequadas, de preservação dos princípios do direito penal e que conferem eficácia ao comando constitucional de proteção à família (HC 110965).

CONCLUSÃO

Há de se relatar que apesar das divergências doutrinárias em relação ao presente trabalho, é majoritário o entendimento pela implícita intenção da vítima em proteger a família e a prole quando de uma eventual violação à convivência pacífica doméstica e familiar, visando o esquecimento do impasse neste âmbito ocorrido.

A lei Maria da Penha trouxe incontáveis benefícios à ofendida, apesar de demonstrar ínfimas falhas aos olhos dos críticos, vindo a abranger o reconhecimento dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, no caso, da mulher inserida nos requisitos inicialmente elencados, dando ao Estado instrumentos mais eficazes à aplicação da justiça em seu conceito mais profundo, afastando-se os benefícios judiciais em crimes diversos expedidos. Buscou-se não somente a proteção da mulher ofendida, mas também uma barreira às futuras reiterações da conduta do agressor, como uma espécie de “ressocialização” deste ao convívio social e familiar.

O enfoque pela retratação tácita da ofendida foi estudo de extrema relevância para uma efetiva e clara compreensão do citado tema, visto que ao mesmo pouco se referem os estudiosos.

Opção outra não restaria evidente ao magistrado senão acolher o desejo da vítima em extinguir o processo e, conseqüentemente, uma possível punição de seu “convivente”, quando de sua ausência aos locais que lhe são competentes. Ainda, é de relatar que, àqueles instituídos à justiça na sociedade, rotineiramente convivem com casos incansáveis em que a vítima de violência doméstica e familiar desiste de continuar com uma ação penal. Muitas acreditam fielmente que deixando de ajudar nas apurações obtêm-se finalizado o noticiado anteriormente às autoridades competentes.

A busca pela “segunda chance” ao agressor é imensa nestes processos, notando exacerbado sentimentalismo e medo aos olhos da sociedade quando das infrações acometidas por esta lei.

Importante quanto a ausência da vítima se verifica na atenção à sua espontaneidade quanto as suas condutas faltosas, ocasião em que o Ministério Público, assim como o Juiz, devem intervir para a busca de uma certeza quanto à sua não manifestação, aceitando o fato de uma possível coação da mesma ou a tentativa do infrator de cessar-lhe a liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Luciana Costa dos Santos. *Retratação na Lei Maria da Penha: a busca pela preservação da harmonia familiar*. Disponível em <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.28772>> Acesso em 02 set. 2013.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios. *Lei Maria da Penha não veda retratação tácita*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-22/lei-maria-penha-nao-veda-retratacao-tacita-representacao>> Acesso em 10 jul. 2013.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/9006/violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/3>> Acesso em 30 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.340/06. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em 05 out. 2013.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Vol. I.

MARTINS, Lana Leitão. *A representação da Vítima na Lei Maria da Penha*. Disponível em <<http://www.amarr.com.br/site/index.php/midia/artigos-magistrados/98-a-representacao-da-vitima-na-lei-maria-da-penha>> Acesso em 01 out. 2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O STF e a Lei Maria da Penha: uma lamentável decisão*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/21057/o-stf-e-a-lei-maria-da-penha-uma-lamentavel-decisao>> Acesso em 30 ago. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Fábio Dantas. *Aspectos controvertidos de ordem penal e processual penal da Lei Maria da Penha*. Disponível em <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=310&tmp_sec_ao=16> Acesso em 3 out. 2013.

OLIVEIRA, Fernando José Vianna. *Da desnecessidade da audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha, antes da declaração de inconstitucionalidade pelo STF*. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-desnecessidade-da-audiencia-prevista-no-art-16-da-lei-maria-da-penha-antes-da-declaracao-de-inconstitucional,36178.html>> Acesso em 10 out. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOARES, Rafael Júnior, e MATTOS, Flávia Rosa Tupina. *Lei Maria da Penha contraria indisponibilidade*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-17/retratacao-denuncia-incoerencia-lei-maria-penha>> Acesso em 10 jul. 2013.

CUNHA, Rogério Sanches, e PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.