

**Título da tese:** A Lei Maria da Penha e a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes: ou a ação penal é pública incondicionada ou é privada. Superação da representação nesse microsistema jurídico. Necessidade de extensão dos efeitos das decisões do STF, prolatadas na ADI 4424/DF e na ADC 19/DF, a todos os crimes praticados contra a mulher no ambiente doméstico, familiar, ou no contexto de uma relação íntima de afeto.

**Autor da tese:** Pablo Antonio Cordeiro de Almeida. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-graduando em Direito Urbano e Ambiental pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Epígrafe - “Somos responsáveis por aquilo que fazemos,  
o que não fazemos e o que impedimos de ser feito” –  
Albert Camus.

## **1 – Introdução:**

Apesar de se tratar de tema polêmico, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.424/DF e da Ação Direta de Constitucionalidade n. 19/DF, atribuiu interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, assentando a natureza incondicionada da ação penal pública em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão do ferimento, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, familiar ou praticado no contexto de uma relação íntima de afeto.

O STF considerou inconstitucional, portanto, a interpretação que se dava a estes artigos, que possibilitava a retratação das vítimas nos casos de crimes lesões corporais leves.

O STF, quase que por unanimidade, somente com o voto contrário do então Presidente da Corte, o Min. Cezar Peluso, deliberou que no caso de lesão corporal leve a ação penal seria de iniciativa pública incondicionada, pelas razões a seguir delineadas.

Na presente tese, todavia, não pretendemos discutir o acerto ou desacerto desta decisão, muito menos os efeitos deste *decisum* na praxe Judiciária brasileira, marcada, notadamente, pela excessiva demora na tramitação de feitos, especialmente criminais, levando-se em consideração, principalmente, as regras do XX Congresso Nacional do Ministério Público, que limitam à 10 (dez) o número máximo de páginas para as monografias apresentadas ao Encontro Pátrio.

O tema central desta tese, ao contrário, é avançar na discussão, já que segundo Radbruch, “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou por um outro”<sup>1</sup>.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal decidiu quase que por unanimidade e desde então não deu provas de que estaria inclinado a alterar tal entendimento, sendo que a decisão prolatada é vinculante e também tem efeito *erga omnes*, porque tomada em sede de ADI e de ADC.

Assim, a partir da análise da *ratio decidendi* (*das razões de decidir*) do Supremo Tribunal Federal, bem como levando-se em consideração a “teoria dos motivos determinantes”, em voga hodiernamente no Pretório Excelso, pretendemos avançar na discussão, debatendo um dos efeitos jurídicos *extra-autos* da decisão prolatada na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.424/DF e na Ação Direta de Constitucionalidade n. 19/DF, qual seja: a superação da representação e da ação penal pública condicionada à representação nesse microsistema jurídico, que é a Lei Maria da Penha (segundo entendemos).

Apesar das discussões travadas na ADI n. 4424 e na ADC n. 19 terem sido suscitadas tendo como “pano de fundo” o crime de lesão corporal leve, da análise dos votos proferidos fácil é verificar que as razões de decidir não se limitaram a levar em consideração questões específicas ou peculiaridades deste delito. A análise feita pelo STF não foi puramente legalista, fulcrada em peculiaridades deste tipo penal.

Verifica-se, portanto, que os fundamentos da decisão são de índole constitucional, e não legalista, os quais, por essa razão, devem ser aplicados a todos os crimes cuja persecução se dava, até então, através de ação penal pública condicionada à representação, desde que praticados contra a mulher no ambiente doméstico, familiar ou praticados no contexto de relação íntima de afeto.

O STF não afirmou, por exemplo, que no crime de lesão corporal leve não se aplica a retratação da representação porque a própria Lei Maria da Penha disse que não se aplica aos casos de violência doméstica e familiar a Lei n. 9.099 e foi justamente esta norma que tornou a persecução do delito de lesão corporal leve condicionada à representação.

Não foi isto que asseverou o STF. A fundamentação do STF foi bem distinta, qual seja: as ações penais públicas nos crimes de lesões corporais praticados no âmbito doméstico, familiar ou no contexto de uma relação íntima de afeto seriam sempre incondicionadas em razão da inconstitucionalidade de raciocínio diverso, por violação a diversos postulados constitucionais caros à ordem jurídica nacional e internacional, conforme será

---

<sup>1</sup> Apud. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

visto a seguir. Assim, sujeitar à representação os demais casos de violências domésticas e familiares seria permitir violações aos mesmos postulados constitucionais reafirmados pelo STF na ADI n. 4424 e na ADC n. 19, eis que onde existe a mesma razão deve ser aplicado o mesmo direito.

Entendemos, pois, necessária a extensão dos efeitos das decisões do STF, prolatadas na ADI 4424/DF e na ADC 19/DF, a todos os crimes praticados contra a mulher no ambiente doméstico ou familiar, ou no contexto de uma relação íntima de afeto, sob pena de caracterização de contradição hermenêutica e de violações a princípios constitucionais diversos.

## **2 – Justificação – Fundamentação:**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.424/DF e da Ação Direta de Constitucionalidade n. 19/DF, assim verberou:

Trecho extraído do informativo n. 654 – STF - Registrou-se a necessidade de intervenção estatal acerca do problema, baseada na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), na igualdade (CF, art. 5º, I) e na vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI). Reputou-se que a legislação ordinária protetiva estaria em sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e com a Convenção de Belém do Pará. Sob o ângulo constitucional, ressaltou-se o dever do Estado de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não seria razoável ou proporcional, assim, deixar a atuação estatal a critério da vítima. A proteção à mulher esvaziar-se-ia, portanto, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, pudesse ela, depois de acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade, fazendo-o antes de recebida a denúncia. Dessumiu-se que deixar a mulher — autora da representação — decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implicaria relevar os graves impactos emocionais impostos à vítima, impedindo-a de romper com o estado de submissão.

Dos votos dos Ministros do STF podemos extrair, ainda, as seguintes considerações:

“O relator do processo, Ministro Marco Aurélio, expôs que a Lei Maria da Penha ‘retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo a reparação, a proteção e a justiça’. Ele entende que a ‘norma mitiga realidade de discriminação social e cultural’ que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restrição do direito de pessoas que pertençam ao gênero masculino, dando ênfase ao fato de que a Constituição protege, sobretudo, a família e a todos que a compõem. A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, destaca a mudança de mentalidade pela qual passa a sociedade, no que se refere aos direitos das mulheres e cita ditados anacrônicos tais como: ‘em briga de marido e mulher, não se mete a colher’ e ‘o que se passa na cama é segredo de quem ama’, ocasião em que afirma ser dever do Estado adentrar o recinto das ‘quatro paredes’ quando na relação conjugal houver violência. Para ela, discussões como as enfrentadas nessas ações são importantíssimas: ‘A interpretação que agora se oferece para conformar a norma à Constituição me parece basear-se exatamente na proteção maior à mulher e na possibilidade, portanto, de se dar cobro à efetividade da obrigação do Estado de coibir qualquer violência doméstica. E isso que hoje se fala, com certo eufemismo e com certo cuidado, de que nós somos mais vulneráveis, não é bem assim. Na verdade, as mulheres não são vulneráveis, mas sim maltratadas, são mulheres sofridas. [...] A Igualdade é, desde sempre, tratar com desigualdade aquele que se desigualam e, no nosso caso, não é que nós nos desigualamos, fomos desigualadas por condições sociais e estruturais de poder que nos massacram séculos a fio. Eu me ponho inteiramente de acordo pela procedência da ação’. A Ministra Rosa Weber, nesse contexto, foi a primeira a acompanhar o relator e afirma que exigir da mulher agredida uma representação para a abertura da ação penal se relava como atentatório à dignidade da pessoa humana: “tal condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança”, exclama a Ministra. O Ministro Luiz Fux, por outro lado, ao acompanhar o voto do relator, afirmando não ser razoável exigir-se da mulher que apresente representação contra o companheiro em um momento no qual se encontra em total fragilidade emocional, advinda da violência experimentada, oportunidade em que destaca: ‘sob o ângulo da tutela da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares da República Federativa do Brasil, exigir a necessidade da representação, no meu modo de ver, revela-se um obstáculo à

efetivação desse direito fundamental, porquanto a proteção resta incompleta e deficiente, mercê de revelar subjacentemente uma violência simbólica e uma afronta a essa cláusula pétrea’.

(...)

O Ministro Ricardo Lewandowski, igualmente, acompanha o relator, advertindo para o fenômeno conhecido como ‘vício da vontade’. Nessa oportunidade, salienta a importância de se permitir a abertura da ação penal independentemente de a vítima apresentar qualquer tipo de representação, expondo: Penso que estamos diante de um fenômeno psicológico e jurídico, que os juristas denominam de vício da vontade e que é conhecido e estudado desde os antigos romanos. As mulheres, como está demonstrado estatisticamente, não representam criminalmente contra o companheiro ou marido, em razão da permanente coação moral e física que sofrem e que inibe a sua livre manifestação da vontade. O Ministro Joaquim Barbosa, por seu turno, afirma que a Constituição Federal trata de certos grupos sociais, ao reconhecer que eles estão em situação de vulnerabilidade. Para ele, quando o legislador, em benefício desses grupos, edita uma lei que acaba se revelando ineficiente, é dever do Supremo Tribunal Federal, levando em consideração dados sociais, rever as políticas de proteção, como está sendo feito no julgamento levado à baila, no caso em questão. O Ministro Ayres Britto destaca, por sua vez, que em um contexto patriarcal e machista, a mulher agredida tende a condescender com o agressor, expondo: que ‘a proposta do relator, no sentido de afastar a obrigatoriedade da representação da agredida como condição de propositura da ação penal pública, parece rimar com a Constituição’ (...)<sup>2</sup>.

Ora, por que razão tais argumentos não poderiam ser aplicados ao crime de ameaça, e aos demais crimes condicionados à representação, mas apenas ao de lesão corporal leve?

É princípio de interpretação milenar do direito o brocardo que diz: “onde existe a mesma razão, deve ser aplicado o mesmo direito”.

Além disso, situações idênticas estariam sendo tratadas de maneira diferente, em clara lesão ao postulado da igualdade.

Cármen Lúcia Antunes Rocha, quanto à importância do princípio supracitado, assim verbera:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental<sup>3</sup>.

Alguns doutrinadores chegam a afirmar que o princípio da igualdade tem caráter supra-positivo:

De qualquer forma, para que se tenha presente o seu relevo nos regimes democráticos, vale lembrar, com Forsthoff, que o Tribunal Constitucional da Alemanha, repetidas vezes, afirmou que o princípio da igualdade, como regra jurídica, tem caráter suprapositivo, anterior ao Estado, e que mesmo se não constasse do texto constitucional, ainda assim teria de ser respeitado<sup>4</sup>.

O postulado da igualdade tem aplicação também no exercício da jurisdição. Sobre o tema, vejamos os escólios de Márcia Regina Lusa Cadore:

(...) não encontra justificativa razoável o Estado, no exercício da função jurisdicional, proferir decisões distintas para situações semelhantes que lhe sejam submetidas. O critério da distinção não pode ser o sorteio para a distribuição dos feitos ou dos recursos no segundo grau de jurisdição. Não é critério razoável perante a Constituição. O problema das decisões distintas para casos semelhantes torna-se ainda mais grave quando da existência de demandas semelhantes em larga escala. Para a população, a ocorrência de julgamentos díspares em tais ações é mais chocante, chegando mesmo a comprometer a confiança dos jurisdicionados. Nos países do *common law*, a isonomia judiciária está assegurada pelo tratamento equânime conferido aos casos análogos e, assim, a premissa do tratamento igualitário está na base do próprio sistema.

[...].

Há que ser perseguida, pois, a uniformização. E, depois de discutida determinada tese jurídica, pacificada a orientação da jurisprudência em órgãos jurisdicionais colegiados, por meio de um dos

<sup>2</sup> SANTANA, Gilca Feitosa; SÁ, Itanielo Rotondo. *Lei Maria da Penha e a incondicionabilidade do crime de lesão corporal de natureza leve: um estudo sobre os impactos do julgamento da ADI 4424/DF e ADC 19/DF pelo STF na realidade social*. Fonte: [http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013\\_07\\_07491\\_07526.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_07_07491_07526.pdf). Acesso em: 18 de agosto de 2013.

<sup>3</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p 118.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 158.

instrumentos previstos a tanto no sistema, decisão divergente de tal orientação igualmente não se compadece com o princípio da isonomia<sup>5</sup>.

No julgamento supracitado fala-se, inclusive, em vício de vontade, em lesão à dignidade pela exigência de representação, em proteção não só da mulher como também da família, em se garantir à mulher acesso efetivo a reparação, a proteção e a justiça e em privação da vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança.

A discussão não se limitou, portanto, à questão de o crime de lesão corporal leve somente ter se tornado de persecução condicionada à representação com o advento da Lei 9.099 e a Lei Maria da Penha prever expressamente que não se aplica aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher a Lei n. 9099.

A Professora Maria Berenice Dias, no particular, sintetizou bem a controvérsia até então existente na doutrina:

A polêmica sobre as lesões corporais: Quando da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, o maior questionamento que surgiu foi: a lesão corporal praticada, no âmbito da unidade doméstica, voltou a ser de ação pública incondicionada ou persiste a exigência de representação? A origem da controvérsia está no fato de os delitos elencados no Código Penal serem quase todos de ação pública incondicionada. Somente quando a lei expressamente reclama a iniciativa do ofendido, há necessidade de representação. Como não é feita qualquer ressalva no Código Penal quanto ao delito de lesão corporal, nunca houve dúvida de que se tratava de crime de ação pública incondicionada. Atendendo ao comando constitucional que determinou a sua criação, a Lei dos Juizados Especiais, ao introduzir mecanismos despenalizadores, elegeu como de pequeno potencial ofensivo, entre outros, os crimes de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa, transformando-os em delitos de ação pública condicionada. Ou seja, o desencadeamento da ação penal passou a depender da representação do ofendido. No entanto, de modo expresso a Lei Maria da Penha afastou a incidência da Lei dos Juizados Especiais quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista (art. 41). (...) As posições se dividiram quer entre os doutrinadores, quer no âmbito do próprio Poder Judiciário. (...) Marcelo Lessa Bastos foi um dos primeiros a sustentar que a ação penal voltou a ser pública incondicionada nos casos de lesão corporal leve decorrente de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ana Paula Schwelm Gonçalves e Fausto Rodrigues Lima manifestaram-se no mesmo sentido. (...) Na mesma linha Eduardo Luiz Santos Cabette: parece irretorquível que a partir da vigência da Lei 11.340/06 retornou a ser pública incondicionada, mesmo nos casos de lesões leves, desde que perpetradas no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher. Isto porque não é no Código Penal que se vai encontrar o dispositivo que determina a ação penal pública condicionada para lesões leves em geral, e sim no art. 88 da Lei 9.099/95. O raciocínio é simples: se a Lei 9.099/95 não se aplica mais aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, inexistindo qualquer ressalva, conclui-se que não se aplica por inteiro, inclusive o seu artigo 88, de forma que no silêncio do Código Penal, reintegra-se a regência do art. 100 do CP, que impõe a ação penal pública incondicionada. Essa também é a posição de Belmiro Pedro Welter. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini comungam desse entendimento<sup>6</sup>.

O STF, todavia, não se limitou a analisar tal questão. Ao contrário, afirmou que não se admitiria a representação porque existiria neste contexto vício de vontade, bem como lesão à dignidade pela exigência de representação, e também proteção não só da mulher como também da família, a qual, portanto, não poderia se retratar em nome de toda família.

Além disso, o STF se preocupou em garantir à mulher acesso efetivo a reparação, a proteção e a justiça e que solução diversa resultaria na privação da vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança.

Os argumentos supra estão longe de ser legalistas, relacionados à aplicação ou não da Lei 9.099 ao crime de lesão corporal leve praticado no contexto de violência doméstica e familiar.

Ora, se o STF considera que há vício de vontade na retratação no crime de lesão corporal leve, porque o mesmo vício não ocorreria em outros crimes condicionados à representação?

A esse respeito, faz-se mister trazer à colação os argumentos expendidos na inicial da ADI supracitada, da lavra da Procuradoria-Geral da República:

A tese sustentada na presente ação é de que a única interpretação compatível com a Constituição é aquela que entende ser o crime de ação penal pública incondicionada. A interpretação que faz a ação penal depender de representação da vítima, por outro lado, importa em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5, I) e de

<sup>5</sup> CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 34.

<sup>6</sup> 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*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 86/87

que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais, e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, par. 8º). (...) Não se pode certamente afirmar que a interpretação que ora se contesta seja, em si mesmo, intencional e diretamente discriminatória em relação à mulher. Sem embargo, apesar de aparentemente neutra, ela produz, como já visto, impactos nefastos e desproporcionais para as mulheres, sendo, pois, incompatível com o princípio constitucional da igualdade. A doutrina e a jurisprudência alienígenas designam tal situação como de discriminação indireta, correlata com a teoria do impacto desproporcional. Segundo Joaquim Barbosa, tal teoria consiste na ideia de que toda e qualquer prática (...), ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio da igualdade material se, em consequência da sua aplicação, resultarem efeitos nocivos (...). Nesse quadro, foge a qualquer juízo de razoabilidade admitir que interpretação judicial da lei que veio em cumprimento a mandamento constitucional acabe por violá-lo. E é o que está a acontecer com a interpretação que exige representação da vítima de violência doméstica, para início da ação penal em crimes de lesões corporais, para início da ação penal em crimes de lesões corporais tidas por leve (...). (...) relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos registra que a maior deficiência das legislações que tratam de violência doméstica contra a mulher é estabelecer, como objetivo primeiro, a preservação da unidade familiar e não a proteção dos direitos de seus integrantes a viver livres de violência e discriminação. (...) De acordo com Stella Cavalcanti, a renúncia ao direito de representar redundava em 90% de arquivamento das ações penais. É fácil imaginar a quanto chega o quantitativo de impunidade se se pensar no número de mulheres que sequer chegam ao ponto de representar<sup>7</sup>.

Fixados os exatos contornos do quanto decidido pelo STF no que se refere ao crime de lesões corporais leves, vejamos as razões hermenêuticas que indicam a necessidade de extensão desta decisão a todos os demais crimes condicionados à representação, quando praticados contra a mulher no ambiente doméstico, familiar ou no contexto de relação íntima de afeto, apesar de o STF, naquele momento, ter restringido à análise da constitucionalidade ou não da representação no crime de lesão corporal leve.

### **2.1 - Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes versus Efeito erga omnes e eficácia vinculante das decisões tomadas em sede de controle abstrato pelo STF:**

O Supremo Tribunal Federal, mais recentemente, tem adotado a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

O efeito vinculante da decisão do STF, segundo essa teoria, abrangeria não somente os artigos legais expressamente questionados na ação direta de inconstitucionalidade ou constitucionalidade ou a parte dispositiva do acórdão, nos termos do art. 458, inciso III, do CPC, mas, também, as próprias razões de decidir que embasaram a decisão prolatada pela Corte.<sup>8</sup>

Em sede de jurisdição constitucional não se aplicaria, portanto, o disposto no art. 469, inciso I, do CPC, que assim prescreve:

Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

Sobre o tema, pertinente trazer a lume o magistério dos Prof. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

(...) sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes. Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais (...) – pg. 1282<sup>9</sup>.

(...)

É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa

<sup>7</sup> Petição Inicial obtida junto ao Site do STF: <http://www.stf.jus.br/>.

<sup>8</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes*. Leituras Complementares de Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Organizador Marcelino Novelino Camargo. Salvador: Ed. JusPodivm, 2007, págs. 131/133.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1282/1284.

julgada e da força de lei. Ademais, tal redução diminuiria significativamente a contribuição do tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional – pg. 1284.

A esse respeito, vejamos também as lições de Fredie Didier Jr<sup>10</sup>:

No conteúdo da fundamentação, é preciso distinguir o que é a *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*. A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. “*a ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). Já o *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural) consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”), sendo apenas algo que se fez constar “de passagem”, não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão. Essa distinção é muito relevante para o estudo da força vinculativa dos precedentes judiciais, assunto que ganhou importância por conta da adoção da “súmula vinculante” em matéria constitucional (art. 103-A, CF/88), do valor que se tem atribuído aos enunciados consagrados em súmula dos tribunais (arts. 475, § 3º, 518, § 1º, 544, § 3º, 557 etc., todos do CPC) e da possibilidade de julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, CPC). A coisa julgada vincula todos à decisão do objeto litigioso (a solução da questão principal apresentada no dispositivo da decisão) de um determinado caso concreto. quando se estuda a força vinculativa dos precedentes judiciais (enunciado da súmula da jurisprudência predominante de um tribunal, por exemplo), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação. assim, as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que por ser generalizada. Só se pode considerar como *ratio decidendi*, a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada. “É certamente em decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos precedentes, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado” TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do Direito, cit., p. 176. Tudo isso nos leva a uma importante advertência: não bastasse a exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações.

Ora, as razões de decidir da corte foram explicitadas acima, as quais são plenamente ajustáveis aos demais casos de crimes condicionados à representação.

A *ratio decidendi* do julgamento da ADI n. 4424 e da ADC n. 19, além disso, possui aptidão para ser generalizada, eis que a questão não fora julgada em razão de peculiaridades do crime de lesão corporal leve.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos dos seus julgados, tem atribuído eficácia vinculante aos motivos determinantes de suas decisões, não somente em sede de controle abstrato, mas também em sede de controle concreto.

O Supremo tem atribuído, portanto, eficácia vinculante à sua jurisprudência, bem como aos motivos determinantes de seus julgados.

Na Reclamação n. 4.987 o STF se utilizou, pela primeira vez, da expressão: “transcendência dos motivos determinantes”. Todavia, a “transcendência dos motivos determinantes” não fora o tema central da Reclamação n. 4.987.

Sobre tal Reclamação, vejamos um pequeno trecho do Informativo – STF n. 458:

INFORMATIVO Nº 458 - TÍTULO - Reclamação: Controle Abstrato de Constitucionalidade e Lei de Teor Idêntico – PROCESSO - Rcl 4987 MC/PE - RELATOR: MIN. GILMAR MENDES  
DECISÃO:

(...)

“Após refletir sobre essa questão, e baseando-me em estudos doutrinários que elaborei sobre o tema, não tenho nenhuma dúvida de que, ainda que não se empreste eficácia transcendente (efeito

<sup>10</sup> DIDIER JR, Fredie. *Notas sobre a distinção entre ratio decidendi e obiter dictum*. Fonte: [http://ww3.lfg.com.br/material/fredie/int\\_pcivil\\_ratio\\_22\\_11.pdf](http://ww3.lfg.com.br/material/fredie/int_pcivil_ratio_22_11.pdf). Acesso em 18 de agosto de 2013.

vinculante dos fundamentos determinantes) à decisão, o Tribunal, em sede de reclamação contra aplicação de lei idêntica àquela declarada inconstitucional, poderá declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei ainda não atingida pelo juízo de inconstitucionalidade. Ressalto que essa tese não é estranha à Corte (...).

(...)

Trata-se, isso sim, de um poder ínsito à própria competência do Tribunal de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. E esse poder é realçado quando a Corte se depara com leis de teor idêntico àquelas já submetidas ao seu crivo no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, em relação à lei de teor idêntico àquela que já foi objeto do controle de constitucionalidade no STF, poder-se-á, por meio da reclamação, impugnar a sua aplicação ou rejeição por parte da Administração ou do Judiciário, requerendo-se a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, ou de sua constitucionalidade, conforme o caso<sup>11</sup>.

A Reclamação n. 2.986, por sua vez, é considerada *leading case* nesse particular.

Vejamos:

INFORMATIVO Nº 379 - ADI - Transcendência dos Motivos Determinantes – Reclamação - Rcl 2986 MC/SE - RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

(...)

EMENTA: FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ QUE DEFINIU, PARA OS FINS DO ART. 100, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, O SIGNIFICADO DE OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. DECISÃO JUDICIAL, DE QUE ORA SE RECLAMA, QUE ENTENDEU INCONSTITUCIONAL LEGISLAÇÃO, DE IDÊNTICO CONTEÚDO, EDITADA PELO ESTADO DE SERGIPE. ALEGADO DESRESPEITO AO JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA ADI 2.868 (PIAUI). EXAME DA QUESTÃO RELATIVA AO EFEITO TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES QUE DÃO SUPORTE AO JULGAMENTO, “IN ABSTRACTO”, DE CONSTITUCIONALIDADE OU DE INCONSTITUCIONALIDADE. DOCTRINA. PRECEDENTES. ADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. DECISÃO:

(...)

O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI), examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da “transcendência dos motivos que embasaram a decisão” proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria “ratio decidendi”, projetando-se, em conseqüência, para além da parte dispositiva do julgamento, “in abstracto”, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES (“O Controle Concentrado de Constitucionalidade”, p. 338/345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6.3, 2001, Saraiva) e de ALEXANDRE DE MORAES (“Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2ª ed., 2003, Atlas). Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, não de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatiza o magistério doutrinário

<sup>11</sup> Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284987%2EPROC%2E%29&base=baseInformativo&url=hhttp://tinyurl.com/c4oqgl8>.

(ALEXANDRE DE MORAES, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 109, item n. 2.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, “Controle de Constitucionalidade”, p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, “Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia”, p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 8/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, “A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, v.g.). Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: “(...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais.

(...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. (...)” (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei).

(...)

Ou, em outras palavras, cumpre analisar, presente o contexto ora em exame, se a “ratio decidendi”, que substancia o julgamento desta Corte proferido na ADI 2.868/PI, apresenta-se, ou não, revestida de efeito transcendente, em ordem a viabilizar, processualmente, a utilização do instrumento reclamatório. Parece-me que sim, ao menos em juízo de estrita delibação, especialmente se considerada a decisão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu na Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA

(...)

Essa mesma orientação, que reconhece o caráter transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes de decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de controle normativo abstrato, veio a ser reafirmada no julgamento plenário da Rcl 2.363/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES, quando o eminente Relator da causa fez consignar, em expressiva passagem do seu douto voto, o que se segue: “(...) Assinale-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um ‘leading case’ em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais”<sup>12</sup>.

Portanto, a “transcendência dos motivos determinantes” já é uma realidade no STF, não só em processos de controle abstrato, mas também em sede de controle concreto.

Fala-se, pois, num processo irreversível de objetivação do controle concreto da constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O Min. Celso de Mello, quanto a este aspecto, fez as seguintes ponderações no julgamento da Reclamação 2.986: “o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Min. Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, Dj 27.03.2003).

Naquela ocasião, asseverou-se o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional” (STF - Informativo 379, de 7 a 11 de março de 2005).

Um dos julgados do STF, quanto à transcendência dos motivos determinantes, dizia respeito a uma decisão tomada em ADI que declarou constitucional norma do Estado de Sergipe que definiu obrigação de pequeno valor de forma diversa daquela prevista no artigo 87 do ADCT. Nessa ocasião, o STF manifestou-se favoravelmente à tese da transcendência dos motivos determinantes.

No mesmo sentido, decisão do STF, também de relatoria do Min. Gilmar Mendes, proferia em fevereiro de 2008 na Reclamação 5470/PA, Inf. 496.

Assim, em sendo adotada a teoria da transcendência dos motivos determinantes é preciso que se reconheça também que a decisão supracitada, do Supremo Tribunal Federal, possui caráter vinculante e efeito *erga omnes*, cujo desrespeito pode dar ensejo, inclusive, ao manejo de reclamação constitucional diretamente perante o Pretório Excelso, conforme leciona Kildare Gonçalves Carvalho:

Por isso, as decisões proferidas na via abstrata, tanto as relativas à ação direta de inconstitucionalidade quanto à ação declaratória de constitucionalidade vinculam o juiz do caso concreto, cabendo-lhe, no controle difuso, apreciar o mérito de forma compatível com a decisão proferida em sede de controle abstrato. acentue-se que o superveniente descumprimento da

<sup>12</sup> Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282986%2EPROC%2E%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/bqgpfk>.

decisão, por ato imputável o órgão ou entidade vinculado ao processo de controle concentrado, configura ofensa à constituição, ensejando o manejo dos recursos previstos na lei processual, ou reclamação junto

A eficácia vinculante e o efeito erga omnes são, inclusive, previsões expressas da Constituição Federal de 1988.

O art. 102, § 2º, da Constituição de 1988 assim prescreve: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

No que concerne à eficácia e os efeitos das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, vejamos também os ensinamentos do Insigne Prof. Alexandre de Moraes, *verbo ad verbum*:

Assim, uma vez proferida a decisão pelo STF, haverá uma vinculação obrigatória em relação a todos os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que deverão pautar o exercício de suas funções na interpretação constitucional dada pela corte suprema.<sup>13</sup>

Além disso, a regra é de que a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc* – retroativos, o que pode ser enfatizado considerando que a lei inconstitucional é ato nulo, viciado desde a origem, pelo que não poderia ter produzido efeitos desde seu nascedouro.

A modulação temporal dos efeitos de decisão do STF por sua vez, é medida excepcional, a qual, se adotada, deve ser objeto de quórum qualificado.

A decisão pode ser modulada com base em duas razões: a) por questões de segurança jurídica; b) na hipótese de excepcional interesse social. Estes são os dois motivos segundo os quais o STF pode modular temporalmente os efeitos da decisão. Nesses dois casos, o STF só pode fazer a modulação temporal dos efeitos da decisão se ele observar um quórum qualificado que é de 2/3 (oito Ministros).

Há, pois, exigência mais rigorosa para que seja dado outro momento para produção dos efeitos da decisão. Esses requisitos estão previstos no art. 27 da Lei 9868/99. In casu, especificamente, não houve modulação de efeitos.

Quanto ao efeito *ex tunc*, vejamos as lições de Gilmar Mendes, *verbo ad verbum*:

STF – RECLAMAÇÃO N. 4.335-5 – ACRE – Rel. Gilmar Mendes:  
(...)

Diversamente, na declaração de inconstitucionalidade por via do controle abstrato, analisa-se a lei e a Constituição sem qualquer referência a um caso concreto e seus efeitos atingem a todos, vinculando Juízes e Tribunais. Nestes casos, o STF decide se seus efeitos podem atingir questões passadas, ou seja, se operam *ex tunc*.

Assim, a decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424/DF e na Ação Direta de Constitucionalidade n. 19/DF seria aplicável também aos casos ainda não definitivamente julgados de violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo que o crime tenha sido praticado antes do julgamento supracitado, excetuando-se, todavia, as hipóteses de trânsito em julgado.

Por fim, importante frisar que a ação penal de iniciativa privada permanecerá incólume, em razão justamente de o MP não possuir legitimidade para a propositura desta.

Conforme sabido, a legitimidade é, na expressão da doutrina, a pertinência subjetiva da ação, a qual deve ser analisada tanto no polo ativo, como no passivo. No processo penal a legitimidade é uma condição genérica da ação.

Assim, falece ao MP atribuição para intentar a ação penal de iniciativa privada, o qual seria tido como parte ilegítima, carecedor do direito de ação.

### **3 – Conclusão objetiva – Síntese dogmática da proposição:**

A partir da análise da *ratio decidendi* (*das razões de decidir*) do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424/DF e da Ação Direta de Constitucionalidade n. 19/DF, bem como levando-se em consideração a “teoria dos motivos determinantes”, hodiernamente em voga no Pretório Excelso, restam superados os institutos da representação e da ação penal pública condicionada à representação no microsistema jurídico, que é a Lei Maria da Penha. Ou seja, nos crimes praticados contra a mulher no ambiente doméstico, familiar, ou no contexto de uma relação íntima de afeto, a persecução criminal se

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 19ª edição. São Paulo: Atlas. 2006. p. 690.

dá através de ação penal pública incondicionada ou privada, não se falando mais em ação penal pública condicionada à representação.

#### **4 – Bibliografia:**

4.1 – BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes*. Leituras Complementares de Constitucional. Controle de Constiucionalidade. Organizador Marcelino Novelino Camargo. Salvador: Ed. JusPodivm, 2007.

4.2 - CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

4.3 - COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

4.4 - 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*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

4.5 - DIDIER JR, Fredie. *Notas sobre a distinção entre ratio decidendi e obiter dictum*. Fonte: [http://ww3.lfg.com.br/material/fredie/int\\_pcivil\\_ratio\\_22\\_11.pdf](http://ww3.lfg.com.br/material/fredie/int_pcivil_ratio_22_11.pdf). Acesso em 18 de agosto de 2013.

4.6 - MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

4.7 - MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª edição. São Paulo: Atlas. 2006.

4.8 - ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990.

4.9 - SANTANA, Gilca Feitosa; SÁ, Itanielo Rotondo. *Lei Maria da Penha e a incondicionabilidade do crime de lesão corporal de natureza leve: um estudo sobre os impactos do julgamento da ADI 4424/DF e ADC 19/DF pelo STF na realidade social*. Fonte: [http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013\\_07\\_07491\\_07526.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_07_07491_07526.pdf).