

**UNIVERSIDADE FUMEC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Marina Cardoso Nascimento Monteiro de Castro

**APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/1995 ÀS CONTRAVENÇÕES PRATICADAS NO
ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA, FACE À VEDAÇÃO DA ANALOGIA *IN*
MALAM PARTEM E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

**Belo Horizonte
2016**

Marina Cardoso Nascimento Monteiro de Castro

**APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/1995 ÀS CONTRAVENÇÕES PRATICADAS NO
ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA, FACE À VEDAÇÃO DA ANALOGIA *IN*
MALAM PARTEM E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, da Universidade FUMEC, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

Belo Horizonte

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C355a Castro, Marina Cardoso Nascimento Monteiro de, 1984-
Aplicação da lei nº 9.099/1995 às contravenções praticadas no âmbito da Lei Maria da Penha, face à vedação da analogia *in malam partem* e ao princípio da proporcionalidade / Marina Cardoso Nascimento Monteiro de Castro. - Belo Horizonte, 2016.
99 f. : il. ; 29,5 cm + CD

Orientador: Luís Carlos Balbino Gambogi
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2016.

1. Violência contra mulheres - Brasil. 2. Contravenções penais - Brasil. 3. Proporcionalidade (Direito) - Brasil. I. Título. II. Gambogi, Luís Carlos Balbino. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 343.6



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FACULDADE DE CIÊNCIAS

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi _____

Prof. Dr. Kiwonghi Bizawu _____

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas _____

MESTRANDA: MARINA CARDOSO NASCIMENTO MONTEIRO DE CASTRO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

***“APLICAÇÃO DA LEI Nº. 9.099/1995 ÀS CONTRAVENÇÕES PENAIS
PRATICADAS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA, FACE À VEDAÇÃO
DA ANALOGIA IN MALLAM PARTEM E AO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE”***

NOTA: (100) _____ *cem pontos*

ASSINATURA ORIENTADOR: _____

DATA DA DEFESA: 30/08/2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida e conquistas.

Agradeço aos meus pais, Vanda e Vanir, por terem me proporcionado todas as oportunidades que hoje me conduziram até aqui e por serem sempre meus maiores incentivadores.

Agradeço ao meu marido Francisco, pelo auxílio na concretização deste trabalho e pela compreensão, paciência e amor.

Ao meu filho Paulo, que deu outro sentido à minha vida e a esta jornada acadêmica.

A minha irmã Mirna, pelo carinho, cuidado e por sempre desejar a minha felicidade e sucesso.

À Universidade FUMEC.

Por fim, registro meus sinceros agradecimentos ao meu orientador Professor Doutor Luís Carlos Balbino Gambogi, pelo profissionalismo, cordialidade, compreensão, disponibilidade e pelos ensinamentos transmitidos.

“O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.”

(Humberto Ávila)

RESUMO

O artigo 41 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), veda a aplicação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais) aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, sem fazer qualquer menção às contravenções penais praticadas neste mesmo contexto. Diante disso, considerando que crimes e contravenções são institutos distintos, esta dissertação tem como escopo fazer uma análise crítico-reflexiva do entendimento jurisprudencial atual adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 também se aplica às contravenções praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher. O problema a ser investigado gira em torno da compatibilidade desta exegese jurisprudencial com o sistema de princípios e garantias da dogmática penal, que estabelece a vedação da aplicação da analogia *in malam partem* e a observância do princípio da proporcionalidade. Para tanto, realiza-se uma pesquisa aprofundada sobre a atualidade e a evolução do tema, em fontes doutrinárias nacionais e estrangeiras, e em legislações, a fim de demonstrar que a jurisprudência tem se equivocado na aplicação do instituto da analogia em matéria penal e no tratamento dado à questão. Como referencial teórico, são adotadas as assertivas feitas por Zaffaroni *et al.* (2011), no sentido de que a analogia *in malam partem* se acha totalmente proscribita na seara criminal e de que o princípio da proporcionalidade estabelece que a afetação de direitos em um conflito de natureza penal não pode ser desproporcional à magnitude da lesividade do conflito. O estudo justifica-se pela relevância do assunto, que tem gerado intensas discussões entre os profissionais da área jurídica e motivado tratamento desigual e mais gravoso aos contraventores que praticam o fato típico em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, provocando o desproporcional encarceramento de muitos deles.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Artigo 41. Contravenções Penais. Analogia *in malam partem*. Proporcionalidade.

ABSTRACT

Article 41 of Law 11.340, August 7 2006 (Maria da Penha Law) prohibits the application of Law 9.099, September 26 1995 (Law of Small Claims Court) to domestic and family violence felonies committed against women, while no mention is made to misdemeanors committed in the same context. In view of this and taking into account that felonies and misdemeanors are different in nature, this study provides a critical analysis and reflection on the current understanding of the Brazilian Superior Court of Justice and the Supreme Court that Article 41 of Law 11.340/2006 is also applicable to misdemeanors related to domestic and family violence against women. The issue discussed involves the compatibility of such jurisprudential understanding with the system of principles and guarantees of Criminal Dogmatics, from which the application of *in malam partem* analogy is forbidden and the principle of proportionality is to be observed. To do so, a thorough research on the state-of-the-art on the theme is to be done, both in national and international doctrinal sources as well as in legislation to show that the current jurisprudential understanding is not correct in applying analogy to criminal matters and in the way to approach the theme. Statements made by Zaffaroni *et al.* (2011) that the *in malam partem* analogy is proscribed in the criminal realm and that the principle of proportionality requires that the rights affected in a criminal conflict cannot be disproportionate to the magnitude of the harmfulness of the conflict are adopted as theoretical framework. The subject is relevant as it has been causing intense discussions among legal related professionals and moreover due to the risk of uneven and/or too-hard punishment to offenders who commit a misdemeanor in a situation of domestic violence against women, causing disproportionate incarceration of many offenders.

Keywords: Maria da Penha Law. Article 41. Criminal Misdemeanor. *In malam partem* analogy. Proportionality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§	– Parágrafo
art.	– Artigo
ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg no AREsp	– Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial
APFD	– Auto de Prisão em Flagrante Delito
CE	– Ceará
CERESP	– Centro de Remanejamento do Sistema Prisional
C.C	– Conflito de competência
CC	– Código Civil
CEJIL	– Centro pela Justiça e Direito Internacional
CIDH	– Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CLADEM	– Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher
CNJ	– Conselho Nacional de Justiça
CP	– Código Penal
CRFB/1988	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DEPEN	– Departamento Penitenciário Nacional
EBC	– Empresa Brasil de Comunicação
HC	– <i>Habeas corpus</i>
IBDFAM	– Instituto Brasileiro de Direito de Família
ICPS	– International Centre for Prison Studies
INFOPEN	– Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
MS	– Mato Grosso do Sul
MG	– Minas Gerais
OEA	– Organização dos Estados Americanos
PR	– Paraná

PPP	– Parceria Público-Privada
RS	– Rio Grande do Sul
SEDS	– Secretaria de Estado de Defesa Social
SP	– São Paulo
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
SUAPI	– Subsecretaria de Administração Prisional
TCO	– Termo Circunstanciado de Ocorrência

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Admissões e desligamentos nas unidades prisionais mineiras administradas pela SUAPI.....	77
Tabela 2 – População carcerária brasileira, vagas disponíveis, <i>déficit</i> de vagas e taxa de ocupação média dos estabelecimentos prisionais.....	79
Tabela 3 – Dados prisionais dos vinte países com maior população carcerária do mundo	80

LISTA DE FIGURAS E QUADROS

Figura 1 – Superlotação de presos nos anos de 2013 e 2014	78
Figura 2 – Variação da taxa de aprisionamento dos quatro países com maior população carcerária do mundo entre os anos de 2008 a 2014.....	81
Quadro 1 – Principais julgados envolvendo a aplicação do artigo 41 da Lei Maria da Penha às contravenções penais praticadas no âmbito desta Lei.....	39

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DO SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA.....	17
2.1 Conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher	19
3 DA ANALOGIA	22
3.1 Analogia no Direito brasileiro	22
3.2 Analogia no Direito Penal.....	25
4 DA DISTINÇÃO ENTRE CRIMES E CONTRAVENÇÕES	32
5 DO ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA)	38
5.1 Dos principais julgados entre os anos de 2009 a 2015 que demonstram que atualmente as Cortes Superiores adotam o entendimento de que o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 também é aplicável às contravenções	39
5.1.1 Habeas Corpus nº 106.212/MS – STF.....	40
5.1.2 Conflito de Competência nº 102.571/MG – STJ	43
5.1.3 Habeas Corpus nº 136.732/MS – STJ.....	44
5.1.4 Habeas Corpus nº 207.978/MS – STJ.....	46
5.1.5 Habeas Corpus nº 198.737/MS – STJ.....	48
5.1.6 Habeas Corpus nº 188.767/MS – STJ.....	48
5.1.7 Habeas Corpus nº 280.788/RS – STJ.....	49
5.1.8 Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 703.829/MG – STJ.....	50
5.2 Súmula nº 536 do Superior Tribunal de Justiça	52
6 PROJETO DE LEI Nº 4.501/2012	53
7 ANÁLISE CRÍTICO-REFLEXIVA.....	57
7.1 Aplicação da analogia <i>in malam partem</i>	57
7.2 Não observância do princípio da proporcionalidade.....	67
7.3 Outros aspectos considerados relevantes	76
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS.....	91
ANEXO – Acórdãos pesquisados	99

1 INTRODUÇÃO

No sistema jurídico pátrio, a analogia é uma das formas do processo de integração do Direito que visa preencher lacunas existentes nas leis, visto que, por mais bem planejadas que estas sejam, não são aptas a disciplinar toda a imensa gama de acontecimentos sociais. A dinâmica evolutiva da vida social cria sempre novas situações, estabelecendo outros rumos. E assim, é possível afirmar que as lacunas são imanentes às codificações (NADER, 2015).

Como um meio para a realização da integração, a analogia consiste em se aplicar a uma situação não prevista no ordenamento jurídico a solução apresentada para uma situação essencialmente semelhante àquela não prevista, preenchendo-se assim a lacuna existente. Sua aplicação fundamenta-se na ideia de que o sistema jurídico deve ser harmônico e coerente, evitando-se que tratamento diferente seja dado a situações semelhantes.

Porém, na seara do Direito Penal brasileiro, o recurso à analogia encontra limitações específicas, visto que somente é admissível quando benéfica ao réu. Ou seja, em matéria penal, ela só pode ocorrer nos casos em que não represente agravamento da situação do infrator sendo, portanto, vedada a utilização da chamada analogia *in malam partem* (ZAFFARONI *et al.*, 2011).

Essa limitação se deve à exigência de consonância com os princípios da legalidade – artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) (BRASIL, 1988) e artigo 2º do Código Penal (CP) (BRASIL, 1940a) –, da reserva legal e da taxatividade, que preconizam que as normas de natureza penal devem ser bem definidas, claras e delimitadas em seu conteúdo.

No entanto verifica-se que, no tocante à aplicação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais) (BRASIL, 1995) às contravenções penais praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm aplicado o instituto da analogia de forma diferente, não observando os pressupostos fundamentais que regem sua aplicação no campo específico do Direito Penal.

Dispõe o artigo 41 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, 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” (BRASIL, 2006).

Observe-se que o referido artigo menciona a palavra “crimes”, que não se confunde com a palavra “contravenções”, dado que crimes e contravenções são espécies distintas do gênero infração penal.

Não obstante essa distinção, julgados do STF e do STJ adotam o entendimento de que, à luz da finalidade da norma e considerando os fins sociais a que ela se destina, a expressão “crimes” prevista no artigo 41 da Lei Maria da Penha deve ser interpretada de forma a abranger as contravenções, ampliando-se a *mens legis* do dispositivo.

Dessa forma, os Tribunais Superiores têm estendido a previsão legal do referido dispositivo a uma situação semelhante omitida pelo legislador (prática de contravenções penais), ocasionando com isso prejuízo aos contraventores, visto que o procedimento dos Juizados Especiais Criminais se mostra mais benéfico ao réu que os procedimentos estabelecidos pelo Código de Processo Penal para processamento e julgamento das causas no âmbito da Justiça Comum. Isso ocorre principalmente por prever, em seu artigo 69, *caput* e parágrafo único¹, a elaboração do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), sem a imposição da prisão em flagrante, e a aplicação de medidas despenalizadoras, tais como a transação penal, a suspensão condicional do processo e a composição civil dos danos, conforme disposto nos artigos 72 e 89.²

¹ “Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.” (BRASIL, 1995).

² “Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. [...]

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Além disso, no campo específico do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade estabelece que deve haver equilíbrio entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada e que a afetação de direitos em um conflito de natureza penal não pode ser desproporcional à magnitude da lesividade do conflito (ZAFFARONI *et al.*, 2011).

Esse princípio subdivide-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação estabelece que o meio empregado (sanção penal imposta) deve ser apto a atingir a finalidade pretendida, enquanto o da necessidade determina que o meio considerado adequado deve ser indispensável, não podendo haver outra forma menos gravosa capaz de atingir o fim visado.

Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece que na relação entre infração e pena deve existir um equilíbrio em abstrato, dirigido ao legislador, que, ao elaborar leis, deve observar a proporção entre a gravidade do injusto penal e a gravidade da pena que lhe é cominada; e ainda um equilíbrio em concreto, dirigido ao juiz, que, ao aplicar a pena na sentença condenatória, deve se ater à proporção entre a gravidade do fato concreto praticado e a pena imposta na condenação.

No campo das prisões provisórias (ou cautelares), entre as quais se insere a prisão em flagrante, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito assume maior amplitude e estabelece que a medida cautelar aplicada no curso das investigações ou do processo não pode ser mais gravosa que a sanção penal que poderá ser aplicada no julgamento final da ação penal, devendo haver homogeneidade entre a medida cautelar e a pena a ser imposta (RANGEL, 2011).

Considerando que as contravenções são infrações penais punidas com pena de multa ou com penas de prisão simples baixas, cumpridas em regime aberto ou semiaberto, faz-se o seguinte questionamento: a imposição da prisão em flagrante em tais casos seria proporcional?

A partir de tais pressupostos, o presente trabalho pretende analisar se a exegese que tem sido adotada nas decisões dos Tribunais Superiores é condizente com o sistema de princípios e garantias da dogmática penal, que estabelece a

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. [...]

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.” (BRASIL, 1995).

vedação da aplicação da analogia *in malam partem* e a observância do princípio da proporcionalidade.

Neste primeiro capítulo, apresenta-se uma contextualização do tema e a problematização que gira em torno da matéria, realizando-se breve relato a respeito da aplicação da Lei dos Juizados Especiais às contravenções penais praticadas no contexto de violência doméstica, bem como estabelecendo-se os objetivos da presente pesquisa.

O surgimento da Lei Maria da Penha é abordado no segundo capítulo, assim como o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher.

No terceiro capítulo, discorre-se sobre o instituto da analogia no Direito brasileiro e no Direito Penal, apresentando as limitações existentes no tocante à sua aplicação no campo da ciência penal.

O quarto capítulo trata sobre a distinção entre crimes e contravenções, nos termos da classificação dicotômica ou bipartida das infrações penais, adotada pelo Brasil, segundo a qual as condutas puníveis dividem-se em crimes ou delitos (sinônimos) e contravenções penais, que seriam as espécies do gênero infrações penais.

O quinto capítulo dispõe sobre o artigo 41 da Lei Maria da Penha, que estabelece a vedação da aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, e sobre a evolução dos julgados dos Tribunais Superiores (STJ e STF) entre os anos de 2009 a 2015, demonstrando que atualmente as Cortes Superiores adotam o entendimento de que o referido dispositivo também é aplicável às contravenções penais.

No capítulo sexto é apresentado o Projeto de Lei nº 4.501/2012, em trâmite na Câmara dos Deputados, que visa alterar o artigo 41 da Lei Maria da Penha, a fim de que conste nele além da expressão “crimes” a expressão “contravenções”, estipulando a vedação de aplicação da Lei dos Juizados Especiais para ambos. O objetivo do Projeto é explicitar na lei o entendimento que vem sendo aplicado pelas Cortes Superiores acerca da matéria, a fim de se evitar qualquer controvérsia a respeito do assunto.

O sétimo capítulo do trabalho desenvolve uma análise crítico-reflexiva da exegese adotada atualmente pelo STF e pelo STJ, demonstrando que ela não é condizente com princípios e garantias da dogmática penal, pois representa a adoção

da analogia *in malam partem* e não observa os ditames do princípio da proporcionalidade.

Além disso, no sétimo capítulo, são abordados outros aspectos considerados relevantes para o debate acerca do tema da pesquisa, quais sejam: contribuição do entendimento jurisprudencial atual do STF e do STJ para o agravamento do quadro de *déficit* de vagas do sistema prisional brasileiro e para o incremento do risco de prescrição de inquéritos e processos; e a ocorrência de tratamento desigual e mais gravoso para os contraventores que praticam o fato típico em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por fim, no oitavo capítulo, tecem-se considerações finais sobre a pesquisa, revelando-se as conclusões obtidas com a investigação.

2 DO SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 11.340/2006 ficou popularmente conhecida como Lei Maria da Penha em razão de um fato criminoso ocorrido em 29 de maio de 1983, na cidade de Fortaleza/CE, envolvendo a farmacêutica Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, que ficou paraplégica após ter sido atingida por um tiro de espingarda desferido por seu então marido, Marco Antônio Heredia Viveros, economista colombiano e naturalizado brasileiro (CUNHA; PINTO, 2015).

Em razão da prática do crime, o marido da Sra. Maria da Penha foi condenado pelo júri popular, em 4 de maio de 1991. Porém, a defesa apelou contra a sentença condenatória, suscitando nulidade na formulação dos quesitos, o que ocasionou a realização de novo julgamento popular, em 15 de março de 1996. Nesse outro julgamento o réu foi novamente condenado, tendo-lhe sido aplicada a pena de 10 anos e 6 meses de prisão.

A defesa apelou novamente desse segundo julgamento, seguindo o recuso de apelação para os Tribunais Superiores, de modo que, somente em setembro de 2002, transcorridos mais de 19 anos da prática do crime, o autor foi finalmente preso, mas cumpriu apenas dois anos da pena total aplicada em regime fechado.

Em 20 de agosto de 1998, o Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), juntamente com a vítima, denunciaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) responsável por promover a defesa e observância dos direitos humanos e fiscalizar o cumprimento dos tratados internacionais sobre o tema. O caso foi recebido pela OEA sob o nº 12.051.

Em 19 de outubro de 1998, a CIDH transmitiu a petição contendo a denúncia ao Estado Brasileiro e solicitou-lhe informações a respeito do caso, mas não obteve qualquer resposta, motivo pelo qual reiterou o pedido de informações em 4 de agosto de 1999, novamente sem obter resposta. Tornou a fazê-lo em 7 de agosto de 2000 e, também desta vez, não obteve qualquer esclarecimento por parte do Brasil.

Ante a inércia do Brasil, a CIDH aplicou ao caso o artigo 39 do seu Regulamento, presumindo verdadeiros os fatos alegados pelos denunciantes e, nos termos do artigo 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, enviou ao Estado Brasileiro, em março de 2001, um

Relatório contendo recomendações a serem cumpridas pelo país em um mês. O governo brasileiro não cumpriu esse prazo e, diante de mais essa omissão, a Comissão decidiu dar publicidade ao conteúdo do referido Relatório, que foi publicado em 16 de abril de 2001, sob o número: Relatório 54/2001.

Nele, a CIDH realiza uma minuciosa análise do fato denunciado e um diagnóstico da violência doméstica no Brasil, tendo sido verificado que o Estado Brasileiro não estava cumprindo os Tratados Internacionais atinentes ao tema, embora os tivesse ratificado.

No que se refere ao caso concreto objeto da denúncia, a Comissão recomendou que fosse concluído, de forma rápida e eficiente, o processo penal instaurado para apuração dos crimes praticados em prejuízo da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes e que fosse procedida uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o rápido processamento do feito, adotando as medidas administrativas, cíveis ou penais necessárias. Também recomendou que fosse garantida a reparação simbólica e imediata da vítima, pagando-lhe uma indenização no valor de vinte mil dólares.

Além disso, a Comissão sugeriu em seu Relatório que fossem adotadas medidas no âmbito nacional para eliminar a tolerância do Estado Brasileiro face à violência doméstica contra as mulheres.

Entre tais medidas, o Relatório ressaltou as seguintes: capacitar e sensibilizar funcionários judiciais e policiais especializados, para que compreendam a importância de combater esse tipo de violência; simplificar os procedimentos judiciais penais, a fim de reduzir a morosidade na responsabilização de agressores, sem, contudo, comprometer as garantias constitucionais do devido processo legal; estabelecer formas alternativas às judiciais, mais rápidas e efetivas na solução de conflitos intrafamiliares; multiplicar o número de delegacias especializadas no atendimento à mulher vítima de violência doméstica e dotá-las dos recursos necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias recebidas; e incluir no plano pedagógico de estabelecimentos de ensino temas relacionados à violência doméstica contra a mulher, no intuito de conscientizar os estudantes.

Uma das medidas concretas dessas recomendações foi a edição da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que se tornou popularmente conhecida como Lei Maria da Penha.

2.1 Conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher

A violência doméstica e familiar contra a mulher conceitua-se como sendo qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

Considera-se que a violência é baseada no gênero quando fundada em discriminação e praticada com a finalidade específica de objetar a mulher, retirando-lhe direitos.

Ressalte-se que a opção do legislador pela expressão “gênero” parece ter sido feita com a intenção de melhor definir a violência doméstica e familiar contra a mulher, visto que a expressão “sexo” não é suficiente para explicar o comportamento cultural diferenciado existente entre homens e mulheres na sociedade, consoante explica Adélia Moreira Pessoa, diretora nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM):

O uso da categoria de gênero pode explicar melhor a violência contra a mulher, pois o sexo - realidade biológica do ser humano - não é suficiente para explicar o comportamento diferenciado do masculino e do feminino em sociedade; dessa forma, as questões ligadas a gênero, envolvendo o jogo das diferenças, onde os papéis são definidos culturalmente entre agentes imersos em relações de poder, distribuído de modo desigual entre os sexos podem trazer luz sobre a violência contra a mulher.

O conceito de gênero, assim, é usado para afirmar algo mais amplo que sexo e como produto social aprendido, institucionalizado e transmitido de geração em geração. A diferenciação de papéis a serem desempenhados por homens e mulheres era fundamentada na própria natureza que teria demarcado espaços para os sexos. Filósofos, religiões, médicos e até as ciências serviram para reforçar a crença na inferioridade do sexo feminino e as normas jurídicas foram instrumento de sujeição da mulher através dos séculos, contribuindo para a herança do silêncio, discriminação e da violência (PESSOA *apud* IBDFAM, 2013).

De acordo com a Lei nº 11.340/2006, artigo 5º, essa violência pode ser praticada no âmbito da unidade doméstica, da família ou de qualquer relação íntima de afeto (BRASIL, 2006).

Unidade doméstica é o espaço caseiro no qual convivem pessoas com ou sem vínculo familiar, o que abrange inclusive pessoas esporadicamente agregadas, inserindo-se nessa hipótese a agressão do empregador em face da empregada doméstica (CUNHA; PINTO, 2015).

O âmbito da família engloba as pessoas ligadas por vínculo jurídico de natureza familiar em razão de parentesco, inclusive por afinidade, ou em razão de vontade expressa (adoção), havendo ou não coabitação entre essas pessoas. Assim, observa-se que a aplicação da Lei Maria da Penha não se limita somente à esposa, companheira ou amante, estendendo-se também à sogra, à filha, à neta, à avó ou qualquer outra parente do sexo feminino que mantenha vínculo familiar com o agressor, ainda que por afinidade, como já dito.

Nesse sentido, vejam-se trechos dos seguintes julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – LEI MARIA DA PENHA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – DESAVENÇA ENTRE GENRO E SOGRA – APLICABILIDADE DA LEI – COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL. Tendo sido a conduta delitativa praticada no âmbito da unidade doméstica e havendo nexos de causalidade com a relação de intimidade ou familiar entre o agressor e a agredida, que, *in casu*, são **genro e sogra**, resta caracterizada a violência doméstica. (MINAS GERAIS, 2014a, p. 1, grifos nossos).

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. LEI MARIA DA PENHA. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. COMPETÊNCIA RECONHECIDA. Nos termos do art. 5º, inciso III, da Lei no 11.340/06, “configura violência doméstica e 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, em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”. Portanto, não se pode afirmar que a Lei Maria da Penha protege apenas a mulher em uma relação conjugal, abrangendo relações diversas como as de **filha e genitores ou sogra, madrasta e irmãos**, desde que a mulher figure no polo passivo da relação processual. (MINAS GERAIS, 2013, p. 1, grifos nossos).

Já a relação íntima de afeto refere-se a qualquer relacionamento fundado no sentimento de afeto existente entre duas pessoas (relacionamento amoroso), independente de haver coabitação entre elas.

No tocante à violência praticada no âmbito de qualquer relação íntima de afeto, a Lei é, inclusive, mais abrangente que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que prevê em seu artigo 2º, § 1º, alínea a, que a violência tenha ocorrido em qualquer relação interpessoal em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994).

No texto da Convenção, exige-se a existência de coabitação atual ou passada. Já na Lei nº 11.340/2006, basta a convivência presente ou passada, independentemente de coabitação, o que abrange namorados e ex-namorados.

Consoante previsto no parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 11.340/2006, a aplicação da Lei Maria da Penha independe da orientação sexual da vítima, ou seja, a Lei é aplicável às relações homoafetivas femininas, visto ser específica para a repressão de qualquer violência praticada estritamente contra o gênero mulher, capaz de causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico (BRASIL, 2006).

3 DA ANALOGIA

No presente capítulo, discorre-se sobre o instituto da analogia no Direito brasileiro e no Direito Penal, apresentando-se as limitações existentes no tocante à sua aplicação no campo da ciência penal.

3.1 Analogia no Direito brasileiro

A integração do ordenamento jurídico é um processo de preenchimento de lacunas existentes na lei por elementos fornecidos pela própria legislação nacional ou por princípios jurídicos. Francesco Carnelutti (2006), tradicionalmente seguido pela doutrina, distingue a autointegração, que se realiza através do aproveitamento de elementos contidos no próprio ordenamento, da heterointegração, que se realiza através de recursos obtidos fora dele, como no caso em que se recorre a regras estrangeiras³.

No sistema jurídico nacional, a integração se processa pela analogia e pelos princípios gerais do direito. Neste capítulo, se tratará sobre a analogia no Direito brasileiro.

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) estabelece, em ordem de preferência, os meios de que dispõe o juiz para solucionar demandas. Dispõe esse artigo que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (BRASIL, 1942). Uma vez manifesta, a lacuna deverá ser suprida utilizando-se, em primeiro lugar, o procedimento analógico.

A analogia consiste em se aplicar a um caso não regulamentado por lei a mesma disciplina aplicável a um caso regulamentado semelhante. Fundamenta-se na ideia de expansão e de coerência do sistema jurídico como um todo, que deve buscar dar tratamento igualitário a situações semelhantes. Como leciona Norberto Bobbio:

A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é o procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a expandir-se além dos casos expressamente

³ Miguel Reale (2003, p. 297), apesar de fazer menção a essa distinção apresentada por Carnelutti, a critica, afirmando que “trata-se, como se vê, de uma distinção de caráter formal e de alcance relativo”.

regulamentados. Foi usada largamente em todos os tempos (BOBBIO, 1999, p. 151).

De fato, a utilização da analogia não é recente. No Direito romano ela já era aplicada como recurso supletivo de lacunas.

O procedimento analógico envolve duas etapas, uma lógica e uma valorativa. Por meio do raciocínio lógico, se busca encontrar premissas semelhantes relacionadas entre si, porém, não basta que haja a simples semelhança entre duas premissas, é necessário que essa semelhança seja relevante. Em outras palavras, é preciso que as premissas tenham em comum exatamente a qualidade que deu causa à solução normativa que será aplicada; ou seja, a razão suficiente de uma lei, tradicionalmente conhecida como *ratio legis*, também deve estar presente na hipótese semelhante. Deve haver identidade de motivos entre as duas hipóteses. Nesse sentido, dispõem Maria Helena Diniz e Paulo Nader:

Seria um apotegma lógico-decisional, ou seja, um procedimento logicamente imperfeito ou quase lógico, que envolveria dois procedimentos: “a constatação (empírica), por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-tipos diferentes e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, tendo em vista uma decisão jurídica procurada”⁴ (DINIZ, 2009, p. 144).

A analogia desenvolve o princípio lógico *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositivo esse debet* (onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição legal). Para haver analogia é necessário que ocorra semelhança no essencial e identidade de motivos entre as duas hipóteses: a prevista e a não prevista em lei (NADER, 2015, p. 195).

Para elucidar o acima exposto, Bobbio (1999) cita o seguinte exemplo. Determinada lei de um Estado norte-americano estipula uma pena de detenção a quem exercer o comércio de livros obscenos. Tal pena poderia se estender, de um lado, aos livros policiais, e de outro, a discos que reproduzem canções obscenas? No primeiro caso, existe uma semelhança visual entre livros obscenos e livros policiais, mas trata-se de semelhança não relevante, porque o que ambos têm em comum, quer dizer, o fato de serem feitos em papel impresso, não foi razão suficiente para a criação da pena de detenção estabelecida pela lei para o caso. Já no segundo caso, a semelhança entre os livros obscenos e os discos que reproduzem canções obscenas é relevante, ainda que menos visível, porque tal

⁴ Nesse trecho, a autora cita passagem da seguinte obra: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Analogia**: aspecto lógico-jurídico: analogia como argumento ou procedimento lógico. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 6. p. 363.

gênero de discos tem em comum com os livros exatamente a qualidade que foi a razão da proibição legal.

A analogia não se confunde com a interpretação extensiva. Na analogia, preenche-se uma lacuna através de outro dispositivo legal previsto para caso semelhante, ao passo que na interpretação extensiva, não há qualquer lacuna a ser preenchida por outra lei, pois apenas se amplia o sentido de uma norma prevista, dando aos vocábulos usados pelo legislador um sentido mais amplo, revelando o que a própria norma implicitamente contém.

Mediante a interpretação extensiva, busca-se fixar o sentido da lei, ao passo que pela aplicação da analogia busca-se encontrar a *ratio legis* que justifique a possível aplicação de uma lei em caso semelhante nela não previsto.

A analogia também não se confunde com a interpretação analógica, que ocorre quando uma lei dispõe de forma expressa que, além dos casos por ela exemplificados, seu preceito se aplica a outras hipóteses análogas. Pode-se citar como exemplo o dispositivo do artigo 121, § 2º, incisos I e III, do Código Penal, que estabelece que o homicídio será qualificado se cometido “mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe” ou se cometido “com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum” (BRASIL, 1940a).

Verifica-se, portanto, que nos casos de interpretação analógica não há lacuna legal a ser preenchida (como ocorre nos casos de aplicação da analogia), pois já existe uma lei que prevê um rol de hipóteses exemplificativas, seguido por uma fórmula genérica que prevê de forma expressa que aquela lei já se aplica a outras hipóteses semelhantes.

Por fim, registre-se que a analogia nem sequer é uma atividade interpretativa; ela é uma forma de integração do sistema jurídico e não de interpretação deste. Nesse sentido:

A analogia, convém registrar desde logo, não é propriamente forma de interpretação, mas de aplicação da norma legal. A função da analogia não é, por conseguinte, interpretativa, mas integrativa da norma jurídica. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, isto é, com ela busca-se colmatar uma lacuna da lei. Na verdade, a analogia não é um meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico. Nessa hipótese não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há, com efeito, a ausência de lei que discipline especificamente essa situação. A finalidade da interpretação é encontrar a “vontade” da lei, ao passo que o objetivo da analogia, contrariamente, é

suprir essa vontade, o que, convenhamos, só pode ocorrer em circunstâncias carentes de tal vontade (BITENCOURT, 2014, p. 197).

Porém, o recurso à analogia não é ilimitado. Consoante leciona Cezar Roberto Bitencourt (2014), nas leis excepcionais as hipóteses não contempladas na norma de exceção são disciplinadas pelas normas de caráter geral, sendo desnecessário o uso do recurso integrativo da analogia, que pressupõe a não contemplação da situação em lei alguma. Nas leis fiscais, dado seu caráter impositivo e restritivo, também não se admite o recurso à analogia. E, por fim, em matéria penal, o recurso à analogia só pode ser usado quando beneficiar o réu, conforme se verá a seguir.

3.2 Analogia no Direito Penal

Em matéria penal, o poder punitivo estatal é limitado pelo princípio da legalidade, considerado um princípio fundamental do Direito Penal, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da CRFB/1988, e no artigo 2º do CP.

Pelo princípio da legalidade, nenhum fato poderá ser considerado crime e nenhuma pena criminal poderá ser aplicada sem que antes da ocorrência do fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe uma sanção correspondente. Dessa forma, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, consoante consagrado na fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Tal princípio reveste-se de caráter fundamental em razão do fato de que a adoção do Direito Penal representa a forma mais drástica de intervenção nos direitos e garantias individuais fundamentais dos cidadãos, podendo ocasionar a privação da liberdade. Em razão disso, essa intervenção precisa ser limitada por um princípio de legalidade e, dada a gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão dos delitos, essa intervenção deve assumir o caráter de *ultima ratio*.

Além do princípio da legalidade, aplica-se também, em matéria penal, o princípio da reserva legal, que não se confunde com o primeiro. O princípio da reserva legal dispõe que a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal, seguindo-se as disposições constitucionais aplicáveis. Nesse sentido, o artigo 22, inciso I, da CRFB/1988, estabelece que compete privativamente à União legislar sobre direito penal, através da atuação

legislativa do Congresso Nacional, feita com a observância do devido processo legislativo.

A adoção expressa dos princípios da legalidade e reserva legal se adequa ao primado do Estado Democrático de Direito e também visa garantir segurança jurídica aos cidadãos. Nesse sentido, dispõe Cezar Roberto Bitencourt:

A adoção expressa desses princípios significa que o nosso ordenamento jurídico cumpre com a exigência de segurança jurídica postulada pelos iluministas. Além disso, para aquelas sociedades que, a exemplo da brasileira, estão organizadas por meio de um sistema político democrático, o princípio de legalidade e de reserva legal representam a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático. (BITENCOURT, 2014, p. 51).

E para que o princípio da legalidade cumpra efetivamente sua finalidade de estabelecer quais condutas configuram crimes e quais sanções são a elas cominadas, é necessário que o legislador observe outro princípio penal, qual seja, o princípio da taxatividade, que estabelece que a norma penal deve ser suficientemente clara, precisa e aplicada de forma taxativa.

Dessa forma, deve o legislador penal evitar ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas. Sobre o tema, Claus Roxin dispõe que:

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo. (ROXIN, 1997, p. 169, tradução nossa)⁵.

Dispondo sobre o princípio da taxatividade, Luiz Luisi (2003) informa que a exigência de clareza e de precisão da lei está inclusive prevista nas Constituições de alguns países. Como exemplo, o autor cita o parágrafo segundo do artigo 102 da Constituição Alemã de 1948, que estabelece expressamente que a lei penal, além de prévia, deve ser determinada; e a Constituição da Nicarágua, editada estranhamente na vigência de um regime de esquerda radical, que estabelece no seu artigo 34, inciso X, que a lei penal além de prévia deve ser inequívoca.

⁵ No original: “Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo [...]”.

Em consonância com tais princípios (legalidade, reserva legal e taxatividade) e com os ditames do Estado Democrático de Direito, no campo do Direito Penal é inadmissível que a aplicação da analogia resulte na definição de novos crimes ou de novas penas ou, de qualquer forma, agrave a situação do infrator.

Assim, as normas penais não incriminadoras, ou seja, aquelas que não definem tipos penais com sanções correspondentes podem ter suas lacunas integradas pela analogia desde que, em hipótese alguma, se agrave a situação do réu. Trata-se da chamada analogia *in bonam partem*, admitida no Direito Penal. A *contrario sensu*, portanto, não se admite a aplicação da chamada analogia *in malam partem*, que resulta em prejuízo para o infrator.

Nesse sentido, o professor João José Caldeira Bastos (2011) dispõe que, contanto que a analogia não acarrete qualquer prejuízo ao réu, mas venha em seu auxílio, será lícito seu emprego; não a proíbem a CRFB/1988 nem o CP – antes a permitem.

Discorrendo sobre o tema, Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (2011) mencionam que o princípio da taxatividade, por eles chamado de princípio da máxima taxatividade legal e interpretativa, incide no âmbito interpretativo por meio de uma proibição absoluta da analogia *in malam partem*. Dispõem os autores que, enquanto o Direito Civil provê segurança jurídica buscando resolver o maior número possível de conflitos, tendendo, portanto, a corresponder a um sistema contínuo, sem lacunas; a segurança jurídica que toca ao Direito Penal consiste exatamente em recusar tratamento aos conflitos que não se inscrevam taxativamente na criminalização primária cuja fonte é a lei formal. E assim, o Direito Penal se estrutura como um sistema descontínuo de ilicitudes pontuais que não podem ser ampliadas pela interpretação, doutrinária ou jurisprudencial.

O Direito Penal provê maior segurança jurídica quanto mais descontínuo for o exercício do poder punitivo de que dispõe. E é essa mesma segurança jurídica que recomenda ao juiz que recorra à analogia no campo do Direito Civil, exigindo que dela se abstenha no campo do Direito Penal.

A analogia não pode, portanto, completar o texto legal, de modo a considerar proibido aquilo que ele não proíbe, porque a norma penal “tem um limite linguisticamente insuperável, que é a máxima capacidade da palavra” (ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 209).

Na obra escrita por Zaffaroni em coautoria com José Henrique Pierangeli (2015), novamente se menciona que no campo do Direito Penal, diferentemente do que ocorre no campo do Direito Civil, o juiz deve se abster de utilizar a analogia *in malam partem*, a fim de garantir a segurança jurídica:

Se por analogia, em direito penal, entende-se completar o texto legal de maneira a estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que ela não reprova ou, em geral, punível o que não é por ela penalizado, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprova condutas similares, este procedimento de interpretação é absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do direito penal. E assim é porque somente a lei do Estado pode resolver em que casos este tem ingerência ressocializadora afetando com a pena os bens jurídicos do criminalizado, sendo vedado ao juiz “completar” as hipóteses legais. Como o direito penal é um sistema descontínuo, a própria segurança jurídica, que determina que ao juiz o recurso à analogia no direito civil, exige aqui que se abstenha de semelhante procedimento. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 162).

Luiz Regis Prado leciona que, pelo princípio da taxatividade, o juiz deve interpretar e aplicar a norma penal nos limites estritos em que ela foi formulada, e afirma que esse princípio é uma das dimensões do princípio da legalidade, diferenciando-o de outro princípio, chamado por ele de princípio da determinação:

Princípio da determinação ou da taxatividade (*nullum crimen sine lege scripta et stricta*): essas duas dimensões do princípio da legalidade são muitas vezes tidas como sinônimas. Todavia, costuma-se admitir uma distinção conceitual em razão do destinatário, em dois momentos, ora o do legislador, ora o do juiz. Através da determinação, exige-se que o legislador descreva da forma mais exata possível o fato punível. Diz respeito, em especial, à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo de injusto e no estabelecimento da sanção para que exista segurança jurídica. Desse modo, torna-se imperiosa para o Poder Legislativo a proibição de utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos na construção dos tipos legais de delito. Visa cumprir a exigência de certeza (*lex certa*), no sentido de que o conteúdo da lei possa ser conhecido por seus destinatários, permitindo-lhes diferenciar entre o penalmente lícito e o ilícito. Pela taxatividade, busca-se estabelecer as margens penais às quais está vinculado o julgador. Isso vale dizer: deve ele interpretar e aplicar a norma penal incriminadora nos limites estritos em que foi formulada, para satisfazer a exigência de garantia, evitando-se eventual abuso judicial. Em outras palavras, restringe-se a liberdade decisória do juiz (*arbitrium judicis*) a determinados parâmetros legais, que não podem ser ultrapassados no momento da aplicação da lei ao caso concreto. Tem uma função garantista (*lex stricta*), pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constituiu uma autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade. (PRADO, 2015, p. 111-112).

Sobre a função garantista do Direito Penal, mister ressaltar que ela se fundamenta no modelo de garantismo penal trazido por Luigi Ferrajoli, que o conceitua nos seguintes termos:

Segundo um primeiro significado, 'garantismo' designa um modelo normativo de direito: precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de 'estrita legalidade', próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. [...] em um segundo significado, 'garantismo' designa uma teoria jurídica da 'validade' e da 'efetividade' como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela 'existência' ou 'vigor' das normas. [...]. Segundo um terceiro 'significado', por fim, 'garantismo' designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. (FERRAJOLI, 2006, p. 785-787).

No tocante à interpretação extensiva, a doutrina diverge com relação à sua aplicação nas normas incriminadoras. Para Guilherme de Souza Nucci (2015a), é indiferente se a interpretação extensiva beneficia ou prejudica o réu, pois a tarefa do intérprete é conferir aplicação lógica ao sistema normativo, evitando-se contradições e injustiças.

Porém, em sentido contrário, a jurisprudência, em alguns julgados, limita a aplicação da interpretação extensiva às normas penais não incriminadoras, em razão do princípio do *in dubio pro reo*.

Nesse sentido, vejam-se trechos dos seguintes julgados:

A configuração da falta de natureza grave enseja vários efeitos (LEP, art. 48, parágrafo único), entre eles: a possibilidade de colocação do sentenciado em regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 56); a interrupção do lapso para a aquisição de outros instrumentos ressocializantes, como, por exemplo, a progressão para regime menos gravoso (LEP, art. 112); a regressão no caso do cumprimento da pena em regime diverso do fechado (LEP, art. 118); a revogação em até 1/3 do tempo remido (LEP, art. 127). 2. O Decreto n. 7.046/2009 impõe que a prática de falta grave enseje a conclusão desfavorável do comportamento do sentenciado apenas no caso de haver ocorrido nos últimos doze meses anteriores à sua publicação, o que impediria a concessão do indulto (total ou parcial), ante o inadimplemento do requisito subjetivo. 3. Na espécie, a prática da infração disciplinar não pode ser entendida como desabonadora do comportamento do sentenciado, porque praticada em data não alcançada pelo aludido decreto presidencial, o que torna a aplicação da comutação da pena direito subjetivo do condenado, não cabendo a interpretação extensiva na hipótese, sob pena de violação do princípio constitucional da legalidade. 4. Não se faz necessária a demonstração da dependência entre o filho menor de 18 anos e o paciente, pois, diante da vulnerabilidade e fragilidade dos indivíduos que não atingiram a maioria penal, tal conjuntura é

presumível, especialmente considerando a dimensão do princípio da proteção integral, previsto no art. 227 da Constituição Federal. 5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Criminais, que deferiu o indulto da pena remanescente do paciente com base no inciso IV do art. 1º do Decreto n. 7.046/2009 (BRASIL, 2015b, p. 1-2).

Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 2012b, p. 2).

Em tais julgados, entende-se que a função garantista do Direito Penal exige que se lhe conceda interpretação cada vez mais restrita, visão que encontra correspondência clara no artigo 22.2 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002): "A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objecto de inquérito, acusada ou condenada" (BRASIL, 2002).

Assim, nos casos em que, dentro do alcance semântico das palavras da lei, puder haver um sentido mais amplo para a interpretação ou outro sentido mais restrito, a dúvida interpretativa deve ser dirimida na forma mais limitada da criminalização, adotando-se a mesma razão que dá origem ao princípio processual *in dubio pro reo*.

Zaffaroni e outros (2011), apesar de defenderem a aplicação do *in dubio pro reo* como regra de interpretação do Direito Penal, admitem, em casos muito excepcionais (e sempre obedecendo a limites), a interpretação extensiva da lei penal, em especial quando sua aplicação restrita traz uma consequência deformadora ou absurda. Apesar de esta posição ser louvável, por buscar uma solução equilibrada, é subjetivista, podendo gerar dúvidas no tocante à sua aplicação em casos concretos. Nesse sentido, veja-se:

O princípio de interpretação restritiva também se expressa em uma segunda etapa que, sem dúvida, é puramente interpretativa: dentro do alcance semântico das palavras da lei pode haver um sentido mais amplo para a criminalização ou um mais limitado ou restrito. As dúvidas interpretativas dessa natureza devem ser dirimidas na forma mais limitada da criminalização. Trata-se da mesma razão que dá origem ao princípio processual *in dubio pro reo*, que não é pacificamente aceita, pois costuma-se afirmar que não consiste em uma regra interpretativa do direito penal, mas apenas num critério de valorização processual da prova. Aqueles que a

refutam argumentam que, dentro dos limites semânticos do texto legal, pode-se escolher livremente a interpretação mais ampla, a literal ou a mais restritiva, ou seja, não admitem um princípio interpretativo geral de cunho restritivo. Tal posição se baseia em uma distinção que não se justifica – pelo menos com a extensão da negativa – porque as duas consequências (*in dubio pro reo* e interpretação restritiva) derivam igualmente da excepcionalidade da criminalização primária. Só em casos muito excepcionais a regra geral da interpretação semanticamente mais restrita da criminalização primária cede em favor de outra mais ampla: é quando o sentido restringido traz uma consequência deformadora ou absurda, que o literal mais amplo evita (a *coisa móvel*, do art. 155 CP, deve ser compreendida no sentido corrente e não no do direito civil, porque isso resultaria em privilegiar irracionalmente o furto de imóveis por acessão – arts. 43 a 46 CC). Esse extremo também exige que a interpretação reduza o âmbito do proibido ao nível mínimo dos limites semânticos. O critério de interpretação semanticamente mais restritiva deve ser defendido na atualidade, pois constitui um dos principais instrumentos capazes de conter o formidável avanço da tipificação irresponsável. (ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 210-211).

A interpretação analógica é perfeitamente admitida em matéria penal, pois nessa modalidade de interpretação, atendendo ao princípio da legalidade, a própria lei prevê em seu texto uma fórmula casuística, com exemplos de situações por ela abrangidas, e uma fórmula genérica a ser usada para abarcar casos semelhantes aos exemplos citados pela norma na fórmula casuística. A analogia, entretanto, é vedada de maneira absoluta quando prejudicial ao réu.

4 DA DISTINÇÃO ENTRE CRIMES E CONTRAVENÇÕES

No tocante à classificação do ilícito penal, as legislações, em regra, adotam a divisão dicotômica ou tricotômica. Esta distingue o crime, o delito e a contravenção. Aquela tem como sinônimos crime e delito, que se diferenciam da contravenção (NORONHA, 1966).

O Brasil tradicionalmente adota a classificação dicotômica ou bipartida das infrações penais, segundo a qual as condutas puníveis dividem-se em crimes ou delitos (sinônimos) e contravenções penais, que seriam as espécies do gênero infrações penais. É o que dispôs o artigo 1º do Código de 1830, os artigos 7º e 8º do Código da República e o Código Penal atual, que não dispõe sobre as contravenções penais. Preferiu o legislador tratar delas em estatuto próprio, distinto do Código, consoante se extrai do item 2 da Exposição de Motivos do Código Penal elaborado em 1940⁶, que, ao justificar essa opção legislativa, estabelecia que “quando se misturam coisas de somenos importância com outras de maior valor, correm estas o risco de se verem amesquinhas” (BRASIL, 1940b).

Alguns países, como Alemanha, França e Bélgica, adotam a classificação tricotômica ou tripartida das infrações penais. Nesse sentido, dispõe Edgard Magalhães Noronha:

França, Bélgica, Alemanha e outros países adotam a tricotômica. Assim, o Código Francês diz ser contravenção o fato punido com penas de polícia; delito aquele cuja sanção é a pena correccional; e crime o punido com penas aflictivas ou infamantes. O que os distingue é, pois, a sanção. O mesmo ocorre com o Código Belga, o que leva GOEDSEELS a dizer que “As infrações dividem-se teoricamente, pelo Código Penal, em crimes, delitos e contravenções, consoante as leis e os regulamentos os sancionarem com penas criminaes, correccionais ou de polícia”⁷ (NORONHA, 1966, p. 53).

Algumas teorias doutrinárias surgiram com o propósito de estabelecer a distinção entre crimes e contravenções. De acordo com Noronha (1966), tais teorias podem ser divididas em três grandes grupos: a) o grupo das que pretendem encontrar diferença ontológica entre crimes e contravenções; b) o grupo das que

⁶ A mencionada Exposição de Motivos foi elaborada quando da promulgação do Código Penal de 1940 e, após a reforma da parte geral do Código Penal de 1940, promovida pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, foi substituída pela atual Exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal. O item citado da antiga Exposição de Motivos está disponível em Brasil (1940b).

⁷ Nesse trecho, o autor menciona passagem da seguinte obra: Jos. M.C.X. GOEDSEELS, *Commentaire du C. Pénal Belge*, 1948, p. 8, 1º vol., por ele citada nestes termos.

reconhecem haver entre eles apenas diferença de quantidade; c) o grupo das que afirmam que a distinção reside apenas no terreno normativo e não na qualidade.

Noronha (1966) afirma que, no primeiro grupo, se inserem as teorias relacionadas à Escola Toscana, liderada por Carmignani e Carrara, que estabelece que o crime atenta contra a segurança social, ao passo que a contravenção lesa a prosperidade e só é imposta por mera utilidade coletiva, pois não lesa qualquer direito inerente à natureza humana (direito natural comum). Dessa forma, o crime ofenderia direitos naturais e a contravenção direitos objetivos, ou seja, o crime lesaria um direito existente ainda que a lei não o houvesse previsto, enquanto a contravenção penal somente lesaria direitos previstos em lei, sendo indiferente àquilo que esta não pune.

Além disso, as contravenções penais representam condutas contrárias à administração estatal e seriam, pois, faltas administrativas, ao passo que os crimes são contrários à Justiça. O crime atenta contra os valores de justiça e os direitos dos indivíduos. Mas a finalidade do Estado não se reduz à realização da Justiça, pois compete-lhe também a consecução do bem-estar geral, do progresso coletivo, sendo que as ofensas dirigidas contra essa última finalidade estatal seriam infrações administrativas ou contravenções (NORONHA, 1966).

Ainda segundo Noronha (1966), autores há que buscam a distinção estrutural no elemento subjetivo: no crime, a imputação ocorre a título de dolo ou culpa; na contravenção, basta a culpa, segundo alguns, ou a simples inobservância voluntária do preceito imposto, ainda que sem culpa ou dolo, consoante outros. Haveria, portanto, diferença estrutural entre crime e contravenção.

No segundo grupo, estão os juristas que afirmam que a contravenção apresenta os mesmos elementos do crime, diferenciando-se apenas na quantidade, ou seja, em seu vulto menor (menor gravidade). Não haveria entre crime e contravenção diferença qualitativa, mas tão somente diferença de quantidade. Essa opinião é bastante generalizada, máxime entre os adeptos da Escola Positiva ou do Positivismo-Naturalista (NORONHA, 1966).

Finalmente, no terceiro grupo, tem-se aqueles que afirmam que o único critério distintivo aplicável é a pena cominada. “A diferença surge, agora, só no terreno normativo, sem preocupações ontológicas ou de outro gênero” (NORONHA, 1966, p. 59). Nesse sentido, dispõe Enrico Ferri:

Entre crime e contravenção não existe diferença substancial, sob o ponto de vista jurídico, pois que ambos são infrações das normas penais, ditadas pela necessidade de defesa social contra ações danosas ou perigosas para a segurança ou prosperidade pública e privada. E por isto não há outro critério positivo e seguro de distinção entre elas, fora da sanção repressiva estabelecida pelo Código ou por leis especiais para uma e outra espécie de infrações (FERRI, 2003, p. 573).

A opinião da Escola Toscana e de seus adeptos não merece prosperar, pois não é correto dizer que o crime atinge a segurança enquanto a contravenção ofende a prosperidade. O Direito Penal busca sempre tutelar a segurança social, que não se dissocia da prosperidade, “sendo óbvio que a lesão àquela é também lesão a esta” (NORONHA, 1966, p. 58). E tanto o crime quanto a contravenção são ofensas ao direito objetivo, em que pese sejam ambos nocivos em si mesmos.

Ademais, não há diferença de essência entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. A ordem jurídica é violada tanto por um ilícito penal quanto por um ilícito administrativo. A ilicitude representada por ambos é uma só. A opção por um ou por outro é feita pelo legislador de acordo com a gravidade da conduta praticada, reservando-se as sanções do Direito Penal para os casos em que as sanções administrativas são inócuas, visto que o Direito Penal é o ramo do Direito em que se pode aplicar a sanção mais drástica existente no ordenamento jurídico, qual seja, a privação da liberdade do indivíduo. Porém isso não impede que uma mesma conduta seja sancionada tanto na esfera administrativa quanto na esfera criminal, de acordo com o critério valorativo adotado pelo legislador.

No tocante ao elemento subjetivo, verifica-se que há contravenções que exigem dolo ou culpa. Com relação ao elemento subjetivo, dispõe Noronha:

Com efeito, se é exato que, na contravenção, êle pode reduzir-se à simples voluntariedade, não é menos certo que contravenções há que não dispensam o dolo ou a culpa, como as dos arts. 39 e 45 (dolo), e 29 e 36 (culpa) de nossa Lei das Contravenções (NORONHA, 1966, p. 58).

O pensamento que se funda na quantidade é mais exato e coerente. Em regra, as contravenções penais, também chamadas por Nelson Hungria (1978) de crimes anões, não têm o mesmo vulto que os crimes, pois representam condutas de menor gravidade em relação a estes e, por isso, a elas se aplicam sanções mais brandas. Adota-se a expressão “em regra”, porque isso depende do critério valorativo de política criminal a ser usado pelo legislador de cada país ao definir o que será considerado crime e o que será considerado contravenção. “Tanto isso é

verdadeiro que, frequentemente, as leis divergem: o que é crime em uma é contravenção em outra. Há sempre uma entidade criminal pequena, a respeito da qual é vário o critério do legislador” (NORONHA, 1966, p. 59).

De fato, inexistente diferença ontológica entre crime e contravenção, pois, como visto, não há teoria que de forma constante e invariável indique diferença essencial entre as espécies. Tanto assim o é que, a despeito de qualquer distinção ontológica, o legislador pátrio adotou o critério da pena para distingui-las e, assim, o ordenamento jurídico brasileiro aplica aos crimes as penas de reclusão ou detenção e para as contravenções a pena de prisão simples. Sobre o tema, afirma Noronha:

Renunciando a qualquer distinção ontológica entre as duas entidades jurídicas, as leis, em regra, abraçam um critério – o da pena – para distingui-las. Trata-se de *critério formal*, a cargo, pois, do legislador. A este compete considerar o fato como crime ou contravenção, caracterizando-os pela sanção. É o que dispõe a Lei de Introdução do Código Penal (Dec. 3.914 de 9 de dezembro de 1941), no art. 1º: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente”. [...] As penas de reclusão e detenção cabem somente aos delitos, e a prisão simples à contravenção; a multa que é comum a ambos, não é cominada isoladamente ao crime. Seguiu o Código o critério *formal*, de direito positivo, sem se dar a preocupações abstratas ou especulativas, o que nos parece mais certo e profícuo (NORONHA, 1966, p. 62).

Nesse sentido também dispõe o já citado item 2 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, elaborado em 1940, ao esclarecer que:

Ficou decidido, desde o início do trabalho de revisão, excluir do Código Penal as contravenções, que seriam objeto de lei à parte. Foi, assim, rejeitado o critério inicialmente proposto pelo Professor Alcântara Machado, de abolir-se qualquer distinção entre crimes e contravenções. Quando se misturam coisas de somenos importância com outras de maior valor, correm estas o risco de se verem amesquinhadas. Não é que exista diversidade ontológica entre crime e contravenção; embora sendo apenas de grau ou quantidade a diferença entre as duas espécies de ilícito penal, pareceu-nos de toda conveniência excluir do Código Penal a matéria tão miúda, tão vária e tão versátil das contravenções, dificilmente subordinável a um espírito de sistema e adstrita a critérios oportunistas ou meramente convencionais e, assim, permitir que o Código Penal se furtasse, na medida do possível, pelo menos àquelas contingências do tempo a que não devem estar sujeitas as obras destinadas a maior duração (BRASIL, 1940b).

O artigo 33 do CP estabelece que a pena de reclusão será cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, a depender da quantidade de pena aplicada ao condenado. Se a pena for superior a 8 (oito) anos, o condenado deverá começar

a cumpri-la em regime fechado, progredindo posteriormente para os outros regimes (BRASIL, 1940a).

O condenado não reincidente, cuja pena de reclusão aplicável for superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto. E se a pena de reclusão for igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o condenado não reincidente poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Já a pena de detenção será cumprida em regime semiaberto ou aberto, a depender da pena cominada ao condenado, salvo se houver necessidade de transferência a regime fechado, o que só ocorre nos casos de regressão, dispostos no artigo 118 da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

[...]

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado. (BRASIL, 1984).

Nos casos de pena de detenção, o regime semiaberto será aplicável para os condenados a penas superiores a 4 (quatro) anos, ainda que reincidentes. O regime aberto será aplicável para os condenados a pena não superior a 4 (quatro) anos, desde que não reincidentes, pois se forem reincidentes será aplicável o regime semiaberto.

A pena de prisão simples também será cumprida nos regimes semiaberto ou aberto, consoante disposto no artigo 6º da Lei das Contravenções Penais, com a diferença de que jamais será cumprida no regime fechado, nem mesmo na hipótese de regressão (BRASIL, 1941).

No regime fechado, a pena será executada em estabelecimento prisional de segurança máxima ou média. No regime semiaberto, em colônia agrícola, industrial

ou estabelecimento similar. Já no regime aberto, em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Porém, saliente-se que, nos termos do artigo 33, parágrafo 3º, do CP, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios de fixação de pena previstos no artigo 59 do mesmo diploma (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e comportamento da vítima). Na avaliação desses critérios, pode o juiz impor regime inicial mais severo do que o permitido segundo a pena aplicável, observando a gravidade do caso concreto, não podendo fundamentar a imposição de regime inicial mais severo na simples gravidade em abstrato do delito, consoante estabelecido nas Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2010b) e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2003a, 2003b).

Entretanto, para a contravenção penal, como já dito, jamais será aplicável pelo Juiz o regime inicial fechado, dada a sua natureza de infração penal de menor gravidade, à qual é aplicável a pena de prisão simples.

Todas as contravenções penais existentes estão listadas em Estatuto próprio, qual seja, o Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, conhecido como Lei das Contravenções Penais (BRASIL, 1941). Os crimes estão elencados no Código Penal Brasileiro (CP) (BRASIL, 1940a) e nas leis penais extravagantes.

Assim, verifica-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, crimes e contravenções são figuras díspares, previstas em estatutos legais distintos, e que se diferenciam em razão da maior ou menor gravidade da conduta praticada e da natureza da pena privativa de liberdade cominada.

5 DO ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA)

O artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) dispõe o seguinte:

Art. 41. Aos **crimes** praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 2006, grifo nosso)

Este artigo estabelece a vedação de aplicação da Lei dos Juizados Especiais a crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Percebe-se que o dispositivo legal menciona apenas a palavra “crimes”, que, como já visto, não se confunde com a palavra “contravenções”.

Dessa forma, é perfeitamente aplicável a Lei dos Juizados Especiais às contravenções penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nesse sentido, dispõem Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

Dentro do amplo espectro de violência doméstica e familiar (art. 7º), encontram-se alguns comportamentos que configuram meras contravenções penais, como, por exemplo (e as mais comuns): vias de fato (art. 21), perturbação do trabalho ou sossego alheio (art. 42), importunação ofensiva ao pudor (art. 61) e perturbação da tranquilidade (art. 65). Nesses casos (referindo-se o art. 41 da Lei 11.340/2006, apenas a “crimes”) continua aplicável a Lei 9.099/1995 (e suas medidas despenalizadoras), ressalvando-se, apenas, as proibições trazidas no art. 17 da Lei 11.340/2006 (“é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”). (CUNHA; PINTO, 2015, p. 216).

Porém, este não tem sido o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em que pese a distinção existente entre crimes e contravenções, a jurisprudência das Cortes Superiores tem optado por afirmar que, à luz da finalidade da norma e levando em consideração os fins a que ela se destina, a expressão “crimes” prevista no artigo 41 da Lei Maria da Penha abrange também as contravenções penais, conforme demonstram os principais julgados proferidos entre os anos de 2009 a 2015, que serão analisados a seguir.

5.1 Dos principais julgados entre os anos de 2009 a 2015 que demonstram que atualmente as Cortes Superiores adotam o entendimento de que o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 também é aplicável às contravenções

Os dados atinentes à presente pesquisa jurisprudencial foram coletados no mês de julho de 2016, nos endereços eletrônicos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal da Justiça (STJ), ícones: Jurisprudência e Pesquisa (pesquisa livre).

A fim de verificar se as Cortes Superiores também aplicam o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 às contravenções penais, foi realizada uma pesquisa livre pelos termos “lei maria da pena contravenção penal”, sem restrição temporal. Foram apurados dois acórdãos no *site* do STF e treze acórdãos no *site* do STJ, proferidos entre 2009 e 2015. Após análise sucinta de seu conteúdo, eles foram reduzidos a oito, que tratam especificamente da aplicação do artigo 41 da Lei Maria da Pena às contravenções penais, listados no Quadro 1.

Quadro 1 – Principais julgados envolvendo a aplicação do artigo 41 da Lei Maria da Pena às contravenções penais praticadas no âmbito desta Lei

Corte	Acórdão	Relator	Órgão julgador	Data julgamento / publicação
STF	106.212/MS (Habeas Corpus)	Ministro Marco Aurélio	Tribunal Pleno	24/03/2011 13/06/2011
STJ	102.571/MG (Conflito de Competência)	Ministro Jorge Mussi	Terceira Seção	13/05/2009 03/08/2009
STJ	136.732/MS (Habeas Corpus)	Ministro Jorge Mussi	Quinta Turma	02/08/2011 12/08/2011
STJ	207.978/MS (Habeas Corpus)	Ministro Jorge Mussi	Quinta Turma	27/03/2012 13/04/2012
STJ	198.737/MS (Habeas Corpus)	Ministro Campos Marques	Quinta Turma	20/11/2012 26/11/2012
STJ	188.767/MS (Habeas Corpus)	Ministra Maria Theresa de Assis Moura	Sexta Turma	07/02/2013 20/02/2013
STJ	280.788/RS (Habeas Corpus)	Ministro Rogério Schietti Cruz	Sexta Turma	03/04/2014 22/04/2014
STJ	703.829/MG (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial)	Ministro Sebastião Reis Júnior	Sexta Turma	27/10/2015 16/11/2015

Fonte: Elaborado pela autora.

O STJ é composto por três seções especializadas, cada uma reunindo duas turmas. A Primeira Seção, composta pela Primeira e Segunda Turmas do STJ, é especializada em Direito Público (impostos, previdência, servidores públicos, indenizações do Estado, improbidade).

A Segunda Seção, composta pela Terceira e Quarta Turmas do STJ, é especializada em Direito Privado (comércio, consumo, contratos, família, sucessões).

Já a Terceira Seção, composta pela Quinta e Sexta Turmas do STJ, é especializada em Direito Penal (crimes em geral, federalização de crimes contra direitos humanos).

Por isso, em razão dessa especialização existente na organização interna do STJ, os acórdãos listados no Quadro 1 referem-se a julgamentos proferidos pela Terceira Seção, pela Quinta Turma ou pela Sexta Turma.

Ressalve-se que a pesquisa jurisprudencial realizada tem o escopo de sistematizar os principais julgados relacionados à questão da aplicação do artigo 41 da Lei Maria da Penha às contravenções penais praticadas no contexto da referida lei, sem pretender, de forma alguma, abranger todas as possíveis decisões existentes nos Tribunais Superiores atinentes a esse tema.

A seguir, se realizará uma breve análise do teor de cada um dos acórdãos desses oito julgados selecionados para a pesquisa.

5.1.1 Habeas Corpus nº 106.212/MS – STF

No Habeas Corpus nº 106.212/MS, o Plenário do STF decidiu, por unanimidade, em 24 de março de 2011, que o disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato, conforme explicitado na ementa do julgado (BRASIL, 2011b).

O Ministro Relator Marco Aurélio asseverou que a CRFB/1988 estabeleceu especial proteção à família e estipulou a criação pelos Estados de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, consoante disposto no artigo 226, § 8º, da Carta Magna, sendo este o principal objetivo da Lei Maria da Penha, que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do citado dispositivo constitucional.

Argumentou também que, nos termos do artigo 98, inciso I, da CRFB/1988, a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, submetendo-a ao julgamento dos Juizados Especiais Criminais, depende da opção política dos representantes do povo e dos Estados (Deputados e Senadores). E, no caso da Lei Maria da Penha, ante o trato especial que deve ser dado à matéria e ao objetivo visado por essa lei, a opção feita foi a de afastar a aplicação da Lei nº 9.099/1995 a todo e qualquer delito praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, interpretando a expressão “crime” empregada no texto do artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 como indicativa do gênero delito. Veja-se:

No caso, ante até mesmo o trato especial da matéria, afastou-se, mediante o artigo 41 da denominada “Lei Maria da Penha”, a aplicabilidade da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aos delitos – gênero – praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Eis o teor do preceito: “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”.

Dirão que o dispositivo contém referência a crime e não a contravenção penal, não alcançando as vias de fato. Fugam à interpretação verbal, à interpretação gramatical, que, realmente, seduzindo, porquanto viabiliza a conclusão sobre o preceito legal em aligeirado olhar, não consubstancia método seguro de hermenêutica. Presente a busca do objetivo da norma, tem-se que o preceito afasta de forma categórica a Lei nº 9.099/95 no que, em processo-crime – e inexistente processo-contravenção –, haja quadro a revelar a violência doméstica e familiar. Evidentemente, esta fica configurada no que, valendo-se o homem da supremacia de força possuída em relação à mulher, chega às vias de fato, atingindo-a na intangibilidade física, que o contexto normativo pátrio visa proteger (BRASIL, 2011b, p. 7).

Ressaltou ainda que é preciso afastar a incongruência que seria ter na lei especial (Lei Maria da Penha) a previsão da criação de juizados específicos e cogitar da aplicação da Lei nº 9.099/1995, esquecendo-se da regra do artigo 4º da própria Lei Maria da Penha, que dispõe que, na interpretação de seus dispositivos, serão considerados os fins sociais a que a lei se destina e as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Já o Ministro Cezar Peluso salientou que os Juizados Especiais se mostraram ineficazes no tratamento da matéria, gerando impunidade, o que exigiu do legislador uma mudança, criando-se uma legislação com procedimento especial. Nesse sentido, dispôs o Ministro em seu voto:

Quase uma década esses crimes eram submetidos aos Juizados Especiais, dentro do regime previsto pela Lei nº 9.099, mas isso na prática se tornou, absolutamente, inútil e ineficaz, e exigia, portanto, do legislador, uma mudança ativa. Para quê? Para, superando a ineficácia dessa experiência

normativa, adotar uma estratégia, que eu chamo de uma estratégia de reação quanto a preconceitos culturais, históricos e normativos contra a mulher. (BRASIL, 2011b, p. 34-35).

Além disso, nesse julgado, o Plenário do STF também estabeleceu a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, sob o argumento de que esse dispositivo se coaduna com o princípio da isonomia, pois visa garantir a igualdade material, tratando-se desigualmente os desiguais, visto que as mulheres que sofrem violência não são iguais às que não a sofrem, sendo necessário, portanto, dar a elas tratamento diferenciado. Para o Relator, sob esse enfoque, o artigo 41 da Lei atende à ordem jurídico-constitucional e aos anseios de avanço cultural e de combate às vergonhosas estatísticas do desprezo às famílias, considerada a célula básica que é a mulher.

Nesse diapasão, o Ministro Ayres Brito mencionou que a CRFB/1988 proclama no artigo 3º, inciso IV, e no artigo 5º, inciso I, a igualdade entre homens e mulheres. Entretanto afirmou que essa igualdade só interessa às mulheres porque, para garantir a igualdade para os homens, nunca houve necessidade de lei, pois eles não sofrem discriminações no plano fático em nossa sociedade. Nesse sentido, veja-se trecho do voto do Ministro:

Mas essa igualdade só interessa às mulheres, porque, para proclamar a igualdade dos homens, nunca houve necessidade nem de lei nem de constituição. No plano dos fatos, os homens sempre se comportaram como se superiores fossem, levando para o campo da honra ou para o campo da dignidade intrínseca a sua vistosa superioridade física. E a Constituição, em diversas passagens, vai falando da mulher no sentido superlativo, juridicamente superlativo, como forma de compensação das suas desvantagens no plano factual, mas não só factual, factual-histórico, numa renitência de patriarcalismo ou de machismo sulamericano, que toca as raízes da brutalidade contra a mulher.

O Direito existe para quê? Para sanear ambientes instabilizados por efeito de desigualdades que persistem no tempo e com intensidade suficiente para provocar sérios ou temerários desequilíbrios. Essa pretensa superioridade masculina é que provoca desequilíbrios sociais a justificar respostas normativas compensatórias das mulheres (BRASIL, 2011b, p. 24-25).

Vale registrar a observação feita pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, no sentido de que a Lei Maria da Penha representa um avanço, mas é necessário fazer um acompanhamento de sua aplicação a fim de avaliar sua efetividade, até porque a Lei não visa apenas coibir a violência contra a mulher, mas superar essa cultura negativa.

Ressaltando a importância de se proteger suficientemente as mulheres e dar efetividade à Lei, Gilmar Mendes ainda mencionou um caso ocorrido no ano de 2011 em Belo Horizonte/Minas Gerais, em que uma mulher havia pedido a proteção prevista pela Lei Maria da Penha e, tempos depois, a sequência de atos de violência por ela sofridos culminou com o seu assassinato pelo ex-marido no salão de beleza onde trabalhava.

5.1.2 Conflito de Competência nº 102.571/MG – STJ

No caso do Conflito de Competência nº 102.571/MG, o juízo de direito do Juizado Especial Criminal de Vespasiano/MG suscitou conflito de competência com o juízo de direito da Vara Criminal da mesma comarca, em caso de instauração de procedimento para apurar suposta prática da contravenção de vias de fato, perpetrada por companheiro em desfavor de sua companheira (BRASIL, 2009).

O juízo de direito da Vara Criminal determinou a remessa dos autos ao Juizado Especial, sob o argumento de que o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 veda a aplicação da Lei dos Juizados Especiais tão somente aos crimes e não às contravenções, pois, quando o legislador se reportou somente a crimes, indiretamente ele excluiu as contravenções, acolhendo-se parecer do Ministério Público nesse mesmo sentido.

O juízo de direito do Juizado Especial Criminal, por sua vez, suscitou conflito de competência, sob o fundamento de que o espírito da Lei Maria da Penha foi dar maior proteção ao núcleo familiar, dotando o juiz de competência cível e criminal para eficácia e celeridade na solução dos conflitos domésticos e, assim, independente da nomenclatura do delito, se crime ou contravenção, a *mens legis* dessa lei protetiva estabelece que basta verificar se o delito foi praticado no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do disposto no artigo 5º, inciso I, combinado com o artigo 7º, incisos I e II, da Lei nº 11.340/2006, para afastar-se a aplicação da Lei dos Juizados Especiais.

Ao julgar esse conflito, o Ministro Relator Jorge Mussi apontou que o artigo 14 da Lei nº 11.340/2006 estabelece a possibilidade de criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, para o processo, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, enquanto o artigo 33 mesma lei

estabelece que, enquanto não forem estruturados esses Juizados, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar tais causas.

Diante disso, dispôs o Relator que:

Interpretando-se sistematicamente os mencionados dispositivos, verifica-se que Lei não diferenciou as causas de natureza cível das criminais, de menor potencial ofensivo ou não, de crime ou contravenção, fixando a competência das Varas Criminais para apreciar e julgar mencionados feitos, enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (BRASIL, 2009, p. 3).

E assim, argumentou que, apesar de o artigo 41 da Lei Maria da Penha mencionar apenas a palavra “crimes”, a expressão “aos crimes”, contida neste dispositivo, deve ser interpretada de forma a não afastar a intenção do legislador de punir, de forma mais dura, a conduta de quem comete violência doméstica contra a mulher, rechaçando de forma expressa a aplicação da Lei dos Juizados Especiais para toda e qualquer infração penal praticada neste contexto.

Dessa forma, a terceira seção do STJ concluiu, por unanimidade, que a apreciação e julgamento de toda infração doméstica e familiar contra a mulher, seja tipificada como crime ou contravenção penal, é da competência da Vara Criminal até que sejam criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

5.1.3 Habeas Corpus nº 136.732/MS – STJ

Trata-se de Habeas Corpus impetrado perante o STJ visando à concessão da ordem para que fosse determinado o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor do paciente, visto que o réu foi denunciado pela prática da contravenção penal de vias de fato em detrimento de sua esposa, sem a devida condição de procedibilidade, pois a vítima manifestou nos autos o interesse de não representar criminalmente contra seu agressor (BRASIL, 2011a).

Neste julgamento, proferido em agosto de 2011, ou seja, após o julgamento do HC nº 106.212/MS (BRASIL, 2011b), proferido pelo STF em junho do mesmo ano, a Quinta Turma do STJ divergiu do entendimento esposado por sua Terceira Seção no julgamento do Conflito de Competência elencado no item 5.1.2. A turma asseverou que a não aplicação da Lei nº 9.099/1995, determinada no art. 41 da Lei Maria da Penha, limita-se aos institutos despenalizadores previstos na Lei dos

Juizados Especiais, como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Segundo ela, dessa forma, não estaria afastada a aplicação do artigo 88 da Lei nº 9.099/1995, que estabelece que o crime de lesão corporal leve é processado mediante ação penal pública condicionada à representação da ofendida, uma vez que os próprios artigos 12, inciso I, e 16 da Lei Maria da Penha preveem a possibilidade de a vítima representar ou não. Nesse sentido, veja-se trecho do julgado:

Com efeito, em orientação contrária à adotada pelo juízo de primeira instância e pela Corte a quo, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.098.042/DF, alçado à condição de recurso repetitivo representativo da controvérsia, entendeu que "a ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima".

Colaciona-se, a propósito, o seguinte excerto do voto vencedor:

Depreende-se que a mens legis do art. 41 da Lei nº 11.340/2006 visa restringir a aplicação da Lei dos Juizados Especiais somente no tocante à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras aos delitos cometidos com violência doméstica contra a mulher.

Ora, analisando-se outros dispositivos contidos na Lei Maria da Penha, como o art. 12, inciso I, e art. 16, conclui-se que o legislador não quis arrear o instituto da representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal pública nos delitos de lesão corporal leve, perpetrados com violência doméstica contra a mulher.

No art. 12, inciso I, determinou-se que a autoridade policial, ao fazer o registro da ocorrência em casos de violência doméstica, tome por termo a representação da vítima, se apresentada; logo, esta pode, ou não, ser oferecida pela ofendida. Já no art. 16, estabeleceu que eventual retratação da ofendida deve ser realizada em audiência a ser designada para tal fim, após ouvido o Ministério Público, e antes do recebimento da denúncia, veja-se:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada (grifou-se).

[...]

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público (BRASIL, 2011a, p. 5-6).

Reforçando esse entendimento, o julgado ainda mencionou que o princípio da unicidade impede que se dê larga interpretação ao artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, na medida em que condutas idênticas praticadas, por exemplo, por familiar e por

terceiro, em concurso, contra a mesma vítima, estariam sujeitas a disciplinas diversas em relação à condição de procedibilidade.

E, divergindo do entendimento esposado pela Corte Suprema, o Relator asseverou que a vedação imposta pelo artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 aplica-se somente aos crimes, sendo possível a aplicação da Lei dos Juizados Especiais às contravenções penais praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ressalte-se que o Relator deste julgado é o mesmo Ministro que relatou o Conflito de Competência exposto no item anterior, qual seja o Ministro Jorge Mussi, que mudou radicalmente de entendimento no julgado aqui em análise. Nesse sentido, veja-se trecho de seu voto:

Nesse aspecto, importa realçar que o art. 41 da Lei 11.340/06 estabelece que "Aos **crimes** praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n o 9.099, de 26 de setembro de 1995". Nada dispõe, portanto, a respeito das contravenções penais, de forma que não há afastar a aplicação dos institutos da Lei 9.099/95 nas hipóteses de prática do denominado "crime anão" (BRASIL, 2011a, p. 9, grifo do autor).

Por fim, o Ministro salientou que a contravenção penal de vias de fato é um *minus* em relação ao delito de lesão corporal; assim, se neste se exige a representação da vítima para a persecução penal, tanto mais deve ser condicionada a ação penal nos casos de contravenção penal, infração de ínfimo potencial ofensivo.

Dessa forma, a Quinta Turma do STJ, por unanimidade, concedeu a ordem no Habeas Corpus nº 136.732/MS para trancar a ação penal movida em desfavor do réu.

5.1.4 Habeas Corpus nº 207.978/MS – STJ

No Habeas Corpus nº 207.978/MS, a Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul insurgiu-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que, ao julgar apelação criminal interposta pelas partes envolvidas, deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público para desconstituir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, nos autos da ação penal em que o réu foi condenado a quinze dias de prisão simples, em regime aberto, pela prática da contravenção penal de vias de fato contra sua ex-companheira (BRASIL, 2012c).

O Tribunal revogou a substituição da pena sob o argumento de que há expressa vedação à substituição, no artigo 44, inciso I, do CP, quando a infração houver sido praticada com violência contra a pessoa. Destacou, ainda, que tal previsão poderia ser abrandada, em observância ao princípio da proporcionalidade, nos casos em que as condutas se encaixassem na definição de infração de menor potencial ofensivo. Porém argumentou que não seria o caso, visto que o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 veda expressamente a aplicação da Lei nº 9.099/1995 aos crimes cometidos no âmbito doméstico e familiar contra a mulher. Terminou por conceder ao condenado a suspensão condicional da pena (*sursis*), pelo prazo de dois anos, nos termos do artigo 77 do CP.

No julgamento do Habeas Corpus, o Ministro Relator Jorge Mussi sustentou que a contravenção de vias de fato é uma infração menos grave que o crime de lesão corporal, por não provocar lesões aparentes na vítima. Ponderou que a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direito, na hipótese, era perfeitamente possível e socialmente recomendável, desde que não se resumisse ao pagamento de cesta básica, de prestação pecuniária ou de multa, isoladamente, como expressamente determinado no artigo 17 da Lei Maria da Penha. E citou precedente do próprio STJ nesse sentido:

Aliás, consoante precedente deste Superior Tribunal de Justiça: "É razoável concluir que a violência impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, seja aquela de maior gravidade e não simplesmente, como no caso, mera contravenção de vias de fato, chamado por alguns até mesmo de 'crime anão' dada a sua baixa ou quase inexistente repercussão no meio social" (HC 180.353/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 29/11/2010). O aresto citado está assim ementado:

PENAL. VIAS DE FATO. AGRESSÃO. ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO. RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 1. É razoável concluir que a violência impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, seja aquela de maior gravidade e não simplesmente, como no caso, mera contravenção de vias de fato, chamado por alguns até mesmo de "crime anão" dada a sua baixa ou quase inexistente repercussão no meio social. 2. Conclusão, de outra parte, consentânea com o escopo maior da Lei Maria da Penha, que não se destina precipuamente à caracterização dos autores de condutas puníveis no âmbito das relações domésticas, mas que visa, sobretudo, promover a paz no núcleo familiar, em ordem a concretizar os princípios constitucionais atinentes. 3. Ordem concedida para restabelecer a sentença (BRASIL, 2012c, p. 4).

Além disso, o Relator ressaltou que a substituição da pena de prisão simples pela de prestação de serviços à comunidade nem sequer ofenderia o previsto no

artigo 41 da Lei Maria da Penha, pois o que esse artigo impede é somente a aplicação das medidas benéficas previstas na Lei nº 9.099/1995 aos delitos cometidos no âmbito doméstico ou familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista ou efetivamente aplicada. Ou seja, neste acórdão, o STJ, apesar de manter a vedação de aplicação de medidas benéficas da Lei dos Juizados Especiais às contravenções penais, tais como a transação penal, suspensão condicional do processo e composição civil dos danos, reconheceu que essa vedação não impede que as contravenções penais sejam consideradas infrações de menor potencial ofensivo.

Por fim, o Ministro Jorge Mussi ressaltou que a permuta da pena de forma alguma colidiria com a proposta de combate à violência doméstica, tendo em vista ser medida condizente com as finalidades da aplicação da pena: retribuição e ressocialização do condenado, servindo ainda para o alcance da prevenção geral, na medida em que é suficiente para afastar a ideia de impunidade.

Dessa forma, a Quinta Turma do STJ, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Ministro Relator do julgado.

5.1.5 Habeas Corpus nº 198.737/MS – STJ

Já neste julgado, a Quinta Turma do STJ, citando como precedente o HC nº 106.212/MS julgado pelo Plenário do STF e outros julgados proferidos pelo STJ no tocante à matéria, também firmou o entendimento acerca da impossibilidade de aplicação da Lei dos Juizados Especiais às contravenções penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher. Novamente afirmou não ser possível a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo ao paciente condenado pela prática do crime de ameaça e da contravenção penal de perturbação da tranquilidade (artigo 65 da Lei de Contravenções Penais).

5.1.6 Habeas Corpus nº 188.767/MS – STJ

No julgado do Habeas Corpus nº 188.767/MS, a Sexta Turma do STJ também adotou o entendimento exposto no HC nº 198.737/MS, no sentido de que não se aplicam os institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais às contravenções penais praticadas no âmbito da Lei Maria da Penha, inviabilizando a

concessão de suspensão condicional do processo ao paciente condenado pela prática da contravenção penal de vias de fato.

Entretanto a Relatora do acórdão, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, ressaltou seu entendimento pessoal em sentido diverso, nos seguintes termos:

Contudo, embora tenha me curvado ao entendimento da Colenda Turma, consigno o meu ponto de vista em relação à temática. Nesse passo, vislumbro ser possível a suspensão condicional do processo na hipótese de contravenção, ainda mais como no caso presente, em que a final o paciente restou condenado à pena de 15 dias de prisão simples. **Ora, não se mostra proporcional inviabilizar a incidência desse instituto despenalizador por uma interpretação ampliativa do artigo 41**, na medida em que tal vedação abrange somente as disposições que são próprias do juizado especial, e não aquelas que constam no bojo da lei de forma incidental, como a que prevê o sursis processual (BRASIL, 2013, p. 5, grifo nosso).

5.1.7 Habeas Corpus nº 280.788/RS – STJ

No presente caso, o paciente foi denunciado pela suposta prática das contravenções penais descritas nos artigos 21 e 65 da Lei nº 3.688/1941, com incidência da Lei Maria da Penha, porque teria praticado vias de fato contra sua ex-companheira, bem como, de forma proposital, teria perturbado sua tranquilidade (BRASIL, 2014a).

Diante disso, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul impetrou o Habeas Corpus nº 280.788/RS, sustentando a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que deveria ter sido oferecida transação penal em favor do paciente, visto que o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 veda a incidência da Lei nº 9.099/1995 apenas aos crimes, e não às contravenções penais, não podendo ser ele aplicado a estas, sob pena de se dar interpretação extensiva em desfavor do acusado.

No entanto, a Sexta Turma do STJ, por unanimidade, não acolheu essa tese defensiva e afastou a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/1995, entre eles a transação penal, também para os casos envolvendo a prática de contravenções penais. Utilizou como argumento o fato de que, à luz da finalidade última da Lei Maria da Penha, que veio dar concretude ao parágrafo 8º do artigo 226 da CRFB/1988, e considerando os fins sociais a que essa lei se destina, o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 afasta a incidência da Lei nº 9.099/1995, de forma categórica, em relação tanto aos crimes quanto às contravenções penais praticadas

contra mulheres no âmbito doméstico e familiar, inviabilizando a concessão da transação penal ao paciente.

Para os julgadores, considerando que a Lei Maria da Penha tem como objetivo a proteção integral à mulher contra qualquer tipo de violência, seja física ou psicológica, e visa tornar mais efetivas as punições, o disposto no artigo 41 deve ser interpretado de forma ampla, a fim de atender aos objetivos visados pela Lei.

5.1.8 Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 703.829/MG – STJ

No caso do Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 703.829/MG, o recorrente foi denunciado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais pela prática da contravenção penal de vias de fato no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Embora a denúncia tenha sido inicialmente rejeitada por ausência de representação da vítima, posteriormente, foi provido recurso em sentido estrito interposto pela acusação, determinando-se o prosseguimento da demanda, tendo-se em vista a natureza incondicionada da ação penal (BRASIL, 2015a).

A fim de se entender a controvérsia principal tratada nesse julgado, é preciso mencionar que, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.099/1995, a natureza da ação penal relativa aos delitos de lesão corporal leve e lesão corporal culposa era pública incondicionada. Somente com o advento do artigo 88 da Lei dos Juizados Especiais passou-se a exigir a representação da vítima como condição de procedibilidade para a apuração desses crimes.

Porém o artigo 41 da Lei Maria da Penha afastou expressamente a incidência da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995) para os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, se a ação penal era de natureza incondicionada para os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa e foi a legislação especial da Lei nº 9.099/1995 que passou a exigir a representação, tem-se, por consequência, que, na medida em que a Lei Maria da Penha afastou a aplicação da legislação especial, automaticamente voltou-se à situação anterior, ou seja, não é mais necessária a representação para esse delito no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

E, afastando qualquer controvérsia nesse sentido, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 4.424/DF e da Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC nº 19/DF, decidiu, em 9 de fevereiro de 2012, que a ação penal nos crimes de lesão corporal praticados em um contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher é pública incondicionada, produzindo essa decisão efeitos vinculantes, visto que proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea a, da CRFB/1988 (BRASIL, 2012e, 2012f).

Neste contexto, o recorrente, já em sede de Agravo Regimental contra decisão, que negou provimento a Agravo em Recurso Especial, argumentou que esse entendimento jurisprudencial pacífico do STF, seguido pelo STJ, se refere tão somente ao crime de lesão corporal e não às contravenções penais, pois o artigo 41 da Lei Maria da Penha afasta a aplicação da Lei dos Juizados Especiais somente para crimes e não para as contravenções penais, não sendo permitido na seara do Direito Penal a extensão do tipo de forma a abranger as contravenções.

No entanto, os Ministros da Sexta Turma do STJ, por unanimidade, em julgamento proferido em 27 de outubro de 2015, não acolheram a tese do recorrente, afirmando que, no contexto dos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, a palavra “crime” deve englobar toda e qualquer infração penal, conceito mais amplo que abrange as duas espécies: crime e contravenção penal. Citaram como precedentes outros julgados do STJ no mesmo sentido e o próprio Habeas Corpus nº 106.212/MS, já analisado anteriormente, julgado pelo STF.

Diante disso, no tocante à natureza da ação penal, dispôs o Ministro Relator Sebastião Reis Junior que, embora o acórdão proferido pelo STF na ADI nº 4.424/DF tenha se manifestado de forma expressa apenas acerca do crime de lesão corporal, é evidente que a inteligência firmada no *decisum* também se aplica inteiramente, *mutatis mutandis*, à contravenção penal de vias de fato.

Além disso, citando precedente anterior da própria Sexta Turma⁸, afirmou o Relator que, para a jurisprudência do STJ, o artigo 88 da Lei nº 9.099/1995, que

⁸ O precedente citado foi o seguinte: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 47253/MS. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. **Diário Oficial da União**, 17 dez 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42449>>

tornou condicionada à representação a ação penal por lesões corporais leves e lesões culposas, não se estende à persecução das contravenções penais, pois a contravenção penal de vias de fato, insculpida no artigo 21 da Lei de Contravenções Penais, ainda que de menor potencial ofensivo em relação ao crime de lesão corporal, não foi incluída nas hipóteses do artigo 88 da Lei n.º 9.099-95, sendo certo que o Decreto-Lei nº 3.688/41 continua em pleno vigor, havendo nele expressa previsão legal no sentido de que a ação penal é pública incondicionada, conforme disciplina seu artigo 17.

Assim, seja caso de lesão corporal leve, seja de vias de fato, se praticado em contexto de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não há que se falar em necessidade de representação da vítima para a persecução penal.

5.2 Súmula nº 536 do Superior Tribunal de Justiça

A fim de sedimentar o entendimento jurisprudencial no sentido de que a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam aos crimes e contravenções praticados no âmbito da Lei Maria da Penha, o STJ editou, em 15 de junho de 2016, o enunciado sumular nº 536 com os seguintes dizeres: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha” (BRASIL, 2015c).

Note-se que a Súmula nº 536 utiliza a expressão “delitos”, a fim de afastar a aplicação dos institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal tanto para os crimes quanto para as contravenções.

6 PROJETO DE LEI Nº 4.501/2012

Em 9 de outubro de 2012, foi apresentado na Câmara dos Deputados, pela Deputada do Partido Progressista/SP Sra. Aline Corrêa, o Projeto de Lei nº 4.501/2012, que, visando alterar dispositivos da Lei Maria da Penha, dispõe em seu artigo 12 o seguinte:

Art. 41. Aos **crimes e contravenções penais** 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, especialmente:

- I – não se aplica a audiência de conciliação civil;
- II – não se aplica transação penal;
- III – os Juizados Especiais Criminais não são competentes para processar tais delitos;
- IV – não haverá o rito sumaríssimo;
- V – não haverá recurso para a Turma Recursal;
- VI – o crime de lesão corporal é de ação penal pública incondicionada. (BRASIL, 2012a, grifo nosso).

No referido Projeto, a autora menciona que, apesar de o Plenário do STF ter decidido no HC nº 106.212/MS que a vedação do artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 também se estende às contravenções penais, é conveniente explicitar tal entendimento na lei, a fim de se evitar qualquer controvérsia a respeito do tema.

Porém, é interessante ressaltar que nesse Projeto de Lei a autora propõe que seja admitida a aplicação da suspensão condicional do processo, desde que oferecida sob condições que garantam a efetiva proteção à mulher e a responsabilização do agressor. Ela também menciona que eventual alegação de inefetividade das baixas penas das contravenções penais será contornada com a regulamentação da suspensão condicional do processo, que poderá ser proposta nos seguintes termos:

Art. 13. Acrescente-se à Lei nº 11.340/2006 o seguinte art. 41-A:

Art. 41-A. Aos crimes praticados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, **é admissível a aplicação da suspensão condicional do processo**, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, respeitadas as presentes regras.

§ 1º. A proposta de suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do réu, mas uma faculdade legal atribuída ao Ministério Público, a ser exercida por critérios de conveniência e oportunidade, guiados pelos seguintes princípios: I – os interesses de proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar; II – a efetiva responsabilização do agressor por seus atos; III – a criação de oportunidades para intervenções

multidisciplinares destinadas a coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

§ 2º. Não será admitida proposta de suspensão condicional do processo se a vítima estiver em situação de risco e houver necessidade de manutenção da prisão preventiva do agressor, bem como caso o Juiz ou o Ministério Público considere que o crime se reveste de especial gravidade.

§ 3º. Para se formular a proposta de suspensão condicional do processo, é necessária prévia autorização da vítima, sob pena de o processo prosseguir em seus ulteriores termos.

§ 4º. A proposta de suspensão condicional do processo nos casos abrangidos por esta Lei deverá conter, obrigatória e cumulativamente, as seguintes condições:

- I – obrigação de reparar o dano à vítima, inclusive danos morais a serem arbitrados pelo juiz, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II – prestação de serviços à comunidade;
- III – comparecimento obrigatório a programas de recuperação e reeducação;
- IV – respeito às medidas protetivas deferidas em favor da mulher, cuja vigência poderá permanecer durante o período de prova da suspensão, caso seja necessária à proteção da vítima;
- V – obrigação de não reiterar atos de violência doméstica e familiar contra a mulher;
- VI - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- VII - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 5º. Caso não exista no local instituição para a prestação de serviços à comunidade ou para a realização de programas de recuperação e reeducação, não será admitida a proposta, prosseguindo o processo em seus ulteriores termos.

§ 6º. O Ministério Público deverá fomentar a criação de instituições para a prestação de serviços à comunidade e para a realização de programas de recuperação e reeducação específicos para as questões de gênero, fiscalizando a efetividade de suas atividades.

§ 7º. A competência para fiscalizar o cumprimento das condições da suspensão condicional do processo é do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. (BRASIL, 2012a, grifo nosso).

As justificativas apresentadas no referido projeto de lei para a admissão da suspensão condicional do processo, nos termos propostos, são as seguintes:

a) Desde que efetivamente regulamentada sob a perspectiva dos interesses da mulher e com as devidas exceções, a suspensão condicional do processo pode ser um instrumento eficiente para assegurar uma resposta rápida e desburocratizada do sistema de justiça ao problema da violência doméstica, até porque ela não é um instituto aplicável apenas nos Juizados Especiais Criminais, pois também possui

larga aplicação nas Varas Criminais para crimes de médio potencial ofensivo. Portanto, adotá-la não implica minimização da violência doméstica;

b) A maioria das penas fixadas nas Varas de Execução Criminal para os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher estabelece o cumprimento em regime aberto, o que significa que normalmente não haverá qualquer resposta efetiva ao crime praticado, ao passo que, com a suspensão condicional do processo, é possível atribuir aos próprios Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que já houverem sido instalados no país, competência para fiscalizar o cumprimento das condições estabelecidas, elevando-se a efetividade da resposta;

c) Vários Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher instalados já apresentam sérios problemas de excesso de processos em tramitação, com conseqüente lentidão da prestação jurisdicional e elevação do risco de prescrição de casos, o que é altamente maléfico para a proteção eficiente da mulher, sendo necessário criar soluções de agilização dos processos sem banalização da resposta, sendo uma dessas soluções a aplicação da suspensão condicional do processo nos moldes propostos pelo projeto de lei;

d) Desde que devidamente regulamentada, a suspensão condicional do processo pode ser um importante espaço para a realização de intervenções obrigatórias com o agressor destinadas a alterar a cultura machista, bem como os demais fatores de risco de reiteração da violência doméstica, de forma a possibilitar a superação do atual paradigma de violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2012a, p. 11-12).

Assim, nos termos do Projeto de Lei, não será possível aplicar a transação penal nem a conciliação civil para as contravenções penais praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, mas será possível aplicar a suspensão condicional do processo, o que demonstra que a natureza menos grave das contravenções penais e as baixas penas que lhes são imputadas justificam a aplicação de instituto benéfico despenalizador previsto na Lei dos Juizados Especiais.

O Projeto de Lei nº 4.501/2012 foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 31 de janeiro de 2015, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que estabelece que, ao final de uma legislatura da mencionada Casa, serão arquivadas todas as proposições que no seu decurso

tenham sido submetidas a deliberação e ainda se encontrem em tramitação. Em 20 de agosto de 2015, o Projeto de Lei foi devolvido pela Comissão de Seguridade Social e Família à Coordenação de Comissões Permanentes da Câmara.

7 ANÁLISE CRÍTICO-REFLEXIVA

Neste capítulo, desenvolve-se uma análise crítico-reflexiva do entendimento jurisprudencial adotado atualmente pelo STF e pelo STJ, demonstrando que ele não é condizente com princípios e garantias da dogmática penal, pois representa a adoção da analogia *in malam partem* e não observa os ditames do princípio da proporcionalidade.

Além disso, abordam-se outros aspectos considerados relevantes para o debate acerca do tema da pesquisa, quais sejam: contribuição da exegese atual do STF e do STJ para o agravamento do quadro de *déficit* de vagas do sistema prisional brasileiro e para o incremento do risco de prescrição de inquéritos e processos; e a ocorrência de tratamento desigual e mais gravoso para os contraventores que praticam o fato típico em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

7.1 Aplicação da analogia *in malam partem*

Verifica-se pelos julgados expostos e analisados no capítulo anterior que os Ministros julgadores afirmam que a Lei nº 11.340/2006 foi criada com o objetivo de eliminar a tolerância com relação à violência doméstica no seio das famílias, dando-se efetividade aos Tratados Internacionais atinentes à matéria e ao artigo 226, *caput* e parágrafo 8º, da CRFB/1988, que dispõe o seguinte:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

§ 8º 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. (BRASIL, 1988).

De fato, como já visto, a Lei Maria da Penha foi criada com o escopo de eliminar a tolerância com relação à violência doméstica sofrida pelas mulheres e evitar a impunidade dos agressores. Diante disso, não há que se negar que o entendimento jurisprudencial atual dos Tribunais Superiores reflete os objetivos de máxima repressão trazidos pela Lei nº 11.340/2006.

Entretanto, por mais louváveis que sejam esses objetivos, não se pode perder de vista que essa Lei, assim como qualquer outra, deve ser aplicada em consonância com o sistema de princípios e garantias da dogmática penal, que

estabelece a vedação da aplicação da analogia *in malam partem* e a observância dos princípios da legalidade, da reserva legal, da taxatividade, da proporcionalidade e da isonomia, o que não ocorre quando se adota o entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores.

Como já dito, o artigo 41 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) estabelece a vedação de se aplicar a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995) aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ao aplicar o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 às contravenções penais praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, o intérprete faz uso do recurso da analogia, pois utiliza o dispositivo legal em situação semelhante por ele não prevista, criando uma proibição para as contravenções que a lei não previu.

Frise-se que os crimes e as contravenções penais são institutos distintos e que apenas se assemelham, uma vez que são espécies do mesmo gênero infrações penais.

Usando o recurso da analogia, a jurisprudência buscou encontrar a *ratio legis*, a razão de ser do dispositivo do artigo 41 da Lei Maria da Penha que justificaria sua possível aplicação aos casos semelhantes que envolvem a prática de contravenções penais no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.

E assim, observe-se que, para além de se realizar uma interpretação teleológica da Lei Maria da Penha, a jurisprudência criou, por analogia, uma proibição para as contravenções, praticadas no contexto de violência doméstica contra a mulher, que a lei não previu, suprimindo-se lacuna existente.

Contudo a jurisprudência assim o fez sem observar que, em matéria penal, a analogia não pode ser usada em prejuízo do réu, pois consoante já visto, nessa seara o uso do recurso analógico não pode agravar a situação do réu, sob pena de configurar a chamada analogia *in malam partem*, cuja aplicação é vedada.

Nesse sentido, dispõe Bobbio que:

[...] no direito penal, em que a extensão analógica não é admitida, poderíamos também dizer que não existem lacunas: todos os comportamentos que não são expressamente proibidos pelas leis penais são lícitos. (BOBBIO, 2008, p. 291).

Isso se extrai dos princípios da legalidade e da reserva legal, que garantem aos cidadãos que a criminalização e a penalização decorrem exclusivamente de lei

formal anterior, devendo ainda a norma com conteúdo penal ser descrita da forma mais exata possível, de acordo com o princípio da taxatividade.

Ao dispor sobre o princípio da legalidade, Prado assinala que, “atualmente, seu fundamento radica na proteção dos valores segurança jurídica, liberdade e igualdade, por meio da vinculação dos Poderes Públicos à lei precisa e concreta” (PRADO, 2015, p. 108), impedindo-se que aplicações analógicas restrinjam a liberdade dos cidadãos, provocando insegurança jurídica e arbitrariedades no exercício do poder punitivo estatal.

No campo penal, os fins visados pela norma não podem justificar uma maior limitação de direitos e garantias individuais dos infratores.

Impedir a aplicação da Lei dos Juizados Especiais às contravenções penais praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher acarreta prejuízo ao réu, pois não será possível a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), sem imposição da prisão em flagrante, e também não será possível a aplicação de medidas despenalizadoras previstas no procedimento da Lei nº 9.099/1995, quais sejam: composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo.

No lugar do TCO será lavrado o Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD), que poderá ocasionar o imediato encarceramento do infrator, se este não possuir condições financeiras para efetuar o pagamento da fiança arbitrada pela autoridade policial. Uma vez autuado em flagrante, o contraventor não terá acesso aos benefícios da transação penal, da suspensão condicional do processo e da composição civil dos danos.

Pela transação penal, o Ministério Público poderá propor ao réu a aplicação imediata de pena restritiva de direitos (também chamada de pena alternativa) ou multa, se o acusado não for reincidente e as circunstâncias do caso indicarem ser suficiente a adoção da medida. Nesse caso, se o autor da infração aceitar a proposta do Ministério Público, o Juiz proferirá sentença aplicando a pena restritiva de direito ou multa, que, ressalte-se, não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir nova concessão do benefício no prazo de cinco anos.

Além disso, a sanção imposta em decorrência da aceitação da transação penal não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para se evitar nova concessão do benefício no interstício de cinco anos.

Pela suspensão condicional do processo, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano (como ocorre com quase todas as contravenções penais previstas no Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941), o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado por outro crime e não tenha sido condenado por outro crime, presentes ainda os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, prevista no artigo 77 do Código Penal⁹.

Suspenso o processo, o acusado será submetido a um período de prova, sob as seguintes condições: reparação do dano, salvo impossibilidade comprovada de fazê-lo, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz e comparecimento mensal ao juízo para informar e justificar suas atividades. Além disso, o juiz poderá fixar outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Tais condições são facultativas.

Entre as condições facultativas que podem ser fixadas pelo juiz para a concessão da suspensão do processo, Júlio Fabbrini Mirabete cita as seguintes:

[...] frequentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar; atender aos encargos da família; submeter-se a tratamento de desintoxicação; frequentar cursos de reabilitação de alcoolismo; submeter-se a tratamento médico ou psicológico quando haja indicação de sua necessidade e eficácia; entregar ao Estado ou Instituições de auxílio comunitário “cestas básicas” de alimentos ou medicamentos; não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas [...] (MIRABETE, 2002, p. 371).

Especificadas as condições, a suspensão poderá ser revogada se, no curso do prazo da suspensão, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou contravenção, não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano ou descumprir qualquer outra condição imposta. E expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade do agente.

⁹ A suspensão condicional da pena estabelece que a execução da pena de prisão não superior a dois anos poderá ficar suspensa pelo período de dois a quatro anos, se o condenado não for reincidente em crime doloso, se as circunstâncias do fato e a personalidade do agente recomendarem a concessão do benefício e desde que não seja recomendável a substituição da pena de prisão por pena alternativa. Além disso, se o condenado for maior de setenta anos de idade ou razões de saúde recomendarem a suspensão, a pena de prisão não superior a quatro anos também poderá ser suspensa pelo período de quatro a seis anos. Durante o prazo da suspensão, o condenado terá que cumprir condições especificadas pelo juiz na sentença e, uma vez expirado o prazo da suspensão sem que tenha havido revogação deste benefício, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

Saliente-se que a própria Lei nº 9.099/1995, ao dispor sobre as hipóteses de revogação do benefício, distingue claramente os crimes das contravenções penais, ao dispor em parágrafos distintos do artigo 89 que haverá revogação se o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou por contravenção. Veja-se:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

[...]

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro **crime** ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por **contravenção**, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade (BRASIL, 1995 grifos nossos).

Ao dispor sobre a instituição da suspensão condicional do processo nos casos de violência doméstica contra a mulher, Márcia Haydée Porto de Carvalho afirma que este benefício fundamenta-se no princípio da desnecessidade da pena de prisão de curta duração, observando que este tipo de pena não é adequada para ressocializar e punir o agente e prevenir novos delitos:

[...] O meio (pena de curta duração) não é adequado, podendo-se dizer até que é utópico, para atingir os fins (castigar e ressocializar o criminoso e prevenir o delito), sendo mais indicado o cumprimento de condições por um período bem superior, em que o autor do fato será monitorado pelo sistema de justiça, evitando ademais a sua estigmatização, por ter seu nome lançado no rol dos culpados. [...] A suspensão do processo permite ainda a introdução de conhecimentos de outras áreas, na medida em que antes da audiência para essa finalidade, pode ser determinada a realização de estudo psicossocial do caso, com o qual será possível ter-se uma radiografia psicológica e social do problema e dos envolvidos, importante não só para se verificar a viabilidade da medida, como também para a definição de condições facultativas, visando não apenas punir o agressor, mas também resolver a lide social. [...] Ademais, penas de curta duração não são adequadas nem se mostram eficientes para resolver o conflito, sobretudo os casos de violência doméstica, em que o agressor, em regra, volta a ter contato com a vítima. Nessas condições, sempre que atendidos os requisitos objetivos e subjetivos, a suspensão condicional do processo apresenta uma resposta muito melhor para o problema. (CARVALHO, 2015, p. 163-164).

De fato, a suspensão condicional do processo evita a imposição da pena de prisão e é uma medida de economia processual, pois garante celeridade e contribui para a desburocratização dos litígios sociais, resolvendo as controvérsias com a

adoção de meios alternativos mais eficazes para o rápido alcance da pacificação social.

Ao concluir seu estudo sobre o tema, Carvalho ressalta que:

Em muitas ocasiões, a suspensão condicional do processo com o acompanhamento adequado pelo Sistema de Justiça de autores de violência de menor gravidade (avaliado a partir do caso concreto, após a oitiva dos envolvidos e estudo do caso), as quais ocorreram apenas uma vez, possui a capacidade de produzir resultados mais positivos do que uma simples condenação, sem qualquer ingrediente educativo ou que tenha em vista mudanças comportamentais. Por tudo isso, defende-se de *lege ferenda* a alteração da Lei Maria da Penha de modo a permitir a aplicação da suspensão condicional do processo para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. (CARVALHO, 2015, p. 171).

Pela composição civil dos danos, em audiência preliminar, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade de autocomposição a ser conduzida por conciliadores, propondo a solução do conflito de interesses de forma mais completa, nas esferas civil e criminal.

A composição dos danos civis, se obtida, será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, que terá eficácia de título a ser executado no juízo cível competente. E tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, a composição homologada acarretará a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Essa composição propicia uma desejável solução pacífica para o conflito doméstico, o que pode melhorar as relações familiares e promover um maior entendimento entre as partes.

Em artigo publicado sobre o assunto, Maurício e Marcelo Gonçalves Saliba (2006) afirmam que a conciliação civil permitia que o autor da agressão e a ofendida buscassem, com o auxílio de mediadores, a solução adequada para os problemas vivenciados no ambiente doméstico e familiar e que a conversa entre as partes é sem dúvida o único e eficaz caminho para se combater a violência, não se apresentando a punição mais severa como forma de resolução dos conflitos.

Ressaltam ainda que a violência contra a mulher não é um ponto isolado na história, mas sim fruto de um processo cultural da sociedade moderna, e que os processos culturais não se rompem com leis penais punitivas, sendo necessário adotar-se outras políticas públicas de conscientização e práticas conciliatórias de resolução pacífica de conflitos.

Importante mencionar também que deve ser respeitado o direito da vítima de manter ou reatar o relacionamento afetivo com o agressor e devem ser garantidos os meios para que isso aconteça da forma mais saudável possível, responsabilizando o agressor sem afastá-lo, num primeiro momento, do convívio familiar, até porque o medo de que o agressor possa ser preso e privado do convívio com os filhos, deixando a família sem os recursos financeiros necessários para a sua manutenção, muitas vezes faz com que as vítimas não denunciem às autoridades públicas a violência sofrida, aumentando a ‘cifra negra’¹⁰ desses delitos. É o que dispõe Julita Lemgruber:

Países diferentes lidam de formas diversas com homens autores de violência contra mulheres, e mais especificamente de violência doméstica. Em alguns países, legislações muito rígidas desestimulam as mulheres agredidas a denunciarem seus agressores e registrarem suas queixas. Sempre que o companheiro ou esposo é o único provedor da família, o medo de sua prisão e condenação a uma pena privativa de liberdade acaba por contribuir para a impunidade. Em alguns países existem formas criativas e alternativas de punir homens perpetradores de violência contra mulheres, sobretudo se não forem reincidentes. As estratégias que até agora têm-se mostrado mais eficazes são as que combinam prestação de serviços à comunidade com tratamento psicológico ou mesmo teatro experimental, o que é feito na Grã-Bretanha com muito sucesso. É urgente que se amplie o conhecimento das experiências alternativas à imposição de penas de prisão nessa área, pois já existe evidência de que, em vários casos, o encarceramento de homens agressores pode aumentar, ao invés de diminuir, os níveis de violência contra a mulher e as taxas gerais de impunidade para esse tipo de crime. (LEMGRUBER, 2001, p. 381).

Sobre o tema, Cunha e Pinto (2015) observam que, na esmagadora maioria dos casos envolvendo violência doméstica contra a mulher, se percebe a rápida reconciliação entre os envolvidos, servindo o processo penal apenas para perturbar a paz familiar, quando a finalidade do aplicador da lei deve ser, sempre, a preservação da família.

Consoante advertem Miguel Reale Junior e Janaína Paschoal:

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 ideia 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.** (REALE JUNIOR; PASCHOAL, 2007, p. 3, grifo nosso).

¹⁰ A expressão ‘cifra negra’ refere-se à porcentagem de crimes que nem sequer chegam ao conhecimento das autoridades públicas; são infrações penais desconhecidas oficialmente.

De fato, os agentes estatais responsáveis pelo enfrentamento da violência doméstica devem atentar para essa realidade. Mais preconceituoso e prejudicial do que culpar a mulher pela violência sofrida é menosprezar seu sofrimento físico e psíquico em razão do fato de ter ela manifestado seu direito de manter ou reatar o relacionamento amoroso.

O escopo da Lei Maria da Penha não é tão somente a isolada responsabilização dos agressores, mas também a recuperação das famílias, promovendo a paz no ambiente familiar, em consonância com os ditames constitucionais de proteção à família. Assim inclusive se manifestou a Ministra do STJ, Maria Thereza de Assis Moura, em julgamento já citado anteriormente nesta dissertação:

PENAL. VIAS DE FATO. AGRESSÃO. ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO. RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 1. É razoável concluir que a violência impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, seja aquela de maior gravidade e não simplesmente, como no caso, mera contravenção de vias de fato, chamado por alguns até mesmo de "crime anão" dada a sua baixa ou quase inexistente repercussão no meio social. 2. Conclusão, de outra parte, **consentânea com o escopo maior da Lei Maria da Penha, que não se destina precipuamente à caracterização dos autores de condutas puníveis no âmbito das relações domésticas, mas que visa, sobretudo, promover a paz no núcleo familiar, em ordem a concretizar os princípios constitucionais atinentes.** 3. Ordem concedida para restabelecer a sentença (BRASIL, 2010a, p. 1, grifo nosso).

Deve o aplicador do Direito se atentar para isso, a fim de se evitar que o rigor da Lei Maria da Penha acabe por gerar mais impunidade.

Ressalte-se que o artigo 14 da Lei nº 11.340/2006 prevê a criação, na União, no Distrito Federal e nos Estados, de Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, para o processo, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ocorre que a Lei não indicou o rito procedimental a ser adotado nesses Juizados. Assim, ante a omissão legal, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou um Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010), no qual estabelece que o procedimento a ser adotado dependerá do crime cometido, aplicando-se as regras do Código de Processo Penal: procedimento ordinário para

crimes cuja sanção máxima seja igual ou superior a quatro anos e procedimento sumário para crimes cuja sanção seja inferior a quatro anos, não sendo aplicável o procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/1995, em razão do disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/2006.

O Manual ainda lista os seguintes crimes como sendo os que se apresentam como mais comuns, praticados no contexto da violência doméstica, indicando o respectivo procedimento aplicável: lesão corporal leve (rito sumário), lesão corporal grave (rito ordinário), lesão corporal gravíssima (rito ordinário), lesão corporal seguida de morte (rito ordinário), ameaça (rito sumário), estupro (rito ordinário), crimes contra a honra – injúria, calúnia, difamação – (rito previsto no artigo 519 do Código de Processo Penal).

Observe-se que o Manual que estrutura os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher lista apenas crimes e nem sequer faz menção às contravenções penais mais comuns, tais como vias de fato e perturbação de tranquilidade, que podem ser praticadas no contexto de violência doméstica contra a mulher.

Em alguns Estados, esses Juizados ainda não foram estruturados. Em Minas Gerais, por exemplo, existem quatro varas criminais comuns (13ª Vara Criminal, 14ª Vara Criminal, 15ª Vara Criminal e 16ª Vara Criminal) especializadas no julgamento de processos relacionados à Lei Maria da Penha (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2016), mas ainda não foram criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

De toda forma, conforme exposto no Manual elaborado pelo CNJ, ainda que já houvessem sido criados os referidos Juizados em Minas Gerais e em todos os demais Estados da Federação, neles não se aplica o procedimento sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995).

Dessa forma, o entendimento jurisprudencial atual representa a adoção da analogia *in malam partem*, pois a não aplicação do procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais, previsto na Lei nº 9.099/1995, ocasiona graves prejuízos ao réu, pois dá ensejo a prisão em flagrante do ofensor e impede a concessão de medidas despenalizadoras benéficas

Além disso, não há que se falar que as decisões jurisprudenciais ora revistas utilizaram-se do recurso da interpretação extensiva para aplicar às contravenções a proibição existente com relação aos crimes. Isso porque o vocábulo “crimes” não

possui sentido dúbio nem mais amplo, pois o sentido amplo só poderia ser extraído dos vocábulos infrações penais (gênero que comporta duas espécies: crimes e contravenções), mas o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 fez menção à palavra “crimes” e não à palavra infrações.

A interpretação extensiva somente é aplicável quando é possível ampliar o sentido de uma expressão e não quando se aplica a duas situações distintas e semelhantes a mesma sistemática, como ocorre nos casos da analogia, consoante conceituação apresentada por Bobbio:

Entende-se por ‘analogia’ aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulado a mesma disciplina de um caso regulado de maneira semelhante. [...] A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é aquele procedimento mediante o qual se manifesta a chamada tendência de todo sistema jurídico a expandir-se para além dos casos expressamente regulados (BOBBIO, 2008, p. 291).

O próprio STJ, em Recurso Especial julgado pelo Desembargador Castro Meira, já apontou a distinção existente entre a analogia e a interpretação extensiva:

Diga-se, ainda, que não se pode confundir analogia com interpretação analógica ou extensiva. A analogia é técnica de integração, vale dizer, recurso de que se vale o operador do direito diante de uma lacuna no ordenamento jurídico. [...] Já a interpretação, seja ela extensiva ou analógica, objetiva desvendar o sentido e o alcance da norma, para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão. A norma existe, sendo o método interpretativo necessário, apenas, para precisar-lhe os contornos. (BRASIL, 2004, p. 4-5).

Por fim, ressalte-se que o próprio Projeto de Lei nº 4.501/2012, analisado no Capítulo 6, reconhece a diferença existente entre crimes e contravenções ao estabelecer que a redação do artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 deve ser alterada, acrescentando-se a sua redação a palavra “contravenções”, a fim de dirimir as controvérsias a respeito do tema.

Além disso, o Projeto de Lei também admite que a aplicação da suspensão condicional do processo aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher pode trazer benefícios e propõe, em seu artigo 13, que a Lei Maria da Penha seja alterada, a fim de permitir a aplicação deste instituto.

7.2 Não observância do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade está vinculado à concepção de limitação do poder do Estado, estabelecendo que este, ao limitar direitos individuais com vistas a atender o interesse público, deve agir de forma proporcional, de modo que exista um equilíbrio entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.

No campo específico do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade estabelece que deve haver um equilíbrio entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada. E, visando garantir direitos individuais da pessoa humana, há de se valorar a pertinência de se tolher o direito de liberdade dos indivíduos, com a adoção da pena privativa de liberdade, quando a lesão perpetrada for de somenos relevância.

Ao tratarem sobre a proporcionalidade na obra “Direito Penal Brasileiro”, Zaffaroni *et al.* (2011) afirmam que a afetação de direitos em um conflito de natureza penal não pode ser desproporcional à magnitude da lesividade do conflito, devendo ser observado o princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão.

Referido princípio não se encontra expresso no ordenamento jurídico pátrio, mas foi recepcionado de forma implícita pela CRFB/1988 e deve ser observado, nos termos de seu artigo 5º, parágrafo 2º, que estabelece o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

É o que dispõem Paulo Bonavides e Cezar Roberto Bitencourt:

[...] é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder do cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional. O Princípio da Proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º, do artigo 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou expressa dos direitos e garantias da Constituição [...] (BONAVIDES, 2004, p. 435-436).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade

do crime praticado e a sanção a ser aplicada, in verbis: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito” (art. 15). No entanto, o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado, como acabamos de referir, pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), de determinadas modalidades de sanções penais (art., XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV). Exige-se moderação, contudo, como destacam Edilson Bonfim e Fernando Capez, para infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I). (BITENCOURT, 2014, p. 65-66).

Consoante mencionado acima por Bitencourt, antes mesmo da consagração constitucional desse princípio, Montesquieu e Cesare Beccaria já defendiam a ideia de que deveria haver proporcionalidade entre os delitos e as penas:

É um grande mal, entre nós, aplicar a mesma pena àquele que rouba em uma estrada e ao que rouba e assassina. É evidente que, para o bem da segurança pública, dever-se-ia estabelecer alguma diferença entre as penas (MONTESQUIEU, 2002, p. 103).

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas. (BECCARIA, 1999, p. 37).

O princípio da proporcionalidade subdivide-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação estabelece que o meio empregado (sanção penal imposta) deve ser apto a atingir a finalidade pretendida, ou seja, a providência adotada tem que ser capaz de alcançar os objetivos almejados.

Além disso, pelo subprincípio da necessidade, o meio considerado adequado deve ser indispensável, não podendo haver outro menos gravoso para atingir o fim visado. O meio escolhido será necessário se for o menos gravoso entre os existentes de igual eficácia. Sobre a questão, o Ministro Gilmar Mendes dispõe que: “[...] o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa” (MENDES, 2004, p. 50).

Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece que os benefícios trazidos pela imposição estatal limitadora de direitos fundamentais sejam superiores aos prejuízos ocasionados, devendo ser feita a ponderação de interesses. Na relação entre infração e pena deve existir um equilíbrio em abstrato,

dirigido ao legislador, que, ao elaborar leis, deve observar a proporção entre a gravidade do injusto penal e a gravidade da pena que lhe é cominada, e ainda um equilíbrio em concreto, dirigido ao juiz, que, ao aplicar a pena na sentença condenatória, deve se ater à proporção entre a gravidade do fato concreto praticado e a pena imposta na condenação.

Nessa linha são os ensinamentos de Humberto Ávila, ao dispor sobre os conceitos ora estudados:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. (ÁVILA, 2007, p. 158).

Sobre o tema, Hassemer, citado por Prado, salienta que deve haver:

[...] uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência, delito e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas. (HASSEMER *apud* PRADO, 2015, p. 121)

No campo das prisões provisórias (ou cautelares), entre as quais se insere a prisão em flagrante, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito assume maior amplitude e estabelece que a medida cautelar aplicada no curso das investigações ou do processo não pode ser mais gravosa que a sanção penal que será aplicada no julgamento final da ação penal. É preciso haver o que Paulo Rangel chama de “dever de homogeneidade”:

A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido. (RANGEL, 2011, p. 749).

Diante disso, tem-se que, antes de determinar uma medida restritiva de liberdade ao acusado, é necessário realizar um prognóstico da pena que poderá ser imposta em caso de condenação, levando-se em conta as condições pessoais do investigado, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, a possibilidade de cumprimento da eventual pena em regime

semiaberto ou aberto, a possibilidade de aplicação da suspensão condicional da pena e de outras medidas despenalizadoras.

Assim, face à proporcionalidade em sentido estrito, a prisão provisória jamais poderia ser decretada quando a infração não admitisse a aplicação da pena privativa de liberdade em regime fechado (DUCLERC, 2007, p. 280), como ocorre com as contravenções penais, visto que o artigo 6º da Lei das Contravenções Penais estabelece que a pena de prisão simples (aplicável às contravenções) deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto, não sendo possível a aplicação do regime fechado, pois, consoante afirma Guilherme de Souza Nucci (2015b, p. 95), a previsão disposta neste artigo 6º significa a abstenção de se aplicar às contravenções penais as regras do regime fechado.

O artigo 7º da Lei nº 11.340/2006 dispõe que a violência doméstica e familiar contra a mulher pode ocorrer de cinco formas: violência física (*vis corporalis*), consistente na ofensa à integridade ou saúde corporal da vítima; violência psicológica (*vis compulsiva*), representada pela violência que cause dano emocional e configure ameaça, perseguição, vigilância constante, chantagem, controle e diminuição da autoestima; violência sexual, compreendida como qualquer conduta que limite ou anule a liberdade sexual da mulher e o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que gere prejuízos patrimoniais à vítima; e violência moral, que se refere a condutas que ofendam a honra da vítima, configurando os crimes de calúnia, difamação e injúria.

De acordo com as descrições acima apontadas, as formas de violência previstas pela Lei, quando não configurarem algum crime, poderão caracterizar contravenção penal, como, por exemplo, vias de fato e perturbação de tranquilidade.

A contravenção penal de vias de fato, prevista no artigo 21 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, é aplicável aos casos em que a vítima, durante uma briga conjugal, é empurrada, sacudida ou sofre puxões de cabelo e outras formas de contato corporal agressivo, mas não apresenta quaisquer marcas de lesões aptas a configurar o crime de lesão corporal. A pena prevista para tal contravenção é quinze dias a três meses de prisão simples ou multa (BRASIL, 1941).

A contravenção de perturbação de tranquilidade, prevista no artigo 65 do mesmo diploma, é aplicável às situações em que o agente, por acinte ou por motivo reprovável perturba a tranquilidade da vítima, violentando-a psicologicamente. Em

geral, nestes casos, o ofensor passa a perseguir a vítima, procurando-a nos locais que ela habitualmente frequenta e passa a manter intenso contato com ela, por telefone, mensagens e outros meios eletrônicos, sem, contudo, ameaçá-la de fato ou cometer qualquer outra infração penal mais grave. A pena prevista para essa contravenção é quinze dias a dois meses de prisão simples ou multa (BRASIL, 1941).

Trata-se de infrações penais punidas com penas baixas e que retratam situações consideradas bem menos graves que os crimes, de forma que a imposição da prisão em flagrante em tais casos se mostra desproporcional, ferindo, portanto, o princípio da proporcionalidade, pois a reprimenda que estará sendo aplicada ao infrator não é condizente com a gravidade da infração penal praticada, conforme estabelece o referido princípio, consagrado implicitamente pela CRFB/1988.

Além disso, saliente-se que a prisão em flagrante de contraventores que praticam o fato criminoso no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher é uma medida provisória mais gravosa do que a pena que poderá ser imposta em caso de condenação. Como já visto, se ao final do processo o acusado for condenado, deverá cumprir pena de multa ou de prisão simples em regime semiaberto ou aberto, sendo possível ainda a aplicação da suspensão condicional da pena (tendo-se em vista que as baixas penas de prisão simples previstas para as contravenções não ultrapassam os limites de pena previstos para a concessão deste benefício¹¹) ou até mesmo a substituição da pena de prisão simples por penas restritivas de direito.

Dessa forma, a prisão em flagrante dos contraventores na fase de investigação representa um mal bem maior do que aquele que, possivelmente, poderá ser infligido ao acusado quando do término do processo penal, sendo, portanto, uma medida desproporcional considerando-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Ressalte-se que a prisão em flagrante de contraventores tampouco poderá ser convertida pelo magistrado em prisão preventiva, por se tratar de medida

¹¹ Como mencionado anteriormente, poderá ser concedido o benefício da suspensão condicional da pena para os casos em que a pena de prisão aplicável não for superior a dois anos (como ocorre com a grande maioria das contravenções penais) ou ainda para os casos em que a pena de prisão aplicável não for superior a quatro anos, se o condenado for maior de setenta anos de idade ou razões de saúde justificarem a suspensão.

desproporcional não admitida para o caso, tendo-se em vista que os artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal estabelecem que a prisão preventiva só poderá ser aplicada aos crimes em sentido estrito, não abrangendo as contravenções, consoante dispõe a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça:

O paciente foi preso em flagrante no dia 31/10/2015 pela suposta prática da contravenção penal tipificada no artigo 21 do Decreto-Lei 3.688/1941, conforme APFD de f. 12/20.

Comunicada a prisão ao Juiz competente, este converteu o flagrante em prisão preventiva (f. 43/46). Todavia, entendo que tal medida cautelar não é cabível neste caso.

Todavia, a decretação da prisão preventiva está condicionada à colheita de prova da existência de *crime*. No caso dos autos, o recorrido é acusado da prática de contravenção penal, infração penal menos grave que os crimes (ou delitos).

Ainda que espécies de um mesmo gênero (infração penal), tratando-se de institutos jurídicos de natureza diversa, neste caso não é possível conferir interpretação extensiva ao artigo 312 do Código de Processo Penal, sob pena de se ferir o princípio da legalidade para restringir a liberdade do réu. [...]

Dessa forma, evidenciada a impossibilidade de decretação da prisão preventiva dos acusados de contravenção penal, fica devidamente configurado o constrangimento ilegal, sanável via *habeas corpus*. (MINAS GERAIS, 2016b, p. 3-4).

A decretação da prisão preventiva depende da presença dos requisitos – isto é, *valores* eleitos pelo legislador – constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal.

In casu, ainda que não desconheça a inequívoca linha legislativa a que se submete a Lei Maria da Penha, que "visa a coibir a violência doméstica", em se tratando de cometimento de suposta contravenção penal – e por ela já denunciado o paciente –, consubstanciada em vias de fato, inviável, via de regra, lançar-se mão da cautelar extrema, na medida em que os pressupostos constantes dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, referem-se a crimes, e não a contravenções penais, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do **crime** e indício suficiente de autoria.

[...]

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos **crimes** dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos

II - se tiver sido condenado por outro **crime** doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o **crime** envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Nesse sentido, por ilustrativo, confira-se o seguinte julgado:

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - CONTRAVENÇÃO PENAL - ART. 21 DO DECRETO-LEI 3688/41 - VIAS DE FATO - LEI MARIA DA PENHA - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - MEDIDA DESPROPORCIONAL - PENA DE PRISÃO SIMPLES - LEI Nº 12.403/11 - REQUISITOS DO ART. 313 DO CPP NÃO PREENCHIDOS - ORDEM CONCEDIDA. - A custódia cautelar nas contravenções penais constitui medida desproporcional, pois tais infrações são punidas com pena de prisão simples. - Se o paciente não é reincidente, não descumpriu medidas protetivas anteriormente impostas, e, sendo-lhe imputado crime cuja pena máxima cominada é inferior a 4 (quatro) anos, incabível a manutenção de sua segregação cautelar, sob pena de violação às disposições do CPP alteradas pela nº 12.403/11. (Habeas Corpus 1.0000.13.032910-5/000, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/06/2013, publicação da súmula em 25/06/2013)

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM**, para deferir, em favor do paciente **Gilmar Batista dos Santos**, o benefício da liberdade provisória, mediante a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I e V, do CPP, no prazo e nas condições a serem impostas pelo Juízo Singular em audiência admonitória (MINAS GERAIS, 2014c, p. 03-05, grifos do autor).

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Douglas Constantino**, em que se alega constrangimento ilegal por parte do ilustre magistrado da Vara Criminal e Precatórias da Comarca de Sete Lagoas, que converteu em preventiva a prisão em flagrante do paciente, denunciado pela suposta prática da contravenção prevista no art. 21, da Lei 3688/41, no âmbito da Lei 11.340/06. [...]

Pleiteia o impetrante a revogação da prisão preventiva do paciente ou a sua substituição por outras medidas cautelares, aos argumentos de que a decisão combatida está carente de fundamentação idônea, estando ausentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP. Alega, ainda, que eventual sentença condenatória certamente fixará regime prisional mais brando, mostrando-se a manutenção do cárcere medida desproporcional. Por fim, aduz que o pleito merece concessão em face do princípio constitucional da presunção de inocência (fls. 2/10). [...]

O paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 21 da Lei de Contravenções Penais (fls. 40/41), sendo admitida a prisão preventiva apenas nos casos em que o acusado responde por crime, em sentido estrito, conforme dispõe o art. 313 do CPP.

Nesse sentido, pacífica é a jurisprudência: [...]

HABEAS CORPUS. CONTRAVENÇÃO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA INCABÍVEL. 1. CONFORME SE EXTRAÍ DO ARTIGO 313 DO CPP, NÃO CABE PRISÃO PREVENTIVA DE PESSOA DENUNCIADA APENAS POR CONTRAVENÇÃO PENAL. 2. ORDEM CONCEDIDA. PRISÃO REVOGADA. (TJ-DF - DVJ: 0 DF, Relator: EDI MARIA COUTINHO BIZZI, Data de Julgamento: 14/12/2010, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: 12/01/2011, DJ-e Pág. 200)

HABEAS CORPUS. CONTRAVENÇÃO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA E, POSTERIORMENTE, REVOGADA PELO MAGISTRADO PROCESSANTE, SOB CONDIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. CUSTÓDIA CAUTELAR INADMISSÍVEL. ORDEM CONCEDIDA. 1. **A prisão preventiva só pode ser decretada em desfavor de acusados pela prática de crimes punidos com reclusão e detenção. Desse modo, no caso de o processado por contravenção penal, apenada com prisão simples, deixar de comparecer aos atos processuais que é intimado, cabe ao Juízo processante, apenas, decretar sua condução coercitiva, nos termos do art. 353 do Código de Processo Penal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.** 2. Ordem concedida para, afastando as condições impostas pelo Juízo processante para revogar a prisão preventiva do Paciente, assegurar-lhe o direito de responder ao processo em liberdade. (STJ - HC: 179742 MG 2010/0131519-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 22/02/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2011, grifo do autor)

Assim, a despeito das inúmeras reincidências de Douglas, apontadas na CAC de fls. 13/18, em se tratando de mera contravenção penal, alternativa não há senão a substituição da prisão preventiva do paciente pelas seguintes medidas cautelares – necessárias para garantir a efetividade do processo e a integridade física da vítima, a serem cumpridas cumulativamente (art. 282, §1º do CPP) e conforme determinado pelo magistrado de primeira instância:

- 1- comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades (art. 319, I do CPP);
- 2- proibição de manter contato com a vítima (art. 319, III, do CPP).

Dessa forma, **CONCEDO EM PARTE A ORDEM IMPETRADA, substituindo a prisão preventiva do paciente por duas medidas cautelares**, a serem cumpridas conforme determinado pelo magistrado *a quo*. (MINAS GERAIS, 2014b, p. 02-04, grifos do autor).

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no artigo 21 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 (vias de fato) e no artigo 147 do Código Penal (ameaça), por três vezes, em concurso material (Processo n. 407/13). [...]

Embora o juiz singular tenha fundamentado concretamente a necessidade da custódia cautelar para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (artigo 313, III, do Código de Processo Penal), constato que o paciente está sendo acusado da suposta prática do crime de ameaça, cuja reprimenda cominada em abstrato é de detenção, de 1 a 6 meses, ou multa. Ainda, está sendo acusado de ter cometido vias de fato, cuja pena abstratamente prevista é de prisão simples, de 15 dias a 3 meses, ou multa.

Dessa forma, considerando que a prisão preventiva do paciente foi decretada em 19.7.2013 (fl. 17), tenho como evidenciado o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima, passível de engendrar a concessão de habeas corpus, de ofício.

Isso porque, segundo o princípio da homogeneidade – corolário do princípio da proporcionalidade –, mostra-se ilegal a prisão cautelar, quando essa medida for mais gravosa do que a própria sanção a ser aplicada em caso de eventual condenação.

Vale dizer, o juiz não pode impor ao réu um encarceramento com intensidade mais grave do que aquele que lhe seria infligido caso fosse realmente considerado culpado, sob pena de se tornar a medida

cautelar mais punitiva do que o que se espera com o resultado final do processo.

Diante dessas considerações, entendo que não cabe mais, no caso, a prisão preventiva, quando verificado que os ilícitos imputados ao paciente possuem penas de pouca monta, incompatíveis com a extensa duração da segregação cautelar, que, no caso, perdura há mais de 8 meses.

Em caso semelhante – crime de ameaça e contravenção de perturbação da tranquilidade, ambos praticados contra mulher no âmbito doméstico e familiar –, este Superior Tribunal também entendeu pela impossibilidade de manutenção da prisão preventiva, consoante abaixo aduzido:

Desconsiderando a contravenção e analisando a conduta mais grave supostamente praticada pelo recorrente, a saber, o crime de ameaça, verifico que a pena máxima cominada é de 6 meses de detenção, motivo pelo qual não me parece razoável a imposição de prisão. Mesmo sobrevivendo condenação, tudo indica que será fixado o regime aberto para cumprimento da sanção corporal, de modo que a medida extrema de caráter provisório acabará por ser mais gravosa que a pena imposta. Dessa forma, atendendo aos ditames de razoabilidade, deve ser afastada a custódia cautelar [...] (RHC n. 27.547/MG, Rel. Min. Og Fernandes, Rel. p/ acórdão Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJe 14/9/2011).

À vista do exposto, não conheço do habeas corpus, mas, examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, ex officio, conceder a ordem postulada para, tornando definitivos os efeitos da liminar anteriormente deferida, revogar a prisão preventiva do paciente, a fim de que aguarde em liberdade a ocorrência do trânsito em julgado, determinando a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não houver necessidade de ser preso. (BRASIL, 2014b, p. 1, 6-7, grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, dispõe Fernando da Costa Tourinho Filho (2012) que não é possível, por mais grave que seja a contravenção, decretar a prisão preventiva, pois ela é incompatível com esta medida extrema e o Código de Processo Penal implicitamente a exclui, pois, em todo o capítulo pertinente à prisão preventiva, usa exclusivamente a expressão “crime”, afastando, assim, a possibilidade de ser extensiva a contravenções. Para o autor, está excluída a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando a infração for contravenção.

Assim, mais razoável e condizente com os ditames do princípio constitucional da proporcionalidade seria a aplicação da Lei dos Juizados Especiais às contravenções penais praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Dessa forma se evitaria a prisão em flagrante dos acusados, através da lavratura do TCO, sob pena de a prisão provisória transformar-se em pena antecipada mais grave que a pena final que pode ser aplicada ao condenado,

perdendo com isso sua justificação e coerência, em flagrante desrespeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, lecionam Eugênio Pacelli de Oliveira e Cezar Roberto Bitencourt:

Com efeito, a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer consequências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua *ratio essendi*. (OLIVEIRA, 2009, p. 432, grifo do autor).

Para concluir, com base no *princípio da proporcionalidade* é que se pode afirmar que um *sistema penal* somente estará justificado *quando a soma das violências* – crimes, vinganças e punições arbitrárias – *que ele pode prevenir* for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los. (BITENCOURT, 2014, p. 69, grifos do autor).

Deve-se levar em consideração também que a aplicação do princípio da proporcionalidade impõe que se observe a ocorrência ou não da progressão da violência. Assim, a princípio, não se deve adotar medidas drásticas, como a prisão, se o agressor tiver praticado contravenções penais contra a mulher, devendo a sanção penal ser maior à medida que as condutas praticadas pelo agente contra a vítima se tornem mais graves, demonstrando que a represália aplicada pelos Juizados Especiais se mostrou insuficiente para evitar novas práticas criminais.

7.3 Outros aspectos considerados relevantes

A prisão em flagrante dos contraventores que praticam o fato criminoso no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher contribui para aumentar ainda mais a sobrecarga do sistema penitenciário, que enfrenta uma grave crise de falta de vagas, em especial no Estado de Minas Gerais.

Segundo dados divulgados pela Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS), em 10 de abril de 2015, no Estado de Minas Gerais existe um *déficit* de 26 mil vagas em unidades prisionais administradas pela Subsecretaria de Administração Prisional (SUAPI). Levando-se em consideração as unidades

prisionais do Estado que ainda são administradas pela Polícia Civil de Minas Gerais, esse *déficit* aumenta para quase 30 mil (MINAS GERAIS, 2015).

A SEDS também informou que o número alto de detentos que deram entrada nas unidades carcerárias em 2015, resultante da atuação policial, é um dos fatores complicadores e intensificadores da situação de superlotação das unidades prisionais mineiras.

No período de primeiro de janeiro a sete de abril de 2015, por exemplo, as 148 unidades prisionais administradas pela SUAPI diagnosticaram um aumento de 5.817 presos, resultado de 22.236 admissões e de 16.419 desligamentos, conforme listado na Tabela 1. Essa ampliação da população carcerária, ocorrida em pouco mais de 90 dias, corresponde a um número quase três vezes maior do que a capacidade de presos do último complexo penitenciário construído em Minas Gerais através de uma parceria público-privada (MINAS GERAIS, 2015).

Tabela 1 – Admissões e desligamentos nas unidades prisionais mineiras administradas pela SUAPI

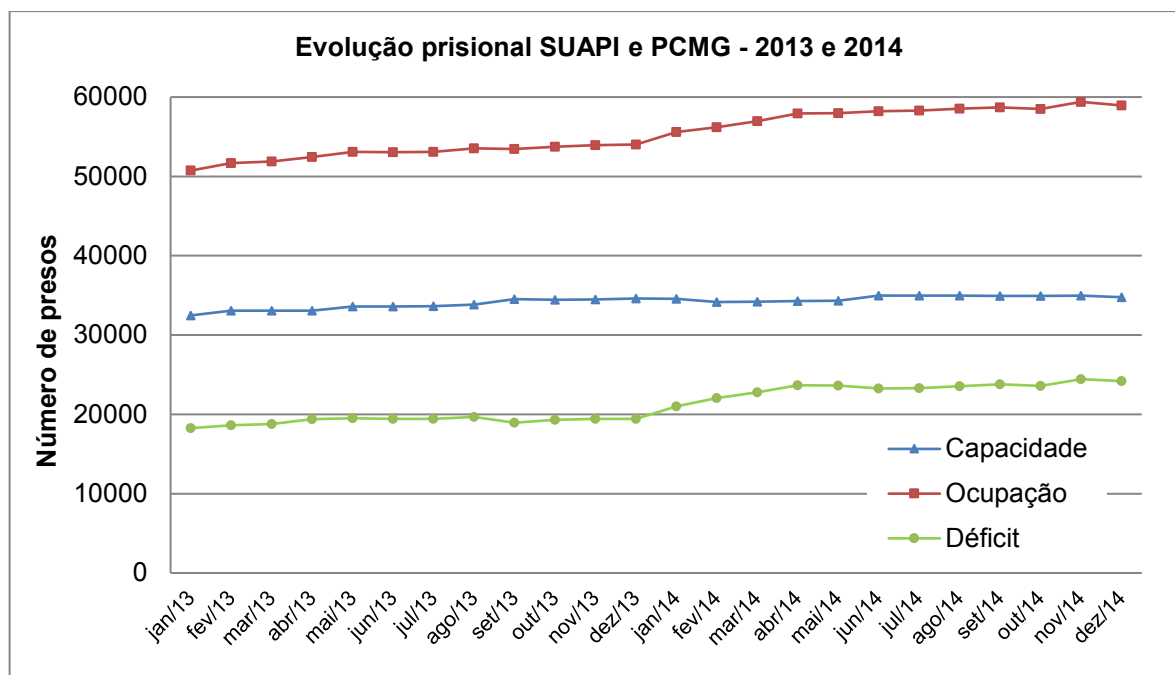
	Janeiro/2015	Fevereiro/2015	Março/2015	Abril/2015
admissões	6.607	6.903	7.806	920
desligamentos	4.587	4.967	6.474	391

Fonte: Minas Gerais (2015).

O Centro de Remanejamento do Sistema Prisional (CERESP), localizado em Belo Horizonte, no bairro Gameleira, responsável pela custódia temporária de 90% dos autuados em flagrante delito ou dos que foram presos em cumprimento a mandados de prisão na região metropolitana da capital, por exemplo, atingiu em dezembro de 2014 o contingente de 1,1 mil presos, sendo que a unidade foi projetada para abrigar 404 detentos provisórios (MINAS GERAIS, 2015).

Dados referentes à superlotação de presos no sistema prisional do Estado de Minas Gerais nos anos de 2013 e 2014, apresentados no gráfico da Figura 1, demonstram que o *déficit* de vagas vem aumentando de forma significativa mês a mês e que as unidades operam com um contingente de presos muito acima da capacidade permitida (MINAS GERAIS, 2015).

Figura 1 – Superlotação de presos nos anos de 2013 e 2014



Fonte: Minas Gerais (2015).

Note-se pelo gráfico que, enquanto a ocupação nas unidades prisionais aumentou consideravelmente, em especial no primeiro quadrimestre de 2014, a capacidade permaneceu quase estável, o que gerou um aumento do *déficit* de vagas do sistema prisional.

O diagnóstico apresentado pela SEDS ressaltou, ainda, o alto índice de presos provisórios, que aguardam condenação ou absolvição judicial. Segundo dados do órgão, em dezembro de 2014, havia 28.484 presos provisórios em Minas Gerais, o que correspondia a 50% da população carcerária existente formada por 56.959 presos. Já em janeiro de 2015, esse número aumentou para 30.579 e passou a corresponder a 52,4% da população carcerária total aumentada para 58.277. Em fevereiro de 2015, foram contabilizados 31.679 presos provisórios em uma população carcerária de 59.535, equivalendo a um índice percentual de 53,2%. Por fim, em 11 de março de 2015, o número de presos provisórios subiu para 31.871 frente a uma população carcerária de 59.736 presos, mantendo-se o índice percentual de 53,2% (MINAS GERAIS, 2015).

De acordo com o último levantamento nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014), em 30 de junho de 2014, existiam no Brasil 607.731 pessoas presas e cerca de 300 presos para cada cem mil

habitantes, número consideravelmente superior às quase 377 mil vagas disponíveis no sistema penitenciário, totalizando um *déficit* de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos prisionais de 161% (conforme indicado na Tabela 2), o que significa dizer que em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas existem em torno de 16 indivíduos encarcerados.

Tabela 2 – População carcerária brasileira, vagas disponíveis, *déficit* de vagas e taxa de ocupação média dos estabelecimentos prisionais

Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014	
População prisional	607.731
Vagas	376.669
<i>Déficit</i> de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%

Fonte: Adaptado pela autora de Ministério da Justiça (2014, p. 11).

A pesquisa ressalva que, no cálculo da população carcerária brasileira, o DEPEN optou por contabilizar apenas as pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, seguindo critério também adotado pelo International Centre for Prison Studies (ICPS), responsável por realizar o principal levantamento da população prisional do mundo. Dessa forma, não são contadas as pessoas em prisão albergue domiciliar, cujas condições de aprisionamento não são administradas diretamente pelo Poder Executivo.

Segundo dados do CNJ, em 2014, havia cerca de 147.937 pessoas em prisão domiciliar no país (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014, p. 4). Se esse valor for somado à população prisional brasileira contabilizada pelo DEPEN, constata-se que há 775.668 pessoas privadas de liberdade no Brasil.

Além disso, de acordo com o levantamento, o Brasil ocupa o quarto lugar no *ranking* composto pelos vinte países com maior população prisional do mundo, superado apenas pelos Estados Unidos (2.228.424), China (1.657.812) e Rússia (673.818) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014), conforme demonstrado na Tabela 3.

Tabela 3 – Dados prisionais dos vinte países com maior população carcerária do mundo

País	População prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos sem condenação
Estados Unidos	2.228.424	698	102,70%	20,40%
China	1.657.812	119	-	-
Rússia	673.818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607.731	300	161,00%	41,00%
Índia	411.992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308.093	457	133,90%	20,60%
México	255.638	214	125,80%	42,00%
Irã	225.624	290	161,20%	25,10%
Indonésia	167.163	66	153,00%	31,90%
Turquia	165.033	212	101,20%	13,90%
África do Sul	157.824	290	127,70%	26,00%
Vietnã	142.636	154	-	12,80%
Colômbia	116.760	237	149,90%	35,20%
Filipinas	110.925	113	316,00%	63,10%
Etiópia	93.044	111	-	14,00%
Reino Unido	85.704	149	111,60%	14,40%
Polônia	78.139	203	90,20%	7,70%
Paquistão	74.944	41	177,40%	66,20%
Marrocos	72.816	221	157,80%	46,20%
Peru	71.913	232	223,00%	49,80%

Fonte: Adaptado pela autora de Ministério da Justiça (2014, p. 12)

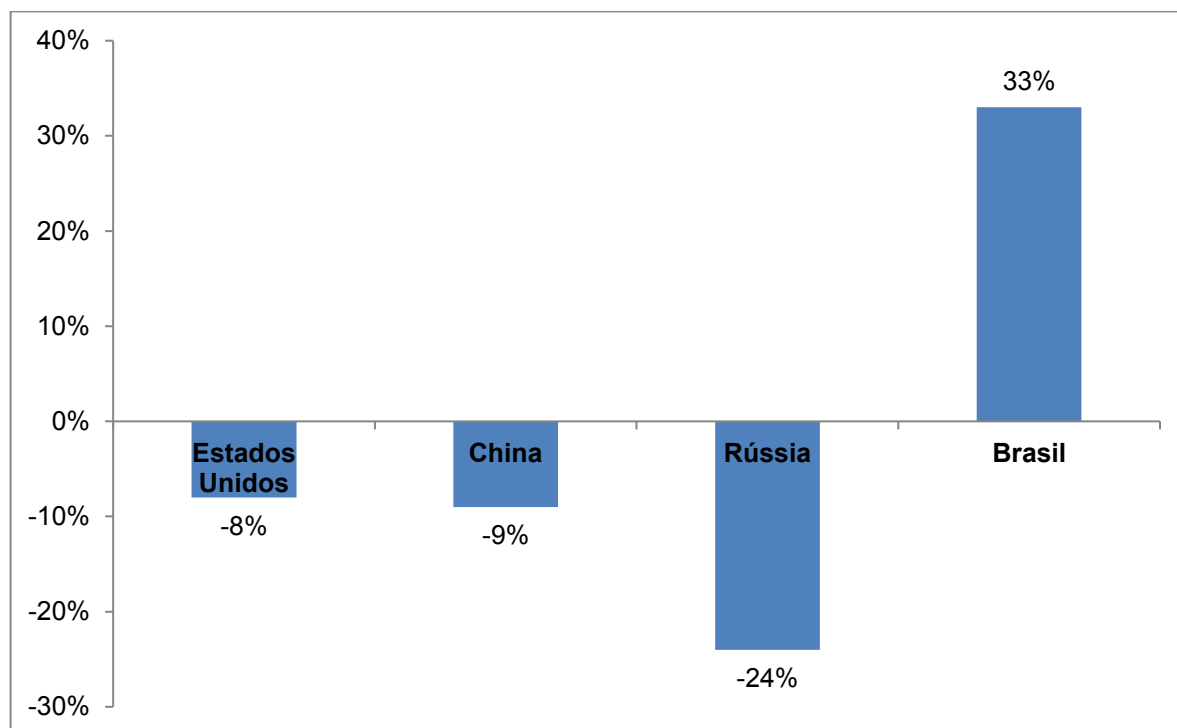
Pelos dados constantes na Tabela 3, observe-se que, apesar de os Estados Unidos serem o país com a maior população carcerária do mundo e a Rússia o país com a terceira maior, a taxa de ocupação deles é bem menor que a do Brasil. Enquanto os estabelecimentos prisionais russos operam aquém de sua capacidade, com cerca de 94,20% de ocupação, os estabelecimentos dos Estados Unidos operam apenas um pouco acima da capacidade permitida (102,70%). Já o Brasil possui a quinta maior taxa de ocupação entre os países listados (161%), o que gera um preocupante *déficit* de 231.062 vagas no sistema carcerário, consoante já demonstrado na Tabela 3.

Além disso, destaca-se o percentual de presos provisórios do Brasil. Do total de pessoas privadas de liberdade no país, aproximadamente quatro entre dez (41%) estavam presas sem ainda terem sido julgadas.

Considerando dados disponibilizados por 25 Estados da federação brasileira (Ceará, Alagoas, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Paraíba, Amazonas, Bahia, Pernambuco, Espírito Santo, Acre, Tocantins, Amapá, Santa Catarina, Pará, Minas Gerais, Sergipe, Maranhão, Goiás, Roraima, Piauí, Rondônia, Distrito Federal, Rio de Janeiro), o levantamento divulgado pelo DEPEN do Ministério da Justiça estima que, nas unidades prisionais dos Estados que informaram seus dados, cerca de 60% dos presos provisórios estão custodiados há mais de noventa dias aguardando julgamento (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

O Ministério da Justiça também divulgou a variação da taxa de aprisionamento dos quatro países com a maior população carcerária do mundo entre os anos de 2008 a 2014, conforme a Figura 2.

Figura 2 – Variação da taxa de aprisionamento dos quatro países com maior população carcerária do mundo entre os anos de 2008 a 2014



Fonte: Ministério de Justiça (2014, p. 14).

A variação da taxa de aprisionamento brasileira segue tendência contrária à dos demais países. Enquanto estes vêm reduzindo seu ritmo de encarceramento, o

Brasil vem aumentando seu ritmo; assim, estima-se que, mantida esta tendência, a população carcerária brasileira ultrapassará a da Rússia em 2018.¹²

É fato que, para a solução do problema de falta de vagas no sistema penitenciário brasileiro, são necessários investimentos públicos na construção de novos estabelecimentos prisionais.

Porém não há que se negar que a aplicação desnecessária da prisão em flagrante aos contraventores que praticam o fato criminoso no âmbito da Lei Maria da Penha contribui para agravar a situação de superlotação carcerária, sobrecarregando e onerando o sistema penitenciário e o sistema de justiça criminal como um todo. Ainda que esses contraventores não permaneçam encarcerados no futuro (tendo-se em vista que não será possível ao magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva), após a lavratura do APFD, sem pagamento da fiança, eles darão entrada em unidades prisionais e só serão desligados posteriormente.

Dessa forma, a aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos contraventores que praticam o fato no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, com a consequente lavratura do TCO e manutenção do infrator em liberdade, contribui para o uso racionalizado da pena privativa de liberdade, que deve ser buscado pelo Estado, considerando-se os altos custos financeiros¹³ e sociais que o cárcere gera.

Ainda que o Estado invista na construção de unidades prisionais, se não investir também em uma maior implementação de medidas descarcerizadoras que promovam a solução pacífica de conflitos, tais como o TCO direcionado aos Juizados Especiais Criminais, não será possível conter os avanços do encarceramento no país e garantir o equilíbrio entre o número de vagas nos estabelecimentos prisionais e o número de pessoas encarceradas.

¹² Projeção feita pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

¹³ A título de demonstração, conforme noticiado pela Agência Brasil – EBC (Empresa Brasil de Comunicação), na ocasião da inauguração em Minas Gerais do primeiro complexo penitenciário do Brasil construído e administrado por empresas particulares, através de uma parceria público-privada (PPP), a empresa vencedora da licitação, responsável pela construção e administração da penitenciária, vai auferir o ganho mensal de R\$ 2.700,00 por preso, segundo informações da Secretaria de Defesa Social do Estado de Minas Gerais (SEDS). A Secretaria ainda informou que o custo mensal médio por detentos das outras unidades prisionais do Estado é cerca de R\$ 2.800,00. (ALEX, 2013)

Afastar a possibilidade de aplicação da Lei dos Juizados Especiais às contravenções praticadas no contexto da Lei Maria da Penha poderá facilitar a prescrição de inquéritos e processos, pois o procedimento sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados é muito mais célere que os procedimentos previstos no Código de Processo Penal. Além disso, a Lei dos Juizados prevê a adoção de medidas que evitam a continuação do processo, solucionando pacificamente o conflito. Nesse sentido, manifesta-se Rômulo de Andrade Moreira em artigo publicado sobre tema:

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). (MOREIRA, 2012).

Dados do último diagnóstico da violência doméstica e familiar contra a mulher em Minas Gerais, referente aos anos 2013 a 2015, realizado pelo Centro Integrado de Informações de Defesa Social do Estado de Minas Gerais, em março de 2016, demonstram que foram registradas em Belo Horizonte, no período compreendido entre o primeiro semestre de 2013 até o segundo semestre de 2015, 15.136 ocorrências policiais de violência doméstica. Em Contagem, nesse mesmo período, foram registradas 10.842 ocorrências. E em todo o Estado de Minas Gerais contabilizaram-se 129.054 ocorrências.

Estes números indicam que o volume de inquéritos policiais para investigação de crimes e contravenções penais praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher é bastante alto em todo o Estado, apontando também que o risco de prescrição de alguns casos é elevado, tendo-se em vista que a aparelhagem estatal disponibilizada para a conclusão desses inquéritos e julgamento desses processos judiciais é deficitária.

Em entrevista publicada pelo Jornal Estado de Minas, em 2 de junho de 2016, a Superintendente da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Desembargadora Evangelina Castilho Duarte, discorre sobre a falta de estrutura para julgamento dos processos de violência doméstica e familiar contra a mulher em Minas Gerais, e afirma que é preciso ampliar o número de varas e órgãos especializados, tais como as delegacias especializadas de atendimento à mulher, e aumentar o corpo técnico,

realizando-se concursos públicos para a nomeação de juízes, delegados e muitos outros profissionais, a fim de diminuir a morosidade no julgamento dos processos (LOPES, 2012).

O risco de prescrição poderia ser minimizado com a aplicação da Lei dos Juizados Especiais às contravenções penais praticadas no âmbito da Lei Maria da Penha, tendo-se em vista a maior celeridade do procedimento sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados Especiais.

A imposição da prisão em flagrante para os contraventores que praticam o fato típico no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher também gera tratamento desigual entre contraventores que praticam as mesmas contravenções penais, só que em contextos diferentes, ferindo o princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da CRFB/1988.

Pela atual sistemática, trazida pela jurisprudência, o agente que durante discussão parte para as vias de fato contra uma amiga, não ficará preso em flagrante, pois será processado e responsabilizado perante o Juizado Especial Criminal, ao passo que o agente que praticar a mesma contravenção penal contra sua companheira, namorada, esposa ou contra outra pessoa do sexo feminino integrante de sua família será autuado em flagrante delito.

Dispondo sobre este tratamento diferenciado, Moreira (2012) exemplifica que uma injúria praticada contra a mulher no contexto de violência doméstica e familiar não será considerada infração penal de menor potencial ofensivo por força do disposto no artigo 41 da Lei Maria da Penha; enquanto uma lesão corporal leve (crime que prevê pena duas vezes maior que a pena prevista para o crime de injúria), praticada contra um idoso ou uma criança (que também mereceram tratamento diferenciado do nosso legislador, nos termos da Lei nº 10.741/2003 e Lei nº 8.069/1990), será considerada crime de menor potencial ofensivo.

No primeiro caso, o autor da injúria será preso e autuado em flagrante, responderá a inquérito policial e haverá queixa-crime, se a vítima assim o desejar. Já no segundo caso, o agressor não será autuado em flagrante, será lavrado um simples TCO, ele terá a oportunidade de realizar a composição civil dos danos, a transação penal e poderá lhe ser concedida a suspensão condicional do processo, nos termos dos artigos 69, 74, 76 e 89 da Lei nº 9.099/1995.

O princípio constitucional da igualdade ou isonomia estabelece que é vedado à lei e ao seu intérprete estabelecer tratamento diferenciado entre as pessoas

(igualdade formal, prevista no artigo 5º, *caput*, da CRFB/1988), a não ser que o tratamento diferenciado seja essencial para garantir a própria igualdade, visto que só haverá igualdade de fato se algumas desigualdades existentes entre os indivíduos forem compensadas, tratando-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades (igualdade material), conforme preconizado por Aristóteles.

Dessa forma, é possível que exista uma tutela penal diferenciada para hipossuficientes, mas sem máculas à CRFB/1988 e aos princípios dela decorrentes e inafastáveis (MOREIRA, 2012).

A regra prevista pela Constituição é no sentido de que se privilegie a igualdade, somente sendo possível a diferenciação entre as pessoas em situações realmente necessárias, compatíveis com os fins visados pela ordem constitucional.

Não se nega que as mulheres ainda se encontram em situação de hipossuficiência decorrente da discriminação de gênero e cultura machista existente no país, e por isso a elas deve ser garantido tratamento diferenciado.

Porém, no caso específico dos contraventores que praticam o fato típico no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, a diferenciação, que nem sequer decorre da Lei (visto que o artigo 41 da Lei Maria da Penha refere-se tão somente aos crimes, sem mencionar as contravenções), foi realizada à custa de um desvirtuamento da dogmática penal-constitucional, tendo os julgadores, como intérpretes da lei, estabelecido a diferenciação por analogia, sem observar que em matéria penal a aplicação extensiva da lei a casos de que esta não cogita não pode implicar prejuízo ao acusado, restringindo direitos fundamentais.

Ao estabelecer diferenciações, a fim de equilibrar os interesses em sociedade, deve se ter em mente que:

[...] 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 (GUERRA FILHO, 1999, p. 46)

Essa diferenciação, no entanto, se mostra desproporcional, pois pode ocasionar a privação do direito de liberdade do indivíduo em razão da prática de infração penal de ínfimo potencial ofensivo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, foi criada com o escopo de eliminar a tolerância com relação à violência doméstica e familiar contra a mulher e dar concretude aos Tratados Internacionais atinentes ao tema e ao disposto no artigo 226, parágrafo 8º, da CRFB/1988, que estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, devendo este criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Tão logo foi editada, a Lei nº 11.340/2006 passou a ser popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, em razão de um episódio de violência doméstica ocorrido em 1983, em que a vítima, denominada Maria da Penha, foi alvejada por um tiro de espingarda desferido por seu marido e ficou paraplégica.

Somente em setembro de 2002, transcorridos mais de 19 anos da prática do crime, o marido da Sra. Maria da Penha foi finalmente preso, após o trânsito em julgado da condenação judicial, que determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade pelo período de 10 anos e seis meses, tendo ele cumprido, entretanto, apenas dois anos da pena total aplicada em regime fechado.

Em razão da morosidade do processo e da ausência de punição adequada, o fato ocorrido com a Sra. Maria da Penha foi levado ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), que solicitou informações sobre o caso ao Estado Brasileiro, porém o Governo do Brasil se manteve inerte, não tendo prestado os esclarecimentos solicitados pela Comissão.

Diante da ausência de resposta por parte do Governo Brasileiro, a Comissão aplicou ao caso o artigo 39 do seu Regulamento, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados pela vítima, Sra. Maria da Penha, e elaborou o Relatório nº 54/2001. Nele realizou profunda análise do fato denunciado e um diagnóstico acerca do tratamento dado à violência contra as mulheres em nosso País, apontando diversas falhas cometidas pelo Estado Brasileiro no cumprimento de Tratados Internacionais relacionados ao tema e ratificados pelo Brasil, recomendando que fosse eliminada a tolerância com a violência doméstica e familiar contra as mulheres no País.

Referido Relatório serviu como importante instrumento para que os Poderes Públicos direcionassem sua atenção para o tema da violência contra as mulheres e culminou na criação da Lei nº 11.340/2006.

Em consonância com os objetivos de máxima repressão e rigor punitivo trazidos pela Lei Maria da Penha, seu artigo 41 estabelece que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não se aplica a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.009/1995).

Porém, apesar de o referido artigo mencionar apenas a palavra “crimes”, a jurisprudência atual dos Tribunais Superiores (STF e STJ) adota o entendimento de que, à luz da finalidade da norma, a vedação de aplicação da Lei dos Juizados Especiais também deve ser estendida às “contravenções” praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Consoante demonstrado no Capítulo 4, crimes e contravenções são institutos distintos, adotando o Brasil a classificação bipartida ou dicotômica das infrações penais, segundo a qual as condutas puníveis dividem-se em crimes ou delitos (sinônimos) e contravenções, que são as espécies do gênero infrações penais.

Dessa forma, verificou-se que, ao aplicar o artigo 41 da Lei Maria da Penha às contravenções praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, a jurisprudência fez uso do recurso da analogia, que consiste em se aplicar um dispositivo legal a uma situação semelhante por ele não prevista.

Para além de se realizar uma interpretação teleológica da Lei Maria da Penha, a jurisprudência criou, por analogia, uma proibição para as contravenções praticadas no contexto de violência doméstica contra a mulher que a lei não previu, suprindo-se lacuna existente.

Não há que se falar que as decisões jurisprudenciais utilizaram-se do recurso da interpretação extensiva para aplicar às contravenções a proibição existente com relação aos crimes. Isso porque o vocábulo “crimes” não possui sentido dúbio nem mais amplo, pois o sentido amplo só poderia ser extraído dos vocábulos infrações penais (gênero que comporta duas espécies: crimes e contravenções), mas o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006 fez menção à palavra “crimes” e não à palavra infrações.

A interpretação extensiva somente é aplicável quando é possível ampliar o sentido de uma expressão e não quando se aplica a duas situações distintas e semelhantes a mesma sistemática.

Ocorre que, em matéria penal, a utilização da analogia não pode ocasionar prejuízos ao acusado, sob pena de configurar a chamada analogia *in malam partem*, cuja aplicação é vedada.

Assim, observou-se que o entendimento jurisprudencial atual do STF e do STJ representa a adoção da analogia *in malam partem*, pois a não aplicação do procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais, previsto na Lei nº 9.099/1995, ocasiona graves prejuízos ao contraventor, pois dá ensejo a sua prisão em flagrante e impede a concessão de medidas despenalizadoras benéficas (transação penal, suspensão condicional do processo e composição civil dos danos).

Além disso, consoante explicitado no item 7.2, o princípio da proporcionalidade, consagrado implicitamente na CRFB/1988, e o seu subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelecem, respectivamente, que deve haver um equilíbrio entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada, devendo a lei estipular penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito cometido, e que a medida cautelar aplicada no curso das investigações ou do processo não pode ser mais gravosa que a sanção penal que será aplicada no julgamento final da ação penal.

Face à proporcionalidade em sentido estrito, a prisão provisória jamais poderia ser decretada quando a infração nem sequer admitisse a aplicação da pena privativa de liberdade em regime fechado, como ocorre com as contravenções penais, visto que o artigo 6º da Lei das Contravenções Penais estabelece que a pena de prisão simples (aplicável às contravenções) deve ser cumprida em regime semiaberto ou aberto.

As contravenções penais são infrações penais punidas com penas baixas e que retratam situações consideradas bem menos graves que os crimes, de forma que a imposição da prisão em flagrante em tais casos se mostra desproporcional, ferindo, portanto, o princípio da proporcionalidade, pois a reprimenda que estará sendo aplicada ao infrator não é condizente com a gravidade da infração penal praticada.

Ademais, conclui-se que a prisão em flagrante dos contraventores na fase de investigação representa um mal bem maior do que aquele que, possivelmente, poderá ser infligido ao acusado quando do término do processo penal, sendo, portanto, uma medida desproporcional em consonância com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Deve-se levar em consideração ainda que a aplicação do princípio da proporcionalidade impõe que se observe a ocorrência ou não da progressão da violência. Assim, a princípio, não se deve adotar medidas drásticas, como a prisão,

se o agressor tiver praticado contravenções penais contra a mulher, devendo a sanção penal ser maior à medida que as condutas praticadas pelo agente contra a vítima se tornem mais graves, demonstrando que a represália aplicada pelos Juizados Especiais Criminais se mostrou insuficiente para evitar novas práticas criminais.

Assim, a pesquisa também concluiu que mais razoável e condizente com os ditames do princípio constitucional da proporcionalidade seria a aplicação da Lei dos Juizados Especiais às contravenções penais praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, a fim de se evitar a prisão em flagrante dos acusados, através da lavratura do TCO.

Por mais louváveis que sejam os objetivos da Lei Maria da Penha, não se pode perder de vista que esta Lei, assim como qualquer outra, deve ser aplicada em consonância com o sistema de princípios e garantias da dogmática penal, que estabelece a vedação da aplicação da analogia *in malam partem* e a observância do princípio da proporcionalidade, o que não ocorre quando se adota o atual entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores.

Por fim, o trabalho abordou outros aspectos considerados relevantes para o debate acerca do tema da pesquisa, quais sejam: contribuição do entendimento jurisprudencial atual do STF e do STJ para o agravamento do quadro de *déficit* de vagas do sistema prisional brasileiro e para o incremento do risco de prescrição de inquéritos e processos; e a ocorrência de tratamento desigual e mais gravoso aos contraventores que praticam o fato típico em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Com relação à contribuição do entendimento jurisprudencial atual para o agravamento do quadro de *déficit* de vagas do sistema prisional brasileiro, concluiu-se que, ainda que o Estado invista na construção de unidades prisionais, se não investir também em uma maior implementação de medidas descarcerizadoras que promovam a solução pacífica de conflitos, tais como o TCO direcionado aos Juizados Especiais Criminais, não será possível conter os avanços do encarceramento no país e garantir o equilíbrio entre o número de vagas nos estabelecimentos prisionais e o número de pessoas encarceradas.

Com relação ao incremento do risco de prescrição de inquéritos e processos, concluiu-se que, tendo em vista que a aparelhagem estatal disponibilizada para a conclusão dos inquéritos e julgamento dos processos judiciais relacionados à

violência doméstica contra a mulher é deficitária, afastar a possibilidade de aplicação da Lei dos Juizados Especiais para as contravenções praticadas no contexto da Lei Maria da Penha poderá facilitar a prescrição destes inquéritos e processos, pois o procedimento sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados é muito mais célere que os procedimentos previstos no Código de Processo Penal. Além disso, a Lei dos Juizados prevê a adoção de medidas que evitam a continuação do processo, solucionando pacificamente o conflito.

Ao final, concluiu-se que a imposição da prisão em flagrante para os contraventores que praticam o fato típico no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher também gera tratamento desigual entre contraventores que praticam as mesmas contravenções penais, só que em contextos diferentes, ferindo o princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da CRFB/1988. Essa imposição pode ocasionar o desproporcional encarceramento de muitos contraventores, em razão da prática de infração penal de ínfimo potencial ofensivo.

REFERÊNCIAS

- ALEX, Rodrigues. Primeira penitenciária privada do país começa a funcionar em Minas Gerais. **Agência Brasil**, 18 jan. 2013. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-01-18/primeira-penitenciaria-privada-do-pais-comeca-funcionar-em-minas-gerais>>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BASTOS, João José Caldeira. Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológica. **E-gov**, 4 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13481-13482-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2016.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.501/2012**. Dispõe sobre a repressão à violência contra a mulher, alterando dispositivos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha, e dá outras providências. Apresentado em 9 out. 2012a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3E9F791F9C0EBE4F14B4A218C058F6E8.proposicoesWeb1?codteor=1029618&filename=PL+4501/2012>. Acesso em: 13 jul. 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2016.
- BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, 26 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 13 abr. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940. 4 nov. 1940b. **Diário das Leis**. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>> Acesso em: 20 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 703.829/MG. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. **Diário Oficial da União**, 16 nov. 2015a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53725745&num_registro=201501102972&data=20151116&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 102.571/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário Oficial da União**, 3 ago. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5153902&num_registro=200900102920&data=20090803&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 136.732/MS. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário Oficial da União**, 12 ago. 2011a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5153902&num_registro=200900102920&data=20090803&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 13 jul. 2016.

uencial=16427632&num_registro=200900955439&data=20110812&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 180.353/MS. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. **Diário Oficial da União**, 29 nov. 2010a. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=12987980&num_registro=201001364803&data=20101129&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 11 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 188.767/MS. Relator: Ministra Maria Theresa de Assis Moura. **Diário Oficial da União**, 20 fev. 2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=26844613&num_registro=201001985853&data=20130220&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 198.737/MS. Relator: Ministro Campos Marques. **Diário Oficial da União**, 26 nov. 2012b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=25425122&num_registro=201100424389&data=20121126&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 207.978/MS. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário Oficial da União**, 13 abr. 2012c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=21139957&num_registro=201101219296&data=20120413&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 244.623/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. **Diário Oficial da União**, 29 mai. 2015b. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=48138138&num_registro=201201151451&data=20150529&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 280.788/RS. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. **Diário Oficial da União**, 22 abr. 2014a. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=34521101&num_registro=201303595529&data=20140422&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 282.842/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. **Diário Oficial da União**, 10 abr. 2014b. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=34297915&num_registro=201303857841&data=20140410&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 121.428/RJ. Relator: Ministro Castro Meira. **Diário Oficial da União**, 16 ago. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1239205&num_registro=199700140407&data=20040816&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 8 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1.111.566/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Diário Oficial da União**, 4 set. 2012d. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21563288&num_registro=200900250862&data=20120904&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 47.253/MS. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 17 dez. 2014c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42449469&num_registro=201400944196&data=20141217&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 440, de 28 abril de 2010. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. **DJe**, 13 maio 2010b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=440&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 7 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 536, de 10 de junho de 2015. A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. **DJe**, 15 jun. 2015c. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=536&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 2 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4424/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário Oficial da União**, 9 fev. 2012e. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 19/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário Oficial da União**, 9 fev. 2012f. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106.212/MS. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário Oficial da União**, 13 jun. 2011b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 718, de 24 setembro de 2003. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena

aplicada. **DJ**, 9 out. 2003a. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=718.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 719, de 24 de setembro de 2003. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. **DJ**, 9 out. 2003b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=719.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.

CARVALHO, Marcia Haydée Porto de. Instituição da suspensão condicional do processo nos casos de violência doméstica contra a mulher a partir da alteração da lei Maria da Penha: por uma alternativa menos rigorosa baseada na conciliação para enfrentar esse mal. *In*: BRAGA, Romuldo Rhemo Palitot; GUERRA, Amparo Martínez (Orgs.). **III Encontro de internacionalização do CONPEDI**: Madrid / Espanha. Madrid: Ediciones Laborum, 2015. v. 10. p. 156-172.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutiroes-da-cidadania/manualmariadapenha.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUCLERC, Elmir. Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: diagnóstico crítico e alternativa de superação. **Revista Brasileira de Ciências Criminas - IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 64, jan.-fev. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal – o criminoso e o crime**. Tradução Lemos d'Oliveira. Campinas: Russell, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. t. II.

IBDFAM. **A violência contra as mulheres é um problema de todos, diz especialista**. Publ. 11 set. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5141/A+viol%C3%Aancia+contra+as+mulheres+%C3%A9+um+problema+de+todos,+diz+especialista>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

LEMGRUBER, Julita. A mulher e o sistema de justiça criminal – algumas notas. **Revista Brasileira de Ciências Criminas - IBCCRIM**, São Paulo, n. 36, out-dez 2001. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revista/capa.php?rev_id=29> Acesso em: 27 jun. 2016.

LOPES, Valquíria. Notícias. Estrutura para julgar violência contra a mulher é deficiente em Minas. **Jornal Estado de Minas**, Belo Horizonte, 2 jun. 2016. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2016/06/02/interna_gerais,768493/estrutura-para-julgar-violencia-contra-a-mulher-e-deficiente-em-minas.shtml> Acesso em: 19 jul. 2016.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINAS GERAIS. Centro Integrado de Informações de Defesa Social. Diagnóstico da violência doméstica e familiar contra a mulher em Minas Gerais 2013-2015. Belo Horizonte: CINDS, 2016a. Disponível em: <http://www.seds.mg.gov.br/images/Diagnostico_Mulheres/Diagnostico_mulher_completo.pdf> Acesso em 12 jul. 2016.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social. Notícias. **SEDS apresenta diagnóstico sobre a situação das unidades prisionais de Minas**. 10 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.seds.mg.gov.br/component/gmg/story/2585-seds-apresenta-diagnostico-sobre-a-situacao-das-unidades-prisionais-de-minas>>. Acesso em: 6 jul. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição nº 1.0000.12.107974-3/000. Relator: Desembargador Catta Preta. **Diário Oficial do Estado**, 28 jan. 2013. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?numVerificador=10000121079743000201331733>> Acesso em: 19 nov. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição nº 1.0000.14.062807-4/000. Relator: Desembargador Sálvio Chaves. **Diário Oficial do Estado**, 7 jan. 2014a. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?numVerificador=1000014062807400020141244940>> Acesso em: 19 nov. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 1.0000.14.010976-0/000. Relator: Desembargador Alberto Deodato Neto. **Diário Oficial do Estado**, 4 abr. 2014b. Disponível em:

<<http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?numVerificador=100001401097600002014332499>> Acesso em: 15 jul. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 1.0000.14.021567-4/000. Relator: Desembargador Paulo Calmon Nogueira da Gama. **Diário Oficial do Estado**, 22. maio 2014c. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?numVerificador=100001402156740002014527310>> Acesso em: 15 jul. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 1.0000.15.096675-2/000. Relator: Desembargador Nelson Missias de Moraes. **Diário Oficial do Estado**, 22. jan. 2016b. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?numVerificador=1000015096675200020151662804>> Acesso em: 15 jul. 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Depen. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN** – Junho 2014. Brasília: Ministério da Justiça; DEPEN, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 6 jul. 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O STF e a Lei Maria da Penha: uma lamentável decisão. **E-gov**, 22 out. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-stf-e-lei-maria-da-penha-uma-lament%C3%A1vel-decis%C3%A3o>>. Acesso em 10 jul. 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NORONHA, E. Magalhães. Da natureza jurídica das contravenções. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 53-62, 1966.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2015a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015b. v.1.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**, “Convenção de Belém do Pará”. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** – Parte Geral e Parte Especial. 14. ed. rev. atual e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REALE JUNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína Conceição (Org.). **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal** — Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. Violência doméstica e familiar – crime e castigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais IBCCRIM**, São Paulo, ago. 2006. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigos/2006/08>>. Acesso em: 6 jul. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Varas Judiciais Especializadas da Capital. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conheca-o-tjmg/estrutura-organizacional/atendimento-a-mulher/centro-de-atendimento-a-mulher-cim/>> Acesso em: 20 jul. 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – Parte Geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANEXO – ACÓRDÃOS PESQUISADOS