

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

**ANÁLISE CRÍTICO-REFLEXIVA DA EXEGESE JURISPRUDENCIAL DA
INAPLICABILIDADE DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS ÀS
CONTRAVENÇÕES PENAIS PRATICADAS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA
PENHA**

**CRITICAL ANALYSIS AND REFLECTION ON THE JURISPRUDENTIAL
UNDERSTANDING REGARDING THE INAPPLICABILITY OF THE SMALL
CLAIMS COURT LAW TO MISDEMEANORS COMMITTED UNDER THE MARIA
DA PENHA LAW**

**Marina Cardoso Nascimento Monteiro de Castro
Luís Carlos Balbino Gambogi**

Resumo

O artigo 41 da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como 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 contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Diante disto, considerando que crimes e contravenções são institutos distintos, este artigo tem como escopo fazer análise crítico-reflexiva do entendimento jurisprudencial atual adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o artigo 41 da Lei 11.340/06 também é aplicável às contravenções penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher. O problema a ser discutido gira em torno da compatibilidade deste entendimento jurisprudencial com o sistema de princípios e garantias da dogmática penal, que estabelece a vedação da aplicação da analogia in malam partem, visto que a adoção do procedimento do Juizado é medida benéfica ao réu. Utilizando-se preponderantemente a pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias e legislações, e também consultas jurisprudenciais; pretende-se apresentar as atualidades e evoluções do tema e a tendência que se destaca, com o objetivo de se demonstrar que a jurisprudência tem se equivocado na aplicação do instituto da analogia em matéria penal. Serão adotadas como marcos teóricos as assertivas feitas por Claus Roxin (1997) e Cezar Roberto Bitencourt (2011), no sentido de que a norma de natureza penal deve ser bem delimitada em seu conteúdo e que a analogia, como forma de integração do ordenamento jurídico, fundamenta-se no preenchimento de lacuna existente em determinado dispositivo legal, não podendo implicar prejuízo ao réu no âmbito do direito penal. O estudo do tema justifica-se pela relevância do assunto, que tem gerado intensas discussões entre os profissionais da área jurídica e tratamento desigual e mais gravoso para os contraventores que praticam o fato típico em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, provocando o desproporcional encarceramento de muitos contraventores. Ao final do trabalho, conclui-se que a exegese adotada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido de não aplicar a Lei 9.099/95 às contravenções penais praticadas no âmbito da Lei

Maria da Penha, não é condizente com o sistema de princípios e garantias da dogmática penal, pois configura adoção da analogia in malam partem, cuja aplicação é vedada em matéria penal.

Palavras-chave: Lei maria da penha, Artigo 41, Contravenções penais, Jurisprudência, Princiologia penal, Analogia in malam partem

Abstract/Resumen/Résumé

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 context of domestic violence. In view of this and taking into account that felonies and misdemeanors are different in nature, this article 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 11.340/06 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, since the adoption of the small claims court procedure is beneficial to the defendant. To show that the current jurisprudential understanding is not correct in applying analogy to criminal matters, the state-of-the-art, evolution and trends on the subject are presented in this article, resulting from an extensive literature review in doctrinal sources, legislation and jurisprudence. Statements made by Claus Roxin (1997) and Cezar Roberto Bitencourt (2011) are used as theoretical framework. They stated that the norm of criminal nature must be clearly delimited in its content and that analogy as a means of integrating the legal system is based on filling an existing gap in a certain legal provision and cannot cause prejudice to the defendant under the criminal law. 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. The conclusion in the end is that the understanding of Brazilian Superior Courts not to apply the law 9,099/95 to misdemeanors committed under the Maria da Penha law is not consistent with the system of principles and guarantees of Criminal Dogmatics, as it represents the adoption of in malam partem analogy, which is forbidden in criminal matters.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Maria da penha law, Article 41, Criminal misdemeanor, Jurisprudence, Criminal principles, In malam partem analogy

1 – INTRODUÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO

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 as leis 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, “[...] pode-se afirmar que as lacunas são imanentes às codificações” (NADER, 2011, p. 191).

E como meio para a realização da integração, a analogia consiste em se aplicar para situação não prevista no ordenamento jurídico a solução apresentada para situação fundamentalmente 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 a analogia quando benéfica ao réu, ou seja, em matéria penal, a supressão de lacunas por intermédio da analogia só pode ocorrer nas situações em que não represente agravamento da situação do infrator sendo, portanto, vedada a utilização da chamada analogia *in malam partem*, em consonância com os princípios da legalidade, da reserva legal (artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e artigo 2º do Código Penal) e da taxatividade.

No entanto, verifica-se que no tocante à aplicação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais), às contravenções penais praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem aplicado o instituto da analogia de forma diferente, não observando os pressupostos fundamentais que regem sua aplicação no campo específico do direito penal.

O artigo 41 da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, veda a aplicação da Lei 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Observe-se que o artigo 41 da Lei 11.340/2006 menciona a palavra “crimes” que não se confunde com a palavra “contravenções”, dado que crimes e contravenções são espécies distintas do gênero infração penal.

Contudo, não obstante esta distinção, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça adotam o entendimento de que o artigo 41 da Lei 11.340/2006 também é aplicável quando se tratar de contravenções penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher, ocasionando prejuízos para os contraventores, visto que

o procedimento dos Juizados Especiais se mostra mais benéfico ao réu do que o procedimento previsto no Código de Processo Penal, principalmente porque o procedimento do Juizado prevê a elaboração do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), sem a imposição da prisão em flagrante, e a aplicação de medidas despenalizadoras, tais como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Diante disto, o objetivo do presente trabalho é analisar se este entendimento que tem sido adotado em decisões dos Tribunais Superiores é condizente 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 e da proporcionalidade.

Utilizando-se preponderantemente a pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias e legislações, e também consultas jurisprudenciais; pretende-se apresentar as atualidades e evoluções do tema e a tendência que se destaca, com o objetivo de se demonstrar que a jurisprudência tem se equivocado na aplicação do instituto da analogia em matéria penal.

Serão adotadas como marcos teóricos as assertivas feitas por Claus Roxin (1997) e Cezar Roberto Bitencourt (2011), no sentido de que a norma de natureza penal deve ser bem delimitada em seu conteúdo e que a analogia, como forma de integração do ordenamento jurídico, fundamenta-se no preenchimento de lacuna existente em determinado dispositivo legal, não podendo implicar prejuízo ao réu no âmbito do direito penal.

O presente tema demonstra-se de grande relevância, visto que tem ocasionado intensas discussões entre os profissionais da área jurídica e tratamento desigual e mais gravoso para os contraventores que praticam o fato típico no âmbito da Lei Maria da Penha, provocando o desproporcional encarceramento de muitos contraventores.

Primeiramente a pesquisa disporá sobre o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher e sobre os conceitos de analogia no direito brasileiro e no direito penal. Em seguida abordará a distinção entre crimes e contravenções.

Por fim, será feita a análise da aplicação jurisprudencial do artigo 41 da Lei 11.340/06 às contravenções penais praticadas no âmbito da Lei Maria da Penha, com o fim de se concluir que a exegese adotada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores não é condizente com o sistema de princípios e garantias da dogmática penal, pois configura adoção da analogia *in malam partem*, cuja aplicação é vedada em matéria penal.

2 – CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

O artigo 5º da Lei 11.340/06 estabelece que 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 no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

Assim, conceitua-se a violência doméstica e familiar contra a mulher como sendo a violência baseada no gênero, que é aquela violência fundamentada em discriminação e preconceito, praticada contra vítima vulnerável, com a finalidade específica de objetá-la, retirando-lhe direitos.

Além disso, a Lei disciplina que essa violência pode ser cometida no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

A 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, 2012).

O âmbito da família compreende pessoas ligadas por vínculo jurídico de natureza familiar em razão de parentesco (em linha reta ou por afinidade) ou em razão de vontade expressa (adoção), com ou sem coabitação. Diante disto, tem-se que a Lei se estende à sogra e não se limita somente à esposa, companheira ou amante, aplicando-se também à filha, à neta, à avó ou qualquer outra parente do sexo feminino, mesmo que por afinidade, que mantenha vínculo familiar com o agressor.

É o que se extrai dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento dos Conflitos de Jurisdição ns. 1.0000.14.062807-4/000 e 1.0000.12.107974-3/000, julgados respectivamente em 7 de janeiro de 2014 e 28 de janeiro de 2013:

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, 2014).

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).

Por qualquer relação íntima de afeto, se entende qualquer relacionamento estreito entre duas pessoas, fundado no sentimento de afeto, confiança e amor, no qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação, na forma prevista no artigo 5º, inciso III.

3 – 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. Carnelutti (2006), tradicionalmente seguido pela doutrina, distingue a auto integração, que se realiza através do aproveitamento de elementos contidos no próprio ordenamento, da hetero integração, que se realiza através de recursos obtidos fora do ordenamento, como no caso em que se recorre a regras estrangeiras¹. No sistema jurídico nacional, a integração se processa pela analogia e pelos princípios gerais do direito. Trataremos a seguir sobre a analogia no direito brasileiro.

O artigo 4º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (Decreto-Lei 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 in Angher, 2011). 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 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 regulamentados. Foi usada largamente em todos os tempos (BOBBIO, 1997, p. 151).

¹ Miguel Reale (2005, 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”.

De fato, o recurso à analogia não é recente. No direito romano ela já era aplicada como recurso supletivo de lacunas.

No entanto, 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 necessário 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, dispõe 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”² (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, 2011, p. 195).

Para elucidar o acima exposto, Bobbio (1997) cita o seguinte exemplo. Determinada lei de um Estado norte americano estipula 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 semelhança visual entre livros obscenos e livros policiais, mas trata-se de semelhança não relevante, porque o que tem 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 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 lacuna através de outro dispositivo legal previsto para caso semelhante, ao passo que na interpretação extensiva, não há qualquer lacuna a ser preenchida através de outra lei, pois

² 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.

apenas se amplia o sentido de uma norma prevista, dando aos vocábulos usados pelo legislador sentido mais amplo, revelando o que a própria norma implicitamente contém.

Através da interpretação extensiva busca-se fixar o sentido da lei, ao passo que através da 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 nos casos em que uma lei dispõe de forma expressa que, além dos casos por ela exemplificados, o seu preceito se aplica a outras hipóteses análogas. Podemos citar como exemplo o dispositivo do artigo 121, § 2º, inciso 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, 1995 in Angher, 2011).

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 sequer é uma atividade interpretativa. A analogia é forma de integração do sistema jurídico e não de interpretação deste. Neste 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, 2012, p. 195).

Porém, o recurso à analogia não é ilimitado. Consoante leciona Cezar Roberto Bitencourt (2012), 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 o caráter impositivo e restritivo dessas leis 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.

4 – ANALOGIA NO DIREITO PENAL

Em matéria penal, o poder punitivo Estatal é limitado pelo princípio da legalidade que é considerado princípio fundamental do Direito Penal, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil e no artigo 2º do Código Penal Brasileiro.

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 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 pelo princípio de legalidade e, dada a gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão dos delitos, esta 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 Constituição Brasileira 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 aos primados 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, 2012, p. 49).

E para que o princípio da legalidade cumpra efetivamente a sua finalidade de estabelecer quais são as condutas que configuram crimes e quais as sanções 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).

Dispondo sobre o princípio da taxatividade, Luiz Luisi (2003) nos 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.

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 contrário senso, portanto, não se admite a aplicação da chamada *analogia in malam partem*, que resulta em prejuízo para o infrator.

Discorrendo sobre o tema, Eugênio Raúl Zaffaroni (2003) menciona que o princípio da taxatividade, por ele chamado de princípio da máxima taxatividade legal e interpretativa, incide no âmbito interpretativo por meio da proibição absoluta da analogia *in malam partem*, dispondo 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 que o juiz recorra à analogia no campo do direito civil, que exige 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, 2003, p. 209).

No tocante à interpretação extensiva, a doutrina diverge com relação à sua aplicação nas normas incriminadoras. Para Guilherme de Souza Nucci (2015), 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 da aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Nesse sentido, vejam-se trechos dos seguintes acórdãos proferidos pela Sexta Turma e pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus n. 244623/SP e do Recurso Especial Repetitivo n. 1111566 / DF, datados respectivamente de 19 de maio de 2015 e 28 de março de 2012:

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, 2015).

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, 2012).

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, em casos nos quais dentro do alcance semântico das palavras da lei puder haver 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*.

O professor Zaffaroni (2003), apesar de defender a aplicação do *in dubio pro reo* como regra de interpretação, admite, em casos muito excepcionais (e sempre obedecendo a limites), a interpretação extensiva da lei penal, em especial quando sua aplicação restrita traz consequência deformadora ou absurda. Apesar de esta posição ser louvável, por buscar uma solução equilibrada, trata-se de posição subjetivista, o que poderá gerar dúvidas no tocante à sua aplicação em casos concretos.

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

5 – DISTINÇÃO ENTRE CRIMES E CONTRAVENÇÕES PENAIS

O Brasil adota a classificação bipartida ou dicotômica 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.

As contravenções penais, também chamadas de crimes anões, representam condutas que apresentam menor gravidade em relação aos crimes e, por isso, a elas se aplicam sanções mais brandas. Com efeito, nosso ordenamento jurídico aplica aos crimes as penas de reclusão ou detenção e para as contravenções a pena de prisão simples.

Alguns países, como por exemplo, Alemanha, França e Rússia, adotam a classificação tripartida das infrações penais, dividindo-as em crimes, delitos e contravenções, segundo a gravidade que apresentam (BITENCOURT, 2012).

A pena de reclusão poderá ser cumprida em regime inicial fechado, pois o artigo 33 do Código Penal estabelece que essa pena deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto e que o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado, progredindo posteriormente para os outros regimes.

O condenado não reincidente, cuja pena de reclusão aplicável seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), 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, salvo se houver necessidade de transferência a regime fechado, o que ocorre só nos casos de regressão, dispostos na Lei de Execução Penal.

Ressalte-se que 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, com a diferença que jamais será cumprida no regime fechado, nem mesmo na hipótese de regressão.

No regime fechado, a pena será executada em estabelecimento (presídio) de segurança máxima ou média. No regime semiaberto, a pena será executada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Já no regime aberto, a pena será executada em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Porém, saliente-se que, nos termos do artigo 33, parágrafo 3º do Código Penal, 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 Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e comportamento da vítima), podendo 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 e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.³

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.

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

Assim, verifica-se que crimes e contravenções são figuras distintas, 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.

6 – ANÁLISE DA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ARTIGO 41 DA LEI 11.340/06 ÀS CONTRAVENÇÕES PENAIS PRATICADAS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA, FACE À VEDAÇÃO DA ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*

O artigo 41 da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, estabelece 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 in Angher, 2011 - grifo nosso)

Dessa forma, considerando-se que crimes e contravenções são espécies distintas do gênero infrações penais e que o artigo 41 menciona apenas a expressão crimes, o referido artigo não seria aplicável às contravenções praticadas no contexto de violência doméstica e

³As Súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, citadas acima, podem ser lidas em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=440&b=SUMU&thesaurus=JURIDI CO e http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800

familiar contra a mulher, o que permitiria a aplicação da Lei 9.099/95 para estas, visto que as normas de natureza penal devem ser bem definidas, claras e delimitadas em seu conteúdo, consoante preconizam os princípios penais da legalidade, da reserva legal e da taxatividade.

Porém, em que pese a distinção existente entre crimes e contravenções, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal tem adotado o entendimento de que, à luz da finalidade da norma e levando-se 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. Com isso afasta-se a aplicação ao réu de qualquer benefício previsto na Lei 9.099/95.

É o que se extrai do acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 106.212/MS, datado de 24 de março de 2011, e dos acórdãos proferidos pela Sexta e Quinta Turmas do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Habeas Corpus ns. 280.788/RS, 196.253/MS e 184.863/MS, datados respectivamente de 03 de abril de 2014, 21 de maio de 2013 e 06 de março de 2012:

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 (BRASIL, 2011).

Uma interpretação literal do disposto no artigo 41 da Lei n. 11.340/2006 viabilizaria, em apressado olhar, a conclusão de que os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/1995, entre eles a transação penal, seriam aplicáveis às contravenções penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher. À luz da finalidade última da norma e do enfoque da ordem jurídico-constitucional, tem-se que, considerados os fins sociais a que a lei se destina, o artigo 41 da Lei n. 11.340/2006 afasta a incidência da Lei n. 9.099/1995, de forma categórica, tanto aos crimes quanto às contravenções penais praticados contra mulheres no âmbito doméstico e familiar. Vale dizer, a *mens legis* do disposto no referido preceito não poderia ser outra, senão a de alcançar também as contravenções penais. Uma vez que o paciente está sendo acusado da prática, em tese, de vias de fato e de perturbação da tranquilidade de sua ex-companheira, com quem manteve vínculo afetivo por cerca de oito anos, não há nenhuma ilegalidade manifesta no ponto em que se entendeu que não seria aplicável o benefício da transação penal em seu favor. *Habeas corpus* não conhecido. (BRASIL, 2014).

Alinhando-se à orientação jurisprudencial concebida no seio do Supremo Tribunal Federal, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de serem inaplicáveis aos crimes e contravenções penais pautados pela Lei Maria da

Penha, os institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95, dentre eles, a suspensão condicional do processo. (BRASIL, 2013).

Na hipótese vertente, o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 21 da Lei das Contravenções Penais, pela prática de agressão à sua ex-companheira. Logo, por expressa vedação legal, não há como se aplicar o instituto da suspensão condicional do processo. Ordem denegada. (BRASIL, 2012).

Em tais julgados, os Ministros concluem que a Lei nº 11.340/06 foi criada com o objetivo de eliminar a tolerância com relação à violência doméstica nos seios das famílias, dando-se efetividade a Tratados Internacionais atinentes ao tema e ao disposto no artigo 226 caput e parágrafo 8º da Constituição Federal que estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado que assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, devendo ser criados mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares.

Argumentam ainda que a própria Lei 11.340/06 estabelece em seu artigo 4º que para a sua interpretação serão considerados os fins sociais a que ela se destina e as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica. Dessa forma, o entendimento de que a vedação do artigo 41 da Lei 11.340/2006 também se aplica às contravenções penais estaria em consonância com os objetivos da lei e da ordem jurídico-constitucional. A *mens legis* do preceito alcançaria também as contravenções.

De fato, a Lei 11.340/06 visa coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e evitar qualquer forma de impunidade e, tão logo editada, passou a ser popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, em razão de fato criminoso ocorrido no dia 29 de maio de 1983 em Fortaleza/Ceará, envolvendo a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que foi atingida por tiro de espingarda desferido por seu então marido, o economista M.A.H.V., colombiano de origem e naturalizado brasileiro. Em razão desse tiro, a vítima ficou paraplégica.

Em decorrência do crime o marido da vítima foi levado a júri popular em 04 de maio de 1991 e foi condenado. Porém, contra essa decisão apelou a defesa, suscitando nulidade decorrente de falha na elaboração dos quesitos, tendo sido o réu submetido a novo julgamento popular no dia 15 de março de 1996, quando foi condenado a pena de 10 anos e 06 meses de prisão. Novamente a defesa apelou deste outro julgamento, seguida a apelação de outros recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, de modo que, somente em setembro de 2002, passados mais de 19 anos da prática do crime, o autor foi finalmente preso, mas cumpriu menos de 1/3 da pena em regime fechado e, posto em regime aberto, retornou para o seu estado de origem, o Rio Grande do Norte (CUNHA; PINTO, 2012).

O caso da Sra. Maria da Penha foi levado ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 20 de agosto 1998, por intermédio de denúncia apresentada pela própria Maria da Penha e por duas entidades não governamentais: Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

Face à denúncia, em 19 de outubro de 1998 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou informações sobre o caso ao Estado Brasileiro, não obtendo qualquer resposta. Em 04 de agosto de 1999, a Comissão reiterou o pedido anterior e novamente não obteve resposta. Tornou a fazê-lo em 07 de agosto de 2000 e, também desta vez, não obteve qualquer esclarecimento por parte do Estado Brasileiro.

Assim, diante da inércia do Brasil, a Comissão aplicou ao caso o artigo 39 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, presumindo-se verdadeiros os fatos relatados na denúncia e, nos termos do artigo 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), a Comissão enviou ao Estado Brasileiro, em março de 2001, um Relatório com recomendações a serem cumpridas pelo País em um mês. Porém, esse prazo não foi cumprido pelo Governo Brasileiro e, ante mais essa omissão, a Comissão decidiu tornar público o teor do relatório que foi publicado em 16 de abril de 2001, sob o número: Relatório 54/01.

Neste Relatório, foi feita profunda análise do fato denunciado e retratou-se a situação da violência contra a mulher em nosso País, apontando as falhas cometidas pelo Estado Brasileiro no cumprimento de dispositivos constantes de tratados internacionais relacionados ao tema e ratificados pelo Brasil. Com relação ao caso concreto envolvendo a Sra. Maria da Penha, o Relatório recomendou que se procedesse investigação efetiva para se determinar a responsabilidade penal do autor do delito e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável. Também recomendou a reparação imediata da vítima, pagando-se lhe indenização no valor de 20 mil dólares, e a adoção de medidas no âmbito nacional para eliminar a tolerância do Estado face à violência doméstica contra as mulheres.

Referido relatório serviu como importante instrumento para que os Poderes Públicos voltassem sua atenção para o tema da violência doméstica e culminou na criação da Lei 11.340/06.

Diante disto, verifica-se que o entendimento jurisprudencial atual das Cortes Superiores é realmente condizente com os objetivos de máxima repressão trazidos pela Lei 11.340/06.

Entretanto, por mais louvável que se possa considerar 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 e da proporcionalidade, o que não ocorre quando se adota o entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores.

O dispositivo do artigo 41 da Lei 11.340/06 prevê expressamente a não aplicação da Lei 9.099/95 para os crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, sem mencionar contravenções. Porém, a jurisprudência entendeu que também seria adequado aplicar esse dispositivo do artigo 41 da Lei 11.340/06 a outra situação semelhante por ele não prevista, qual seja, contravenções praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Frise-se que, conforme já dito, contravenções e crimes são institutos jurídicos que apenas se assemelham e não se confundem, pois são espécies distintas de um mesmo gênero (infrações penais).

Ocorre que impedir a aplicação da Lei 9.099/95 às contravenções penais praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher acarreta prejuízo ao réu, visto que o procedimento da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) se mostra mais benéfico ao réu do que o procedimento previsto no Código de Processo Penal, principalmente porque o procedimento do Juizado prevê a elaboração do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), sem a imposição da prisão em flagrante, e a aplicação de medidas despenalizadoras, tais como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Não sendo lavrado o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), em seu lugar será lavrado o Auto de Prisão em Flagrante Delito que poderá ocasionar o imediato encarceramento do infrator, se este não possuir condições financeiras para efetuar o pagamento da fiança arbitrada pela Autoridade Policial.

Ocorre que a lavratura de Autos de Prisão em Flagrante Delito para infratores que praticam contravenções penais em âmbito doméstico é medida desproporcional, pois as contravenções penais são crimes de menor potencial ofensivo, passíveis de penas baixas de prisão simples.

A violência doméstica e familiar contra a mulher pode ocorrer de cinco formas, consoante disposto no artigo 7º da Lei 11.340/06, quais sejam:

I – Violência física (*vis corporalis*): compreendida como aquela violência praticada com uso da força, visando ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, deixando ou

não marcas aparentes.

II – Violência psicológica (*vis compulsiva*): entendida como violência emocional que lhe cause dano emocional, diminuição da autoestima, prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento psíquico ou que vise a controlar suas ações e crenças, mediante ameaça, perseguição, vigilância constante, chantagem, etc.

III – Violência sexual: compreendida como qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada; que a induza a comercializar ou utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de utilizar qualquer método contraceptivo ou mesmo que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

IV – Violência patrimonial: entendida como sendo qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

V – Violência moral: entendida como sendo qualquer conduta que consista em calúnia (imputar à vítima a prática de determinado fato criminoso, sabidamente falso), difamação (imputar à vítima a prática de fato desonroso) ou injúria (atribuir à vítima qualidades negativas). Configura a chamada violência verbal.

Pelas descrições acima apontadas, verifica-se que as formas de violência previstas pela lei poderão configurar, em regra, apenas as contravenções penais de vias de fato, quando ocorrer violência física que não chega a deixar marcas na vítima e, perturbação de tranquilidade quando esta perturbação violentar psicologicamente a vítima.

A contravenção penal de vias de fato, prevista no artigo 21 da Lei de Contravenções Penais, é aplicável aos casos em que a vítima, durante 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.

A contravenção de perturbação de tranquilidade, prevista no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais, é aplicável aos casos em que o infrator, por acinte ou por motivo reprovável, passa a manter intenso contato com a vítima por telefone ou mensagens e passa a persegui-la, procurando encontrá-la de qualquer forma, sem, contudo, ameaçá-la de algum mal injusto e grave ou cometer qualquer outra infração penal mais grave. A pena prevista para tal contravenção é quinze dias a dois meses de prisão simples ou multa.

Tratam-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, consoante estabelece o referido princípio, consagrado pela Constituição Brasileira. Neste sentido dispõe Cezar Roberto Bitencourt:

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, XLII e XLIV). Exige-se moderação, contudo, como destacam Edilson Bonfim e Fernando Capez, para infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I). (BITENCOURT, 2012, p. 64).

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 Constituição Brasileira.

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.

E uma vez autuado em flagrante delito, 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 a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, 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 aceita a proposta do Ministério Público o Juiz proferirá sentença aplicando a pena restritiva de direito ou multa, mas essa sentença 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 3.688, de 03 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 Penal.

Suspensa o processo, o acusado será submetido a período de prova, sob as seguintes condições: reparar o 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.

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.

Saliente-se que a própria Lei 9099/95, 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 processado 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 in Angher, 2011).

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 civil competente. E tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, a composição homologada acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Dessa forma, o entendimento jurisprudencial atual representa a adoção da analogia *in malam partem*, pois a não aplicação do procedimento dos Juizados Especiais, previsto na Lei 9.099/95, ocasiona graves prejuízos ao réu.

7 – CONCLUSÃO

Considerando o que foi evidenciado, observe-se que, para além de se realizar interpretação teleológica da Lei Maria da Penha, a jurisprudência criou, por analogia, proibição para as contravenções, praticadas no contexto de violência doméstica contra a mulher, que a lei não previu, acarretando prejuízo ao réu.

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. Isto porque, o vocábulo crimes não possui sentido dúbio nem mais amplo, pois o sentido amplo só poderia ser extraído dos vocábulos infrações penais que é um gênero que comporta duas espécies (crimes e contravenções), mas o artigo 41 da Lei 11.340/06 fez menção a palavra crimes e não a palavra infrações.

Na verdade, 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 a sua possível aplicação aos casos semelhantes que envolvem a prática de contravenções penais no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porém, o fez sem observar que em matéria penal a analogia não pode ser usada em prejuízo do réu.

Por todo o exposto, verificou-se que a exegese adotada pelos Tribunais Superiores, no sentido de não aplicar a Lei dos Juizados Especiais às contravenções praticadas no âmbito da Lei Maria da Penha, não é condizente com o sistema de princípios e garantias da dogmática penal, pois configura aplicação da analogia *in malam partem*.

8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: ANGHER, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum acadêmico de direito*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 21-78.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. In: ANGHER, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum acadêmico de direito*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 393-435.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: ANGHER, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum acadêmico de direito*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 341-369.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. In: ANGHER, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum acadêmico de direito*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p.1318-1321.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. In: ANGHER, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum acadêmico de direito*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 1138-1143.

BRASIL. Lei das Contravenções Penais. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. In: ANGHER, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum acadêmico de direito*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 775-778.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. In: ANGHER, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum acadêmico de direito*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 778-779.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso: 27 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 106.212/MS. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, Acórdão de 24 mar. 2011. *DJe* 13 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 244623/SP. 6ª Turma. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, Acórdão de 19 mai. 2015. *DJe* 29 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo n. 1111566 / DF, . 3ª seção. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, Acórdão de 28 mar. 2012. *DJe* 04 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 280.788/RS, 6ª Turma. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, Acórdão de 03 abr.2014. *DJe* 22 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 196.253/MS, 6ª Turma. Relator: Min. OG Fernandes. Brasília, Acórdão de 21 mai. 2013. DJe 31 mai. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 184.863/MS, 5ª Turma. Relator: Min. Jorge Mussi, Brasília, Acórdão de 06 mar. 2012. DJe 20 mar. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal : parte geral*, v. 1, 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 932 p.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: UNB, 1997. p. 115-160. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006. Título original: *Teoria Generale del Diritto*.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 287 p.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140-184.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 239-243.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 17-32.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição n. 1.0000.14.062807-4/000. Relator: Des. Sálvio Chaves. Belo Horizonte, Acórdão de 07 jan. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição 1.0000.12.107974-3/000. Relator: Des. Catta Preta. Belo Horizonte, Acórdão de 28 jan. 2013.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 191-197.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2015. 1600 p.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 295-302.

ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al.* *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal.* 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 200-245.