



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE
DIREITO AOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA**

Marianne Matos Souza
Márcio César Fontes Silva

Aracaju
2015

MARIANNE MATOS SOUZA

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE
DIREITO AOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
– apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

**Professor Orientador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO AOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Marianne Matos Souza¹

RESUMO

A Lei Maria da Penha – Lei 11.340/06 surgiu, considerando o contexto histórico de degradação do sexo feminino, para tentar compensar e equiparar a mulher em suas relações sociais. Dentre os vários temas discutidos, analisou-se a possibilidade contida nos artigos 17 e 45 do referido diploma legal, no tocante à possibilidade da conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, com exceção daquelas de natureza pecuniária, para os praticantes dos crimes de violência doméstica, esbarrando com a proibição de substituição da pena de prisão nos casos de ilícitos penais cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, contida no inciso II, do art. 44 do Código Penal. Buscou-se demonstrar, a partir das decisões dos tribunais, argumentos contrários à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos crimes perpetrados contra a mulher no ambiente familiar, assim como, àqueles favoráveis à aludida substituição. Constata-se verdadeira divergência de entendimentos pertinente à matéria abordada, podendo ser analisada, de um lado, sob o ponto de vista da razoabilidade, e, em contrapartida, pela ótica da interpretação literal das disposições legais.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência contra a Mulher. Penas Restritivas de Direito.

¹ Graduanda em direito pela Universidade Tiradentes-UNIT. E-mail: matosmarianne@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa está voltada para a análise da possibilidade contida nos artigos 17 e 45 da Lei 11.340/2006, no tocante à possibilidade da conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, com exceção daquelas de natureza pecuniária, para os praticantes dos crimes de violência doméstica, esbarrando com a proibição de substituição da pena de prisão nos casos de ilícitos penais cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, contida no inciso II, do art. 44 do Código Penal.

O presente Artigo Científico se propõe demonstrar, a partir das decisões dos tribunais, argumentos contrários à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos crimes perpetrados contra a mulher no ambiente familiar, assim como, àqueles favoráveis à aludida substituição.

Com efeito, pretende-se trazer no primeiro capítulo deste trabalho acadêmico o conceito sobre violência doméstica e as formas de violência elencadas na Lei Maria da Penha.

Feitas as considerações acerca do conceito de violência doméstica e suas espécies, e adentrando-se profundamente ao cerne do tema ora escolhido, o segundo capítulo traz as alterações que a Lei 11.340/2006 trouxe de relevante para o mundo jurídico.

Outrossim, trar-se-á à baila, já no terceiro capítulo a (im)possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito aos crimes de violência doméstica à luz da jurisprudência.

Toda a pesquisa será desenvolvida por meio de pesquisas bibliográficas, que se darão por livros e sítios da internet. Além de julgados proferidos pelos Tribunais Superiores e da própria legislação brasileira.

2 DA LEI 11.340/2006: CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SUAS ESPECIES

Em 22 de setembro de 2006, a Lei 11.340, de 07.08.2006, entrou em vigor com o nome de Maria da Penha, criando mecanismos para coibir a

violência doméstica e familiar contra a mulher.

A Lei 11.340/06 foi editada, dando cumprimento às convenções e tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, cabendo ao Estado criar as medidas necessárias e implementar as políticas públicas previstas na citada Lei e ao Poder Judiciário, a responsabilidade maior, “que precisa encontrar meios de dar efetividade à Lei, aplicando de forma a atender a sua finalidade precípua: se não eliminar, ao menos reduzir, em muito, os números da violência doméstica (...)”².

Faz-se necessária a conjugação dos artigos 5º e 7º da Lei Maria da Penha, com o fito de se chegar ao conceito legal de violência doméstica, já que tais preceitos interpretados isoladamente não seriam suficientes para extrair a aludida definição. Assim dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, 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:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua

² DIAS, Maria Berenice (2010, p. 17).

sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como 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 - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Desta feita, violência doméstica seria qualquer das ações elencadas no art. 7º (violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral), rol não exaustivo, praticada contra a mulher em razão de vínculo de natureza familiar ou afetiva.

Para Cunha e Pinto³, violência doméstica é a agressão contra mulher, num determinado ambiente, seja ele, doméstico, familiar ou de intimidade, com intento de retirar dela os seus direitos, tratando-a como mero objeto, em razão da sua posição inferior perante o seu agressor.

O legislador preocupou-se não apenas em conceituar a violência doméstica e familiar, mas também em especificar suas formas, ampliando o sentido de violência, de modo que nem todas as condutas consideradas violentas pela Lei possuem um tipo penal, valendo-se do seu sentido sociológico, utilizando-se do conceito de violência de gênero, ou seja, violência sofrida pelo simples fato de ser mulher⁴.

Nessa esteira, a primeira delas é a violência física (*vis corporalis*), entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da vítima, mediante socos, tapas, pontapés, entre outros, deixando ou não marcas aparentes, que facilitam a sua identificação.

Por violência psicológica, entretanto, entende-se a agressão emocional e se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer em vê o outro se sentir amedrontado, inferiorizado e

³ CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista (2007, p. 29).

⁴ BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46.

diminuído, configurando a *vis compulsiva*. Aqui, se protege a autoestima e a saúde psicológica da oprimida.

No tocante à violência sexual, em que pese a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica tê-la reconhecido como violência doméstica, asseverou Dias⁵, que houve certa resistência doutrinária e jurisprudencial em admitir a possibilidade da ocorrência dessa forma de violência nos vínculos familiares, haja vista a identificação do exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento, de maneira a legitimar a insistência do homem, como se estivesse ele a exercer um direito, ainda que forçadamente, enquanto a mulher um dever de submeter-se ao desejo sexual do parceiro, o que, nos dias atuais, resta superado.

Vale pontuar, ainda, que a segunda parte do inciso III do art. 7 da Lei Maria da Penha enfoca a sexualidade sob o aspecto do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, violência que gera diversas consequências à saúde da mulher. Assim, a própria Lei assegura à vítima acesso a determinados serviços e procedimentos médicos necessários e cabíveis.

Em relação à violência patrimonial, nas lições de Bianchini⁶, é de suma importância tal reconhecimento, posto que a ausência de autonomia econômica e financeira da mulher contribui para sua subordinação e/ou submissão, ao enfraquecê-la, colocando-a em situação de vulnerabilidade.

É salutar aduzir que não se aplicam as imunidades absolutas ou relativas dos artigos 181⁷ e 182⁸ do Código Penal quando a vítima é mulher e mantém

⁵ DIAS, Maria Berenice. (2010, p. 67).

⁶ BIANCHINI, Alice. (2013, p. 49).

⁷ CP, art. 181: É isento de pena quem comete qualquer dos delitos previstos neste título, em prejuízo: I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

⁸

CP, art. 182: Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo: I – do cônjuge desquitado ou judicialmente separado; II – de irmão, legítimo ou ilegítimo; III – de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

com o autor da infração vínculo de natureza familiar. Significa dizer, que os crimes patrimoniais (furto, dano, apropriação indébita, etc.) perpetrados em desfavor da mulher, dentro desse contexto doméstico, não desaparecem e, tão pouco, ficam condicionados à representação.

Por fim, a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia (imputação da prática de fato criminoso que o sujeito ativo do crime sabe ser falso), difamação (imputação da prática de fato desonroso, atingido a reputação da vítima) ou injúria (ofensa à vítima devido à atribuição de qualidades negativas), encontra proteção penal nos delitos contra a honra.

Os citados delitos, quando são perpetrados contra a mulher no âmbito da relação familiar ou afetiva, devem ser reconhecidos como violência doméstica, e, em regra, se dão concomitantemente à violência psicológica, ensejando, na seara cível, à ação indenizatória por dano material ou moral.

3 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/2006 alterou o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, limitando-se o legislador a inserir mais uma agravante (CP, art. 61, II, f), uma majorante (CP, art. 129, § 11) e a alterar a pena do delito de lesões corporais (CP, art. 129, § 9º), bem como se admitiu mais uma hipótese de prisão preventiva (CPP, art. 313, IV), além de ter sido permitida a imposição ao agressor, em caráter obrigatório, do comparecimento a programa de recuperação e reeducação (LEP, art. 152, parágrafo único).

Importante salientar, que não houve a previsão da violência doméstica como delito-tipo e nem foram criados novos tipos penais, restringindo-se às alterações pontuadas acima, além da proibição de aplicação da Lei 9.099/95, que falaremos adiante.

Nesse viés, o legislador, no Código Penal, em seu art. 61, inciso II, acrescentou uma circunstância agravante no caso em que o agente se prevalece de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade. Lembrando, que se o crime for de lesão corporal, não incide a aludida agravante, uma vez que essa circunstância já qualifica o delito (elementar do art. 129, § 9º), evitando, deste

modo, a dupla apenação pelo mesmo fato.

Pertinente ao delito de lesões corporais cometidos em decorrência do relacionamento familiar, em que pese o seu texto não ter sofrido mudança, houve a diminuição da pena mínima e o aumento da pena máxima, passando para três meses a três anos de detenção, respectivamente, anteriormente cominada em seis meses a um ano.

Questiona-se o fato do legislador ter reduzido a pena mínima à metade, alteração que acabou por abrandar a apenação de lesão corporal leve, já que a tendência do Juiz é sempre quantificar a pena no seu mínimo legal, se a proposta da Lei seria dar um tratamento mais severo à violência doméstica.

A justificativa trazida à baila por Dias⁹ é que o aumento da pena máxima retirou a competência do crime em comento dos Juizados Especiais e, em contrapartida, vedou a concessão de alguns benefícios, como a possibilidade da transação penal, de composição de danos e a suspensão condicional do processo, o que não se fazia necessário, visto que o art. 41 da Lei 11.340/2006 expressamente afasta a aplicação da Lei dos Juizados Especiais.

Ocorre que, tal argumentação explica o aumento da pena máxima, mas não a diminuição da pena mínima. Nesse diapasão, segundo Cunha e Pinto¹⁰ “o mais provável é que tenha havido um equívoco do legislador. Além do fato da redução ser contrária à política conservadora do Estatuto contra a Violência Doméstica e Familiar, em seu texto, publicado no DUO de 08.08.2006, não consta a observação (NR), indicadora de alteração de texto legislativo anterior. Assim sendo, é possível ter havido um equívoco de redação, que determinou a utilização da pena mínima originalmente cominada no *caput* do artigo (o que seria de todo correto e conveniente), sem que tenha ocorrido votação para efetivar a justa e necessária correção”.

Registre-se, que o Código Penal não faz distinção em relação à identidade de gênero da vítima, se masculino ou feminino. Significa dizer, que basta a agressão decorrer do vínculo familiar entre agressor e vítima para

⁹ DIAS, Maria Berenice. (2010, p. 331).

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista (*apud*, JOÃO JOSÉ LEAL, 2007, p. 140/141).

configurar-se o crime de lesão corporal na modalidade qualificada, independente do sexo do ofendido, podendo ter como vítima um homem ou uma mulher ¹¹.

Nesse mesmo sentido é o entendimento exposto pelos doutrinadores Cunha e Pinto¹², trazendo uma distinção, qual seja, em sendo mulher a vítima da lesão corporal leve, em situação de violência doméstica, o agente não merecerá a transação penal e nenhuma das outras benesses da Lei 9.099/95, tendo em vista a proibição do art. 41 da Lei em exame.

Todavia, a hipótese de ser o homem o ofendido e o agressor ascendente, descendente, etc., este último (o agente) não fará jus à medida transacionada, em razão da pena máxima prevista, mas poderá receber os demais favores típicos do Juizado Especial Criminal (composição civil ou suspensão condicional do processo)¹³.

Ante o exposto, mesmo inexistindo qualquer alteração do texto descritivo do art. 129, § 9º do CP, abrangeu-se seu campo de incidência, na medida em que o conceito de relação doméstica foi ampliado, identificadas como domésticas as relações existentes não só no âmbito da família, mas também da unidade doméstica ¹⁴ e das relações íntimas de afeto. Dessa forma, as relações domésticas citadas no Código Penal passaram a acolher as demais formas de família trazidas pela Lei Maria da Penha.

Ademais, as alterações trazidas pela Lei Maria da Penha alcançaram também o Estatuto Processual Penal, criando-se uma possibilidade de prisão preventiva, com o acréscimo do inc. IV ao art. 313 do CPP: “Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

A nova hipótese de decretação de prisão preventiva como forma de garantir a execução de medida protetiva de índole civil deu margem a discussões

¹¹ DIAS, Maria Berenice (2010, p.132).

¹² CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista (2007, p.141).

¹³ Op. Cit. p. 143.

¹⁴ Art. 5, I, da LMP: No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas.

doutrinárias, tendo aqueles que defendiam sua inconstitucionalidade.

Nesse sentido, segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que vem decidindo pela legalidade da prisão preventiva nos casos de violência doméstica:

HABEAS CORPUS. AMEAÇA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. FUGA LEGÍTIMA. INOCORRÊNCIA. PRISÃO ESPECIAL. PRETENSÃO NÃO EXAMINADA PELAS INSTÂNCIAS ORIGINÁRIAS. PRETENSÃO IGNORADA PELO JUIZ. OMISSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Hipótese em que o paciente descumpriu as medidas protetivas de urgência fixadas pelo magistrado de primeiro grau, voltando a manter contato com a vítima e a ameaçá-la gravemente. Após a decretação da prisão preventiva, evadiu-se, não mais sendo localizado. 2. Nos termos do art. 313, IV, do Código de Processo Penal, e da jurisprudência firmada por esta Corte Superior de Justiça, o descumprimento de medidas protetivas autoriza a decretação da prisão preventiva, desde que demonstrada a presença dos requisitos previstos no art. 312 daquele diploma. 3. Se o magistrado justificou adequadamente a necessidade da custódia cautelar, especialmente para a garantia da ordem pública, ressaltando que o paciente, com suas atitudes, demonstrou possuir "desequilíbrio e destempero", colocando em risco a integridade física da vítima, não há constrangimento ilegal a ser reconhecido (...) (STJ - HC: 179785 SC 2010/0131689-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 31/05/2011, T6 - SEXTA TURMA. Data de Publicação: DJe 08/06/2011).

Outra alteração benéfica foi acrescentar um parágrafo único ao art. 152 da Lei de Execução Penal – LEP, cujo teor: “Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”.

Inicialmente, insta salientar, que após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a execução da pena imposta será regida pela Lei 7.210/84 (LEP).

Com a aludida mudança, no momento da substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, consistente na limitação de fim de semana, o agressor teria que comparecer obrigatoriamente a programas de recuperação e reeducação.

Ocorre que, como dito anteriormente e mencionado por Dias¹⁵, a

¹⁵ DIAS, Maria Berenice (2010, p. 138).

substituição de pena de prisão por penas alternativas só cabe quando há o implemento cumulativo entre dois requisitos: o *quantum* da pena ser inferior a quatro anos e a inexistência de violência ou ameaça contra a vítima (bem como, dos outros requisitos dos incisos II e III do art. 44).

Assim, nos casos de crimes domésticos, nos quais a violência, seja ela física, psíquica, moral sexual ou patrimonial, é inerente à estrutura constitutiva do ato, não haveria possibilidade de substituição da pena, o que tem dado margens a diferentes posicionamentos, que serão estudados no próximo capítulo do presente trabalho.

Nesse caso específico, de acordo com Dias¹⁶, a Lei Maria da Penha teria aberto uma exceção à regra da Lei penal, que impede a substituição, quando existe violência ou grave ameaça, caso contrário, considerando que a alteração na LEP se destinou exclusivamente aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, faria do dispositivo inserido pelo legislador uma letra morta.

Portanto, no entendimento da referida autora, em sede de violência doméstica, aplicada pena inferior a quatro anos, seja qual for a forma de violência utilizada contra a vítima, não haveria como impedir a aplicação da limitação de fim de semana, na modalidade de comparecimento a programas de recuperação e reeducação.

Ainda dentro das alterações significativas da Lei Maria da Penha encontra-se a proibição da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, bem como, a substituição que implique o pagamento isolado da pena de multa.

Como bem observado por Dias¹⁷, houve uma incorreção do legislador no art. 17 da Lei 11.340/06, pois não cabe falar em “aplicação de pena de cesta básica”. O que não se admite é a substituição da pena carcerária por pena restritiva de direitos de prestação pecuniária e muito menos em prestação pecuniária de outra natureza, mesmo com a concordância da parte interessada.

¹⁶ Op. Cit.

¹⁷ Op. Cit., p. 140.

Sustenta Nucci¹⁸, que a doação de cestas básicas é pena ilegal e inexistente.

Ante o exposto, conclui-se que a intenção do legislador, além de não deixar dúvidas de que a integridade da mulher não poderia ser barganhada, consistiu em evitar a apenação do agressor com medidas inócuas, mas sim vê-lo cumprir pena de caráter pessoal, isto é, privativa de liberdade ou pena substitutiva (prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana ou interdição temporária de direitos), mais adequada à gravidade dos crimes em comento.

Para rematar essa parte do nosso estudo, vale asseverar acerca da não aplicação da Lei 9.099/95, e, portanto, dos seus institutos despenalizadores, que abarca os delitos denominados de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles cuja pena máxima cominada em abstrato não ultrapasse dois anos, além das contravenções penais.

O Juizado Especial encontra fundamento constitucional no artigo 98, Inciso I da Magna Carta, que dispõe que a União, no Distrito Federal e nos Territórios e os Estados criarão:

juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

O rito sumaríssimo da Lei dos Juizados Especiais não se aplica à Lei 11.340/06, tendo em vista a vedação expressa em seu artigo 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”.

Ocorre que, a aludida vedação, em especial a impossibilidade de aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, não era, conforme

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 875.

Bianchini¹⁹, consensual, havendo aqueles que entendiam ser o aludido benefício perfeitamente aplicável, a exemplo do STJ.

Nesse sentido, o aludido Tribunal Superior defendia que a propositura do *sursis* processual nos crimes com violência doméstica contra a mulher não ofenderia a proteção da família, assim como não afrontava o princípio da isonomia e a necessidade de se valorizar a dignidade da pessoa humana, portanto, perfeitamente cabível.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal sempre entendeu pela não aplicação do citado instituto despenalizador aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo o plenário da Suprema Corte, em 09 de fevereiro de 2012, julgado procedente, por unanimidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade 19, e, por maioria, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.424²⁰.

Desta feita, para o STF, o art. 41 afasta por completo a incidência dos Juizados Especiais Criminais aos casos de violência doméstica e familiar e, conseqüentemente, tem o condão de não permitir a aplicação da suspensão condicional do processo.

4 DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO AOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Inicialmente, vale relembrar que o art. 44 do Código Penal elenca os requisitos indispensáveis para que o juiz possa levar a efeito a substituição da pena privativa de liberdade pela(s) restritiva(s) de direitos.

Os aludidos requisitos, tanto os de natureza objetiva (incisos I e II), quanto aqueles de ordem subjetiva (inciso III), devem estar presentes de forma cumulativa, a fim de permitir a comentada substituição.

Para Greco²¹, ultrapassadas as três fases para o estabelecimento da

¹⁹ BIANCHINI, Alice (2013, p.226).

²⁰ Op. Cit. p. 227.

²¹ GRECO, Rogério. Código Penal: comentado – 8. ed. – Niterói, RJ: Impetus (2014, p. 157).

pena-base do delito perpetrado pelo agente, deverá o Juiz, concluindo-se pela pena inferior a quatro anos e não sendo o autor reincidente em crime doloso, reavaliar as circunstâncias judiciais, objetivando decidir pela substituição, que é considerada direito subjetivo do sentenciado, quando atender as exigências legais.

Nessa esteira, Greco (*apud* Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. de Almeida Delmanto)²² preleciona que “a lei impõe várias condições para substituição, uma delas de valoração subjetiva (a indicação da suficiência da medida). Todavia, caso o acusado preencha os requisitos legais da substituição, esta não lhe pode ser negada, arbitrariamente, pelo Juiz. Se o julgador entender que falta algum requisito para a concessão, deve fundamentar a negativa da substituição (CR/88, art. 93, IX), pois ela é direito público subjetivo do acusado, desde que este preencha todas as condições exigidas pela lei (...)”.

Ademais, vale dizer que o Superior Tribunal de Justiça entende que a concessão do benefício do artigo 44 do CP depende do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos, cabendo ao julgador analisar a pertinência da conversão da pena corporal em restritiva de direitos, com base nos elementos dos autos (Precedentes) (HC 240.141/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, quinta turma, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012).

Feitas tais considerações, traremos, em seguida, os entendimentos favoráveis e contrários à substituição da pena corporal por restritiva de direitos nos crimes praticados contra a mulher no âmbito familiar.

4.1 Argumentos (jurisprudenciais e doutrinários) em prol da substituição

Como já demonstrado anteriormente, a possibilidade quanto à aplicação de penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade nos crimes de violência doméstica é atualmente seara para grande divergência jurisprudencial e doutrinária.

²² Op. Cit.

Vale a pena mencionar, que o impedimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes cometidos com violência e grave ameaça, nos termos do inciso I, do art. 44 do Estatuto Repressivo Penal, ganha maior contorno nos casos da Lei Maria da Penha, diante da vedação trazida no art. 41 da citada Lei, o qual dispõe, conforme outrora exposto, não se aplicar a Lei dos Juizados Criminais aos delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena aplicada.

Desta feita, diante da impossibilidade de se aplicar os benefícios da Lei 9.099/95, tem-se buscado a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo se tratando de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, quando o delito se insere no conceito de crime de menor potencial ofensivo.

Os Tribunais, por sua vez, utilizam-se dos mais variados argumentos para a concessão da benesse legal, havendo, inclusive, pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça – STJ pela possibilidade da substituição de pena, senão vejamos.

Alegam que o art. 44, I, do Código Penal, ao vedar a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos nos delitos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, não teria abrangido, por exemplo, a hipótese de lesão corporal leve, visto que, neste caso, a violência perpetrada não se mostraria suficiente à violação do bem jurídico tutelado.

Nesse viés, a violência contra a pessoa mencionada no dispositivo anteriormente referido seria àquela resultante de ato mais grave do que o tipo penal estampado no art. 129 do diploma repressivo. Portanto, na lesão corporal de natureza leve, não haveria, segundo as decisões dos tribunais, violência impeditiva da substituição de uma pena por outra.

Aduzem, ainda, que nos casos de contravenção penal de vias de fato nas relações domésticas, a substituição é a medida mais adequada, pois, tratando-se de direito subjetivo do agente, ela não pode ser negada, notadamente porque não haveria que falar em tratamento diferenciado aos delitos praticados com violência doméstica, bem como, em razão da sua baixa

ou quase inexistente repercussão no meio social.

Destacam, também, que a expressa vedação à substituição quando a infração houver sido praticada com violência contra a pessoa, contida no art. 44, I, do Código Penal, poderia ser abrandada, em observância ao princípio da proporcionalidade, anteriormente estudado, nos casos em que as condutas se encaixassem na definição de infração menos grave.

Por último, entendem que a concessão da permuta não esbarra com a proposta de combate à violência doméstica, tendo em vista a sua adequação às finalidades da aplicação da pena, que são a retribuição e a ressocialização do condenado, servindo ainda para prevenção geral, uma vez que afasta a ideia de impunidade.

Nesse diapasão, colacionamos os respectivos julgados sobre o tema:

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. (HC 180.353/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 29/11/2010).

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – LEI MARIA DA PENHA – ARTIGO 129, § 9º, CP – DESCONSTITUIÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – VEDAÇÃO SOMENTE QUANTO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – FIXAÇÃO DA LIMITAÇÃO DE FINS DE SEMANA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O art. 44, I do Código Penal somente veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, quando o crime é praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, o que não é o caso de lesões leves ou de ameaça, segundo precedentes do STJ. Em se tratando de condenação à pena inferior a 06 (seis) meses, não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade (art. 46, do CP), mas sim por limitação dos fins de semana.

APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AMEAÇA E VIAS DE FATO – PRELIMINARES – NULIDADE DO PROCESSO – CERCEAMENTO DE DEFESA – GRAVAÇÃO POR SISTEMA DE ÁUDIO – RUÍDOS QUE NÃO IMPEDEM A OITIVA – NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – REJEITADAS –

PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – CRIMES CONFIGURADOS – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – ALEGAÇÃO DE EMBRIAGUEZ – IMPOSSIBILIDADE – LEGÍTIMA DEFESA – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – ATENUANTE INOMINADA – NÃO APLICABILIDADE – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DESCRITA NO ART. 61, II, 'F', CP – INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM* – RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 129, § 4º, DO CP – INVIABILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – TESE ACOLHIDA – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA E DA CONSUNÇÃO – APLICABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (...) 9. É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para os crimes de menor potencial ofensivo, bem como à contravenção de vias de fato, praticados em situação de violência doméstica, desde que preenchidos os requisitos contidos no art. 44, III, Código Penal. O caso em concreto viabiliza a substituição (...) (TJMS - Apelação Criminal 0019390-26.2012.8.12.0001, Relator(a): Des.(a) Dorival Moreira dos Santos, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 09/06/2014).

Referida tese encontra apoio em parcela da doutrina:

Para Dias²³, no tocante à possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos, a Lei Maria da Penha teria aberto uma exceção à regra da lei penal que impede a sobredita aplicação quando existe violência ou grave ameaça.

Acrescenta a referida autora, inclusive, que a imposição de medidas restritivas, que leve o agressor a conscientizar-se de que é indevido o seu agir, seria a maneira mais eficaz de enfrentar a violência doméstica²⁴.

O pensamento difundido por Bitencourt²⁵ é de flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, à medida que se aplica o benefício da suspensão condicional do processo para infrações mais graves, cometidas, muitas vezes, com violência ou grave ameaça à pessoa, delitos esses que não admitem, entretanto, benefícios menores, como a aplicação da pena alternativa, o que considera verdadeiro paradoxo.

Segundo Capez²⁶, embora certos crimes, tais como, lesões corporais

²³ DIAS, Maria Berenice (2010, p. 138).

²⁴ Op. Cit. p. 139.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1 – 20. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 707.

²⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1 a 120) – 18. ed. – São

leves, constrangimento ilegal e ameaça, além da contravenção de vias de fato, sejam cometidos com violência ou ameaça, admitem a substituição por pena alternativa, uma vez que as citadas infrações se beneficiam de medidas penais alternativas, antes mesmo de instaurada a ação penal.

Greco²⁷ entende que não resta impossibilitada a substituição por penas restritivas, tendo em vista que uma das finalidades da permuta trata-se, justamente, de evitar o encarceramento daquele condenado à pena de curta duração, nos crimes de lesão corporal leve, de constrangimento ilegal ou de ameaça, onde a violência e a grave ameaça fazem parte desses tipos penais.

O autor supracitado, em sua obra *Curso de Direito Penal*²⁸, leciona que não há nenhum impedimento de aplicar aos autores de infrações penais domésticas as demais penas restritivas de direitos previstas no art. 43 do CP, com exceção daquelas vedadas no art. 17 da Lei Maria da Penha.

Entende-se que a expressão contida no inciso I do art. 44 do CP “crime que não for cometida com violência ou grave ameaça à pessoa” não exclui os delitos em que essas modalidades são constitutivas do próprio ilícito, como os de lesão corporal e ameaça, para os quais deve ser permitida a substituição, mesmo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher²⁹.

Por fim, argumenta-se que, tratando-se de réu primário e de bons antecedentes, a pena restritiva de direitos seria a mais indicada, especialmente por impedir o compartilhamento em celas superlotadas entre o citado condenado e presos comuns, autores de crimes de toda espécie³⁰.

Paulo: Saraiva, 2014. p. 434.

²⁷ GRECO, Rogério (2014, p. 156)

²⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 547/548.

²⁹ *MIRABETE*, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁰ FREITAS, Jayme Walmer de. Impressões objetivas sobre a lei de violência doméstica. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.phpn_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1500>. Acesso em dez 2014.

4.2 Argumentos (jurisprudenciais e doutrinários) contrários a substituição

Quanto aos argumentos contrários à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes de violência doméstica, indubitavelmente mais convincentes por seus próprios fundamentos, estes se mantiveram frente às decisões dominantes dos Tribunais, em especial, à decisão do Supremo Tribunal Federal, que segue:

Habeas corpus. 2. Lesão corporal leve praticada no âmbito doméstico ou familiar. Lei 11.340/2006. Condenação. Detenção. Pena inferior a 4 anos. Crime cometido com violência à pessoa. 3. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Impossibilidade. Art. 44, I, do CP. 4. Constrangimento ilegal não caracterizado. 5. Ordem denegada. (HC 114703, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013)

Nesse viés, a segunda Turma da Suprema Corte, em 16 de abril de 2013, negou, por unanimidade, a possibilidade da substituição de pena privativa de liberdade por penas alternativas a um agressor que ofendeu a integridade física de sua ex-companheira, nos termos do art. 129, § 9º, da Lei 11.340/06.

Entendeu o Ministro Gilmar Mendes, que o crime fora cometido com violência à pessoa, tendo o agente agredido a ofendida com chutes, socos, empurrões, além de ter apertado o seu pescoço.

Assim, embora tenda sido aplicada pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, o crime restou cometido com violência à pessoa, motivo suficiente para impedir o benefício da substituição da pena, consoante o inciso I do artigo 44 do Código Penal.

Argumentam, ainda, que não se pode diminuir a abrangência da norma trazida no art. 44, inciso I, do Código Penal, com a finalidade de se contornar a impossibilidade de aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos crimes cometidos no âmbito familiar.

Desta feita, não obstante a Lei Maria da Penha não vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, restringindo apenas a aplicação de pena de prestação pecuniária e o pagamento isolado de multa, o inciso I do art. 44 do Código Penal é claro ao proibir a substituição quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Nesse contexto, explica Nucci:

Não cabe ao juiz estabelecer exceção não criada pela lei, de forma que estão excluídos todos os delitos violentos ou com grave ameaça, ainda que comportem penas de pouca duração. No caso da lesão corporal dolosa – leve, grave ou gravíssima (pouco importando se de ‘menor potencial ofensivo’ ou não) – para efeito de aplicação da substituição da pena, não mais tem cabimento a restritiva de direitos. O juiz, em caso de condenação, poderá conceder o *sursis* ou fixar o regime aberto para cumprimento³¹.

Acrescenta o autor retromencionado:

Há posição contrária, sustentando que, nas hipóteses de infração de menor potencial ofensivo, se cabe transação por certo seria aplicável a substituição por pena restritiva de direitos. Pensamos de modo diverso. Se o autor desse tipo de infração merecer a transação, está será aplicada. Não sendo o caso, é processado regularmente, vedada a substituição por restrição de direitos, restando outras medidas alternativas de política criminal³².

Outrossim, sabe-se que a Lei Maria da Penha surgiu para salvaguardar a mulher de todas as formas de violência, não só física, mas moral, patrimonial, sexual e psíquica, inclusive naquelas hipóteses em que a agressão possa não parecer tão violenta. Desta feita, ainda que as lesões provocadas na vítima não sejam graves, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos é inviável por se tratar de crime cometido com violência, não atendendo, assim, ao disposto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Nesta senda, a jurisprudência também não destoia, como é possível observar a seguir:

LEI MARIA DA PENHA - NAMORO ROMPIMENTO -
RELAÇÃO AFETIVA - INCIDÊNCIA – LESÃO CORPORAL
GRAVE - INCAPACIDADE PARA OCUPAÇÕES HABITUAIS
POR MAIS DE 30 DIAS - AUTO DE EXAME DE CORPO DE
DELITO REALIZADO A DESTEMPO - AUSÊNCIA DE LAUDO
COMPLEMENTAR - DESCLASSIFICAÇÃO
REPRESENTAÇÃO - NECESSIDADE - FORMALIDADE
DISPENSÁVEL - PRESENÇA DA VÍTIMA NA DELEGACIA
NARRANDO A AGRESSÃO - SUFICIÊNCIA - PENA - CASO
CONCRETO - SUBSTITUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - SURSIS
– CABIMENTO. (...) Nos crimes praticados com violência ou
grave ameaça não é possível a substituição da pena, na forma
do artigo 44 do Código Penal. A doutrina é pacífica, porém, em
permitir a substituição quando se trata de infração de menor

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. Forense, 2014, p. 382.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 395.

potencial ofensivo, ainda que presente a violência ou grave ameaça, como ocorre nos crimes de lesão leve, ameaça e constrangimento ilegal. O crime de violência doméstica, porém, não ostenta a natureza de delito de pequeno potencial ofensivo, não sendo possível a substituição, sem prejuízo da aplicação do sursis, porquanto o encarceramento deve ser deixado para casos especiais, quando se manifestar extremamente necessário, o que não ocorre no caso presente. (TJRJ. 0006678-96.2009.8.19.0006 - APELAÇÃO 1ª Ementa DES. MARCUS BASÍLIO - Julgamento: 29/09/2010 - PRIMIRA CÂMARA CRIMINAL).

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. IMPUTAÇÃO E CONDENAÇÃO PELO CRIME DE LESÃO CORPORAL PRATICADO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (ARTS. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL). CONFORMAÇÃO COM A

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE AMEAÇA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 44, I, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM GRAVE AMEAÇA À PESSOA. 2. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não se pode diminuir a abrangência da norma trazida no art. 44, inciso I, do Código Penal, com a finalidade de se contornar a impossibilidade de aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos crimes cometidos no âmbito familiar. Com efeito, não obstante a Lei n. 11.340/2006 não vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, restringindo apenas a aplicação de pena de prestação pecuniária e o pagamento isolado de multa, o inciso I do art. 44 do Código Penal é claro ao proibir a substituição quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. 2. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1413402/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 26/02/2014).

APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA COMPROVADA. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Comprovadas a autoria e a materialidade dos delitos de ameaça praticados no âmbito da Lei Maria da Penha, impõe-se a manutenção da condenação do apelante. 2. Nos crimes de violência doméstica e familiar, usualmente praticados às escondidas, dentro do próprio ambiente domiciliar, a palavra da vítima é de extrema relevância para o deslinde dos fatos. 3. Tendo sido o crime praticado com grave ameaça contra a pessoa, não é possível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. 6. Negado provimento ao recurso." (TJMG - Apelação Criminal 1.0694.11.000716-8/001, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/08/2014, publicação da súmula em 29/08/2014).

APELAÇÃO CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E AMEAÇA. PROVA ROBUSTA.

PALAVRA DA VÍTIMA. Há de se levar em consideração que a aceitação do relato da vítima como meio probatório revela-se de especial importância, haja vista a tipologia delitiva ocorrer, na sua maioria, sem a presença de testemunhas. Além disso, o depoimento da vítima mostrou-se firme e coerente. Ainda, não há que se falar em atipicidade das condutas. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Incabível aplicar-se o princípio da insignificância, ou bagatela aos delitos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, mormente no âmbito da violência doméstica, já que o respeito à integridade física é preceito caracterizador da dignidade da pessoa humana. DOSIMETRIA DA PENA. DELITOS COMETIDOS NO ÂMBITO DOMÉSTICO. "BIS IN IDEM". INOCORRÊNCIA. Pena-base definida no mínimo legal ante análise totalmente favorável das circunstâncias judiciais. Não há que se falar em bis in idem no reconhecimento da agravante prevista na alínea f do inciso I do artigo 61 do Código Penal, na medida em que não está contida na descrição típica do delito de ameaça a circunstância de ser cometido no âmbito doméstico e familiar, merecendo maior reprovação. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E "SURDIS". Conforme os termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos não se afigura, haja vista ter sido o delito cometido com grave ameaça à pessoa. Por outro lado, mantida a suspensão condicional da pena. Decisão por maioria. RECURSO DESPROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70061266649, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 12/11/2014).

Ante todo o exposto, é notório que não se trata de uma conduta cuja gravidade possa ser circunscrita a um contexto isolado. Ao contrário, a utilização das normas previstas na Lei Maria da Penha justificam-se pela gravidade e pela complexidade da situação.

Assim, uma vez praticados atos de violência contra a mulher no ambiente doméstico e familiar, incabível a substituição da pena privativa de liberdade, não sendo razoável comparar crime de violência doméstica a delito de pequeno potencial ofensivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações no Código Penal dão sinais de que o Direito Penal evoluiu ao longo de sua história (dos suplícios e vinganças às penas alternativas), sempre buscando que a pena pudesse cumprir seu papel, que variou conforme

as circunstâncias históricas, sociais, políticas ou mesmo econômicas.

No tocante à Lei 11.340/2006, é cediço que o advento da citada norma fora de suma importância, uma vez que surgiu no anseio de tentar compensar e equiparar a mulher em suas relações sociais, tendo em vista o vergonhoso histórico de degradação social do sexo feminino.

A nova Lei sobre violência doméstica contra a mulher, apesar de não instituir tipos penais inéditos, trouxe mecanismos inovadores, com respostas mais efetivas do Estado, o que encorajou um número maior de mulheres a formalizar suas denúncias.

Fez-se necessária a análise de alguns conceitos legais e das formas de violência trazidas pela Lei 11.340/06, bem como o estudo das mudanças relevantes do citado diploma legal, dentre elas a possibilidade de aplicação da conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, com exceção daquelas de natureza pecuniária, conforme expressamente previsto nos art. 17 e 45, parágrafo único, viabilizando, assim, o cumprimento das penas substitutivas de prestação de serviços à comunidade ou de limitação de fim de semana.

Em contrapartida, o art. 44 do Código Penal estabelece as condições requeridas para que a pena privativa de liberdade possa ser substituída por pena restritiva de direitos, destacando, no inciso I, a impossibilidade da substituição quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Nesse diapasão, deu-se margem a entendimentos conflitantes e decisões divergentes nos tribunais. De um lado, aqueles que defendem, quando se trata de infração de menor potencial ofensivo – lesão corporal leve, constrangimento ilegal, ameaça ou contravenção de vias de fato – a substituição, por entenderem que a adoção da pena substitutiva é o melhor caminho a ser seguido, malgrado o dispositivo legal.

Numa outra linha de pensamento, com base na interpretação literal do preceito do estatuto Repressivo Penal, sustentam que qualquer crime praticado com violência ou grave ameaça torna impossível a benesse legal.

Ocorre que, o crime de violência doméstica não ostenta a natureza de delito de pequeno potencial ofensivo, ainda que se tenha conhecimento da

existência de casos e casos de violência doméstica, alguns com requintes de crueldade extrema e outros que se restringem apenas às vias de fato, é de se reconhecer que a violência se expressa de várias maneiras e formas, praticada em maior ou menor grau de intensidade, caracterizando-se pelo simples fato do agente se utilizar da sua força superior para submeter a vítima.

Assim, a Lei Maria da Penha surgiu para salvaguardar a mulher de todas as formas de violência (não só física, mas moral, psíquica, sexual e patrimonial), inclusive naquelas hipóteses em que a agressão possa não parecer tão violenta, não sendo possível, portanto, a substituição da pena de prisão por restritiva de direitos.

Por todo exposto, entendeu acertadamente a Corte Suprema ao impedir o benefício da substituição da pena no caso de crime doméstico praticado com violência à pessoa.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006**: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero – São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1 – 20. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, **Lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2.006**. 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19.10.2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20.09.2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20.09.2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul**. Disponível

em: <<http://www.tjms.jus.br> >. Acesso em: 20.09.2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br> >. Acesso em: 20.09.2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br> >. Acesso em: 20.09.2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1 a 120) – 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica (Lei Maria da Penha): Lei 11.340/2006. Comentada artigo por artigo** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Impressões objetivas sobre a lei de violência doméstica**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.phpn_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1500>. Acesso em out 2015.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado** – 8. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2014.

_____. **Curso de Direito Penal** – 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Código penal comentado**. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. Forense, 2014.

THE INABILITY OF LAW RESTRAINING THE FEATHERS APPLICATION DOMESTIC VIOLENCE CRIMES IN THE LIGHT OF JURISPRUDENCE

Marianne Matos Souza

ABSTRACT

Source of much debate in the Brazilian legal framework, the Maria da Penha Law – Law 11.340 / 06 came, considering the historical context of female degradation, to try to compensate and match the woman in their social relations. Among the many topics discussed, analyzed the possibility contained in articles 17 and 45 of said law, as to the possibility of deprivation of freedom in conversion restriction of rights, except those of a financial nature, for practitioners of crimes domestic violence, bumping the ban on replacement of imprisonment in cases of criminal offenses committed with violence or serious threat to the person, in item II of art. 44 of the Penal Code. We tried to demonstrate, from the decisions of the courts, arguments against the conversion of deprivation of freedom in restriction of rights in crime against women in the family environment, as well as those in favor of alluded replacement. There has been real divergence of understanding pertaining to matters addressed and can be analyzed on the one hand, from the point of view of reason, and, on the other hand, from the perspective of literal interpretation of legal provisions.

Keywords: Restrictive penalties Rights. Domestic Violence. Replacement. Jurisprudence.