

31/10/2017

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 137.888 MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : MIN. ROSA WEBER
PACTE.(S) : ██████████ ██████████ ██████████
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E M E N T A

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. VIAS DE FATO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. LEI Nº 11.340/2006. ARTIGO 226, § 8º, DA LEI MAIOR. DIREITOS HUMANOS DA MULHER. SISTEMA PROTETIVO AMPLO. INTERPRETAÇÃO DA LEI. ALCANCE. INFRAÇÃO PENAL – CRIME E CONTRAVENÇÃO. COMBATE À VIOLÊNCIA EM TODAS AS SUAS FORMAS E GRAUS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. Paciente condenado à pena de 20 (vinte) dias de prisão simples, em regime inicial aberto, pelo cometimento da contravenção de vias de fato (art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/1941).

2. Em particulares hipóteses, a fim de compatibilizar normas jurídicas infraconstitucionais de natureza penal aos comandos da Lei Maior, bem como ao próprio sistema em que se inserem, exsurge verdadeira imposição ao julgador no sentido de reconhecer que a lei disse menos do que pretendia (*lex minus scripsit, plus voluit*), a exigir seja emprestada interpretação ampliativa ao texto legal, respeitada a teleologia do preceito interpretado. Precedente desta Suprema Corte.

3. Consoante magistério de Inocêncio Mártires Coelho, com apoio em Niklas Luhmann, Friedrich Müller e Castanheira Neves: “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, vale dizer, preceito formalmente criado e materialmente concretizado por todos quantos integram as estruturas básicas constituintes de qualquer sociedade

HC 137888 / MS

pluralista. [...] O teor literal de uma disposição é apenas a ‘ponta do iceberg’; todo o resto, talvez o mais importante, é constituído por fatores extralinguísticos, sociais e estatais, que mesmo se o quiséssemos não poderíamos fixar nos textos jurídicos, no sentido da garantia da sua pertinência.” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005, p. 425-6; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45; e NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 166-76.)

4. Sistema protetivo da mulher contra toda e qualquer violência de gênero. O sistema da Lei nº 11.340/2006 - de nítido cariz constitucional e fortemente amparado em diplomas internacionais - introduz sensíveis alterações no ordenamento jurídico brasileiro, dentre as quais: **i)** a mudança de paradigma no combate à violência contra a mulher, antes entendida sob a ótica da infração penal de menor potencial ofensivo, e, hodiernamente, como afronta a direitos humanos; e, **ii)** o inegável e imperioso reforço do papel repressivo da pena. Na lição de Flávia Piovesan, “além da ótica preventiva, a Lei ‘Maria da Penha’ inova a ótica repressiva, ao romper com a sistemática anterior baseada na Lei n. 9.099/95, que tratava a violência contra a mulher como uma infração de menor potencial ofensivo [...]”. (Temas de Direitos Humanos. 10^a ed., rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2017. p. 430)

6. Na exata dicção do art. 6º da Lei Maria da Penha, “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”, não mais admitida leitura sob a ótica das infrações penais de menor potencial ofensivo.

7. Ínsita a violência nos atos de agressão perpetrados contra a mulher no ambiente doméstico e familiar, cumpre estender a vedação contida no art. 44, I, do Código Penal à infração prevista no art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/1941. Artenira da Silva e Silva, Amanda Madureira e Almudena Garcia Manso - em artigo titulado “O Machismo Institucional Contra Mulheres em Situação de Violência de Gênero: reflexões iniciais sobre a efetividade da Lei Maria da Penha no Brasil” (Hermenêutica,

HC 137888 / MS

Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais. Juruá Editora, Curitiba, 2016. p. 422) -, destacam, com sagacidade ímpar, de um lado, a extrema gravidade – o poder de dano - das agressões contra a mulher, e, de outro, a dispensável tarefa de se pretender valorar a violência doméstica, exatamente porque grave toda e qualquer agressão praticada no ambiente familiar, revestida pela discriminação de gênero.

8. Nessa esteira, Soraia da Rosa Mendes, em “A Violência de Gênero e a Lei dos Mais Fracos: A proteção como direito fundamental exclusivo das mulheres na seara Penal” (*In A Mulher e a Justiça. A Violência Doméstica sob a ótica dos Direitos Humanos. 1ª Edição. AMAGIS-DF, Brasília, 2016. p. 73*); Eliseu Antônio da Silva Belo em “Artigo 41 da Lei Maria da Penha frente ao princípio da proporcionalidade” (Editora Verbo Jurídico, São Paulo, 2014. p. 22); Catiuce Ribas Barin em “Violência Doméstica contra a Mulher. Programas de Intervenção com Agressores e sua Eficácia como Resposta Penal. (Juruá, Curitiba, 2016. p. 61); bem como Eduardo Luiz Santos Cabette, para quem “seria um contrassenso incomensurável estabelecer que uma determinada forma de violência fosse uma ‘grave violação dos direitos humanos’ e, concomitantemente, tratá-la como mera infração de menor potencial ofensivo!” (*In STJ e a Aplicação da Lei Maria da Penha às Contravenções Penais. Juris Plenum, Ano XII, número 66 – março de 2016. Caxias do Sul/RS. p. 116*)

9. O art. 226, § 8º, da Carta Política consagra vetor hermenêutico de proteção da mulher – dever constitucional de agir, por parte do Estado, ante a adoção de mecanismos para coibir toda e qualquer violência nos âmbitos doméstico e familiar.

10. Ordem de *habeas corpus* denegada.

31/10/2017

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 137.888 MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
PACTE.(S) : ██████████ ██████████ ██████████
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de ██████████ contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, pela qual negado provimento a agravo regimental no REsp 1.534.703/MS.

O Juízo da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS condenou o paciente à pena de 20 (vinte) dias de prisão simples, em regime inicial aberto, pela contravenção de vias de fato (art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/1941). Naquela oportunidade, o magistrado de primeiro grau negou a substituição de pena e concedeu o *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos.

Contra o édito condenatório, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que deu parcial provimento ao recurso para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial, que, admitido na origem, foi remetido para o Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Ribeiro Dantas, via decisão monocrática, deu-lhe provimento para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ato contínuo, a Corte Superior negou provimento ao agravo regimental manejado pela defesa.

Extraio do ato dito coator:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO

HC 137888 / MS

RECURSO ESPECIAL. VIAS DE FATO RECONHECIDAS PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. VIOLAÇÃO DO ART. 44, I, DO CP. OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA À PESSOA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. "Na via especial, a discussão acerca da classificação jurídica dos fatos dispostos nos autos mitiga a incidência da Súmula 7/STJ." (AgRg no AREsp 788.967/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 3/2/2016.)

2. A jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça tem se direcionado pela impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em hipótese de violência doméstica (art. 44, I, do CP).

3. No caso, o agravante praticou vias de fato contra a sua esposa, fato que se insere na proibição legal de substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, o que impõe a reforma do acórdão local.

4. Agravo regimental não provido".

Neste *writ*, alega a impetrante a viabilidade da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante a inexistência de vedação legal para contravenção penal. Requer, em medida liminar, a suspensão dos efeitos do decreto condenatório até o julgamento final da presente impetração. No mérito, pugna pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em 31.10.2016, indeferi a liminar.

O Ministério Público Federal, em manifestação da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opina pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

31/10/2017

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 137.888 MATO GROSSO DO SUL

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): 1. O presente *habeas corpus* diz com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em caso de violência praticada contra mulher, ex-companheira do agressor.

O paciente foi denunciado e, posteriormente, condenado à pena de 20 (vinte) dias de prisão simples, em regime inicial aberto, pelo cometimento da contravenção de vias de fato (art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Consta da sentença que a vítima se deslocou até o local em que o seu ex-companheiro se encontrava, a fim de tratar sobre pensão, momento em que foi por ele agredida com tapa - que atingiu o capacete por ela utilizado - e chute, sem lesões aparentes.

O magistrado de primeiro grau indeferiu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em sentença assim exarada:

“Considerando o disposto no art. 44, I, do Código Penal, a pena privativa de liberdade não pode ser substituída por penas restritivas de direitos quando o delito for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, hipótese tratada nos autos, em que o crime foi praticado com violência à pessoa.”

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul deu parcial provimento ao recurso defensivo, substituída a pena corporal por restritiva de direitos. Reproduzo excerto do voto condutor:

“(…)”

Com efeito, nos casos de contravenção penal de vias de fato, a baixa repercussão da conduta, bem como a reduzida gravidade do delito não impedem a concessão da referida benesse.

Nesse sentido o entendimento desta Corte de Justiça:

HC 137888 / MS

‘Para ocorrer a aplicação da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, faz-se necessária a análise do maior ou menor grau da gravidade da lesão corporal. Assim, nos casos de mera contravenção penal, tendo em vista a sua baixa ou quase inexistente repercussão no meio social, é possível a aplicação desse benefício.’

‘A violência impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é aquela relacionada aos crimes, ou seja, às condutas de maior gravidade, não alcançando a contravenção de vias de fato. Recurso parcialmente provido.’

Assim, a pena privativa de liberdade deve ser convertida em limitação de final de semana conforme requisitos e condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, pois é certo ser impossível substituí-la por prestação de serviços à comunidade ou qualquer outra medida, conforme disposições do art. 17 da Lei nº 11.340/06 e do art. 46 do Código Penal.”

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática da lavra do Ministro Ribeiro Dantas, deu provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, **afastada a substituição da pena restritiva de liberdade.**

Tal decisão restou desafiada por agravo regimental, tendo o STJ negado provimento ao recurso, forte na sua jurisprudência, *verbis*:

“(…).

Com efeito, percebe-se que o Tribunal de origem efetuou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em hipótese na qual o crime fora cometido com violência (vias de fato). De todo modo, referido posicionamento destoa da jurisprudência firmada no âmbito desta Corte Superior. Confira-se:

(…).

Por derradeiro, apenas para afastar qualquer dúvida, saliente-se que a violência à pessoa que afasta a aplicação do art. 44 do Código Penal prescinde de ferimentos, marcas ou ofensa à estrutura corporal da vítima. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

(…).

HC 137888 / MS

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.”

2. Registro, de plano, não desconhecer que esta Suprema Corte já já examinou a sensível questão ora em exame nos HC 131.160, da relatoria do Ministro Teori Zavascki (DJe 08.11.2016), e HC 132.342, da relatoria do Ministro Dias Toffoli (DJe 28.9.2016), no âmbito da 2ª Turma, nos quais autorizada a substituição da pena.

Rememoro que o **Tribunal Pleno** do STF, ao julgamento do HC 106.212, em que Relator o Ministro Marco Aurélio (DJe 13.6.2011), **decidiu** que o art. 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) **obsta a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito em todo e qualquer caso de prática delituosa que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher**. Colijo a ementa do acórdão prolatado no referido *writ*:

“VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.”

3. Tal preceito legal (art. 41 da Lei Maria da Penha), diga-se de passagem, já foi objeto de **declaração de constitucionalidade** por esta Corte Suprema ao julgamento da ADC 19, também sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, ocasião em que, ao proferir meu voto, expressamente **rememorei a decisão** do Tribunal Pleno do STF no HC 106.212, precisamente o ponto em que o Relator assenta alcançar o art. 41

HC 137888 / MS

da Lei nº 11.340/2006 “**toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal**” (destaquei).

4. Extraio dessa emblemática declaração de constitucionalidade que a Lei Fundamental, por seu **art. 226, § 8º, consagra vetor hermenêutico de proteção** – verdadeira imposição constitucional de agir, por parte do Estado, ante a adoção de “mecanismos para coibir a violência no âmbito” da família, com especial atenção àquela praticada, **em qualquer de suas formas e graus**, contra a mulher.

E não poderia ser diferente, observado o conteúdo do art. 6º da Lei Maria da Penha, a alçar ao **status de violação dos direitos humanos** a violência doméstica e familiar contra a mulher, violência essa que não se reduz ou circunscreve ao conceito de lesão corporal, a teor do art. 5º do diploma legal em apreço.

Ao contrário, sensível ao reconhecimento de que **a violência contra a mulher comporta natureza específica**, inserta em um contexto que lhe é próprio, a Lei Maria da Penha contempla, com clareza solar, ampliação do conceito dessa particular e penosa forma de agressão, açambarcada “**qualquer ação ou omissão** baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, nos âmbitos doméstico e familiar, independentemente do convívio entre agressor e ofendida, bem como da orientação sexual dos envolvidos (art. 5º, I, II, III, e parágrafo único da Lei nº 11.340/2006).

5. Inesgotáveis os justos motivos de tal ampliação legislativa, a qual, sem dúvida, assenta sempre presente a violência, de todo **despiciendo perquirir, para fins de incidência do regramento repressivo, acerca da intensidade da agressão**.

Não se comportam, agressor e vítima, em situação que lhes permita **indiferença**, porquanto, ao menos em algum momento da vida – e a lei não exige de modo diverso -, compartilharam afetividade. Tal particularidade faz com que a violência, muitas das vezes praticada de forma sub-reptícia e iterativa, não se esgote ao final da desavença ou da agressão, como soe ocorrer quando a contenda se dá entre pessoas desconhecidas.

HC 137888 / MS

É dizer, a **violência contra a mulher** – mormente porque praticada no seu espaço de convívio, no bojo da sua família, tendo por agressor pessoa com quem teve relação de afeto - **se entranha**, de modo inexorável e muitas vezes indelével, entristecendo-lhe a alma e afetando-lhe o psicológico, a ponto de afetar-lhe a **dignidade humana**.

6. Consabido que a interpretação literal ou gramatical consubstancia tão somente o primeiro contato do hermeneuta com o texto - aproximação essa sem a qual não se faz possível extrair qualquer significado do comando normativo -, tenho presente que **a interpretação jamais se esgota na literalidade do texto**, mesmo nas raríssimas hipóteses em que a máxima *in claris cessat interpretatio* se mostra “aparentemente” adequada à realização do preceito normativo.

Basta notar que a linguagem é um fenômeno dinâmico, razão pela qual palavras e expressões, por mais simples e evidentes (claras) que aparentem ser em determinado tempo e lugar, não somente comportam uma plêiade de significados, como também receberão significados diversos no porvir.

Rápido passar de olhos em um dicionário espanca de dúvidas tal constatação, assim como o Direito e a jurisprudência se encontram repletos de bons exemplos, *v.g.*, família, casamento, mulher honesta.

Na lição de Inocêncio Mártires Coelho, com apoio em Niklas Luhmann¹, Friedrich Müller² e Castanheira Neves³:

“Rigorosamente, portanto, “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”, vale dizer, preceito formalmente criado e materialmente concretizado por todos quantos integram as estruturas básicas constituintes de qualquer sociedade pluralista.

A escrita é apenas uma forma que produz uma diferença

-
- 1 El derecho de la sociedad. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005, p. 425-6.
 - 2 Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45.
 - 3 Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 166-76.

HC 137888 / MS

entre o corpo do texto e a interpretação, entre a literalidade do escrito e o espírito da lei. Não existe nenhuma fixação por escrito do direito vigente que não origine uma interpretação. Ambas são produzidas, simultaneamente, como uma forma de dois lados. No instante mesmo em que se escrevem os textos origina-se, daí, um problema de interpretação.

O teor literal de uma disposição é apenas a “ponta do iceberg”; todo o resto, talvez o mais importante, é constituído por fatores extralinguísticos, sociais e estatais, que mesmo se o quiséssemos não poderíamos fixar nos textos jurídicos, no sentido da garantia da sua pertinência.” (destaquei)

7. Assim, e rechaçando, desde logo, eventual discussão acerca do uso da analogia (*in malan partem*), **porque disso rigorosamente não se está a tratar** na espécie, ao adequado processo de conhecimento e reconhecimento de determinado preceito legal observo de todo inafastável a adoção **complementar das diversas técnicas** de interpretação da lei – literal ou gramatical/filológica, lógica (histórica, política, ideológica, etc), teleológica e sistemática.

Em particulares hipóteses, a fim de compatibilizar normas jurídicas infraconstitucionais de natureza penal aos comandos da Lei Maior – em suma, com o sistema normativo em que se insere – exsurge, inegavelmente, **verdadeira imposição ao julgador** no sentido de reconhecer que a lei disse menos do que pretendia (*lex minus scripsit, plus voluit*), a exigir seja emprestada interpretação ampliativa ao texto legal, sempre com o mais absoluto respeito à teleologia do preceito interpretado. Nessa esteira de raciocínio, colho o seguinte precedente desta Corte:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11. 466/2007. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA

HC 137888 / MS

LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. 1. Prática infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional. 2. **A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis.** 3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a conseqüente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime. 4. Negar provimento ao recurso.” (RHC 106481, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 03.3.2011 - destaquei)

É sob tal ótica que observo o sistema de proteção às vítimas da **violência de gênero** – doméstica e familiar contra a mulher -, na modelagem que lhe foi ofertada ao advento da Lei nº 11.340/2006, expressamente vedado por seu art. 17, “nos casos de violência”, a aplicação de “de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

Não suficiente, a Lei Maria da Penha, por seu art. 41, “independentemente da pena prevista”, **rechaça de modo peremptório** a aplicação da Lei nº 9.099/1995, regramento voltado ao julgamento e à “execução das infrações penais de menor potencial ofensivo” (art. 60), **assim consideradas**, na exata dicção do art. 61 desse mesmo diploma, “as **contravenções penais e os crimes** a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Reputo, nessa linha, incompatível com a teleologia do sistema legal protetivo da mulher **compreensão restrita do termo crime**, que permita subtrair, indevidamente, do seu âmbito de abrangência - manifestamente ampliado e voltado a proteger a mulher de toda e qualquer infração penal contra ela cometida com violência – **a contravenção penal das vias de fato.**

HC 137888 / MS

A merecer registro, no ponto, a seguinte passagem do voto do Ministro Marco Aurélio, proferido no HC 106.212, impetrado em favor de paciente “denunciado como incurso nas penas do artigo 21, cabeça, do Decreto-Lei nº 3.688/41 – contravenção penal de vias de fato”, e “condenado à pena de quinze dias de prisão simples, substituída por restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, em observância ao artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (proibição de aplicação da Lei nº 9.099/95), *verbis*:

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

8. Não por outros fundamentos, entendo que, após o advento da Lei Maria da Penha, em se tratando de violência contra a mulher, **se impõe interpretação do inciso I do art. 44 do Código Penal que não faça tábula rasa da *mens legis***, cumprindo ao exegeta, ao extrair o significado da lei, **respeitar o explícito comando** contido no art. 4º daquele diploma de salvaguardas, qual seja o de que, “na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

9. Corroborar meu particular entendimento - de que **sempre insita a violência** nos atos de **agressão perpetrados contra a mulher** no ambiente doméstico e familiar, a exigir seja estendida a vedação contida no art. 44,

HC 137888 / MS

I, do Código Penal à infração prevista no art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 -, o artigo: “O Machismo Institucional Contra Mulheres em Situação de Violência de Gênero: reflexões iniciais sobre a efetividade da Lei Maria da Penha no Brasil”⁴.

Em tal artigo, Artenira da Silva e Silva, Amanda Madureira e Almudena Garcia Manso destacam, com sagacidade ímpar, de um lado a extrema gravidade – “o poder de dano” - das agressões contra a mulher, e, de outro, a dispensável tarefa de se pretender valorar a violência doméstica, **exatamente porque grave toda e qualquer agressão praticada no ambiente familiar**, revestida pela discriminação de gênero. Reproduzo o seguinte fragmento:

“Cumpre destacar que em um contexto de violação de direitos humanos em ambiente doméstico é **difícil valorar violências maiores ou menores, uma vez que todas estão inseridas em uma cadeia cíclica e temporalmente estabelecida, amordaçando, tolhendo, controlando e desumanizando a existência da vítima.**

As violências invisibilizadas ou micromachistas possuem grande poder de dano porque acontecem comumente acobertadas pela repetição cotidiana, pela normalidade e por vezes por passarem despercebidas de quem as pratica e de até de quem as sofre. A sua existência reside nas múltiplas oportunidades cotidianas delas serem exercidas, especialmente nos espaços privados (LLORENTE, 2014).” (destaquei)

Nesse sentido, ainda, Soraia da Rosa Mendes⁵, ao registro de que o **relacionamento afetivo e sexual das vítimas com os seus agressores**

4 SILVA, Artenira da Silva e; MADUREIRA, Amanda; e MANSO, Almudena Garcia. *In* *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Juruá Editora, Curitiba, 2016. p. 422

5 A Violência de Gênero e a Lei dos Mais Fracos: A proteção como direito fundamental exclusivo das mulheres na seara Penal. *In* *A Mulher e a Justiça. A Violência Doméstica sob a ótica dos Direitos Humanos*. 1ª Edição. AMAGIS-DF, Brasília, 2016. p. 73

HC 137888 / MS

torna a violência mais complexa, podendo se dar de inúmeras formas, porquanto:

“Os autores, nesses casos, conhecem bem as vítimas e seus pontos mais vulneráveis. Dominam a situação e sabem como e onde ameaçá-las, como espancá-las, humilhá-las e cometer outras práticas de agressão e lesão. Sob esta ótica específica tem-se a violência doméstica e familiar que, entre nós, nos termos da Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha, ocorre tanto quando há violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral.”

9. Observo, portanto, **como norte interpretativo**, encampado por esta Corte ao exame da ADC 19, **a obrigação do Estado em coibir a violência contra a mulher** – com rigor especial quando praticada no bojo do seio familiar, a fim não somente de exercer o papel punitivo, como também, e talvez esse o de maior relevância, o papel preventivo da pena. Transcrevo a ementa do julgado, *verbis*:

“VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. **O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da**

HC 137888 / MS

República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares.” (DJe 29.4.2014 - destaquei)

Tal julgamento, consoante destacado pela doutrina especializada, apontou para um pretendido, alvissareiro e consciente recrudescimento trazido pela novel legislação, de modo **a retirar da violência de gênero a rubrica – social e institucional - que lhe é totalmente inadequada**, mas infelizmente arraigada na cultura brasileira, qual seja a de **“crime de menor potencial ofensivo”**.

10. Bem destaca Flávia Piovesan⁶ as **inovações introduzidas** no ordenamento jurídico ao advento da Lei Maria da Penha, dentre as quais: **i) a mudança de paradigma** no combate à violência contra a mulher, antes entendida sob à ótica da infração penal de menor potencial ofensivo, e, hodiernamente, como afronta a direitos humanos, na exata dicção do art. 6º do referido diploma legal (“A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”); e, **ii) o inegável e imperioso reforço do papel repressivo da pena, *verbis*:**

“Além da ótica preventiva, a Lei ‘Maria da Penha’ inova a ótica repressiva, ao romper com a sistemática anterior baseada na Lei n. 9.099/95, que tratava a violência contra a mulher como uma infração de menor potencial ofensivo, sujeita à pena de multa e pena de cesta básica.”

Na mesma linha, Eliseu Antônio da Silva Belo⁷, ao asseverar que:

“As principais consequências desse posicionamento da mais alta Corte brasileira podem ser resumidas no **afastamento total de todos os institutos despenalizadores ou**

6 Temas de Direitos Humanos. 10ª ed., rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2017. p. 430

7 Artigo 41 da Lei Maria da Penha frente ao princípio da proporcionalidade. Editora Verbo Jurídico, São Paulo, 2014. p. 22

HC 137888 / MS

descarcerizadores (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo) contemplados na Lei n. 9.099/95, em relação às infrações penais cometidas no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, além do resgate da natureza pública incondicionada da ação penal nas hipóteses de lesões corporais leves e culposas.

E aqui se fala no gênero "infrações penais", porque o próprio STF, nos autos do Habeas Corpus n. 106.212/MS, também de relatoria do Min. Marco Aurélio, assentou que o preceito do artigo 41 dessa lei "alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato." (destaquei)

Catiuce Ribas Barin⁸, ao defender que:

“No tratamento da resposta ao sistema penal à violência doméstica contra as mulheres – atualmente reforçada em consonância com as normativas internacionais -, as Leis 11.340/2006 e 13.104/2015 são de referência obrigatória. **A primeira possui notório caráter penalizador, na medida em que trata com mais rigor as infrações penais** perpetradas contra a mulher no âmbito familiar, doméstico ou de qualquer relação íntima de afeto. [...]

Com a publicação da Lei 11.340/2006, as **mulheres vítimas** de violência doméstica ou familiar passaram a gozar de **tutela penal especial [...]** ‘reforçada’, **pois mais intensa** do que a prevista para outras vítimas de ofensas de natureza semelhante [...] e abrange praticamente todos os graus e modalidades de violência, desde a ofensa verbal até situações extremas, como o feminicídio.” (destaquei)

Cito, ainda, Eduardo Luiz Santos Cabette⁹, para quem:

8 Violência Doméstica contra a Mulher. Programas de Intervenção com Agressores e sua Eficácia como Resposta Penal. Juruá, Curitiba, 2016. p. 61

9 STJ e a Aplicação da Lei Maria da Penha às Contravenções Penais. Juris Plenum, Ano

HC 137888 / MS

“O objetivo do legislador é aplicar o máximo rigor contra as práticas de violência doméstica e familiar contra a mulher, impedindo os benefícios despenalizadores ínsitos à Lei 9.099/1995, em plena consonância com a disposição da própria Lei 11.340/2006 que estabelece que a violência doméstica e familiar contra a mulher é considerada uma espécie de "violação dos direitos humanos" (artigo 6º), norma esta, por seu turno, em harmonia com Tratados Internacionais firmados pelo Brasil a respeito do tema (v.g. Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher - CEDAW e Convenção de Belém do Pará). **Efetivamente, seria um contrassenso incomensurável estabelecer que uma determinada forma de violência fosse uma ‘grave violação dos direitos humanos’ e, concomitantemente, tratá-la como mera "infração de menor potencial ofensivo!"** (destaquei)

11. Assim, em alinhamento ao magistério doutrinário, bem como em respeito ao vetor hermenêutico indicado por esta Suprema Corte (ADC 19), entendo que se deva **emprestar o maior alcance possível à legislação tendente a coibir a violência doméstica e familiar**, como forma de evitar retrocessos sociais e institucionais na proteção das vítimas, avanço conquistado de modo árduo, na luta pela superação do sofrimento da mulher, muitas vezes experimentado em silêncio - no recôndito do lar, do seio familiar e da alma, agredida exatamente por aquele com quem divide o “teto” e dedica o afeto.

12. Bem demonstra a energia desprendida - nos planos nacional e internacional - para se alcançar o atual estágio de proteção das vítimas dos crimes de gênero o caso nº 12.051/OEA, mote da Lei nº 11.340/2006, **em que denunciado o Brasil** - pelo Centro pela Justiça pelo Direito Internacional e pelo Comitê Latino - Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), em litisconsórcio com a vítima, Maria da Penha Maia Fernandes, - **tendo sido condenado** no âmbito da Comissão

XII, número 66 – março de 2016. Caxias do Sul/RS. p. 116

HC 137888 / MS

Interamericana de Direitos Humanos da OEA pela negligência em disponibilizar mecanismos eficientes a coibir a prática da violência doméstica contra a mulher.

Ressalto, ademais, no contexto das conquistas pela dignidade humana da mulher, a adoção, em 1993, da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, pela Organização das Nações Unidas – ONU, bem como, junto à Organização dos Estados Americanos – OEA, a aprovação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção do Belém do Pará), ratificada pelo Brasil em 1995.

13. Compreendo, assim, o sistema protetivo da Lei nº 11.340/2006 - de nítido cariz constitucional e fortemente amparado em diplomas internacionais - de modo a lhe emprestar amplitude e sentido que obstaculizem a reinserção da violência contra a mulher na ambiência da legislação própria às infrações de menor potencial ofensivo, sem o que não se concretizará o comando do art. 226, § 8º, da Lei Maior.

Ante o exposto, **voto pela denegação da ordem de *habeas corpus*.**