

A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE NO CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA

THE IMPOSSIBILITY OF REPLACING PENALTIES IN THE CONTEXT OF THE MARIA DA PENHA LAW

Bruna Gonçalves Xavier

Doutoranda em Desenvolvimento Local, pela Universidade Católica Dom Bosco. Mestre em Desenvolvimento Local em Contexto de Territorialidades pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola de Direito da Associação dos Membros do Ministério Público – EDAMP.

Heitor Romero Marques

Mestrado Em Educação Formação de Professores pela Universidade Católica Dom Bosco (1996) e doutorado em Desarrollo Local Y Planificación Territorial - Universidad Complutense de Madrid (2004). Professor na Universidade Católica Dom Bosco, atuando em cursos de licenciatura e bacharelado, bem como na especialização lato sensu e Programa de Mestrado e Doutorado em Desenvolvimento Local.

Submetido em: 02/12/2020

Aprovado em: 04/11/2021

Resumo: Essa pesquisa versa sobre a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, envolvendo infrações penais cometidas no âmbito da Lei 11.340/2006. A relevância desse estudo se demonstra na necessidade da reprimenda e devida atuação estatal nos casos envolvendo essas infrações. O objetivo geral do estudo buscou compreender a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Os objetivos específicos em contextualizar a Lei Maria da Penha e sua importância, caracterizar as situações em que as infrações penais são praticadas no contexto da violência doméstica e apontar os motivos que vedam essa substituição das penas. A metodologia de pesquisa foi bibliográfica e exploratória, a partir da busca na jurisprudência dos tribunais superiores. Concluindo-se que a Súmula 588 do Superior Tribunal de Justiça veda essa substituição, ainda que a infração tenha as condições, mas desde que seja nesse contexto não é permitido.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; Substituição de penas; Violência Doméstica.

Abstract: *This research is about replacing the deprivation of liberty with restrictive rights, involving criminal offenses committed under Law 11.340 / 2006. The relevance of this study is demonstrated by the need for reprimand and due action by the State in cases involving these infractions. The general objective of the study sought to understand the prohibition on substituting deprivation of liberty for restrictive rights. The specific objectives in contextualizing the Maria da Penha Law and its importance, characterize the situations in which criminal offenses are committed in the context of domestic violence and point out the reasons that prohibit this substitution of penalties. The research methodology was bibliographic and exploratory, based on the search in the jurisprudence of the higher courts. Concluding that Precedent 588 of the Superior Court of Justice prohibits this substitution, even if the infraction has the conditions, but as long as it is in this context, it is not allowed.*

Keywords: *Maria da Penha Law; Feather replacement; Domestic violence.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Um olhar na história. 2. Violência Doméstica e a proteção garantida pela Lei Maria da Penha. 3. A impossibilidade de substituição da pena privativa da liberdade por restritivas de direito em contexto de violência doméstica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A temática de estudo aborda a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando envolver infrações penais cometidas no contexto da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), tendo em vista que o Código Penal brasileiro admite, em algumas hipóteses, que a pena anteriormente fixada como privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A relevância desse estudo se revela no fato de que em regra, as infrações penais que se enquadrem nos requisitos do artigo 44 do Código Penal, fazem jus à substituição das penas privativas da liberdade por restritivas de direito, porém, os crimes e contravenções penais cometidos sob a égide da Lei Maria da Penha configuram uma exceção, ainda que estejam dentro desses requisitos previstos no referido artigo, a fim de que haja uma maior proteção à mulher vítima dessas formas de violência.

Desta forma, verifica-se que esse tema gera muitas dúvidas em vários operadores do direito, inclusive havendo situações em que as penas são indevidamente substituídas, causando a sensação de desproteção das vítimas e falta de efetividade dos fins previstos na Lei 11.340/2006.

O objetivo geral desse estudo buscou compreender essa vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Enquanto os objetivos específicos em traçar um evolutivo sobre a luta das mulheres e o surgimento da Lei Maria da Penha, bem como conceituar violência doméstica e apontar a impossibilidade de substituição da pena de acordo com a súmula 588 do Superior Tribunal de Justiça.

A metodologia de pesquisa seguiu uma abordagem qualitativa, a partir da revisão da literatura disponível, com buscas junto às plataformas disponíveis, consistente no Google Acadêmico, Scielo, Banco de Teses e Dissertações da CAPES, utilizando os formatos de artigo científico, livros, trabalhos de conclusão de curso, teses e dissertações. Além de trazer um caráter exploratório, tendo em vista que foi feita busca e análise na jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente a Súmula 588 do Superior Tribunal de Justiça.

A estrutura do estudo está organizada no primeiro tópico com um enfoque na história relativa ao tratamento da mulher até a contemporaneidade, enquanto o tópico seguinte trata da contextualização da violência doméstica e seus conceitos. Por fim, o terceiro tópico traz a análise sobre a impossibilidade de substituição das penas nas infrações penais cometidas no âmbito da Lei Maria da Penha, a partir do entendimento de um tribunal superior.

1. UM OLHAR NA HISTÓRIA

A compreensão do cenário atual de proteção à mulher é justificada pelos antecedentes históricos que circundam o tratamento dado a elas. Em diferentes períodos da história, desempenhando distintos papéis sociais que refletiam o pensamento da época, em que a conquista de vários direitos atribuídos primeiramente aos homens foi recente e demonstra a vulnerabilidade em diversos aspectos da vida dessas mulheres.

Nesse sentido, consoante destaca Leite e Noronha (2015), a mulher nas civilizações antigas era responsável pela colheita de cereais, ao passo que os homens realizavam a caça e eram mais valorizados por proporcionar a carne como alimento das tribos. Avançando um pouco, a sociedade se organizou sob um modelo patriarcal, em que o homem era quem comandava a família, estabelecendo a figura de uma mulher submissa, sem que pudesse tomar suas próprias decisões.

Na Mesopotâmia, por volta do ano 2000 a.C., o casamento era concebido como uma forma de aquisição da mulher, a qual não podia manifestar aversão ao marido, sob pena de ser lançada ao rio, com pés e mãos amarradas ou jogada do alto de uma torre. Outro exemplo, era o fato de que se ela não pudesse conceber filhos, o marido estava autorizado a ter com outra mulher para perpetuação da sua linhagem. Assim como, no direito romano, a punição dos delitos cometidos pelas mulheres não eram incumbência do Estado, mas na intimidade do lar, a partir do julgamento dos seus maridos (Santiago; Coelho, 2007).

Corroborando com esse entendimento, a caracterização da figura da mulher ateniense, que retrata a submissão como sinônimo de um bom modelo de esposa e

mãe, o que posteriormente foi incorporado pelas crenças religiosas e se arrastou por vários anos. Sobre isso, destaca-se que:

O modelo de mulher ateniense é muito conhecido, pois retrata uma mulher submissa ao marido, amável com ele e cuidadora dos filhos e da casa. Esse modelo de boa mulher, exemplo de submissão foi aceito pela igreja católica, após a decadência romana. O cristianismo fortificou-se e no período denominado idade média a igreja influenciou muito na vida dos fiéis e principalmente no comportamento feminino durante o período (Leite; Noronha, 2015, p. 03).

Considerando o exposto, percebe-se que nesses períodos eram restritas as opções das mulheres, as quais sempre estavam subordinadas à vontade de um homem: primeiro dos seus genitores e, após o casamento, ao de seu marido. Restando para aquelas que não tinham vontade de contrair o matrimônio, percorrer os caminhos da fé, tornando-se freiras, subordinadas, agora, aos interesses da igreja.

Nas palavras de Santiago e Coelho (2007), a idade média foi considerada um dos períodos da história mais cruéis de violência contra as mulheres, tendo em vista que a inquisição levou à fogueira diversas delas, sob o argumento de bruxaria com base em provas e julgamentos de difícil superação humana.

Outro ponto que merece ser reforçado, é que no Brasil existia uma determinação absoluta para o adultério no Código Penal de 1890, em seu artigo 27, que isentava ou reduzia a pena do autor que agiu motivado por crimes passionais, justificando que os sentidos e a inteligência do infrator estavam privados durante a prática da conduta delituosa, sobressaltando uma duradoura paixão e súbita emoção (Engel, 2005).

Para melhor explicar esse assunto, entende-se como escusa absoluta como um termo jurídico adotado para designar a autorização normativa para isentar de pena o agente, não lhe atribuindo responsabilidade penal (Santos; Righetto, 2013). Assim, o marido que praticava qualquer crime contra a mulher e justificasse que foi motivado sob uma violenta emoção, causada pela mulher, como modo de atribuir a elas a culpa por esses crimes passionais.

A mudança desses paradigmas começou a partir da Segunda Guerra Mundial, em que foi atribuída maior autonomia às mulheres, surgindo os chamados movimentos feministas que representou um divisor, para atribuir os direitos básicos às mulheres. Sobre isso, aponta-se que:

A partir da segunda guerra mundial a mulher adquiriu autonomia em relação aos homens. Nesse período teve ascensão os movimentos femi-

nistas, que lutavam pela igualdade entre os sexos. Os direitos da mulher pela primeira vez ficaram em evidência repercutindo a busca pela igualdade de gênero, igualdade salarial sendo o marco inicial da participação da mulher moderna na sociedade que nós conhecemos hoje (Leite; Nascimento, 2015).

Conforme se extrai do trecho, foi a partir da Segunda Guerra Mundial que se voltou o olhar para os direitos básicos das mulheres, o que traçou os primeiros passos para a participação da mulher na sociedade como na atualidade é concebida.

Nesse enfoque, a Constituição Federal de 1988, trouxe uma importante contribuição ao igualar mulheres e homens perante a lei, conferindo a ambos o mesmo tratamento, vedando qualquer forma de discriminação baseada no gênero, garantindo que sejam tratadas em um mesmo patamar que os homens (Brasil, 1988).

A partir disso, destaca-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, foi o primeiro tratado internacional que voltou o olhar para a proteção dos direitos humanos, reconhecendo a violência contra mulheres.

A legislação de proteção à mulher é relativamente recente, tendo em vista que por muito tempo vigorou o pensamento de que o Estado não devesse interferir em assuntos privados do âmbito familiar. Razão pela qual se firmou uma expressão muito conhecida, formando uma ideia de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, como uma forma de traduzir que os problemas entre os casais e a família devessem ser resolvidos entre eles e que não caberia a ninguém interferir nessa questão.

Nesse sentido, em 07 de agosto de 2006, entrou em vigor a Lei Maria da Penha, a qual criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, de forma a estabelecer medidas para prevenção, assistência e proteção às mulheres nessa situação. Representando um importante avanço no combate à violência e vulnerabilidade que a mulher está exposta.

Diante do exposto, verifica-se que a história da mulher mostra que houve um processo evolutivo no combate à violência doméstica, paulatinamente rompendo noções de não intervenção e passando a tratar a vulnerabilidade feminina como um problema do Estado, apto a exercer o seu direito de punir aqueles que tenham condutas que se configurem como violência doméstica.

2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A PROTEÇÃO CONFERIDA PELA LEI MARIA DA PENHA

A palavra violência é proveniente do latim *violentia* que significa abuso de força, bem como de outro termo latino, *violare* que corresponde ao ato de transgredir o respeito que é devido a uma determinada pessoa (Marcondes Filho, 2001).

Nesse sentido, a Lei 11.340 de 2006 traz uma série de contribuições para a proteção da mulher vítima de violência doméstica. Sua natureza jurídica é de uma legislação essencialmente penal, ainda que seu corpo, até abril de 2018, não previa nenhum crime de modo específico (A partir dessa data, foi inserido o artigo 24-A na Lei 11.340/2006, que tipificou o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência), mas estabelecia uma lei de proteção que pode ser relacionada com demais ordenamentos jurídicos penais, como o Código Penal, Decreto-Lei 3.688/41, Estatuto do Desarmamento, entre outros.

Além disso, de acordo com o Acórdão n. 1018057, de relatoria da desembargadora Maria Ivatônia, da 2ª Turma Criminal do Distrito Federal, a Lei Maria da Penha tem como característica uma “natureza híbrida, de modo que o juiz pode adotar um conjunto de medidas protetivas de urgência tanto de natureza criminal como cível, com o fim de resguardar a integridade física e mental da ofendida”.

De acordo com esta lei, a violência doméstica e familiar contra a mulher pode ser compreendida como qualquer forma de ação ou omissão que se baseie em razão do gênero que for capaz de resultar a morte, lesão, sofrimentos de natureza física, sexual ou psicológico, bem como os danos na modalidade moral e patrimonial (Brasil, 2006).

Compreendido esse conceito, é importante entender o significado de cada um dos termos que a lei adota, em seu artigo 5º, para determinar a incidência da violência doméstica, que são os âmbitos: unidade doméstica, família e relação íntima de afeto. A primeira terminologia, é a questão do que seria o âmbito da unidade doméstica, ela pode ser entendida como um espaço em que existe o convívio permanente de pessoas, as quais podem ter ou não um vínculo familiar, incluindo aquelas que forem esporadicamente agregadas.

A segunda questão que a lei traz é no contexto familiar, que é relativo ao espaço em que as pessoas se são ou se consideram parentes, seja esse laço sanguíneo, por afinidade ou vontade expressada. Por fim, no que concerne a qualquer relação íntima de afeto, é o fato de que o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação, nesse caso se incluído maridos, convivente e até mesmo namorados. Salienta-se, que essas relações independem da orientação pessoal.

Nessa senda, Dias (2012) elucida que essa lei além de promover a proteção da mulher vítima de violência doméstica, também destacou a própria entidade familiar, ao traçar um escopo amplo, não tratando apenas da violência contra a mulher, mas da violência doméstica em geral, englobando os outros componentes da família.

Ademais, a violência doméstica não protege apenas um bem jurídico determinado, como exemplo, a integridade física das vítimas, mas volta o olhar também a outros bens, revelando a intenção do legislador em não deixar tais questões apenas no âmbito familiar como foi comum durante os anos, mas trazer às instâncias públicas, as quais possuem poder para resguardar os direitos considerados como fundamentais das pessoas que se enquadram como vítimas (Dias, 2012).

Nesse contexto, a violência doméstica não corresponde apenas aos ataques físicos, mas esta pode se dar em cinco modalidades, sendo elas a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Sobre isso o artigo 7º, da Lei Maria da Penha, traz um rol exemplificativo e explicativo, eis que demonstra cinco formas de violência, entre outras, bem como explicativo, eis que conceitua cada uma dessas modalidades previstas.

No inciso I, do artigo 7º, da Lei 11.340/2006, traz a primeira modalidade de violência doméstica e familiar, a conhecida violência física, a qual é entendida como as condutas que ofendam a integridade física ou saúde corporal das suas vítimas. Já no inciso II, destaca a violência psicológica, que corresponde à conduta que provoque um dano emocional, além da diminuição da autoestima ou, ainda, atitudes que prejudiquem ou perturbem o pleno desenvolvimento, bem como tenham como finalidade degradar ou controlar ações, comportamento, crenças e decisões da vítima, seja por meio de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância frequente, perseguição habitual, insultos, chantagens, ridicularização, exploração e restrição ao direito de ir e vir, além dos outros meios que sejam capazes de causar o prejuízo à saúde psicológica e a auto-determinação da pessoa.

A terceira modalidade de violência é a sexual, a qual é compreendida como condutas que constroem a presença, manter ou participar de relação sexual que não seja desejada, por meio de intimidação, ameaça, coação ou por intermédio de força. Além disso, esse tipo de violência também se configura ao induzir a comercializar ou a utilizar, de qualquer maneira, a sua sexualidade, que a impeça de utilizar método contraceptivo ou force ao matrimônio, gravidez, aborto ou prostituição, sendo tais condutas por via da coação, chantagem, suborno ou manipulação. Também se enquadra as condutas que limitem ou anulem o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos (Brasil, 2006).

A violência patrimonial, por sua vez, é definida como as condutas que importem na retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens valores e direitos ou recursos econômicos dessas vítimas, incluindo os destinados a satisfazer as suas necessidades. Por último, a violência moral como sendo aquelas condutas que gerem os crimes de calúnia, difamação e injúria (Brasil, 2006).

Desta forma, a violência doméstica está além de proteger apenas um bem jurídico, mas vários outros, protegendo diferentes áreas da vida das vítimas. Apesar de haver todas essas legislações de proteção e medidas que visem proteger a mulher, muitas ainda ficam presas no chamado “Ciclo da Violência”, que pode se dar por vários motivos, sejam eles medo, amor, questões relacionadas à baixo estima por si mesma, a esperança de que o autor irá mudar, a dependência financeira, bem como transtornos que se desenvolvem como a Síndrome do desamparo aprendido (Síndrome da Mulher Espancada), entre outros pontos (Cartilha de Violência Doméstica – Ministério Público “Mulher Vire a Página”, 2009).

Nesse sentido, ressalta-se que o ciclo da violência, em termos gerais, compreende as seguintes etapas: tensão, explosão e reconciliação. Com relação a essa primeira etapa do ciclo, corresponde ao momento em que surge a violência psicológica e a intimidação, com o uso de abusos verbais, constrangimento, atribuição de culpa à mulher para tudo de errado que ocorrer, entre outras condutas que visem causar uma espécie de terror psicológico na mesma.

No momento da explosão, é a efetivação da violência propriamente cometida, seja ela por meio da agressão física ou da ameaça gerando o temor da vítima, compreende ao clímax da violência. Por fim, a reconciliação diz respeito ao momento em que o autor se diz arrependido do que fez, prometendo que aquilo não irá mais acontecer.

Compreendidos esses conceitos, a proteção que a Lei Maria da Penha confere às mulheres vítima de violência doméstica consiste, principalmente, no oferecimento de medidas protetivas de urgência, em que o autor deve se abster de se aproximar da mesma e de manter o contato com ela, familiares e com as testemunhas, dentre outras medidas que dependerá do caso concreto e que visem resguardar os direitos fundamentais da mulher vítima.

Além disso, a Casa da Mulher Brasileira também se configura como uma dessas proteções que a lei assegura como forma de assistência à mulher, em que desempenham um núcleo de acolhimento a essas mulheres, disponibilizando serviços em um mesmo lugar em vários setores, como Delegacia Especializada, Promotoria de Justiça e Vara de Violência Doméstica e Familiar, além do alojamento.

mento temporário e brinquedoteca para as vítimas que estiverem com infantes, entre outros.

Desta forma, observou-se que existem vários conceitos importantes que revestem a noção de violência doméstica para determinar a aplicação dos institutos jurídicos no caso concreto. Em razão disso, no próximo tópico será tratado sobre a impossibilidade de substituição das penas nesse âmbito das infrações penais que estão sob a égide da Lei Maria da Penha.

3. A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O Direito Penal é uma ciência voltada ao estudo das normas jurídico-penais, bem como volta o olhar a análise comportamental humana e como se reflete na sociedade, a partir disso podendo compreender os motivos ligados às condutas delitivas, critérios valorativos e estabelecer os bens juridicamente relevantes, ou seja, que precisam de proteção estatal, incidindo, assim, a sanção como uma resposta vislumbrando afastar a reincidência e reeducar o infrator.

Nesse sentido, Bitencourt (2016, p.16) também segue a linha de pensamento supracitada definindo Direito Penal enquanto norma e valores:

O Direito Penal apresenta-se, por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes — penas e medidas de segurança. Por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. Esse conjunto de normas, valorações e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça. Com esse sentido, recebe também a denominação de Ciência Penal, desempenhando igualmente uma função criadora, liberando-se das amarras do texto legal ou da dita vontade estática do legislador, assumindo seu verdadeiro papel, reconhecidamente valorativo e essencialmente crítico, no contexto da modernidade jurídica (Bitencourt, 2016, p. 16).

Logo, o Direito Penal pode ser entendido como um ramo do direito público consistindo em uma forma de controle social – que visa a tutela de bens juridicamente protegidos - representado por intervenção de um Estado-Juiz nas garantias e prerrogativas de cada indivíduo que transgrida as normas jurídicas definidas como de natureza penal, acarretando em uma resposta estatal por meio de uma sanção.

Compreendido isso, vislumbra-se que a legislação penal brasileira prevê, no artigo 32 do Código Penal, a existência de três espécies de sanções/penas utilizadas como resposta a um ilícito penal, tendo como fim aplicar a devida sanção àqueles que infringem à lei, ao mesmo tempo que visa ressocialização, são elas: a multa, a privativa da liberdade e restritiva de direitos (Brasil, 1940).

A pena de multa pode ser entendida como uma forma de pagamento ao fundo penitenciário nacional – FPN de quantia fixada na sentença e calculada sob a forma de dias-multa, se limitando a um piso de dez e um teto de trezentos e sessenta dias-multa (Bizatto, 2005).

A pena privativa de liberdade é aquela que impõe uma reprimenda ao indivíduo, a qual irá privá-lo de sua liberdade. Ela pode ser de reclusão ou de detenção, a primeira é aquela que pode ser cumprida em um regime inicial fechado, semiaberto ou aberto, ao passo que o início do cumprimento da segunda só pode ser no regime semiaberto ou aberto, se revelando como mais branda que a anterior.

Nesse sentido, acerca do regime de cumprimento da pena privativa da liberdade, a própria lei traz o seu conceito, ao dispor no artigo 33, §1º, do Código Penal os três tipos de regime, sendo eles o fechado, o semiaberto e o aberto. Logo, pode ser considerado como fechado, aquele que tem a execução da pena em estabelecimento que se classifique como de segurança máxima ou média, ao passo que o semiaberto a execução da pena se dá nas chamadas colônias agrícolas, industriais ou estabelecimento que seja tido como similar. Por fim, o regime aberto é cumprido na casa de albergado ou local similar.

Já as penas restritivas de direitos são aquelas que tem como traço característico serem autônomas, alternativas e podendo ser cumulativas, se apresentam em cinco modalidades: a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação do final de semana.

A primeira, correspondente à prestação pecuniária não pode ser confundida com a multa, pois esta consiste em um valor que é destinado à vítima e a seus dependentes ou a entidade social pública ou privada, destinando a fim social, enquanto a multa é encaminhada ao Fundo Penitenciário Nacional. Ressalta-se, ainda, que a prestação pecuniária é fixada pelo magistrado entre um a trezentos e sessenta salários mínimos e não em dias-multa (Bizatto, 2005).

A perda de bens e valores tem como escopo retirar do condenado o provento obtido com o crime, de forma a ressarcir os danos causados à vítima. Segundo Jesus (1999, p. 84) “Considera-se o prejuízo causado pela infração penal ou o pro-

veito obtido pelo autor do fato ou terceiro. E, se houve diferença entre o prejuízo da vítima e o montante do proveito obtido pelo sujeito, [...] considera-se o maior”.

A prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas é aplicável nos casos em que envolvam condenações que tenham a pena superior a seis meses de pena privativa da liberdade, consistindo na designação de tarefas gratuitas a ser prestada pelo condenado, levando em conta a aptidão dos mesmos, sendo executada em entidades de caráter assistencial, hospitais, escolas, orfanatos e estabelecimentos similares, em programas da comunidade ou estatais. Contando uma hora de tarefa por dia de condenação, estabelecidas de maneira que não prejudique as atividades de jornada normal do apenado. Ressalta-se, ainda, que se a pena fixada for superior a um ano, o condenado pode concluir em menor tempo, mas nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (Brasil, 1998).

A interdição temporária de direitos, vem estabelecida no artigo 47, do Código Penal, que prevê:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I- proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV – proibição de frequentar determinados lugares.

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

A limitação do final de semana corresponde à obrigação de permanecer aos sábados e domingos, em uma proporção de cinco horas diárias em casa de albergado ou estabelecimento similar, em que durante esse período pode ser ministrada palestras ou atividades educativas ao apenado (Brasil, 1984).

Compreendida essa especificação acerca das penas, convém destacar que os requisitos objetivos que autorizam a substituição das penas apontam que a pena privativa de liberdade não pode ser superior a quatro e não ser cometido com o emprego de violência ou grave ameaça à vítima, bem como é possível independente da pena aplicada se for um delito cometido na modalidade culposa. O segundo requisito objetivo é o fato de o réu não ser reincidente em crime doloso, ou seja, não tenha sido condenado pela prática deste em um período anterior de cinco anos (Brasil, 1940).

Além disso, existem ainda os requisitos subjetivos que autorizam essa substituição das penas, que correspondem às circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu. Assim, o magistrado ao pensar na aplicabilidade das penas restritivas de direito, deve se atentar à “culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias que indicarem essa substituição seja suficiente”, com fulcro no artigo 44, inciso III, do Código Penal (Brasil, 1940).

Portanto, observa-se que em muitos casos podem ocorrer essa substituição. Porém, nos crimes e contravenções penais praticados sob a égide da Lei Maria da Penha é impossível essa substituição, eis que em julgado de 13 de setembro de 2017, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o assunto, ao editar a Súmula 588, a qual ressaltou que: “A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos” (Brasil, 2017).

De acordo com o entendimento do tribunal superior, essas condutas não preenchem todos os quesitos do artigo 44, do Código Penal, eis que são praticados mediante violência ou grave ameaça às vítimas. Assim, não seria cabível a referida substituição das penas, incompatível com a norma penal.

Considerando essa disposição, verifica-se que a função das súmulas é garantir que haja uma uniformização das jurisprudências, de modo a nortear o trabalho do julgador diante de casos que sejam controversos. Sobre o tema, convém apontar a disposição trazida pelo Conselho Nacional de Justiça (2015, p. 32):

A palavra súmula deriva do latim *summula*, que significa pequena quantidade ou resumo de uma *summa*, que por sua vez corresponde ao todo de uma soma. Trazendo este conceito para o âmbito jurídico, pode se dizer que a súmula é o enunciado, isto é, o resumo que expressa a interpretação predominante de um tribunal a respeito de determinada matéria, a partir do julgamento de reiterados precedentes análogos, visando à uniformização de seus julgados. Além do mais, é importante frisar que as súmulas têm previsão no artigo 479 do Código de Processo Civil em vigor, o qual prescreve que “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. Assim, infere-se que o objetivo principal da súmula é “proporcionar maior estabilidade à jurisprudência e simplificar o julgamento das questões mais frequentes perante o Judiciário”, garantindo a autoridade e a uniformidade interpretativa da Constituição e das leis infraconstitucionais.

Portanto, a súmula permite que haja uma maior segurança jurídica nas decisões proferidas. Logo, extrai-se da súmula em questão, que independe do grau de violência que foi empregado pelo autor ao cometer o ilícito, bastando que esteja presente tal aspecto para que seja obstada essa substituição, inclusive quando estiver presente, por exemplo, a contravenção penal de vias de fato, que tem como característica uma agressão que não deixa marcas, mesmo nessa existe a violência independente de ser de leve intensidade.

Ademais, a grave ameaça está entendida quando o seu conteúdo é revestido do elemento subjetivo do medo, causando temor na ofendida, independente de como essa ameaça for transmitida, seja por meio da oralidade, escrito, gestos ou sinais. Assim, uma vez caracterizada a ameaça de mal injusto e grave, configura a óbice à substituição da pena.

Desta maneira, a súmula editada pelo superior tribunal de justiça é de observância obrigatória aos profissionais do direito, como forma de coibir que o autor, por meio de uma pena mais severa quem pratica esses tipos de infrações penais no contexto da Lei 11.340/2006, evitando que esta seja substituída por uma pena mais leve como é o caso das restritivas de direito, buscando eliminar a violência perpetuada contra a mulher ou pelo menos que não voltem a reincidir nessas práticas.

Além disso, para corroborar com o entendimento presente na jurisprudência, o próprio legislador, ao editar o artigo 17, da Lei 11.340/2006, veda a aplicação de penas de cesta básica ou outras prestações pecuniárias ou substituição que implique no pagamento isolado de multa, nos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher (Brasil, 2006).

A partir disso, aliando a interpretação deste artigo com a súmula editada, ficou definido como proibidas quaisquer penas restritivas para os condenados por violência doméstica e familiar contra a mulher, eis que o artigo 44, I, do Código Penal veda sua aplicação aos crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Convém destacar, ainda, que esse entendimento foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. A posição que tem sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal deve ser analisada com cautela, eis que o STF concorda com a impossibilidade de substituição nos casos em que envolvem crimes cometidos contra a mulher. Sobre isso, destaca-se parte da ementa do julgado a seguir, que traduz essa visão:

Não é possível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao condenado pela prática do crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico (art. 129, § 9º do CP). A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pressupõe, entre

outras coisas, que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça (art. 44, I, do CP). STF. 2ª Turma. HC 129446/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 20/10/2015 (Info 804).

Quando o assunto são as contravenções penais há divergência dentro das próprias turmas do STF. A primeira turma entende que não é possível essa substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que verse sobre contravenção penal, filiando-se, portanto, ao entendimento do STJ, citando-se como exemplo o Habeas Corpus n. 137888/MS, de relatoria da ministra Rosa Weber e julgado em 31 de julho de 2017.

Em contrapartida, a segunda turma do STF afirma que é possível a conversão das penas, eis que a contravenção penal não estaria prevista no inciso I, do artigo 44, do Código Penal, o qual prevê apenas a vedação quando se tratar de crimes. Portanto, não existiria proibição no ordenamento jurídico para aplicação das penas restritivas nos casos envolvendo contravenções penais, exemplificado no Habeas Corpus 131160, de relatoria do ministro Teori Zavascki, julgado em 18 de outubro de 2016.

Em que se pese tais julgados, entende-se como mais acertada a posição sumulada do STJ, tendo em vista que se trata de entendimento mais recente, no ano de 2018, bem como atende aos fins a que se destinam a Lei Maria da Penha, ao gerar maior proteção à vítima e dar a devida punição aos infratores das normas penais.

Destaca-se, por fim, que a impossibilidade de substituição da pena se solidifica na chamada Teoria das Janelas Quebradas, a qual prevê que se as pequenas falhas não são punidas, começarão a desenvolver-se grandes falhas e crimes cada vez mais graves (Rubin, 2003), razão pela qual, ainda que se considerem as contravenções penais como infrações mais leves, devem ser reprimidas, de modo que não se transformem em crimes maiores e mais graves.

CONCLUSÃO

Ante ao exposto, no estudo em tela trouxe em um primeiro momento, a evolução do tratamento aplicado à mulher, a qual passou da visão de ser considerada uma mercadoria sob o domínio masculino, com o patriarcado firmado desde os genitores até os maridos, avançando para cada vez mais direitos até atingir os níveis atuais que a mulher é igualada ao homem em todos os seus direitos, sendo vedada qualquer forma de discriminação.

Na legislação atual, a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) goza de uma ampla proteção, não apenas de formas de violência que venham a ofender a sua integridade física, mas englobando também aquelas que atingirem a sua inte-

gridade psíquica, moral, sexual e patrimonial, ao dispor das diversas formas de violência, bem como apontando diversas hipóteses de aplicabilidade da Lei Maria da Penha, não restrita apenas ao caso das pessoas que celebram matrimônio, mas há várias hipóteses distintas, inclusive com aqueles que são entendidos como agregados, conforme explicitado.

Além disso, restou claro que diante da busca em garantir a devida proteção à mulher, bem como retirá-las da situação de vulnerabilidade, a Súmula 588, do Superior Tribunal de Justiça, na tentativa de pacificar o tema, determinou que nos casos sob a égide da Lei Maria da Penha não é cabível a substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direito, ainda que essa seja fixada em um regime de cumprimento mais benéfico, como é o caso do regime aberto.

Desta forma, considerando que a substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direito consiste em uma benesse, o julgador teve o cuidado de pacificar o tema, impondo que não é possível aplicá-la nesses casos, dada a reprovabilidade da conduta daquele que pratica essas infrações penais, coibindo que crimes ou contravenções penais considerados como mais leves aparentem ter sido impunes, o que ocasionaria no surgimento de infrações cada vez mais graves.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. 22. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BIZATTO, Francieli A. *A pena privativa de liberdade e a ressocialização do apenado: uma reavaliação das políticas existentes no sistema prisional*. 2005. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Francieli%20Bizatto.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. 1988.

BRASIL. *Lei. 9714, de 1998*. Brasília: Senado Federal, 1998.

BRASIL. *Lei 7.209, de 1984*. Brasília: Senado Federal, 1984.

BRASIL. Lei 11.340 de 2006. *Lei Maria da Penha*. Brasília: Senado Federal, 2006.

BRASIL. *Acórdão n. 1018057*, Relatora Des^a. MARIA IVATÔNIA, 2^a Turma Criminal, data de julgamento: 18/5/2017, publicado no DJe: 22 maio 2017. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/medidas-protetivas/natureza-civel-e-criminal-das-medidas-protetivas-de-urgencia>. Acesso em: 12 abr.2019.

BRASIL, STF. *Habeas Corpus n. 129446/MS*, Relator Teori Zavascki, 2^a Turma, data de julgamento: 20 out. 2015.

BRASIL, STF. *Habeas Corpus n. 131160/MS*, Relator Teori Zavascki, 2^a Turma, data de julgamento: 18 out. 2016.

BRASIL, STF. *Habeas Corpus n. 137888/MS*, Relatora Rosa Weber, 1ª Turma, data de julgamento: 31 jul. 2017.

BRASIL, Ministério Público Estadual. *Cartilha: Mulher, seja protagonista de uma história feliz. “Vire a página”*. São Paulo: MPE, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça Pesquisa. A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante [et al.]; Alice Gontijo Santos Teixeira [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel [et al.] – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

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*. 3.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ENGEL, Magali Gouveia. *Paixão e morte na virada do século*. n. 328. jul. 2005. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/marcha-do-tempo/paixao-e-morte-na- virada-do-seculo/>. Acesso em: 10 abr.2019.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RUBIN, Daniel Sperb. Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade. *Revista Jus Navigandi*, n. 62, 2003.

SANTIAGO, Rosilene Almeida; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. *A violência contra a mulher: antecedentes históricos*. 2007. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/313/261>. Acesso em: 12 jul.2019.

SANTOS, Thairine Borba dos; RIGHETTO, Luiz Eduardo Cleto. Escusas Absolutórias e a Absolvição Sumária: A Tipicidade ou Extinção da Punibilidade. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*, Itajaí, v. 4, n. 4, 2013.