



*Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul*

*TJ-MS*

*FL.*

0042695-39.2012.8.12.0001/50000

14 de outubro de 2014

Seção Criminal

Embargos Infringentes e de Nulidade - Nº 0042695-39.2012.8.12.0001/50000 - Campo Grande

Relator designado – Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Embargante : Carlos da Rosa Ribeiro

Def.Pub.2ª Inst: Paula Ferraz de Mello

Embargado : Ministério Público Estadual

Proc. Just : Hudson Shiguer Kinashi

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – PENAL –  
LESÃO CORPORAL DOLOSA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA –  
SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE –  
IMPOSSIBILIDADE – NÃO PROVIMENTO.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em crimes cometidos em situação de violência doméstica, por não atendimento do requisito do art. 44, I, do Código Penal.

Embargos Infringentes e de Nulidade a que se nega provimento, ante a correção do acórdão combatido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Revisor, vencido o Relator e o Des. Luiz Gonzaga, que lhe davam provimento. Ausentes, por férias, os Desembargadores Ruy Celso e Francisco Gerardo e, justificadamente, a Desª Maria Isabel.

Campo Grande, 14 de outubro de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator designado



R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Carlos da Rosa Ribeiro contra o acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal que, por maioria, negou provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto do 1º vogal, Desembargador Manoel Mendes Carli, vencido o relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar, que deu provimento parcial ao recurso apenas para substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Pugna o embargante pela prevalência do voto vencido no julgamento da apelação criminal, a fim de que seja operada a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo improvimento dos infringentes.

V O T O

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Os embargos infringentes devem ser **providos**.

A questão posta no presente caso é se é cabível ou não a substituição da pena corporal aos crimes de pequeno porte cometidos em situação de violência doméstica, como vias de fato, ameaça, lesão corporal e etc.

Entendo ser cabível essa substituição nesses delitos, tendo em vista que não há impedimento contido no art. 44 do Código Penal.

Segundo a Lei 11.340/06, em seu artigo 17, *"é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado da multa."*

Portanto, infere-se da dicção do artigo acima transcrito, da interpretação mais adequada e favorável ao réu, bem como pelos fins preconizados pela lei em comento, que a proibição deve ser compreendida e aplicada de forma restrita, sendo, a contrario sensu, permitidas as penas restritivas de direitos que não estejam expressamente vedadas no art. 17 da Lei Maria da Penha suso mencionado.

Diga-se, aliás, que a Lei 11.340/06, segundo sua ementa *"cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8.º 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."*

Assim, toda e qualquer infração a ser apurada no âmbito da Lei Maria da Penha, em linha de princípio, versará sobre as várias formas de violência previstas no



art. 7.º da Lei, e, ainda assim, restou a previsão de substituição de pena restritiva de direitos.

O art. 44 do Código Penal, embora disponha sobre condições de aplicabilidade da substituição de pena restritiva de direitos, é norma geral que cede quando em conflito com a lei especial e posterior, como é o caso da Lei Maria da Penha.

Tanto é verdade que o mencionado art. 44 do Código também cede espaço para os crimes considerados de menor potencial ofensivo - Lei 9.099/95 – para exemplificar a possível flexibilização normativa.

Extrai-se do art. 45 da Lei Maria da Penha, que acrescentou ao art. 152 da Lei de Execuções Penais - Lei 7.210/84 – o parágrafo único, prevendo que "**nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação**", como medida alternativa viável.

Assim, é possível – e muitas vezes recomendável - a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ressalvadas aquelas contidas no art. 17 da Lei 11.340/06.

A propósito, confira-se a lição da Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul in a Lei Maria da Penha na Justiça – A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, RT, 2007, p.105-6:

*"Tema que tem atormentado a doutrina é sobre a possibilidade desta substituição em sede de violência doméstica. O motivo da perplexidade é que um dos requisitos, para se admitir a substituição da pena, é a inocorrência de violência ou grave ameaça, e nos casos de violência doméstica – como o próprio nome diz – violência faz parte da estrutura constitutiva do ato. Portanto, se não houver violência, seja física, psíquica, moral, sexual ou patrimonial, não há violência doméstica. Assim, em tese, não haveria a possibilidade de substituição da pena.*

*Todavia, a alteração na Lei de Execução Penal se destina exatamente aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.*

*Excluir a possibilidade de operar-se a substituição, faria do dispositivo inserido pelo legislador letra morta. A nova lei abriu uma exceção à regra da lei penal, que impede sua aplicação, quando existe violência ou grave ameaça. Assim, em sede de violência doméstica aplicada pena inferior a quatro anos, seja qual a forma da violência perpetrada contra a vítima, não há como impedir sua aplicação.*

*Aplicada a pena de limitação de finais de semana, durante o período em que o condenado permanece albergado, podem ser ministrados cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas. Porém, não há qualquer determinação no sentido de ser obrigatório o acompanhamento a tais atividades. O juiz não pode impor a sua participação. Já na Lei Maria da Penha, ao acrescentar um parágrafo ao artigo que prevê a pena de restrição de final de semana, autoriza o juiz a determinar o comparecimento do réu a programas de recuperação e educação. Assim, o condenado por delito doméstico é obrigado a participar dos programas de acompanhamento psicossocial, enquanto aos réus apenados pela prática de*



*outros delitos não pode ser imposta a frequência a cursos e palestras.*

*Admitida expressamente a aplicação da pena restritiva de direito de limitação de final de semana, não se justifica o impedimento de outras medidas em sede de violência doméstica. Como a repulsa do legislador foi à aplicação de pena de natureza pecuniária, é possível a substituição por outras penas restritivas de direito. Ao condenado, podem ser aplicadas, em substituição à pena privativa de liberdade, todas as que não tem conteúdo econômico. Nada impede a aplicação das outras medidas, como prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, além da interdição de serviço à comunidade ou a entidades públicas, além da interdição temporária de direitos e perda de bens e valores (CP, art. 43, II, IV, V e VI).*

*Assim, mesmo que a lei imponha limitações à aplicação de pena restritiva de direito, só a admitindo quando inexistir violência ou ameaça, em sede de violência doméstica há possibilidade de obrigar o réu a comparecer a programas de recuperação e reeducação. Trata-se de previsão expressa para a violência doméstica. Estando a pena no contexto das medidas alternativas, descumprida a ordem judicial, a pena restritiva de direitos transforma-se em privativa de liberdade (CP, 44, § 4.º)."*

No mesmo sentido, os Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, afirmam que, como resposta à *"evidente vulgarização das alternativas à pena de natureza real, em especial a (desenfreada) imposição do pagamento de cestas básicas, que nem pena é", "(...) o legislador, através do art. 17, vedou a aplicação nos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, de penas de cesta básica ou de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. A intenção é ver o agressor cumprir pena de caráter pessoal, isto é, privativa de liberdade ou restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana ou interdição temporária de direitos), mais adequada ao tipo de crime (e autor) em análise". (in Violência doméstica – Lei Maria da Penha -Lei 11.340/2006 – comentada artigo por artigo, RT, 2007, p. 78).*

Ademais, o entendimento proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a violência ou grave ameaça mencionada no art. 44, I, do Código Penal, não é impeditiva à concessão do benefício em crimes leves, como a ameaça e a lesão corporal leve, é o que se extrai do voto condutor proferido no HC 87.644/RS:

*"Como se trata de lesão leve e de simples ameaça, a ofensa resultante daquela e a decorrente desta não dizem respeito à violência e à grave ameaça a que se refere o inciso I do art. 44 do Cód. Penal. Violência e grave ameaça são resultantes de atos mais graves do que os decorrentes dos tipos legais dos arts. 129 e 147. Na lesão leve (ou simples), até poderá haver alguma violência, mas não a violência impeditiva da substituição de uma pena por outra; do mesmo modo, relativamente à ameaça, até porque, sem ameaça, nem sequer existiria o tipo legal. Com isso, estou entendendo que lesão corporal leve (ou simples) e ameaça admitem, sempre e sempre, sejam substituídas as penas. Explicome melhor quanto ao disposto no inciso I: sendo lesão corporal de natureza leve, diferente é a violência se violência há; sendo ameaça, é óbvio que ameaça haverá de ocorrer."*



Observado, pois, que é permitido e recomendável, acolhe-se os presentes embargos para substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

Aliás, nesse sentido a Seção Criminal já decidiu:

*"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL LEVE – DELITO NO ÂMBITO DOMÉSTICO – ARTS. 129, §9º, DO CP – SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS – POSSIBILIDADE EM SE TRATANDO DE CRIMES LEVES – EMBARGOS ACOLHIDOS.*

*A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos casos de violência doméstica, ressalvadas aquelas vedadas no art. 17 da Lei 11.340/06, é possível e adequada." (Embargos Infringentes e de Nulidade - Nº 0061089-31.2011.8.12.0001/50000 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes – TJ/MS)*

Por tais considerações, contra o parecer, acolho os presentes embargos infringentes, a fim de prevalecer o voto proferido pelo Desembargador Carlos Eduardo Contar, que substituiu a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor)

A posição acolhida pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é de que a violência ou grave ameaça mencionada no art. 44, I, do Código Penal, não impede a concessão do benefício aos crimes de ameaça e lesão corporal dolosa. É o que se extrai do voto condutor proferido no HC 87.644/RS <sup>1</sup>:

*“Como se trata de lesão leve e de simples ameaça, a ofensa resultante daquela e a decorrente desta não dizem respeito à violência e à grave ameaça a que se refere o inciso I do art. 44 do Cód. Penal.*

*Violência e grave ameaça são resultantes de atos mais graves do que os decorrentes dos tipos legais dos arts. 129 e 147. Na lesão leve (ou simples), até poderá haver alguma violência, mas não a violência impeditiva da substituição de uma pena por outra; do mesmo modo, relativamente à ameaça, até porque, sem ameaça, nem sequer existiria o tipo legal. Com isso, estou entendendo que lesão corporal leve (ou simples) e ameaça admitem, sempre e sempre, sejam substituídas as penas. Explico-me melhor quanto ao disposto no inciso I: sendo lesão corporal de natureza leve, diferente é a violência se violência há; sendo ameaça, é óbvio que ameaça haverá de ocorrer.”*

Por outro lado, inobstante tenha acolhido a referida tese longo período

<sup>1</sup> 6ª T., rel. Min. NILSON NAVES, DJ 30/06/2008.



de tempo, bem como o voto cuja prevalência se pretende seja da lavra deste julgador, tal benesse não vem sendo admitida pelas Câmaras Criminais e Seção Criminal deste Tribunal de Justiça, conforme precedentes:

*"EMBARGOS INFRINGENTES – AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PROMESSA DE DANO INJUSTO E GRAVE – INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.*

*Se a ameaça contou com a promessa de causar dano injusto e grave à vítima, a ponto desta sentir-se intimidada e com medo concreto de sofrer alguma lesão física, moral ou patrimonial, mostra-se completamente incompatível a aplicação do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista o não preenchimento do requisito previsto no art. 44, I, do CP." <sup>2</sup>*

*"EMBARGOS INFRINGENTES – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO LEGAL – CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.*

*A condenação pelo crime de lesão corporal com violência doméstica não pode ter a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito, por vedação legal no art. 44, I, do CP." <sup>3</sup>*

Desta forma, a fim de pacificar o entendimento desta Corte de Justiça, ressaltando o entendimento pessoal acerca da matéria, deve ser indeferida a pretensão de substituição de pena em casos de violência doméstica.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso interposto **CARLOS DA ROSA RIBEIRO**, mantendo incólume o acórdão objurgado.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (1º Vogal)  
Acompanho o revisor.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal)  
Acompanho o revisor.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (6º Vogal)  
Acompanho o voto do relator.

<sup>2</sup> EIfNu 0070598-20.2010.8.12.0001/50000, Seção Criminal, rel. Des. LUIZ GONZAGA MENDES MARQUES, DJ 23/06/2014.

<sup>3</sup> EIfNu 0207640-11.2010.8.12.0002/50000, Seção Criminal, rel. Des. RUY CELSO BARBOSA FLORENCE, DJ 29/04/2014.



*Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul*

*TJ-MS*

*FL.*

0042695-39.2012.8.12.0001/50000

**D E C I S Ã O**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO REVISOR, VENCIDO O RELATOR E O DES. LUIZ GONZAGA, QUE LHE DAVAM PROVIMENTO. AUSENTES, POR FÉRIAS, OS DESEMBARGADORES RUY CELSO E FRANCISCO GERARDO E, JUSTIFICADAMENTE, A DES<sup>a</sup> MARIA ISABEL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 14 de outubro de 2014.

emr