

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Acompanho o voto do eminente Relator, Ministro Alexandre de Moraes, concedendo a ordem para reconhecer a mora legislativa e determinar a incidência da norma protetiva da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos do sexo masculino e às mulheres travestis ou transexuais nas relações intrafamiliares.

2. Adiro, todavia, as ressalvas lançadas pelo eminente Ministro Cristiano Zanin, notadamente porque, como assinalado por Sua Excelência, o emprego de analogia aos casos aqui debatidos deve se limitar à possibilidade de aplicação de medidas protetivas de urgência a homens em relações homoafetivas, não se podendo admitir, por analogia, a aplicação ou agravamento de qualquer sanção de natureza penal cujo tipo de referência tenha como pressuposto a **vítima mulher**.

3. Isso porque, como destacado pelo Ministro Cristiano Zanin, o direito penal não permite o uso da analogia *in malam partem*, sob pena de se violar o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição e no art. 1º do Código Penal. É dizer que a tipificação de crimes ou a previsão de agravantes ou causas de aumento de pena, quaisquer que sejam elas, demanda, invariavelmente, a edição de lei em sentido estrito. Pertinente, nesse sentido, é a lição de Heleno Fragoso:

“O princípio da reserva legal tem hoje múltiplas funções, que analisaremos a seguir:

(...)

(b) Em segundo lugar, estabelece este princípio que não há crime nem pena sem lei escrita (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*). Não é possível admitir a criação de crimes e penas pelo costume. Só a lei pode ser fonte de normas incriminadoras.

(c) Proíbe ainda o princípio da legalidade o emprego da analogia em relação às normas incriminadoras. Exclui-se assim

a possibilidade de aplicação analógica das normas que definem crimes e estabelecem sanções, para abranger casos por ela não expressamente contemplados (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*). O mesmo vale para as medidas de segurança. Não podem ser aplicadas por analogia.”

(FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações Sobre o Princípio da Reserva Legal*. **Revista de direito penal**, nº 1, p. 1-12, 1971).

4. Ante o exposto, **acompanho o eminente Relator, consignando, no entanto, idêntica ressalva àquela lançada pelo Ministro Cristiano Zanin.**

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**