

IBCCRIM, 2014. 235-250. p. 238; GIACOMOLLI, Nereu José. Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006. Direito Penal e Processo Penal: leis especiais II. Organizador Gustavo Henrique Badaró. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 (Coleção doutrinas essenciais). p. 73-91. p. 80

<sup>25</sup> SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 196-199.

<sup>26</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-priso-es-traffic- apenas-policias-testemunhas>. Acesso em: 26 mar. 2019.

<sup>27</sup> TJPSP 0002705-59.2018.8.26.0189.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, E. Raúl., *Op. cit.*, p. 70.

<sup>29</sup> FERRAZ JÚNIOR, Jairton. Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 134,

p. 109-135, ago. 2017. p. 113.

<sup>30</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-priso-es-preventivas-forcar-confissoes>. Acesso em: 19 jan. 2019.

<sup>31</sup> KARAM, Maria Lúcia. A expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. *Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 19, n. 22. 408-417. p. 415.

<sup>32</sup> HC 396.658/SP.

<sup>33</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público. Das práticas de extermínio ao discurso legitimador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 130, n. 130, p. 177-200, Abr. 2017.

<sup>34</sup> VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 500-503.

Recebido em: 16/01/2020 - Aprovado em: 21/07/2020 - Versão final: 09/09/2020

# DA EQUIVOCADA FLEXIBILIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

THE MISTAKEN JURISPRUDENTIAL FLEXIBILIZATION OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN CASES OF DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN

**Thiago Baldani Gomes De Filippo**

Doutor em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Comparado pela Samford, Cumberland School of Law (EUA) e em Ciência Jurídica pela UENP. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Anhembi Morumbi e da Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito em São Paulo.

ORCID: 0000-0001-8793-4735

tfilippo@tjsp.jus.br

**Resumo:** o artigo inicialmente discorre sobre a intangibilidade dos direitos da mulher em situação de violência doméstica, bem como da necessidade de que recebam especial proteção estatal. No entanto, sustenta-se que essa realidade não pode implicar lesão ao princípio da presunção de inocência, como parece ser a postura de parcela da jurisprudência, que entende bastar a palavra da ofendida para a condenação de acusados por crimes dessa natureza, em atenção à obtenção de uma suposta eficácia punitiva.

**Palavras-chave:** Mulher, Violência Doméstica, Presunção de Inocência.

**Abstract:** the article initially discusses the intangibility of women's rights in situations of domestic violence, as well as the need for them to receive special state protection. However, it is sustained that this reality cannot violate the principle of the presumption of innocence, as understands part of the jurisprudence, in the sense that the victim's word to be enough to condemn those accused of crimes of this nature, focusing on an alleged punitive efficacy.

**Keywords:** Women, Domestic Violence, Presumption of Innocence.

No Brasil, os direitos da mulher em situação de violência doméstica e familiar recebem proteção diferenciada por meio de lei especial (Lei 11.340/2006), que encontra fundamento no artigo 226, § 8º da Constituição Federal e também em duas convenções supranacionais: a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* e a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*.

Na essência, a Lei 11.340/2006, editada por força de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH),<sup>1</sup> faz ecoar os ditames protetivos dos demais documentos, sob a mesma *ratio* da vulnerabilidade reconhecida às mulheres no contexto da violência doméstica, conferindo-lhes uma série de regras protetivas

próprias, como medidas de caráter assistencial (arts. 8º e 9º) e medidas protetivas de urgência (arts. 18 a 24). No que toca aos seus aspectos penais, ela criou alguns mecanismos de recrudescimento punitivo, com destaques para a vedação da aplicação das penas de cesta básica ou outras prestações pecuniárias, impedindo-se o pagamento isolado da pena de multa (art. 17); a impossibilidade de aplicação da Lei 9.099/95 (art. 41), afastando-se, com isso, a incidência de institutos despenalizadores relativos à necessidade de representação como condição de procedibilidade da ação penal nos casos de lesão corporal de natureza leve,<sup>2</sup> a transação penal e a suspensão condicional do processo;<sup>3</sup> o estabelecimento da circunstância agravante genérica relacionada à violência doméstica contra a mulher (art. 43); a criação do tipo de lesão corporal

qualificada pelo contexto da violência doméstica (art. 44); e, por fim, a edição de um tipo penal específico para o caso de descumprimento de decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas na própria lei (art. 24-A, com redação determinada pela Lei 13.641/2018).

O *discrimen* é desejado e se harmoniza aos reclames da igualdade ontológica, justificado pela necessidade de superação da vulnerabilidade fática das mulheres diante da supremacia historicamente exercida pelo gênero masculino no contexto doméstico ou familiar.<sup>4</sup> No entanto, por mais legítimos que sejam esses objetivos, a busca pela *punição exemplar* deve se conformar à intangibilidade de uma série de garantias, muitas delas igualmente caras perante o sistema internacional de direitos humanos, que, longe de representarem entraves indesejáveis à punição criminal, compõem um conjunto de princípios e regras que conferem um mínimo de legitimidade democrática à intervenção jurídico-penal.

Dentre essas garantias, merece destaque o princípio da presunção de inocência,<sup>5</sup> norma que apresenta o status de garantia constitucional fundamental, contemplada pelo art. 5º, LVII da Constituição, previsto em grande parcela das Constituições ocidentais<sup>6</sup> e amplamente prestigiado no âmbito internacional.<sup>7</sup>

Da presunção de inocência deriva tanto a *regra de tratamento* ("ninguém será considerado culpado senão depois de sentença transitada em julgado"), quanto a *regra de julgamento*, condizente com o *in dubio pro reo* e densificada pelos incisos V, VI e VII do art. 386 do CPP, de maneira que todo o ônus probatório deve recair sobre a acusação e, conseqüentemente, a dúvida sempre beneficiará o acusado e culminará com sua absolvição, quer ela paire sobre o fato, a autoria ou ainda sobre alguma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade.<sup>8</sup>

Não obstante, parcela jurisprudencial parece flexibilizar as exigências probatórias do processo penal no contexto da violência doméstica ao entender que a palavra coerente da ofendida, contraposta pela negativa do réu, é suficiente para a condenação criminal, sem que existam quaisquer outras provas periciais, testemunhais, documentais etc. Essa é, por exemplo, a posição majoritária do Superior Tribunal de Justiça, bem elucidada pelo seguinte excerto: "*É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes praticados no âmbito doméstico, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios*"<sup>9</sup>

A decisão fez referência à palavra da vítima *corroborada por outros elementos probatórios*. No entanto, ao se debruçar sobre o caso em questão, observa-se que eles não existiram: não houve prova pericial, o que era mesmo de se esperar, porque se tratou da contravenção penal de vias de fato (art. 21 do Decreto-lei 3.688/1941) que, naturalmente, não deixa vestígios; e não houve testemunhas presenciais. Portanto, não havia qualquer outra prova que não as declarações prestadas pela ofendida, tanto na fase preliminar investigativa quanto em sede judicial, consideradas suficientes para a condenação, conforme expressamente reconheceu a sentença, mantida por seus próprios fundamentos pela decisão agravada, *in verbis*: "*as informações colhidas durante a oitiva da vítima em Juízo, prestadas de modo bastante convincente e seguro, se coaduna (sic) perfeitamente com as declarações prestadas por ela na fase investigativa, isenta de incongruências ou contradições que tivessem condão de desacreditá-la, de forma que lhe conferem ainda maior credibilidade e faz-se prova suficiente para a comprovação da autoria, sobretudo porque a versão apresentada pelo réu mostrou-se frágil e insuficiente para desacreditá-la*"<sup>10</sup>

Com isso, pode ser extraída da decisão do STJ a conclusão de que as declarações da ofendida, desde que verossímeis e não desacreditadas pela palavra do acusado, são suficientes para fundamentar condenações criminais por infrações que não deixam vestígios, como o crime de ameaça (art. 147 do Código Penal) e a contravenção de vias de fato (art. 21 do Decreto-lei 3.688/1941). E a justificativa para essa conclusão, segundo o próprio acórdão supracitado, reside no fato de que são delitos praticados na *clandestinidade*, ou seja, no recôndito dos lares e não em locais públicos ou abertos ao público. Mas esse argumento contém nítido apelo utilitarista, porque o que se está dizendo é que, no contexto da violência doméstica, a palavra da vítima-mulher possui mais peso do que a palavra do(a) acusado(a) já que, caso contrário, dificilmente haveria o número de condenações desejadas, ensejando a impunidade de diversos agressores.

Olvida-se, porém, que o preço da impunidade de autores de ameaças e de contravenções penais não pode ser pago com a condenação de possíveis inocentes. Deveras, ao término de relacionamentos amorosos que culminam com o registro de ocorrências policiais, invariavelmente conturbados, qualquer dos interessados pode estar faltando com a verdade e possuir inúmeros motivos para prejudicar o outro envolvido, desde interesses patrimoniais até o mais puro sentimento de vingança. É absolutamente diversa, *e.g.*, a situação de uma vítima de um furto ou roubo praticado por um desconhecido, que acaba por reconhecê-lo por fotografias ou pessoalmente. Em tese, além de não se vislumbrarem motivos para que se deseje prejudicar um desconhecido, a *res* normalmente foi encontrada em seu poder, ou de outrem que o delata, compondo-se quadro relativamente mais seguro para a condenação.

No contexto da violência doméstica, a versão coerente da ofendida deve bastar, por exemplo, para a concessão de provimentos cautelares, como é o caso das medidas protetivas de urgência, que se contentam com *juízo de probabilidade*, no bojo de cognição judicial sumária.<sup>11</sup> Mas essas palavras não devem ser suficientes para a condenação criminal, que demanda *juízo de certeza*, próprio da cognição exauriente, sob pena dessa postura jurisprudencial implicar verdadeira inversão do ônus da prova no processo penal, em favor da mulher que diz estar em situação de violência doméstica, tida como presumivelmente hipossuficiente. Trata-se de situação que se assemelha à possibilidade de inversão do ônus da prova admitida pelo art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, diante da verossimilhança das alegações de consumidores hipossuficientes, ou mesmo àquela contemplada pelo art. 373, § 1º, CPC, relacionadas à dificuldade de obtenção da prova por uma das partes do processo.

Ocorre que, em ambos os casos, além de a inversão do ônus probatório ser admitida por expressas disposições legais, trata-se de situações típicas do processo civil, que não se submete ao princípio da presunção de inocência e não produzem todos os efeitos deletérios de uma condenação criminal. Tanto é assim que, ilustrativamente, nos Estados Unidos, no processo penal, por força de referido princípio, os vereditos condenatórios exigem sempre a unanimidade dos votos dos jurados (*beyond a reasonable doubt*), ao passo que, no processo civil, a condenação do requerido pode se basear na votação da maioria (*preponderance of evidence*).<sup>12</sup>

Em suma, conclui-se que os interesses da mulher vítima de violência doméstica e familiar merecem proteção especial e, nessa medida, a Lei 11.340/2006 harmoniza-se às regras constitucionais e convencionais. Entretanto, o atendimento desses objetivos, que também envolve a responsabilização criminal dos supostos agressores, não pode solapar garantias constitucionais, tal como a presunção de inocência, conquistadas a duras penas ao longo da turbulenta história constitucional brasileira.

## Notas

- <sup>1</sup> A recomendação correu após a análise do conhecido caso "Maria da Penha", quando a CIDH, por meio do Relatório 54/2001, dentre outras providências, recomendou a "adoção de medidas no âmbito nacional para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra as mulheres" (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26).
- <sup>2</sup> Cuja constitucionalidade foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424-DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 09.02.2012.
- <sup>3</sup> É o que textualmente estabelece a Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça: "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha".
- <sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pp. 31-32.
- <sup>5</sup> Ou *presunção de não culpabilidade*, como preferem alguns. Mas não há diferenças substanciais entre as expressões, tratando-se de mera opção terminológica. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 282.
- <sup>6</sup> Como preveem a Constituição de Portugal (art. 32,2), da Espanha (art. 24,1) e da França (com remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu preâmbulo). A Constituição dos Estados Unidos não prevê expressamente a garantia da presunção de inocência, mas ele é inferida a partir da interpretação conjugada das 5ª, 6ª e 14ª Emendas, como já se manifestou a Suprema Corte daquele país em *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432 (1895) e, mais recentemente, em *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).
- <sup>7</sup> Art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ("toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa"); pelo art. 6.2 da Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental ("toda pessoa acusada de um delito é presumivelmente inocente até quando sua culpabilidade não seja legalmente apurada"); art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem ("parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até prova de sua culpabilidade"); e pelo art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos ("toda pessoa acusada de praticar um delito é presumivelmente inocente até quando sua culpabilidade não seja legalmente apurada").
- <sup>8</sup> Aury Lopes Jr. observa que as regras de tratamento e de julgamento compõem a *dimensão interna* da presunção de inocência, ao passo que sua *dimensão externa* demanda uma proteção do acusado contra a sua estigmatização precoce, por meio da abusiva exploração midiática do fato e do processo (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 97).
- <sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). AgRg no AREsp 1003623/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 01/03/2018, *DJe* 12/03/2018). Em sentidos muito semelhantes, por amostragem: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). AgRg no REsp 1684423/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 26/09/2017, *DJe* 06/10/2017; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). AgRg no AREsp 524.115/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 25/10/2016, *DJe* 09/11/2016.
- <sup>10</sup> O acórdão pode ser encontrado na íntegra em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79853867&num\\_registro=201602783697&data=20180312&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79853867&num_registro=201602783697&data=20180312&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 21 nov. 2019.
- <sup>11</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro – parte geral*: fundamentos e distribuição de conflitos. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 346.
- <sup>12</sup> VARAT, Jonathan; AMAR, Vikram e COHEN, William. *Constitutional law cases and materials*. 13. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2009, p. 356.

Recebido em: 30/01/2020 - Aprovado em: 21/07/2020 - Versão final: 08/09/2020

# BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS NULIDADES INERENTES AOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA E OS LIMITES AOS PRÊMIOS CABÍVEIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO A PARTIR DAS MODIFICAÇÕES INCLUÍDAS PELA LEI 13.964/19

**BRIEF CONSIDERATIONS ON THE NULLITIES INHERENT TO THE PLEA BARGAINING AGREEMENTS AND THE LIMITS TO THE APPLICABLE LENIENCIES IN THE LEGAL ORDER SINCE THE MODIFICATIONS INCLUDED BY LAW 13,964/19**

## Walter Barbosa Bittar

Doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professor de Direito Penal da PUC/PR.

ORCID: 0000-0002-4036-7865

walter@advocaciabittar.adv.br

## Luiz Antonio Borri

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar.

Professor de Direito Penal da Unicesumar.

ORCID: 0000-0001-7649-1270

luiz@advocaciabittiadv.br

## Rafael Junior Soares

Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP.

Professor de Direito Penal da PUC/PR.

ORCID: 0000-0002-0035-0217

rafael@advocaciabittiadv.br

**RESUMO:** O presente artigo examina os limites aos prêmios cabíveis na colaboração premiada a partir das modificações incluídas pela Lei 13.964/19, assim como, a consequência jurídica da fixação de benefícios extralegais.

**ABSTRACT:** This article examines the limits to the applicable concessions in plea bargaining based on the modifications included by Law nº 13.964/19, as well as the legal consequences of setting extralegal benefits.