



CADERNO DE DOCTRINA

4 Aborto: uma questão de direitos humanos das mulheres

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

6 Aborto legal em caso de estupro: portaria 2.282/20 e a necessária independência dos sistemas de saúde e Justiça Criminal

Gabriela Rondon

8 A restrição do direito ao aborto legal: discussões em matéria de gênero e de dogmática penal

Chiavelli Facenda Falavigno
Fernanda Pacheco Amorim

11 Criminologia e interseccionalidade: a criminologia interseccional enquanto nova abordagem criminológica

Danler Garcia

14 O *leading case* como limite temporal para aplicação da súmula vinculante 24 nos crimes materiais contra a ordem tributária e os reflexos no prazo prescricional

Gabriel Bertin de Almeida e Cláudia da Rocha

15 Roubo majorado e a Lei 13.964/2019: análise do conceito da expressão "arma branca"

Marco Aurélio Vogel Gomes de Mello

18 A corrosão do papel contramajoritário do Poder Judiciário

André Lozano Andrade e Julia Baroli Sadalla

21 Da equivocada flexibilização jurisprudencial da presunção de inocência em casos de violência doméstica contra a mulher

Thiago Baldani Gomes De Filippo

25 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

Walter Barbosa Bittar, Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares

26 A (in)constitucionalidade e a (in)convencionalidade da prisão processual exclusivamente em razão da reincidência

Fernando de Oliveira Zonta e Amanda Pilon Barsoumian

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

28 A descriminalização do aborto no Brasil violaria o sistema interamericano de Direitos Humanos?

Mônica de Melo

32 Supremo Tribunal Federal

VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR E ABORTO: QUEM COMETE O CRIME, AFINAL?

O tema do aborto é cercado de questões que ultrapassam o Direito Penal, envolve aspectos médicos, filosóficos, religiosos e políticos. Além disso, é inevitável dissociar essa problemática da discriminação de gênero e do racismo.

Em diversas oportunidades, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais manifestou-se neste mesmo espaço editorial a respeito do tema (Boletins n. 216 e 226), reafirmando seu compromisso com o respeito à Constituição da República, com a nítida separação entre Religião e Estado, bem como preocupação com o fundamentalismo político-religioso que entrava a discussão. O Instituto busca constantemente o diálogo interdisciplinar, promovendo mesas de debates e eventos para discutir o assunto, além de inúmeras publicações sobre o tema e o ingresso como *amicus curiae* na importante ADPF 442, marcando presença, inclusive, em audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal.

No último mês de agosto, veio ao conhecimento público a barbárie cometida contra uma menina de 10 anos no Espírito Santo, sistematicamente estuprada pelo tio desde os 6 anos. Lamentavelmente, essa tragédia não configura um caso isolado, pelo contrário. Os números são assustadores: segundo o 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ocorrem cerca de 66 mil estupros por ano no país, sendo a maioria das vítimas (53,8%) composta por meninas de até 13 anos. A partir desses dados, percebe-se que, a cada hora, quatro meninas até essa idade são estupradas no Brasil. Seguramente, o confinamento decorrente da pandemia do coronavírus agravou o quadro.

Conforme noticiado amplamente pela imprensa, os anos consecutivos de estupro resultaram na gravidez da menina, com desdobramentos dignos de um filme de terror. Esse caso se destaca não só pela gravidade da violência sexual, emocional e pessoal, mas também pela nova violência a ela imposta quando, mesmo após a autorização judicial e três meses de gestação, houve a recusa de atendimento no hospital de Vitória/ES, seguida de um longo caminho até conseguir, finalmente, ter acesso ao aborto legal no estado de Pernambuco. A somatória de violências por ela sofrida envolve ainda divulgação da sua identidade e manifestações na porta do hospital, com fundamentalistas chamando-a de assassina.

Os obstáculos enfrentados por ela se contrapõem ao seu direito de interromper a gestação, revitimizando-a e expondo-a desnecessariamente, em total descumprimento ao que preceitua o nosso Código, o qual garante à vítima de estupro o acesso ao aborto legal, na forma do art. 128, II do Código Penal. Em especial neste caso, a criança nessas condições deveria ter recebido atendimento prioritário, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a prioridade absoluta da criança em todos os serviços públicos. Ainda que pareça até mesmo absurdo e repugnante falarmos em prioridade de atendimento a crianças para realizarem o aborto legal resultante de estupro.

O triste episódio – que infelizmente não é um caso isolado – demonstrou as enormes barreiras institucionais e culturais que persistem na sociedade brasileira para a aceitação de que as mulheres são titulares de direitos individuais. A função das instituições deve, em qualquer circunstância, assegurar e promover esses direitos. A inviolabilidade do corpo ao estupro e a uma gravidez indesejada são direitos individuais de que as mulheres são titulares; não há sobre isso discussão cabível nos marcos de um Estado de Direito em que homens e mulheres sejam iguais. A inviolabilidade da subjetividade é igualmente importante, e dela decorre assegurar e proteger o desejo e a decisão das mulheres sobre como querem ou não conduzir a sua vida. A capacidade de ter um corpo criativo e fértil não pode jamais ser convertida numa obrigação de serviço reprodutivo.

O caso em tela deixa evidente as tramas de uma sociedade machista, patriarcal, adultocêntrica, violenta e profundamente desigual. A infância é um direito inalienável, frequentemente sequestrado ao serviço doméstico e sexual a que estão subjugadas tantas crianças, mulheres, pobres e negras. O usufruto da sexualidade para si é uma prerrogativa decorrente dos direitos fundamentais, protegida pela Constituição e pelo Código Penal. A ação legítima dos operadores do Direito e das instituições de justiça pode apenas promover, proteger e restituir estes direitos, jamais questionar ou decidir quem pode ou não ter direito aos direitos.

Esta discussão deve levantar várias perguntas. Algumas são:

Em um estado laico, constitucionalmente multicultural, deve ser objeto de lei criminal a decisão da uma mulher fazer ou não um aborto?

O crime não deveria ser das autoridades de Estado, que reforçam uma organização econômica que estimula a desigualdade e impossibilitam a uma grande maioria de mulheres adultas o direito de criar seus filhos num ambiente saudável econômica e socialmente?

Por que a opção de criminalizar atitudes e valores diferentes da cultura dominante é mais escolhida do que a garantia legal - e não necessariamente criminal - de respeito às diferenças?

Como os agentes da justiça criminal podem trabalhar para mudar esta mentalidade? Devemos encorajar outras maneiras de solucionar problemas, como a utilização de justiça restaurativa, assistência às vítimas, restituição de danos, reparação? Por que a insistência na prisão como única resposta, se sabemos que ela sequer se efetiva para a grande maioria das violências?

Reconhecemos o aumento de violência doméstica neste tempo de pandemia, mas aumentar a pena é a única solução? Ou devemos investir em programas de prevenção, educação e assistência integral às vítimas para mudar os paradigmas machistas da nossa sociedade e reverter, finalmente, a cultura do estupro na qual estamos inseridos?

E ainda, com as iniciativas de solidariedade que estamos vendo durante estes tempos pandêmicos, aceitamos o compromisso de fazer nosso mundo melhor, mais justo e pacífico?

Nesse sentido, o IBCCRIM assume seu compromisso na busca pela descriminalização do aborto, pois tal criminalização não condiz com os valores estatutários do Instituto; pela aplicação mínima do direito penal, contra um direito penal autoritário, bem como o estatuto prevê a contenção do poder punitivo e a defesa dos marginalizados. Assumir uma postura omissa ou contrária à descriminalização do aborto significa apoiar o massacre de mulheres por meio de abortos ilegais, especialmente de mulheres negras, que são as maiores vítimas do aborto inseguro.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

4. **Aborto: uma questão de direitos humanos das mulheres**
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
6. **Aborto legal em caso de estupro: portaria 2.282/20 e a necessária independência dos sistemas de saúde e Justiça Criminal**
Gabriela Rondon
8. **A restrição do direito ao aborto legal: discussões em matéria de gênero e de dogmática penal**
Chiavelli Fazenda Falavigno e Fernanda Pacheco Amorim
11. **Criminologia e interseccionalidade: a criminologia interseccional enquanto nova abordagem criminológica**
Danler Garcia
14. **O *leading case* como limite temporal para aplicação da súmula vinculante 24 nos crimes materiais contra a ordem tributária e os reflexos no prazo prescricional**
Gabriel Bertin de Almeida e Claudia da Rocha
15. **Roubo majorado e a Lei 13.964/2019: análise do conceito da expressão “arma branca”**
Marco Aurélio Vogel Gomes de Mello
18. **A corrosão do papel contramajoritário do Poder Judiciário**
André Lozano Andrade e Julia Baroli Sadalla
21. **Da equivocada flexibilização jurisprudencial da presunção de inocência em casos de violência doméstica contra a mulher**
Thiago Baldani Gomes De Filippo
23. **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**
Walter Barbosa Bittar, Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares
26. **A (in)constitucionalidade e a (in)convencionalidade da prisão processual exclusivamente em razão da reincidência**
Fernando de Oliveira Zonta e Amanda Pilon Barsoumian

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

28. **A descriminalização do aborto no Brasil violaria o sistema interamericano de Direitos Humanos?**
Mônica de Melo
32. **Supremo Tribunal Federal**

ABORTO: UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

ABORTION: A MATTER OF WOMEN'S HUMAN RIGHTS

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Professora de Direito Penal da USP e Ex-Presidente do IBCCRIM (2013-2014).

ORCID: 0000-0002-1744-0905

mariangela@usp.br

Resumo: A partir da contextualização da criminalização do aborto no atual código penal brasileiro e da mudança de valores relacionada à proteção da mulher ao longo do tempo, são analisados documentos internacionais de proteção de direitos humanos para concluir pela inadequação de tal criminalização e necessidade de adequação do direito penal aos compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil.

Palavras-chave: Aborto, Direitos Humanos, Gênero.

Abstract: By the contextualization of the criminalization of abortion in the current Brazilian penal code and the change in values related to the protection of women over time, international human rights protection documents are analyzed to conclude that such criminalization is inadequate and the need for adequacy of criminal law to commitments made internationally by Brazil.

Keywords: Abortion, Human Rights, Gender.

A íntima relação entre os valores que orientam as relações sociais e as normas jurídicas – especialmente as normas penais – expressa-se com grande facilidade quando são analisadas as regras voltadas a disciplinar os comportamentos sexuais das pessoas e o exercício dos direitos individuais a eles relacionados. Nesse sentido, a criminalização do aborto presente no código penal brasileiro – em vigor desde 1940 – precisa ser compreendida no contexto em que ela foi inserida, o que se apreende da leitura das demais normas voltadas ao controle da sexualidade feminina.

Assim, na mesma lógica de valores presentes nas Ordenações Filipinas, no Código Criminal de 1830 e no Código Penal de 1890, o nível de “decência” com que a mulher se comportava socialmente a definia como merecedora ou não da tutela penal frente a determinadas formas de violência sexual, o que era expresso em tipos penais que protegiam exclusivamente a “mulher honesta”. Da mesma forma, a pureza da mulher, que era desde cedo moldada para as funções de mãe e esposa, expressava-se pela sua virgindade, cujo valor era tão alto a ponto de ser praticamente condição para o casamento; no caso de ser vítima de crime sexual, seu casamento com o agressor eliminava a punição deste, já que o maior dano que ela poderia sofrer seria a inviabilidade de se casar (posto que nenhum homem iria querer uma mulher já violada), o que já havia sido reparado. Outras referências que bem ilustram o papel ocupado pela mulher estão, por exemplo, na punição das condutas de “seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança” e de “raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso”.

Assim, a incriminação do aborto não parece destoar desse contexto, onde o controle dos comportamentos e da sexualidade feminina estava explícito na legislação penal; como se vê, a valorização da família patriarcal fazia parte e era estruturante da política de Estado.

Passados 80 anos desde o início da vigência do código penal, quase todos os dispositivos relacionados à tutela da mulher sofreram algum tipo de modificação, num movimento de promover uma proteção mais adequada às novas formas de violência e, também, eliminar o tratamento estereotipado que não corresponde – ou não deveria corresponder – ao lugar da mulher na sociedade do século 21. Se figuras como a sedução e o rapto, acima referidos, não fazem mais sentido, tipos penais como o feminicídio, a pornografia de vingança e o assédio sexual tornaram-se relevantes.

Quando se analisa o crime de aborto, no entanto, constata-se que foi a duras penas que o STF promoveu a única modificação no seu alcance, que diz respeito à permissão para a mulher abortar em caso de gravidez de feto anencéfalo. No plano legal, as mesmas proibições que poderiam fazer sentido em 1940 continuam em vigor, assim como as mesmas restritas hipóteses que autorizam a prática da conduta.

Ao longo desses anos – e mais especificamente das últimas décadas do século passado pra cá –, no entanto, a conscientização acerca dos direitos humanos das mulheres, tanto em documentos internacionais como em decisões de órgãos nacionais e internacionais, faz com que seja aviltante não só a manutenção de normas claramente impeditivas da fruição de direitos por parte das mulheres, mas também o silêncio dos tribunais encarregados de interpretá-las à luz de todo o ordenamento jurídico e da realidade social.

A fim de ilustrar a afirmação acima, alguns exemplos merecem ser mencionados, ainda que superficialmente.

Embora de maneira geral e introdutória já se possa mencionar tanto a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) como instrumentos voltados a reconhecer direitos fundamentais a todas as pessoas, independentemente das muitas diferenças que há entre os indivíduos – entre elas, as relacionadas ao gênero –, documentos mais específicos conferem proteção mais sólida às mulheres frente à violência em que consiste a criminalização do aborto tal como se dá no Brasil.

Assim, nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, “CEDAW” (1979), incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto 4.377/2002, o país comprometeu-se a modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres e buscar eliminar os preconceitos e práticas baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou em funções estereotipadas de homens e mulheres (art. 5, a), assim como a adotar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos e garantir, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar (art. 12.1). Por sua vez, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará (1994) e promulgada pelo De-

creto n. 1.973/96, encontra-se garantido o direito de toda mulher ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos, incluindo, por exemplo, o direito a que se respeite sua vida e sua integridade física, mental e moral (art. 4, a e b).

Já na Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, em 1995 – da qual o Brasil participou ativamente –, fez-se constar, de um lado, que em muitos países as políticas e os programas de saúde frequentemente perpetuam os estereótipos de gênero e não levam em consideração as diferenças socioeconômicas e outras existentes entre as mulheres, além de deixarem de levar em conta plenamente a falta de autonomia da mulher a respeito de sua saúde (item 90). Da mesma forma, ficou assegurado que os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência (item 96). Quanto ao aborto, de forma específica, entre as recomendações estava a necessidade de reconhecer que as consequências, para a saúde, dos abortos feitos em más condições constituem um grande problema de saúde pública, cabendo aos Estados remediar esse problema (item 106, j). Do mesmo modo, os Estados devem tratar os efeitos sobre a saúde dos abortos realizados em condições inadequadas como sendo um importante problema de saúde pública e reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação de serviços mais amplos e melhorados de planejamento familiar. Nos termos do Relatório Final, todos os esforços devem ser voltados, prioritariamente, para a eliminação da necessidade do aborto; medidas como a prevenção da gravidez não desejada e o acesso à informação confiável e orientação solidária às mulheres que engravidam sem o desejar são formas bem mais adequadas de se enfrentar o problema do que o recurso a medidas punitivas contra as mulheres que tenham se submetido a abortos ilegais. Além disso, nos casos em que o aborto é legal, deve ser assegurada sua prática em condições seguras, e em todas as hipóteses deve ser garantido acesso a serviços de boa qualidade para o tratamento de complicações derivadas de abortos; quando o aborto já tiver sido praticado, devem ser oferecidos à mulher serviços de orientação, educação e planejamento familiar, o que pode contribuir para evitar abortos repetidos (item 106, k).

Na esfera regional, o Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, sobre os Direitos das Mulheres (2003), foi o primeiro documento a inserir o aborto no rol dos direitos sexuais e reprodutivos; consta ali que os Estados devem adotar as medidas apropriadas para autorizar o aborto médico não só nos casos de violência sexual ou quando a vida da mãe ou do feto estiver em perigo, mas também quando a gravidez colocar em risco a saúde física ou mental da mãe (art. 14.2, c). Proporcionou-se, assim, uma mudança de perspectiva em relação ao assunto, retirando o aborto dos temas penais e inserindo-o definitivamente no campo da saúde da mulher. Na Europa, em 2008, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, por meio da Resolução n. 1.607, expressou sua preocupação com restrições impostas por alguns Estados para a prática do aborto, uma vez que dificultam o acesso a serviços seguros e adequados, além de terem efeitos discriminatórios (mulheres informadas e com recursos financeiros podem obter abortos legais e seguros com mais facilidade). No referido documento, a Assembleia expressou ser contrária à proibição do aborto dentro de limites gestacionais razoáveis, ressaltando que essa postura não leva à prática de menos abortos, mas a abortos clandestinos ou ao “turismo” do aborto; a legalidade da prática, portanto, não afeta a necessidade de uma mulher de fazer um aborto, mas apenas o seu acesso a um aborto seguro (§§ 2 e 4).

A mesma Resolução, ainda, relata evidências de que estratégias e políticas de direitos e saúde sexual e reprodutiva apropriados, incluindo educação obrigatória e apropriada para a idade e com perspectiva de gênero para os jovens, resultam em menos recursos ao aborto. Antes de recomendar a descriminalização do aborto dentro

de limites gestacionais razoáveis, a Assembleia também afirma o direito de todas as pessoas, em particular das mulheres, ao respeito pela sua integridade física e à liberdade de controlar o seu próprio corpo, sendo que a decisão final sobre a realização ou não do aborto deve caber à mulher interessada, a quem devem ser disponibilizados os meios para exercer esse direito de forma efetiva (§§ 5, 6 e 7).

Ao lado da normativa internacional, importante destacar decisões de órgãos estrangeiros e internacionais especialmente voltados à proteção dos direitos humanos, que vêm construindo sólida jurisprudência no sentido de evidenciar como a criminalização do aborto lesiona de forma específica os direitos das mulheres.

Na jurisprudência estrangeira, cabe lembrar o caso *Roe vs. Wade*, em que a Suprema Corte Norte-Americana, em 1973, entendeu que o direito da mulher à privacidade é amplo o suficiente para abarcar a decisão sobre o aborto, não sendo legítima a lei do Texas que proibia tal prática. Conforme ficou claro na decisão, no confronto entre a necessidade de proteção da saúde e da vida da mulher grávida e a tutela da potencial vida humana presente dentro dela, é lícito ao Estado regulamentar a prática do aborto, inclusive o proibindo nos estágios finais da gravidez, mas não criminalizá-lo completamente.

A Corte Suprema de Justiça da Argentina, no caso 259.XLVI (2012), em relação ao art. 86, 2, do código penal argentino (que trata da não punição do aborto quando a gravidez indesejada resulta de violação sexual), considerou que as previsões estabelecidas no art. 1º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e no art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos não autorizam interpretação restritiva do alcance dos referidos dispositivos legais; a proteção do nascituro como sujeito de direito não pode desconhecer que a Convenção Americana não quis conferir-lhe uma proteção absoluta do direito à vida (Considerando 10).

Semelhante foi a Corte Constitucional colombiana, que na Sentença C-355 (2006) observou que, embora caiba ao Congresso adotar medidas idôneas para promover a proteção da vida, a relevância constitucional desse bem não tem valor absoluto e deve ser ponderada com outros valores, princípios e direitos constitucionais. Asseverou, além disso, que a proteção da dignidade humana das mulheres inclui as decisões relativas ao seu projeto de vida, sua autonomia reprodutiva e sua intangibilidade moral, o que se manifesta concretamente na proibição de lhe serem atribuídos papéis de gênero estigmatizantes ou infligido sofrimento moral deliberado – o que constitui um claro limite à liberdade do legislador em matéria penal (VI.5. e V.8.1.).

No plano internacional, menciona-se primeiramente o julgamento do caso *Vo contra a França* (2004), pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que analisou a cláusula que garante o direito à vida na Convenção Europeia. Naquela oportunidade, destacou que, embora tal direito também alcance o nascituro, não é ele a “pessoa” diretamente protegida pela norma, estando sua proteção implicitamente limitada pelos direitos e interesses da mãe (§ 80).

O Comitê de Direitos Humanos da ONU, por sua vez, mais de uma vez manifestou-se pela importância da descriminalização do aborto para a proteção da saúde e da vida das mulheres. Em observações voltadas à Guatemala, Venezuela e Mali, aquele órgão destacou que a proibição do aborto faz com que haja desinformação sobre planejamento familiar e educação sexual, o que leva a grande número de práticas clandestinas dirigidas à interrupção da gravidez – praticadas, em geral, por pessoas despreparadas e em condições inadequadas. No caso da Venezuela, especificamente, foi feito destaque quanto ao problema decorrente do dever legal dos profissionais de saúde de denunciar às autoridades as mulheres que tenham feito aborto, pois as inibe de procurar tratamento médico e, consequentemente, expõe suas vidas a perigo ainda maior (CCPR/CO/71/VEN, de 26/04/01, § 19; CCPR/CO/72/GTM, de 27/08/01, § 19; CCPR/CO/77/MLI, de 16/04/03, § 14).

No caso *Mellet contra Irlanda* (2016), o mesmo órgão condenou o Estado por não garantir à mulher que desejava realizar o aborto o acesso a recursos médicos no seu território, fazendo com que ela tivesse que viajar a outro país para realizar tal prática. Em tal decisão,

constou que, ao negar às mulheres liberdade quanto à sua função reprodutiva, a legislação irlandesa pratica discriminação baseada no gênero, uma vez que restrição semelhante não é imposta aos homens. Além disso, por ser punitiva e estigmatizante, a lei coloca as mulheres em situação de específica vulnerabilidade; elas são vítimas do estereótipo sexista, segundo o qual a gravidez da mulher deve – salvo em casos de perigo mortal para a mãe – continuar, quaisquer que sejam as circunstâncias, porque seu papel é limitado à função reprodutiva (Opinião individual do comissário Yadh Ben Achour, §§ 3 a 5).

Ainda na mesma decisão, a comissária Sarah Cleveland destacou que o direito à igualdade de sexo e gênero e à não discriminação obriga os Estados a garantir que suas normas, inclusive aquelas relacionadas ao acesso aos serviços de saúde, acomodem as diferenças biológicas fundamentais entre homens e mulheres na reprodução e não discriminem direta ou indiretamente com base no sexo. Assim, o direito não pode ser balizado por estereótipos tradicionais de gênero, em que o papel reprodutivo da mulher coloca tal função acima de sua saúde física e mental, e também da sua autonomia (§§ 7 e 14).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto n. 678/92, teve a cláusula que garante o direito à vida interpretada mais de uma vez no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não havendo dúvida quanto ao seu alcance. Assim, quando o art. 41 assegura que tal direito "deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção", não é cabível o argumento de que o feto já concebido é titular de direito absoluto à vida, independentemente de outros direitos eventualmente envolvidos.

De um lado, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na Resolução n. 23/81, referente ao caso n. 2141 ("*Baby boy contra os*

Estados Unidos da América"), a partir de uma interpretação histórica da referida norma, destacou que a expressão "em geral" foi propositalmente ali inserida justamente para que ordenamentos americanos em que fosse permitido o aborto legal não se encontrassem em desconformidade com a Convenção.

De outra banda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Artavia Murillo e outros contra Costa Rica*, fez uma série de considerações sobre o alcance do art. 41 da Convenção. De maneira específica em relação à expressão "em geral", destacou que sua finalidade é permitir que, frente a um conflito de direitos, seja possível invocar exceções à proteção do direito à vida desde a concepção; o direito à vida não é, portanto, um direito absoluto, cuja proteção possa justificar a negação total de outros direitos. De forma expressa, enfatizou que toda tentativa de proteger a vida deve ser harmonizada com os direitos fundamentais de outras pessoas, especialmente da mãe (§§ 258 e 260).

Ainda que outras referências internacionais pudessem ser aqui lembradas, as que foram citadas parecem suficientes para demonstrar a completa inadequação da manutenção da criminalização do aborto no Brasil; quando são comparados o contexto da sua criminalização com o atual estágio da proteção dos direitos humanos no plano internacional, resta evidente a necessidade de modernização da legislação brasileira. Se houve um tempo em que a punição do aborto se inseria numa lógica de controle da sexualidade feminina e total desconsideração dos custos pessoais e sociais impostos às mulheres, o momento atual exige que sejam cumpridos os compromissos de respeito aos direitos humanos assumidos pelo Brasil, que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres sejam de fato protegidos e respeitados, que não seja atribuído à vida e à saúde das mulheres valor menor do que a vida de um feto.

Autora Convidada

ABORTO LEGAL EM CASO DE ESTUPRO: PORTARIA 2.282/20 E A NECESSÁRIA INDEPENDÊNCIA DOS SISTEMAS DE SAÚDE E JUSTIÇA CRIMINAL

**ABORTION IN CASE OF RAPE: ORDINANCE 2,282/20 AND THE NECESSARY
INDEPENDENCE OF PUBLIC HEALTH AND CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS**

Gabriela Rondon

Doutora e mestre em direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora e advogada na Anis – Instituto de Bioética.

ORCID: 0000-0002-9584-8690

g.rondon@anis.org.br

Resumo: Após o debate público provocado pelos obstáculos ao aborto legal impostos a uma menina de 10 anos vítima de violência sexual no Espírito Santo em agosto de 2020, o Ministério da Saúde editou a portaria 2.282, que adicionou ainda mais entraves à oferta desse serviço pela imposição de notificação compulsória à polícia. A portaria viola os direitos das meninas e mulheres à saúde, dignidade, intimidade, privacidade e integridade física e mental, além de violar a obrigatoriedade do sigilo profissional no contexto de acesso à saúde. O episódio suscita a discussão sobre a necessária independência dos sistemas de saúde e justiça criminal no enfrentamento à violência sexual.

Palavras-chave: Aborto, Estupro, Violência Sexual, Notificação Compulsória.

Abstract: After the public debate caused by the obstacles to legal abortion imposed on a 10-year-old girl victim of sexual violence in Espírito Santo in August 2020, the Ministry of Health issued ordinance No. 2,282, which added even more barriers to the provision of this service by imposing compulsory notification to the police. The ordinance violates the rights of girls and women to health, dignity, intimacy, privacy and physical and mental integrity, in addition to violating the obligation of professional secrecy in the context of access to health. The episode raises the debate about the necessary independence of the health and criminal justice systems in the fight against sexual violence.

Keywords: Abortion, Rape, Sexual Violence, Compulsory Notification.

O país já havia ultrapassado 118 mil mortes por Covid-19, quando a publicação de uma nova portaria do Ministério da Saúde ganhou

as notícias em 28 de agosto de 2020. Não se tratava de nenhuma normativa específica sobre a resposta à pandemia, mas da portaria

2.282 de 2020, que estabelecia novo procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei. A publicação acontecia apenas 11 dias depois da realização do aborto legal da menina de 10 anos na cidade do Recife, após longo processo de obstáculos e negativas a seu direito no estado de origem, o Espírito Santo. Apesar da sequência temporal, a portaria não foi editada com o objetivo de corrigir procedimentos que pudessem ter alongado o suplício da menina e de outras como ela, cujos casos se encaixam nos permissivos de aborto previstos no Código Penal desde 1940. Ao contrário, a nova norma instituiu ainda mais barreiras ao cuidado, ao condicionar o acesso ao procedimento à realização de notificação à polícia, e adicionava etapas que tinham claro objetivo de dissuadir meninas e mulheres de decidir pelo aborto legal.

No Brasil, assim como em outros países latino-americanos, não há lei que regule o acesso ao aborto legal para além do Código Penal. Seguindo uma tradição patriarcal colonial, o marco instituidor do interesse do Estado pelo tema da interrupção da gestação é o marco punitivo: cria-se a figura do aborto provocado, que interessa punir, exceto nas estreitas hipóteses que a lei penal ressalva de violência sexual, risco à vida da mulher ou menina ou, desde a decisão de 2012 do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54, em caso de anencefalia. Essa configuração normativa, por outro lado, faz com que o procedimento nas hipóteses legais seja regulado unicamente pelas melhores práticas em saúde, como qualquer outro tratamento ou intervenção terapêutica. Normativas adicionais existem no plano administrativo apenas para estabelecer quais são as obrigações do Estado na organização da política pública de saúde, para garantir que os direitos previstos em lei sejam cumpridos. O Ministério da Saúde da gestão Jair Bolsonaro decidiu, por outro lado, extrapolar sua esfera de competência administrativa, para avançar na cruzada ideológica antigênero no tema do aborto.

O cerne da alteração proposta pela portaria 2.282 está em uma leitura incorreta da lei 13.718 de 2018, que, entre outros temas, altera a natureza da ação penal para os crimes sexuais, para torná-la pública incondicionada à representação. Como se sabe, a natureza incondicionada da ação penal implica apenas que o Ministério Público tem obrigação de oferecer denúncia se a notícia de um crime chega a seu conhecimento, independentemente de haver manifestação de vontade da vítima. No entanto, o Ministério da Saúde usou a referência a essa lei, que diz respeito unicamente à organização da política criminal para crimes sexuais, para passar a implicar profissionais de saúde no processo de provocar uma investigação policial. Ao fazê-lo, a portaria não só violou a obrigatoriedade do sigilo profissional, desconfigurando a função dos profissionais na cena do cuidado, como criou condicionantes inexistentes em lei para o acesso à saúde de vítimas de um crime tão brutal como o estupro.

A possibilidade de que o registro de ocorrência policial desses crimes fosse facilitado pelos hospitais da rede do Sistema Único de Saúde já estava prevista na lei 12.845 de 2013, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. No entanto, "facilitação do registro", como está previsto no art. 3º, III, dessa lei, não se confunde com a determinação da portaria de ser "obrigatória a notificação à autoridade policial". Em respeito aos direitos fundamentais à dignidade, à intimidade, à privacidade, à integridade física e mental e à saúde das meninas e mulheres vítimas de violência que buscam acolhimento em hospitais, a facilitação do registro só pode ser realizada com a garantia do acesso à informação, livre de estigma e coerção, e suporte à decisão que essa mulher ou menina possa tomar. Não se depreende que esteja autorizada a realização de denúncia sem o seu consentimento.

Essa interpretação é reforçada mesmo pela frágil tentativa de alteração, realizada em 2019, da lei 10.778 de 2003, que dispõe sobre a notificação compulsória dos casos de violência sexual pelos serviços de saúde aos sistemas de vigilância epidemiológica. A lei 13.931, sancionada em dezembro de 2019, pretendeu alterar o artigo 1º da lei de 2003, para instituir a obrigatoriedade de comunicação desses casos à autoridade policial, mas não revogou o artigo 3º da mesma

lei, o qual ainda reconhece que tal notificação tem "caráter sigiloso", e que a identificação da vítima fora do serviço de saúde apenas pode ser realizada em hipóteses excepcionais, caso haja, simultaneamente, risco a essa mulher ou menina e seu consentimento. Na prática, portanto, a lei de 2019 não provocou nenhuma alteração substantiva, já que a notificação externa ao sistema de saúde continua sendo uma previsão excepcional e que deve, de qualquer maneira, preservar o sigilo das informações compartilhadas no contexto de cuidado à saúde e o consentimento das vítimas.

Argumentar nesse sentido não significa descartar a importância de buscar responsabilização para os possíveis agressores, ou ignorar o problema da subnotificação desse tipo de violência. Pelo contrário: garantir que as mulheres e meninas vítimas de violência possam procurar distintas portas de entrada do Estado para a atenção a suas necessidades e proteção de direitos permite que um número maior delas possa comunicar a violência, conforme as condições do momento em que se encontram. As mulheres e meninas que precisam de proteção imediata do sistema de justiça podem fazê-lo ao procurar as delegacias e Ministérios Públicos, e aquelas que ainda não se sentem prontas para acionar o sistema de justiça, mas têm uma necessidade imediata de saúde, devem poder procurar os hospitais para acolhimento integral, ser cuidadas e, apenas posteriormente, auxiliadas para que possam denunciar criminalmente a violência se for de sua vontade.

Se ir a um hospital significar sempre o mesmo que ir a uma delegacia, aquelas meninas e mulheres que não podem denunciar seus violadores sem se colocar em risco – seja porque coabitam com eles, porque são dependentes economicamente deles, porque são ameaçadas ou inúmeras outras razões –, jamais chegarão a nenhuma instituição de cuidado e proteção. Essas meninas e mulheres passarão a ter medo não só de seus agressores, como também dos serviços de saúde. Os profissionais de saúde que passassem a violar o sigilo de suas pacientes, em desconformidade com suas obrigações constitucionais e legais, ainda se colocariam na situação de provocar risco adicional à vida delas, uma vez que, sem conhecer sua realidade ou ter condição de controlar os fatores de risco, poderiam expô-las à revitimização e a agressões de represália.

Esse risco não é desprezível, uma vez que, por exemplo, o relatório do Disque Direitos Humanos de 2019 mostrou que 73% dos casos de violência sexual registrados aconteceram na casa da vítima ou do agressor, e que, em 40% dos casos, o agressor foi o pai ou padrasto da vítima. Essa foi a história da menina de 10 anos no Espírito Santo, que, apesar de sofrer violência desde os 6 de um tio, apenas chegou a qualquer instância de proteção quando já era inevitável, pela denúncia expressa em seu corpo com a gravidez. Como para muitas outras, a relação de confiança foi finalmente estabelecida com profissionais da saúde, a quem confessou não ter sido capaz de denunciar antes por ser ameaçada de morte. Caso meninas e mulheres como ela não possam contar com esse refúgio dos vínculos de cuidado no campo da saúde, não só o acesso ao aborto legal em caso de violência será ainda mais dificultado, como se estará, em última instância, relegando essas vítimas ao abandono.

Ações para provocar a revogação da portaria 2.282 de 2020 foram tomadas de imediato, com projetos de decreto legislativo no Congresso Nacional, recomendações emitidas pelo Ministério Público Federal, por meio de procuradorias de pelo menos 10 estados, e por associações profissionais como a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo), a Sociedade Brasileira de Medicina de Família e Comunidade (SBMFC) e a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco). Foram ainda propostas uma ação civil pública, apresentada pela Defensoria Pública da União, por meio da Defensoria Regional de Direitos Humanos de São Paulo, juntamente às Defensorias Públicas estaduais de 10 estados e Distrito Federal, e duas ações constitucionais ao Supremo Tribunal Federal, uma ADPF apresentada pela coalizão dos partidos PT, PSOL, PDT, PCdoB e PSB, e uma ADI protocolada pelo Instituto Brasileiro das Organizações Sociais de Saúde.

Poucos dias depois do protocolo das duas últimas ações, autuadas como ADPF 737 e ADI 6.552, o tema foi colocado na pauta do plenário virtual do STF pelo ministro relator de ambas, Ricardo Lewandowski. Na véspera da data prevista para início do julgamento, em 24 de setembro, o Ministério da Saúde publicou às pressas outra portaria, 2.561 de 2020, com alterações tangenciais à primeira. As principais exclusões foram relativas a outras violações provocadas pela 2.282, quanto à obrigatoriedade de oferta de visualização do ultrassom para as vítimas de violência e quanto a uma listagem incorreta de riscos do procedimento de aborto legal, que constava de um dos anexos da primeira portaria. O problema principal da normativa, no entanto, foi mantido com revisões cosméticas: em vez de notificação obrigatória, a nova portaria passou a descrever que os profissionais da saúde “deverão [...] comunicar o fato à autoridade policial responsável”. A edição de nova portaria com insistência quanto a esse dispositivo funcionou, portanto, apenas como um retardo à revisão constitucional da nova política de acesso ao aborto legal.

O cenário se tornou ainda mais preocupante quando veio à público quais tinham sido os motivadores imediatos da alteração dessa política. O Ministério da Saúde revelou, em resposta a diversos pedidos de acesso à informação protocolados por veículos de imprensa, que atuou em resposta a provocações da sociedade civil, mais especificamente, de um ofício da Defensoria Pública da União de Minas Gerais, representando a associação privada católica Virgem de Guadalupe e a um requerimento do Instituto em Defesa da Vida e da Família (IDVF), duas organizações abertamente militantes religiosas contrárias ao direito ao aborto. Embora também tenha sido requisitado, em 10 de setembro, o acesso aos pareceres da Consultoria Jurídica (Conjur) do Ministério da Saúde, da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e do Conselho Nacional de Saúde (CNS) para a portaria 2.282, que são necessários para o trâmite interno de alterações de políticas de saúde, nenhuma resposta foi oferecida até o momento. Há indícios de que ao menos o CNS não foi consultado ou que, se consultado, emitiu opinião contrária à publicação da portaria, uma vez que publicou recomendação de sua revogação em 29 de setembro.

Assim, há evidências de que a alteração da política de acesso ao

aborto legal teve motivação ideológica religiosa, sem fundamentação técnica, baseada em interpretações equivocadas da política criminal vigente para os crimes sexuais, e em violação a direitos fundamentais de vítimas de violência e de profissionais de saúde. A obrigatoriedade de notificação à polícia não foi motivada pelo interesse genuíno de aprimorar as estratégias de enfrentamento à violência sexual, mas como mecanismo de intimidação às mulheres. Ao desconfigurar de tal forma a possibilidade de acesso ao aborto autorizado pelo Código Penal, o Ministério da Saúde violou ainda os princípios da legalidade e da separação de poderes. Os indícios de que sequer procedimentos internos para revisão e aprovação do conteúdo das portarias foram seguidos constituem mais uma evidência do uso antidemocrático e autoritário do poder administrativo para cumprimento da agenda ideológica do governo em exercício que, somada à alteração da normativa realizada apenas um dia antes do início do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, sinaliza para a tentativa de bloquear o controle social e constitucional das políticas públicas.

Os sinais de alerta que esse episódio suscita são múltiplos e merecem vigilância. Felizmente, no último dia 8 de outubro, o ministro Ricardo Lewandowski reconheceu que os artigos impugnados das portarias 2.282 e 2.561 não diferiam substancialmente e recebeu o pedido de aditamento em ambas as ações sob sua relatoria, para que o feito pudesse prosseguir. O julgamento que se aproxima será fundamental para o avanço do debate sobre o controle constitucional de ações administrativas que extrapolam competências previstas em lei, mas também, em última análise, sobre a vinculação indevida entre os sistemas de saúde e de justiça criminal. Talvez essa se configure como mais uma oportunidade de compreender que, enquanto aborto continuar sendo tema de ameaça de cadeia às mulheres e a lógica punitiva se mantiver como a moldura em que o frágil aborto legal se insere, sequer as hipóteses já previstas serão adequadamente implementadas. Cada passo nessa direção é também mais uma oportunidade de fazer justiça à menina de 10 anos e a milhares de outras anônimas como ela, abandonadas pela lei há tempo demais.

NOTAS

- 1 LEAL, Vinícius. Governo muda regras e obriga médicos a avisar polícia sobre pedidos de aborto por estupro. *G1*, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2020/08/28/portaria-amplia-exigencias-a-medicos-que-atendam-mulheres-em-busca-de-aborto-por-estupro.ghtml>. Acesso em: 12 out. 2020.
- 2 BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020*. Brasília, DF: Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro. Diário Oficial da União, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2-282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814>. Acesso em: 12 out. 2020.
- 3 DINIZ, Debora. Uma menina de dez anos aborta e é nosso dever nos unir à dor dela. *El País*, 16 ago. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opinion/2020-08-17/uma-menina-de-dez-anos-aborta-e-e-nosso-dever-nos-unir-a-dor-dela.html>. Acesso em: 12 out. 2020.
- 4 Importa ressaltar que o precedente da ADPF 54 tem sido estendido por tribunais locais para outras malformações incompatíveis com a vida. Em 2016, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.467.888, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, fixou que a possibilidade de interrupção da gestação em casos análogos à anencefalia configuraria não só fato atípico como também um direito das mulheres.
- 5 BRASIL. Ministério de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Dis-*

que Direitos Humanos. Relatório 2019. Brasília, DF: Ministério..., 2020. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/junho/balanco-anual-disque-100-atendeu-2-7-milhoes-de-ligacoes-em-2019/copy_of_Relatorio_Disque_100_final.pdf. Acesso em 12 out. 2020.

- 6 BRASIL. *Portaria nº 2.561, de 23 de setembro de 2020*. Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro. Diário Oficial da União, 24 set. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.561-de-23-de-setembro-de-2020-279185796>. Acesso em 12 out. 2020.
- 7 PRAZERES, Leandro. Ministério da Saúde admite que publicou portaria por pressão de entidades antiaborto. *O Globo*, 03 out. 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/sociedade/ministerio-da-saude-admite-que-publicou-portaria-por-pressao-de-entidades-antiaborto-24675541?versao=amp&__twitter_impression=true. Acesso em: 12 out. 2020.
- 8 BRASIL. Ministério da Saúde. *Recomendação nº 064, de 29 de setembro de 2020*: Recomenda ao Congresso Nacional a aprovação em regime de urgência do Projeto de Decreto Legislativo nº 409/2020. Brasília, DF: Conselho Nacional de Saúde, 2020. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1391-recomendacao-n-064-de-29-de-setembro-de-2020>. Acesso em: 12 out. 2020.

Autora Convidada

A RESTRIÇÃO DO DIREITO AO ABORTO LEGAL: DISCUSSÕES EM MATÉRIA DE GÊNERO E DE DOGMÁTICA PENAL

Chiavelli Facenda Falavigno

Estágio pós-doutoral em Política Legislativa penal pela Universidade de Málaga, Espanha. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, com estágio de investigação na Universidade de Hamburgo. Pesquisadora visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Instituto Max Planck de Direito Penal estrangeiro. Professora Adjunta de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9833644727888072>

ORCID: 0000-0002-7264-2171

chiavelli.falavigno@gmail.com

Fernanda Pacheco Amorim

Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Coapresentadora do Podcast Mulherão da Porra.

Publisher da e-mails editora. Feminista em (des/re)construção

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4371039852188980>

ORCID: 0000-0001-9482-2643

fernandapachecoamorim@gmail.com

Resumo: O presente artigo aborda aspectos políticos, principalmente em matéria de gênero, e questões afeitas à dogmática penal, sob o ponto de vista da complementação administrativa de tipo, na análise das novas disposições do Ministério da Saúde sobre a excludente de ilicitude do aborto em razão de estupro. A metodologia utilizada é pesquisa doutrinária e legislativa.

Palavras-chave: Aborto legal, Políticas de Gênero, Dogmática Penal, Complementação Normativa.

Abstract: This article discusses political aspects, especially in terms of gender, and issues related to criminal dogmatics, from the point of view of administrative complementation, in the analysis of the new provisions of the Ministry of Health on the exclusion of illegality of abortion due to rape. The methodology used is doctrinal and legislative research.

Keywords: Legal abortion, Gender policies, Criminal Dogmatics, Normative Complementation.

Começar um escrito que objetiva debater o aborto demanda o estabelecimento de um pressuposto básico: esta é uma pauta política e, acima de tudo, de gênero. Estabelecer a discussão no campo comum das personalidades é incorrer num erro básico de estrutura metodológica. Ao se propor (re)pensar a questão do aborto é indispensável o reconhecimento de que se trata de assunto relativo aos direitos humanos, absolutamente vinculado à saúde pública e independente de decisões pessoais e individualizadas.

A pauta do aborto é defendida desde a 2ª onda do feminismo (entre as décadas de 50 e 90), conhecida pelos debates em relação especificamente à construção do *ser mulher*¹ e a questão dos direitos reprodutivos. A posse sobre o próprio corpo e o direito de escolha eram – e continuam sendo – debates aflorados.

Apesar de todo este levante feminista sobre a legalização total do aborto, o que foi alcançado em muitos estados dos EUA e em muitos países da Europa, na legislação brasileira há poucas possibilidades de aborto legal, como em situação de gestações que acarretem risco à vida da mulher ou em gravidez decorrente de estupro. A Corte Constitucional acresceu a estas a hipótese do aborto decorrente de anencefalia fetal.

Ao discorrer sobre a temática do aborto, **Flávia Biroli** afirma que há premissas básicas em relação ao direito das mulheres sobre o próprio corpo no feminismo pró escolha, quais sejam: *“a) nenhum contato com o corpo do indivíduo pode existir sem o seu consentimento, o que enfatiza a extensão da noção de escolha ao âmbito da integridade física [...]; b) a decisão sobre manter uma gravidez, nutrir e sustentar biologicamente outro indivíduo deve ser da mulher, isto é, geração, gestação e maternidade têm de ser decisões consentidas e informadas para que o direito das mulheres à autonomia seja preservado. Mas é a crítica aos limites do liberalismo que permite destacar uma terceira premissa: c) o direito à escolha no caso do aborto deve ultrapassar o sentido negativo da liberdade que está aí envolvida. Isso significa que deve ser apoiado pelo Estado por meio de políticas públicas de combate à violência, de orientação para o respeito às decisões individuais e de atendimento adequado na área da saúde.”*²

E, reconhecendo as premissas básicas, bem assim a devida diligência estatal de garantir e assegurar de todas as formas possíveis o cumprimento dos direitos humanos – dentre eles os direitos das mulheres –, inclusive com a elaboração de legislação em conformidade

com as Convenções Internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção de Belém do Pará, e, ainda, identificando os altos números de estupro somados à cifra oculta dos casos que não são notificados,³ promulgou-se a “Lei do Minuto Seguinte” (Lei 12.845/2013).⁴

O ano de 2013 foi conturbado em relação aos direitos reprodutivos. Ao mesmo tempo que **Eduardo Cunha** apresentou o projeto de Lei 5.069/2013, que pretendia dificultar o acesso ao aborto por mulheres vítimas de violências sexuais, fato que impulsionou a tomada das ruas por milhares de mulheres contrárias ao PL em 2015, a Lei 12.845/2013 possibilitou o atendimento obrigatório e rápido às mulheres. Corroborando com a dita Lei, no mesmo ano, foi promulgado o decreto 7.958/2013, que apresentou diretrizes para o atendimento humanizado às vítimas de violência sexual, tanto por profissionais de segurança pública quanto pelos profissionais que prestam atendimento no SUS.

A premissa básica da Lei 12.845 é a de que a palavra da vítima basta para que o atendimento aconteça de forma adequada e célere, eis que a velocidade no atendimento é essencial em casos de estupro, pois a profilaxia de gravidez e IST deve acontecer em até 72 horas para que haja maior eficácia.

Para reforçar esta premissa e depois de identificar as deficiências ainda existentes no atendimento prestado pelo SUS em casos de violência sexual,⁵ em 2018, o Ministério Público de São Paulo, em parceria com a Associação Brasileira de Agências de Publicidade (Abap) e a agência Y&R, elaborou uma campanha de divulgação intensa da Lei do Minuto Seguinte.

Acontece que viver no Brasil nos tempos atuais não é tarefa fácil. Apesar da legislação criada, das campanhas desenvolvidas, dos esforços realizados pelos coletivos feministas e organizações da sociedade civil para defender o direito ao aborto por mulheres vítimas de violência sexual, livre de julgamentos por parte de terceiros, bem como com atendimento humanizado e adequado para evitar a revitimização, em pleno 2020 foi editada a Portaria 2.282.⁶ Ou seja, ao invés da produção de políticas públicas voltadas a questões de gênero, que visem a modificar a chamada cultura do estupro, o que se observa é o uso do Direito Penal novamente nessa seara⁷ e, pasma-se, com imposição de mais obrigações à vítima.

São tantos os equívocos existentes no texto apresentado, que fica

difícil elencá-los. A questão mais gritante é a de que: a palavra da vítima não basta. Todas as proposições do texto só reforçam a ideia de que a mulher que está procurando auxílio para um aborto legal e seguro, depois de ter sido vítima de uma violência sexual, precisa ter sua narrativa confrontada à exaustão.

Há modelos ao final da portaria que beiram o absurdo, como: a) o termo de relato circunstanciado no qual a vítima precisa declarar a violência sofrida com detalhes, como as circunstâncias do estupro, os dados do agressor ou, caso não conheça o agressor, o número de homens, seus trajés, veículo, raça, tipo de cabelo etc.; b) termo de responsabilidade por falsidade ideológica; e c) termo de consentimento, que detalha os riscos relativos ao procedimento do aborto, com a especificação de possibilidade de infecções, lesões e até morte. Por fim, apresenta-se ainda a necessidade de informar à mulher sobre a possibilidade de assistir ao ultrassom do feto (de uma gravidez decorrente de uma violência!).

Recentemente, no dia 23 de setembro, houve a reformulação de dita Portaria para a 2.561, que mantém, no entanto, boa parte dos problemas referidos na primeira.

O ponto central nisto tudo é a violência estatal sendo cometida descaradamente contra mulheres que deveriam estar sendo protegidas; que deveriam, conforme a Lei do Minuto Seguinte e o Decreto 7.958/2013, receber atendimento humanizado, pois já chegam absolutamente fragilizadas.

É essencial referir, ainda, que tal Portaria resultou de movimento desencadeado por indevida exposição midiática de criança vítima de violência sexual, a qual, inclusive, teve seus dados revelados e sofreu insultos e demais formas ilegítimas de protestos ao exercer direito que a legislação lhe outorgou.

Para além de todas as questões pontuadas, as quais são, na opinião das autoras, as mais relevantes para a análise da medida, é essencial que se saliente também aspectos referentes à dogmática penal.

Sabe-se que a assessoriedade administrativa das normas penais acarreta diversos problemas em relação aos princípios orientadores da matéria,⁸ sendo aconselhada apenas em casos de extrema necessidade, como pela mutabilidade do bem jurídico tutelado ou pela competência técnica exclusiva do órgão administrativo para regular a questão. No caso, não se vislumbra nenhum dos dois aspectos, ficando evidente o interesse político na medida.

Ora, para além de ser matéria já regulada pela legislação referida no texto, e que obviamente não pode ser contraditada por meio de Portaria, tal regulação impõe uma série de procedimentos, que restringem a abrangência de uma excludente de ilicitude, aumentando a incidência de um tipo penal, o que é amplamente desaconselhado em termos de assessoriedade.⁹

A justificativa da competência do Ministério da Saúde se dá de for-

ma genérica nos termos do artigo 87 da Constituição, que autoriza os Ministros de Estado a expedir instruções para a execução de leis, olvidando-se de mencionar que a matéria já se encontrava disciplinada por normativa superior. Ainda, destaca que a regulação se refere ao SUS, deixando margem para interpretação de que procedimento diverso pode ser adotado em hospitais privados, o que sublinha a seletividade já observada nos casos de aborto no Brasil.

Trata-se, sem dúvida, de complementação do direito penal, na forma de assessoriedade administrativa por regra infralegal, o que requer detida análise por se tratar de medida que sempre vilipendia, em algum aspecto, a legalidade, devendo ocorrer apenas em casos de necessidade extrema. Não se trata da chamada assessoriedade conceitual, pois nenhum termo previsto nos dispositivos do Código Penal que regulam o aborto legal demandam normas administrativas para sua definição ou melhor compreensão. Também não se trata de assessoriedade do ato, pois o procedimento independe de qualquer forma de autorização administrativa. Por fim, não se trata de assessoriedade de direito, pois não há um conjunto de normas de proteção tipicamente administrativas que regulem o bem jurídico vida e devem passar a fazer parte do âmbito de proteção da norma penal para completar a tutela do dito bem.

Que forma de assessoriedade é então a observada no tipo? Qual a causa que a justifica? A regulação administrativa deve ser feita de forma excepcional e com responsabilidade, sobretudo quando aumenta a abrangência do tipo penal. É, nesse sentido, que defendemos o estabelecimento de critérios dogmáticos próprios da norma com assessoriedade, pois, para além dos evidentes problemas políticos e de gênero que envolvem a questão, o controle jurídico da complementação administrativa de normas penais poderia auxiliar na redução da possibilidade de ocorrer medidas como o ora tratado.

Voltando-se para análise da norma em si, para além das já enfrentadas questões de gênero, esta impõe uma série de obrigações aos profissionais da saúde sob o pretexto de protegê-los de eventual responsabilização penal, visando claramente a desencorajar a prática do ato. Além disso, impõe o dever de denúncia criminal à vítima de estupro, o que não existe no caso de nenhuma outra infração no Código Penal, ferindo a igualdade.

Como já referido, são vários os tipos de normas que dependem de assessoriedade administrativa, sendo mais recorrentes as chamadas normas penais em branco. Tal técnica legislativa deve ser usada com parcimônia, não apenas por ferir a legalidade e ocasionar erros, mas também porque deixa margem para que órgãos do Poder Executivo, de interesse prevalentemente político, passem a determinar o conteúdo de normativas penais, o que pode dar azo a medidas eleitoreiras – e mesmo arbitrárias – gestadas no interior da moldura legal, ou seja, com a mera aparência de serem democráticas e de estarem de acordo com Estado Democrático de Direito.

NOTAS

¹ Simone de Beauvoir em *O Segundo Sexo* cunhou a tão famosa frase: "Ninguém nasce mulher, torna-se mulher". In: BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 361.

² MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política*: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 127.

³ Segundo a nota técnica de 2013 do IPEA sobre o Estupro no Brasil, estimam-se 527 mil casos por ano, ou seja, um por minuto, dos quais apenas 10% são reportados às autoridades. De acordo com o 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019, o Brasil tem, oficialmente, 180 casos de estupro por dia, dos quais 81,8% têm como vítimas pessoas do sexo feminino. Os relatórios podem ser acessados em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf e <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/21/estupro-no-brasil-uma-radiografia-segundo-os-dados-da-saude>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁴ Importante mencionar que a revogação de dita Lei é objeto do PL 6055 de 2013, de autoria de diversos Deputados, dentre eles o atual Presidente da República.

⁵ Resultado de inquérito civil conduzido pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão do Ministério Público do Estado de São Paulo, conforme informado

em matéria divulgada e que pode ser conferida aqui: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/lei-do-minuto-seguinte-campanha-sobre-direitos-de-vitimas-de-abuso-sexual-e-lancada-em-sao-paulo>. Acesso em 28 set. 2020.

⁶ Prontamente questionada no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 737, cujo julgamento se encontra adiado pela reedição da medida.

⁷ Uma vez que o regramento administrativo faz claras referências às normas do Código Penal, seja para restringir o alcance da autorização do aborto, seja para impor possível penalização por falsidade ideológica à vítima.

⁸ O tema se encontra tratado com detalhamento em: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal*: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: emais editora, 2020.

⁹ No direito penal econômico peruano, por exemplo, é amplo o entendimento de que as regulações administrativas devem ser orientadas a restringir a abrangência de um tipo penal. (VASQUEZ, Manuel A. A. El principio de certeza en las leyes penales en blanco: especial referencia a los delitos económicos. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 9, p. 13-34, 1999.)

Recebido em: 30/09/2020 - Aprovado em: 07/10/2020 - Versão final: 19/10/2020

CRIMINOLOGIA E INTERSECCIONALIDADE: A CRIMINOLOGIA INTERSECCIONAL ENQUANTO NOVA ABORDAGEM CRIMINOLÓGICA

CRIMINOLOGY AND INTERSECTIONALITY: THE INTERSECTIONAL CRIMINOLOGY AS A NEW CRIMINOLOGICAL APPROACH

Danler Garcia

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), onde é bolsista FAPEMIG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), onde foi bolsista CNPq de iniciação científica por três anos subsequentes.

ORCID: 0000-0003-0746-8805

danlgers@hotmail.com

Resumo: O escopo deste estudo é compreender como a criminologia interseccional, enquanto nova abordagem teórico-metodológica das ciências criminológicas, é apta a contemplar, de maneira mais profícua, o vínculo entre violência, crime, sistema de justiça criminal e sujeitos que possuem múltiplos marcadores sociais da diferença em suas identidades. Assim, em contrariedade à criminologia crítica da década de 1970 que conferia notoriedade tão somente ao prisma de classe, a criminologia interseccional do século XXI desponta como abordagem criminológica dotada de potência, visto que é apta a contemplar aqueles sujeitos que possuem maiores vulnerabilidades em suas vidas em decorrência da congregação de variados marcadores sociais da diferença.

Palavras-chave: Interseccionalidade, Criminologia Interseccional, Marcadores Sociais da Diferença.

Abstract: The scope of this study is to understand how intersectional criminology, as a new theoretical-methodological approach to the criminological sciences, is able to contemplate, in a more fruitful way, the link between violence, crime, the criminal justice system and subjects who have multiple social markers of difference in their identities. Thus, contrary to the critical criminology of the 1970s that gained notoriety only to the class prism, the intersectional criminology of the 21st century emerges as a potent criminological approach, since it is able to contemplate those subjects who have greater vulnerabilities in their lives due to the congregation of different social markers of difference.

Keywords: Intersectionality, Intersectional Criminology, Social Markers of Difference.

Emergente a datar da década de 1970, a criminologia crítica reputa-se como uma abordagem criminológica, que empreende e instaura um prisma macrocriminológico em detrimento de um prisma microcriminológico. Vale dizer, a criminologia crítica originou uma abordagem criminológica, que transporta o objeto de investigação do sujeito transgressor – microcriminologia – às estruturas político-econômicas e instituições do sistema de justiça criminal – macrocriminologia. Assim, a elementaridade da criminologia crítica alicerça-se na renúncia ao paradigma etiológico da microcriminologia ortodoxa, seus prognósticos causais da criminalidade, assim como sua compreensão do crime como ente ontológico preexistente ao exercício institucional (CARVALHO, 2013).

A obra *Punição e Estrutura Social*, de **Georg Rusche** e **Otto Kirchheimer** (2004), redigida ao fim da década de 1930, é um dos pilares da criminologia crítica. **Rusche** foi o primeiro teórico marxista a investigar a temática criminal mediante um exame histórico de longa duração – séculos XV à XX –, que interpelava os vínculos entre as estruturas sociais, o mercado de trabalho e o sistema punitivo. O autor, originário da Escola de Frankfurt, desnudou a historicidade dos sistemas punitivos por intermédio de suas disparidades no que concerne aos discrepantes estágios dos procedimentos de acumulação do capital.

Ainda que **Rusche** não tenha empreendido um simplismo determinista no que versa à sua metodologia materialista, o autor, em sua investigação histórica, atrelou o sistema punitivo às estruturas político-econômicas e sociais, uma vez que a prisão, em sua gênese, seria um artefato do capitalismo. Assim, o sistema punitivo, precipuamente o seu maior corolário, a prisão, não são ontológicos, mas se transmutam em conformidade com as imprescindibilidades da economia e do mercado de trabalho. “A pena não é nem uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. [...] Todo sistema

de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, conseqüentemente, fiscais.” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 19-20).

A inserção do marxismo na criminologia, principada em *Punição e Estrutura Social*, corroborou com uma nova compreensão do crime, do sistema de justiça criminal e da ciência criminológica. Essa *nova criminologia*, arquitetada na Inglaterra por **Ian Taylor**, **Paul Walton** e **Jack Young**, assevera a substancialidade de um método de abordagem materialista às investigações e estudos criminológicos. Assim, ao se instrumentalizar um prisma material, o crime estaria alicerçado na estrutura capitalista e suas instituições jurídicas de uma ordem social. Para **Taylor, Walton e Young** (1980, p. 20, grifo do autor): “[...] não somente esses processos são de natureza totalmente social mas, também, que eles são predominantemente condicionados pelos fatos da realidade material. Rompendo com explicações individuais (isto é, com explicações genéticas, psicológicas e similares) dentro das explicações sociais projetou-se, perante nós, a economia política como o determinante primário do modelo social. [...] os processos envolvidos na criação do crime estão unidos, na análise afinal, com a base material do capitalismo contemporâneo e suas estruturas legais.”

A criminologia crítica, corolário da *nova criminologia*, tem em **Alessandro Baratta** (2011) um de seus expoentes. **Baratta** certificou, a datar da década de 1970, a pertinência de se investigar as circunstâncias estruturais, institucionais e funcionais que estão na gênese do crime, em detrimento das circunstâncias individuais que aspiravam compreender as suas causas. Assim, intenta-se compreender os procedimentos de criminalização, vale dizer, as performances dos mecanismos que arquitetam e infligem as significâncias e materializações do fenômeno criminal.

Essa abordagem macro, que historiciza a realidade e as estruturas sociais, precipuamente as relações de produção, alveja seu ápice quando o cerne de investigação se transporta do indivíduo para os mecanismos de controle social, onde o direito penal “é traçado não como elemento estático, mas como sistema dinâmico de funcionalidades múltiplas. Em primeiro lugar, o deslocamento do enfoque teórico do autor para as condições objetivas, estruturais e funcionais, que estão na origem dos fenômenos do desvio. Em segundo lugar, o deslocamento do interesse cognos-citivo das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é constituída a “realidade social” do desvio, ou seja, para os mecanismos através dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade e realizados os processos de criminalização. Opondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrosociológico, a criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição. [...] O momento crítico atinge sua maturação na criminologia quando o enfoque macrosociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele e, em particular, para o processo de criminalização. O direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções [...]” (BARATTA, 2011, p. 160-161).

Para a criminologia crítica há um vínculo funcional e seletivo, que atrela os mecanismos de criminalização às estruturas econômicas. O capitalismo neoliberal prognostica a subsistência de sujeitos marginalizados e miseráveis. Assim, o direito penal e todo o sistema de justiça criminal reputar-se-iam como artifícios, que retroalimentam e perpetuam a lógica neoliberal. Isto é, o direito penal não apenas atua de maneira seletiva, perpetuando as desigualdades econômicas estruturais, mas empreenderia, outrossim, uma função ativa de produtividade dessa desigualdade. Para Baratta (2011), a seletividade das instituições do sistema de justiça criminal é uma circunstância intrínseca, inseparável e imprescindível para a manutenção das desigualdades e hierarquias socioeconômicas de uma ordem social. À vista disso, a prisão aprisionaria os sujeitos mais marginalizados e miseráveis, os inúteis ao capitalismo neoliberal.

É sob essa compreensão que a criminologia crítica, por intermédio de uma abordagem macrocriminológica que confere luz à uma realidade histórica, investiga não os sujeitos transgressores, mas os próprios procedimentos que *criam* o crime e o criminoso. Vale dizer, a criminologia crítica investiga a atuação das instituições do sistema de justiça criminal e as suas criminalizações, sob o prisma macro dos vínculos entre estruturas político-econômicas e sociais e o controle social.

A criminologia interseccional

Não obstante a incontestável notoriedade da criminologia crítica, esta aparenta instrumentalizar tão somente um marcador social da diferença, isto é, o marcador de classe. Por intermédio da abordagem materialista e de todas as suas interpelações acerca da funcionalidade e seletividade do direito penal e do sistema punitivo, a criminologia crítica aparenta desvalorizar outros sujeitos para além daqueles imiscuídos sob a ótica das desigualdades e hierarquias de classe. Ora, onde estariam as mulheres, os negros, os índios, os LGBTs, os imigrantes? Como compreender, para além das desigualdades de classe, os marcadores sociais da diferença de raça, etnia, gênero, sexualidade, nacionalidade, religião etc.? Ou como compreender a congregação de todos esses marcadores sociais da diferença em um mesmo sujeito?

A criminologia crítica teve, e ainda tem, a sua notoriedade. Emergente em uma conjuntura singular, qual seja, o florescimento do capitalismo em seu prisma neoliberal, a criminologia crítica foi paradigmática ao empreender suas interpelações em um período em que as desigualdades sociais, para além de se acentuarem, trouxeram consigo o sistema punitivo para o âmago da atividade político-econômica.

Todavia, no século XXI, florescem criminologias críticas alternativas,

como a criminologia feminista, a criminologia étnico-racial, a criminologia *queer*, a criminologia das migrações, a criminologia verde, a criminologia *cyber*, dentre outras. Essas criminologias possuem distintivos objetos de investigação, que contemplam sujeitos e fenômenos também distintivos e que não foram interpelados pela criminologia crítica da década de 1970.

As criminologias críticas alternativas não mais representam somente o prisma marxista acerca do crime e do controle social. Hodiername, elas versam acerca de qualquer investigação que relegue as ortodoxas maneiras de saber e suas respectivas hierarquizações. Essas criminologias possuem como fulcro a renúncia das compreensões acríicas acerca do crime, do controle social e da justiça. Assim, são aquelas que compreendem de forma alternativa e crítica, e radical o universo do crime e seus prolongamentos (CARLEN, 2017).

À vista disso, floresce a criminologia interseccional enquanto dimensão criminológica dos estudos da interseccionalidade. A interseccionalidade, emergente no final da década de 1990, versa à multiplicidade de diferenciações – marcadores sociais da diferença – que transpassam o social. Corolário dos estudos de gênero e do feminismo de terceira onda, precipuamente do feminismo negro, a interseccionalidade aflora para compreender a coexistência de variados marcadores sociais da diferença que integram as identidades das mulheres. Assim, interpela-se “quem é mulher”, desmantelando o universalismo e o essencialismo do feminismo, uma vez que as identidades das mulheres não são unívocas, mas fragmentadas e entrelaçadas por elementares para além da categoria de gênero.

Kimberlé Crenshaw, teórica dos estudos interseccionais, assevera que as várias elementares que integram a identidade – classe, raça, etnia, gênero, sexualidade, nacionalidade, religião etc. – são diferenças que fazem a diferença acerca de como as mulheres vivenciam as desigualdades e a violência. Esses múltiplos marcadores sociais da diferença, quando congregados, empreendem vulnerabilidades desproporcionais àquelas que possuem essas diferenciações. Logo, o gênero não é apartado, mas está em intersecção por intermédio do entrecruzamento complexo desses eixos estruturais de opressão. “A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as conseqüências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento. Utilizando uma metáfora de intersecção, faremos inicialmente uma analogia em que os vários eixos de poder, isto é, raça, etnia, gênero e classe constituem as avenidas que estruturam os terrenos sociais, econômicos e políticos. É através delas que as dinâmicas do desempoderamento se movem. Essas vias são por vezes definidas como eixos de poder distintos e mutuamente excludentes; o racismo, por exemplo, é distinto do patriarcalismo, que por sua vez é diferente da opressão de classe. Na verdade, tais sistemas, freqüentemente, se sobrepõem e se cruzam, criando intersecções complexas nas quais dois, três ou quatro eixos se entrecruzam. As mulheres racializadas freqüentemente estão posicionadas em um espaço onde o racismo ou a xenofobia, a classe e o gênero se encontram. Por conseqüência, estão sujeitas a serem atingidas pelo intenso fluxo de tráfego em todas essas vias.” (CRENSHAW, 2002, p. 177).

Assim, a criminologia interseccional é uma abordagem criminológica, que investiga criticamente a maneira em que as identidades dos sujeitos, intersectadas por marcadores sociais da diferença díspares, refletem em suas vivências e experiências com a violência, o crime e as instituições do sistema de justiça criminal enquanto vítimas ou infratoras. “Criminologia interseccional é uma abordagem teórica que necessita de uma reflexão crítica sobre o impacto de identidades e status interconectados de indivíduos e grupos em relação às suas experiências com o crime, o controle social do crime e quaisquer ques-

tões relacionadas ao crime. [...] Uma análise interseccional envolve uma análise crítica das experiências de indivíduos ou grupos com base em suas posições sociais. Sob essas condições, é importante que, independentemente da composição da amostra – se considerando um grupo representando identidades similares ou múltiplos grupos de identidades variadas – ou o projeto da pesquisa (qualitativa, quantitativa e assim por diante), é imperativo avaliar a proeminência das identidades e status desses indivíduos e grupos em relação às suas experiências com o crime, o controle social do crime e quaisquer questões relacionadas ao crime." (POTTER, 2013, p. 305-316, grifo do autor, tradução nossa).¹

Neste sentido, visto que as identidades contemporâneas são fragmentadas, fluidas, transitórias e contingenciais, assim como a subsistência ou a ausência do poder está imiscuída diferencialmente no decurso dessas identidades, todas as identidades e marcadores sociais da diferença devem ser instrumentalizados para a investigação criminológica interseccional (POTTER, 2013).

A violência está alicerçada e transpassada, de maneira complexa, pelas categorias de classe, raça, etnia, gênero, sexualidade, nacionalidade, religião etc. Assim, uma vez congregados, tais marcadores sociais reverberam nas vivências, experiências e vínculos dos sujeitos no que concerne ao crime, quer como infratores, quer como vítimas, assim como no que concerne aos procedimentos institucionais das instituições do sistema de justiça criminal (PAIK, 2017).

Por conseguinte, deve-se contemplar a violência por intermédio de um prisma interseccional não determinista, ou que ateste o vínculo entre as estruturas sociais e a violência de maneira unívoca. As estruturas sociais, como o racismo, o sexismo, a misoginia e a heteronormatividade, por exemplo, não são deterministas, assim como não são as identidades dos sujeitos. O que transcorre é que as desigualdades estruturais se atrelam para arquitetar uma complexa tapeçaria de viabilidades e variabilidades no que concerne às experiências dos sujeitos ante o fenômeno da violência. As desigualdades estruturais concatenam-se para empreender experiências em esfera micro, mas não de maneira determinista e unívoca (COSTER; HEIMER, 2017).

Assim, os sujeitos são indivíduos ativos e que possuem aptidão de agência, uma vez que a violência, ainda que proveniente das complexas intersecções entre as estruturas macro, prognostica a subsistência de vínculos sociais em uma esfera micro, onde os indivíduos replicam contingencialmente e performativamente às suas experiências acerca do fenômeno da violência. "Interseccionalidades tornaram-se centrais para a teoria e pesquisa sobre sexo, gênero e crime. Visualizando o crime através da lente teórica das interseccio-

nalidades permite-nos ir além da visão tradicional e determinista da relação entre estruturas sociais e comportamento, enfatizando que os efeitos das desigualdades estruturais são interativos e multiplicativos, em vez de simplesmente aditivos. Além disso, as perspectivas das interseccionalidades centram-se na construção social de experiências dentro do contexto das desigualdades associadas à raça, classe, local, gênero, idade e orientação sexual. Embora nem sempre explícito, no núcleo das perspectivas das interseccionalidades está uma visão de pessoas como agentes ativos. Como argumentamos em outros lugares, isso significa que a compreensão de gênero e crime requer considerar as interações sociais em nível micro através das quais os indivíduos respondem criativamente às experiências de vida associadas ao entrelaçamento de desigualdades de raça, classe e gênero." (COSTER; HEIMER, 2017, p. 12, tradução nossa).²

Sob esse prisma, a criminologia interseccional aparenta ser uma abordagem criminológica notória para além da criminologia crítica da década de 1970, em que se instrumentalizava tão somente a elemento de classe nas investigações. A criminologia interseccional, ainda que tenra, confere ao universo criminológico a viabilidade de se investigar os marcadores sociais da diferença que, de maneira complexa, integram a vida e as identidades dos sujeitos e seus nexos com a violência. Enquanto criminologia crítica do século XXI que transcende a inconclusa ótica de classe, a criminologia interseccional desponta como abordagem dotada de potência, visto que é apta a contemplar aqueles sujeitos que possuem maiores vulnerabilidades e que ocupam os *locus* mais subalternizados da ordem social.

À vista disso, a criminologia interseccional, enquanto abordagem teórico-metodológica crítica, desnuda-se profícua em pesquisas cujo objeto de investigação é, por exemplo, a violência contrária às mulheres negras (POTTER, 2013), ou até mesmo a violência contrária aos sujeitos LGBT (MEYER, 2012).

Assim, a criminologia crítica possui sua notoriedade por ter florescido em uma conjuntura distintiva em que o capitalismo neoliberal emergia, assim como por ter compreendido como as desigualdades sociais são arquitetadas e retroalimentadas pelo direito penal e pelo sistema de justiça criminal. Todavia, por instrumentalizar tão somente o prisma de classe, no século XXI há o florescimento de novas criminologias que instrumentalizam outros marcadores sociais da diferença. Por conseguinte, a criminologia interseccional é a abordagem criminológica que, em suas ponderações, é apta a contemplar e complexificar os múltiplos marcadores sociais da diferença – classe, raça e etnia, gênero, sexualidade, nacionalidade etc. –, que integram a vida e a identidade dos sujeitos, assim como seus concernentes vínculos com a violência, o crime e as instituições do sistema de justiça criminal.

NOTAS

¹ "Intersectional criminology is a theoretical approach that necessitates a critical reflection on the impact of interconnected identities and statuses of individuals and groups in relation to their experiences with crime, the social control of crime, and any crime-related issues. [...] An intersectional analysis involves a critical analysis of the experiences of individuals or groups based on their social positions. Under these conditions, it is important that regardless of the makeup of the sample – whether considering one group representing similar identities or multiple groups of varying identities – or the research design (qualitative, quantitative, and so on), it is imperative to assess the salience of identities and statuses of these individuals and groups in relation to their experiences with crime, the social control of crime, and any crime-related issues."

² "Intersectionalities have become central to theory and research on sex, gen-

der, and crime. Viewing crime through the theoretical lens of intersectionalities allows us to move beyond the traditional and deterministic view of the relationship between social structures and behavior by emphasizing that the effects of structural inequalities are interactive and multiplicative, rather than simply additive. Moreover, intersectionalities perspectives center on the social construction of experiences within the context of inequalities associated with race, class, place, gender, age, and sexual orientation. Although not always explicit, at the core of intersectionalities perspectives is a view of people as active agents. As we have argued elsewhere, this means that understanding gender and crime requires considering microlevel social interactions through which individuals creatively respond to the life experiences associated with the interleaving of racialized, classed, and gendered inequalities."

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

CARLEN, Pat. Criminologias alternativas. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (org.). *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 19-34.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas

atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, p. 279-303, 2013.

COSTER, Stacy De; HEIMER, Karen. Choice within constraint: an explanation of crime at the intersections. *Theoretical Criminology*, London, v. 21, n. 1, p. 11-22, 2017.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002.

MEYER, Doug. An intersectional analysis of lesbian, gay, bisexual, and transgender (LGBT) people's evaluations of anti-queer violence. *Gender & Society*, Thousand Oaks, v. 26, n. 6, p. 849-873, 2012.

PAIK, Leslie. Critical perspectives on intersectionality and criminology: introduction. *Theoretical Criminology*, London, v. 21, n. 1, p. 4-10, 2017.

POTTER, Hillary. Intersectional criminology: interrogating identity and power in criminological research and theory. *Critical Criminology*, Dordrecht, v. 21, n. 3, p. 305-318, 2013.

RUSCHE; Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. A criminologia crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectiva. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org.). *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980. p. 1-72.

Recebido em: 04/12/2019 - Aprovado em: 16/01/2020 - Versão final: 04/03/2020

O LEADING CASE COMO LIMITE TEMPORAL PARA APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 24 NOS CRIMES MATERIAIS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E OS REFLEXOS NO PRAZO PRESCRICIONAL

THE LEADING CASE AS A TIME LIMIT FOR THE APPLICATION OF THE BINDING PRECEDENT 24 IN MATERIAL CRIMES AGAINST THE TAX ORDER AND ITS EFFECTS ON THE STATUTE OF LIMITATIONS

Gabriel Bertin de Almeida

Doutor e Mestre em Filosofia pela USP. Professor do curso de Direito da PUCPR. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1524-5679>

gabriel@gabrielbertin.com.br

Claudia da Rocha

Mestranda em Direito Negocial na UEL. Pós-graduada em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC. Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela UEL. Advogada.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5976-752X>

claudia@gabrielbertin.com.br

RESUMO: O Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua Terceira Seção, no julgamento do EREsp 1.318.662-PR, DJe: 04/12/2018, assentou que a Súmula Vinculante 24 tem aplicação a fatos ocorridos anteriormente à sua edição, de modo que, independentemente da data do fato, o curso da prescrição da pretensão punitiva estatal somente se inicia após a constituição definitiva do crédito tributário. Diante disso, o presente trabalho objetiva discutir se esse entendimento também pode ser aplicado em relação aos fatos anteriores ao *leading case*, que inaugurou a compreensão que, posteriormente, culminou na edição dessa Súmula com base no princípio da segurança jurídica. Ao final, conclui-se pela impossibilidade de aplicação da Súmula a fatos anteriores ao *leading case*.

Palavras-chave: Súmula Vinculante 24, Limite temporal, Leading Case, Prescrição.

ABSTRACT: The Superior Court of Justice, by its Third Section, in the judgment of EREsp 1.318.662-PR, DJe: 12/04/2018, stated that Binding Precedent 24 has application of facts occurred earlier than its edition, so that the course of prescription starts only after the beginning of the definitive birth of the tax credit. So, this paper aims discuss whether this precedent can also be applied to facts that occurred before the leading case that changed the understanding that subsequently culminated in the edition of this Binding Precedent, based on the principle of legal certainty. In the end, it is concluded that the Precedent cannot be applied to facts prior to the leading case.

Keywords: Binding Precedent 24, Time Limit, Leading Case, Prescription.

Com a edição da Súmula Vinculante 24, de 11/12/2009, sedimentou-se a compreensão de que deve haver o prévio exaurimento da via administrativa, em matéria tributária, como condição para a propositura da ação penal relativa aos crimes contra a ordem tributária descritos no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90. Posteriormente, a jurisprudência firmou orientação no sentido de que esse entendimento também se aplica ao crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no artigo 337-A do Código Penal, e ao crime de apropriação indébita previdenciária, descrito no artigo 168-A do Código Penal.

Ao lado disso, pacificou-se o entendimento de que o curso da prescrição da pretensão punitiva estatal somente se inicia após a constituição definitiva do crédito tributário.

Nesse contexto, a controvérsia passou a girar em torno da (im)possibilidade de efeito retroativo dessa Súmula a fatos anteriores à sua edição, tendo o Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua Terceira Seção, no julgamento do EREsp 1.318.662-PR, DJe: 04/12/2018, de relatoria do **Ministro Felix Fischer**, assentado que a Súmula Vinculante 24 tem aplicação a fatos ocorridos anteriormente à sua edição.

O principal argumento do acórdão, para assegurar a retroatividade, consiste na circunstância de que a Súmula não teria trazido novos contornos para a questão, uma vez que teria apenas consolidado o entendimento jurisprudencial que já vinha sendo aplicado tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça.

Diante desse panorama, torna-se necessário discutir se essa compreensão também pode ser aplicada em relação aos fatos anteriores ao *leading case*, que inaugurou o entendimento que, posteriormente, culminou na edição dessa Súmula com base no princípio da segurança jurídica.

Primeiro, imagine-se uma situação em que o suposto crime contra a ordem tributária teria sido praticado durante o ano-calendário 1998, mas a constituição definitiva do crédito tributário teria ocorrido apenas em 2015. No caso de se entender pela aplicação retroativa da Súmula, esse crime não estaria prescrito, já que o termo inicial da prescrição seria a data da constituição do crédito tributário e não a data em que o fato foi praticado.

É de se ver, no entanto, que o precedente representativo da contro-

vérsia que resultou na Súmula foi o *habeas corpus* 81.611/DF da relatoria do **Ministro Sepúlveda Pertence**, apreciado pelo Plenário da Suprema Corte no dia 10/12/2003. Antes disso, a tese predominante na jurisprudência era a de que o juiz penal não estaria obrigado a aguardar a solução da instância administrativa para permitir a movimentação da ação penal. Mesmo após esse julgamento, havia amplo debate sobre a matéria, de modo que apenas após a edição da Súmula Vinculante solidificou-se o entendimento de que a prescrição começaria a fluir após o encerramento do procedimento fiscal.

Conforme anota **Hugo de Brito Machado**, “As Súmulas Vinculantes não podem produzir retroativamente os efeitos próprios, peculiares dessa espécie normativa, isto é, não vinculam as autoridades. Em outras palavras, não se pode dizer que as autoridades administrativas estivessem, antes dela, proibidas de comunicar ao Ministério Público os fatos que entendessem configurar crimes. Nem que os membros do Ministério Público estivessem proibidos de denunciar alguém por crimes de supressão ou redução de tributo antes do lançamento definitivo correspondente.”¹

O consagrado princípio da irretroatividade da lei penal, previsto no artigo 1º do Código Penal e no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, corrobora a ideia acima, de que as situações passadas não são indistintamente afetadas pelas súmulas, em que pese a sua força normativa e aplicação obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Assim como a lei penal não pode retroagir, salvo se for em benefício dos acusados em geral (*lex mitior*), não faria sentido que outro tipo de comando normativo (como é o caso das súmulas vinculantes), ainda que diverso da lei, não tivesse o mesmo efeito.

Porém, como é característica das súmulas vinculantes consolidar reiteradas decisões sobre determinado assunto, nos termos do artigo 103-A, da Constituição Federal, a irretroatividade de seu efeito vinculante deve encontrar um marco temporal antes do qual as condutas praticadas devem ser excluídas de sua incidência, quando de algum modo prejudiquem os acusados. Um bom marco para identificar esse limite é a existência de um *leading case* que pacifique a jurisprudência.

Assim, tendo em vista que, no caso, antes do *leading case* de 2003, o elemento do tipo denominado “tributo” não comportava a atual aceção disciplinada pela Súmula Vinculante 24, que transformou o prévio esgotamento das instâncias administrativas em questão de direito material, ao incluir o lançamento definitivo como elemento do tipo, o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça não pode ser aplicado a fatos anteriores a 10/12/2003, já que antes des-

sa data bastava a caracterização de indícios de autoria e da materialidade do delito para respaldar o início, o desenvolvimento e o exame final da imputação.

Vale lembrar que uma das expressões mais importantes para o ordenamento jurídico é a segurança jurídica, um valor assegurado na Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, que estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Esse princípio objetiva garantir que nenhum ato normativo do Estado atinja situações consolidadas no passado.

De fato, a “segurança jurídica é um dos principais valores que o sistema jurídico busca atender e resguardar. (...) Alcança as atividades de elaboração, interpretação e aplicação do Direito, assegurando aos cidadãos uma expectativa precisa de seus direitos e deveres em face do ordenamento jurídico.”² Aliás, o objetivo da Súmula Vinculante, conforme se extrai do §1º, do artigo 103-A da Constituição da República, é justamente coibir a insegurança jurídica.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça, em julgados de relatoria do **Ministro Rogério Schietti Cruz** (AgRg no REsp 1.648.485, DJe: 06/12/2018 e AgRg no AREsp n. 643.502/PR, DJe: 12/09/2018), já se manifestou no sentido de que sendo a data do fato anterior ao *leading case* que resultou no enunciado sumular, não é possível firmar como marco inicial da prescrição a data da constituição do crédito tributário. Consoante exposto pelo Ministro relator: “Não é cabível a aplicação retroativa do entendimento da Súmula n. 24 do Supremo Tribunal Federal a fatos praticados em datas muito distantes daquela em que foi firmada a orientação qualificada, como forma de preservação da segurança jurídica e da certeza do direito.”

Nessa perspectiva, o argumento de que a Súmula se trata apenas de consolidação do entendimento jurisprudencial não prospera no tocante a fatos que remontam a período anterior ao próprio *leading case* representativo da percepção que resultou na edição do verbete sumular. Por via de consequência, tratando-se de fato anterior ao *leading case*, o curso do prazo prescricional inicia-se a partir da data do fato e não da constituição definitiva do crédito tributário.

Portanto, não prevalece qualquer arguição no sentido de que a Súmula Vinculante 24 seria mera norma interpretativa da Lei 8.137/1990, aplicável indistintamente, por essa razão, a fatos anteriores à sua edição, posto que a citada súmula condicionou a tipicidade dos crimes materiais contra a ordem tributária ao lançamento definitivo do crédito tributário, ou seja, modificou o elemento normativo do tipo penal, de modo que a sua incidência em condutas praticadas antes da existência da orientação qualificada certamente consistiria ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Notas

¹ MACHADO, Hugo de Brito. A Irretroatividade da Súmula Vinculante 24 e a Prescrição Impeditiva da Ação Penal. *Nomo: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 33.1, p. 109-119, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/870/847>. Acesso

em 15 de dez de 2019.

² POLIZELLI, Victor Borges. Eficiência do Sistema Tributário – uma Questão de Busca da Justiça com Proteção da Segurança Jurídica, em *Revista Direito Tributário Atual*, IBDT/Dialética, São Paulo, 2006, n. 20, pág. 261.

Recebido em: 01/01/2020 - Aprovado em: 06/08/2020 - Versão final: 01/09/2020

ROUBO MAJORADO E A LEI 13.964/2019: ANÁLISE DO CONCEITO DA EXPRESSÃO “ARMA BRANCA”

AGGRAVATED ROBBERY AND THE ACT 13,964/2019: ANALYSIS OF THE CONCEPT
OF THE EXPRESSION “WHITE WEAPON”

Marco Aurélio Vogel Gomes de Mello

Especialista em serviço na modalidade residência jurídica pela UERJ. Bacharel em direito pela UFF. Técnico superior jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Link Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8978569H9>

ORCID: 0000-0002-2540-6133

marcoavgdm@hotmail.com

RESUMO: A finalidade do presente artigo é analisar, utilizando o método dedutivo-analítico, o sentido da expressão “arma branca” empregada no art. 157, § 2º, VII, do Código Penal, incluído pela Lei 13.964/19.

Palavras-chave: Direito penal, Roubo, Arma branca, Lei 13.964/2019, “Pacote anticrime”.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze, using an analytical-deductive method, the meaning of the expression “white weapon” used in article 157, § 2º, VII, of the Penal Code, included by the Act 13,964/19.

Keywords: Criminal law, Robbery, White Weapon, Act 13,964/2019, “Anticrime package”.

Em sua redação originária, o § 2º, inciso I, do art. 157 do Código Penal previa que a pena do roubo seria majorada de 1/3 (um terço) até a metade quando a violência ou ameaça fosse exercida com emprego de arma.

Entendia-se majoritariamente que o substantivo “arma” abrangia não apenas as *armas próprias*, ou seja, aquelas concebidas e fabricadas pelo homem com a finalidade precípua de ataque ou defesa, mas também as *armas impróprias*, vale dizer, os instrumentos que, embora não fossem fabricados com finalidade lesiva, tivessem eventualmente seu uso desvirtuado para este fim (ex.: caco de vidro, faca de cozinha, canivete, navalha, estilete, barra de ferro, taco de baseball, chave de fenda, tesoura, machado de lenhador, martelo, foice, etc), uma vez que ambas são idôneas para amedrontar e ferir a vítima.¹

A Lei 13.654/2018, no entanto, revogou o referido dispositivo e acrescentou ao art. 157 do Código Penal o § 2º-A, inciso I, prevendo aumento de 2/3 (dois terços) na pena “se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo”. A referida lei, portanto, passou a contemplar aumento de pena apenas para o emprego de *armas de fogo*, suprimindo a majoração da sanção nas hipóteses de utilização de outras espécies de armas. O roubo com emprego de armas que não fossem de fogo passou a ser considerado, portanto, roubo simples (art. 157, *caput* ou § 1º, do CP), o que foi alvo de merecidas críticas pela doutrina.²

Recentemente, a Lei 13.964 (“pacote anticrime”), de 24/12/2019, promoveu novas alterações no art. 157 do Código Penal. Primeiramente, acrescentou ao § 2º do art. 157 do Código Penal o inciso VII, contemplando a hipótese de a violência ou grave ameaça ser exercida com emprego de arma branca. Além disso, incluiu o § 2º-B, determinando a aplicação da pena do *caput* em dobro se a violência ou grave ameaça for exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.

O § 2º-B contém norma penal em branco heterogênea, uma vez que as definições de armas de fogo de uso restrito e proibido encontram-se no art. 2º, II e III, do Decreto 9.845/2019. O § 2º-A, portanto, passa a abarcar apenas o emprego de armas de fogo de uso permitido (art. 2º, I, do Decreto 9.845/19). A expressão “arma branca”, utilizada pelo legislador no inciso VII do § 2º do art. 157 do Código Penal, por outro lado, não é conceituada pela legislação, sendo de conteúdo um tanto incerto.

Havia um conceito legal de “arma branca” no art. 3º, inc. XI, do anexo do antigo Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105), com a redação conferida pelo Decreto 3.665/2000, nos seguintes termos: “*artefato cortante ou perfurante, normalmente constituído por peça em lâmina ou oblonga*”. O R-105, no entanto, não está mais em vigor, e o Decreto 10.030/2019, que aprovou o atual Regulamento de Produtos Controlados, não define “arma branca”.

Segundo o *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio da Língua Portuguesa versão 5.0*, por “arma branca” entende-se “*qualquer arma constituída essencialmente de uma lâmina metálica e destinada a produzir ferimentos cortantes ou perfurantes, no combate a curta distância e na luta corpo a corpo*”.³ Definição também é encontrada no *Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*: “*arma constituída essencialmente de uma lâmina metálica e destinada a cortar ou perfurar, com a ponta ou com o gume, na luta corpo a corpo*”.⁴ O *Dicionário Aulete Digital* a conceitua como “*qualquer arma formada por lâmina de metal, cortante ou perfurante*”.⁵ Extraí-se do *Dicionário eletrônico Houaiss* o conceito a seguir: “*qualquer arma constituída essencialmente de uma lâmina metálica e que se destina a cortar ou perfurar*”.⁶ Idêntico é o conceito encontrado na *Infopédia*: “*arma composta essencialmente de uma lâmina metálica, que serve para cortar ou perfurar*”.⁷ O *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* apresenta a seguinte definição: “*arma que tem uma lâmina cortante ou perfurante*”.⁸

No âmbito da doutrina médico-legal, já dizia **Pedro Mata**: “*por arma branca, faca, adaga, punhal, navalha, qualquer instrumento, em suma, cortante ou perfurante*”.⁹ Mais recentemente, foi conceituada por **Gisbert Calabuig** da seguinte forma: “*armas brancas são os instrumentos lesivos manejados manualmente que atacam a superfície corporal por um gume, uma ponta ou ambos ao mesmo tempo*”.¹⁰ Encontra-se, ainda a definição de **Eduardo Vargas Alvarado**, para quem “*as armas brancas são geralmente constituídas por uma lâmina, normalmente metálica, com gume em uma ou mais bordas, e a qual pode terminar em uma ponta afiada. Em outros casos, consistem em um objeto cilíndrico ou prismático com uma extremidade pontiaguda*”.¹¹

No âmbito do direito comparado, em Portugal, o artigo 2º, nº 1, “m”, da Lei 5/2006, a qual aprovou o regime jurídico das armas e suas munições (RJAM), conceitua arma branca como “*todo o objeto ou instrumento portátil dotado de uma lâmina ou outra superfície cortante, perfurante ou corto-contundente, de comprimento superior a 10 cm, as facas borboleta, as facas de abertura automática ou de ponta e mola, as facas de arremesso, as estrelas de lançar ou equiparadas, os cardsharp ou cartões com lâmina dissimulada, os estiletos e todos os objetos destinados a lançar lâminas, flechas ou virotões*”.

Assim, embora haja pequenas variações na conceituação da expressão “armas brancas”, é possível citar como exemplos armas próprias como punhais, adagas, espadas, baionetas, facas militares de combate, flechas e estrelas de lançar (*shurikens*), e armas impróprias como facas de cozinha, navalhas, foices, canivetes, estiletos e tesouras.

As subtrações mediante emprego de instrumentos lesivos sem lâmina e que, portanto, não se enquadram no conceito de “arma branca”, como objetos contundentes (ex.: cassetete, barra de ferro, pedaço de madeira e pedra), artefatos explosivos ou armas de eletrochoque, configuram a figura simples do roubo (art. 157, *caput* ou § 1º, do CP). A utilização destes instrumentos, no entanto, deverá ser considerada quando da fixação da pena-base como circunstância do crime desfavorável ao réu, uma vez que não se mostra proporcional a aplicação da mesma pena que seria aplicada se o agente houvesse roubado sem emprego de qualquer arma, utilizando-se, *verbi gratia*,

de simples ameaça verbal¹² (como, aliás, já vinha sendo feito em relação aos roubos com armas que não fossem de fogo praticados no período entre a vigência das Leis 13.654/18 e 13.964/19¹³).

Embora haja pouca doutrina sobre o tema publicada até o presente momento, tendo em vista o pouco tempo desde a sanção da Lei 13.964/19, é possível verificar que a conclusão aqui exposta não será pacífica.

Gabriel Habib, por exemplo, defende que “*chega-se ao conceito de arma branca por exclusão, tida como aquela que não é de fogo*”.¹⁴ Assim, conclui que incide a majorante do art. 157, § 2º, VII, do Código Penal no roubo com emprego de armas como, *verbi gratia*, *nunchaku*, soco-ínglês, rolo de macarrão ou cabo de vassoura¹⁵ (todos instrumentos contundentes).

Já para **Felipe Vieites Novaes**, a expressão “arma branca” só abarca os instrumentos desenvolvidos com a finalidade de ataque ou defesa (armas próprias). Assim, o emprego de armas impróprias, como uma faca de cozinha, por exemplo, não caracterizaria a majorante.¹⁶

Com a devida vênia, as posições acima não parecem ser as melhores. O conceito ampliativo de **Gabriel Habib** contraria o sentido que sempre foi dado à expressão, conforme já demonstrado. Melhor sorte não parece assistir à restrição defendida por **Felipe Novaes**, uma vez que o inciso VII do § 2º do art. 157 do CP em momento sequer esboça distinção entre armas próprias e impróprias, não cabendo ao intérprete fazê-lo (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).¹⁷ Ora, se na redação originária do Código Penal, o vocábulo “arma” abrangia tanto as armas próprias quanto as impróprias, não se vislumbra o porquê de a expressão “armas brancas” não abarcar instrumentos que, embora não tenham sido fabricados com intento bélico, possam ser utilizados para esta finalidade. E não há qualquer razão para tal distinção, uma vez que, conforme bem destacado por **Alessandro Ciciliani**, “*em princípio, qualquer faca pode ser converti-*

da numa arma. Uma faca de cozinha, ou de açougueiro, ou até mesmo a famosa ‘peixeira’, já deixaram muitas viúvas e órfãos chorando”.¹⁸

O legislador não observou a boa técnica legislativa ao empregar no texto legal expressão de conteúdo impreciso. Não é possível afirmar no momento como se posicionará a jurisprudência sobre o alcance da expressão “arma branca”. A natureza da arma branca, no entanto, parece passar pela presença de lâmina com gume e/ou ponta, sendo indiferente se fabricada ou não com a finalidade ofensiva. Tanto que a expressão “arma branca” deriva exatamente do brilho das lâminas dessas armas.¹⁹ Não há necessidade, no entanto, de que a arma seja feita de metal, sendo perfeitamente possível considerar como arma branca, por exemplo, uma lâmina de obsidiana. Desta forma, é possível sumarizar as hipóteses de emprego de arma no roubo após a Lei 13.964/19 da seguinte forma:

- a) Emprego de arma que não se encaixe nos conceitos de “arma de fogo” e “arma branca”: roubo simples (art. 157, *caput* ou § 1º, do CP), devendo a utilização da arma ser valorada na primeira fase da dosimetria da pena;
- b) Emprego de arma branca: roubo majorado de 1/3 a 1/2 (art. 157, § 2º, VII, do CP);
- c) Emprego de arma de fogo de uso permitido: roubo majorado em 2/3 (art. 157, § 2º-A, I, do CP);
- d) Emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido: roubo com pena duplicada (art. 157, § 2º-B, do CP).

O ideal, no entanto, seria que o legislador tivesse redigido o inciso VII do § 2º do art. 157 do Código Penal, de modo a alcançar qualquer espécie de arma que não seja de fogo, uma vez que todas possuem potencial vulnerante. Poderia ter sido utilizada a seguinte redação: “VII – se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma, própria ou imprópria, com exceção das mencionadas nos §§ 2º-A, inciso I, e 2º-B deste artigo”.

Notas

¹ Na jurisprudência, por exemplo, STJ, HC 207806/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 25/03/2014, DJe 11/04/2014 e STJ, HC 174.879/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 11/12/2012, DJe 01/02/2013.

² Ver, por exemplo, BLUM JÚNIOR, João Conrado *et al.* A Lei nº 13.654/2018: apontamentos sobre o crime de roubo com uso de arma imprópria. *Empório do Direito*, Florianópolis, 25 jun. 2018. Disponível em: < <https://emporiოდireito.com.br/leitura/a-lei-n-13-654-2018-apontamentos-sobre-o-crime-de-roubo-com-uso-de-arma-impropria> >. Acesso em: 30 dez. 2019.

³ ARMA. In: NOVO Dicionário Eletrônico Aurélio da Língua Portuguesa versão 5.0. [S.l.]: Positivo Informática, 2004. CD-ROM.

⁴ ARMA. In: MICHAELIS Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. [S.l.]: Melhoramentos, 2015. Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/arma/> >. Acesso em: 30 dez. 2019.

⁵ ARMA. In: DICIONÁRIO Aulete Digital. [S.l.]: Lexikon Editora Digital, [s.n.]. Disponível em: < <http://www.aulete.com.br/arma> >. Acesso em: 03 jan. 2020.

⁶ ARMA. In: DICIONÁRIO eletrônico Houaiss da língua portuguesa. [S. l.]: Objetiva, 2009. CD-ROM.

⁷ ARMA. In: INFOPÉDIA. Porto: Porto Editora, [20--]. Disponível em: < <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/arma> >. Acesso em: 30 dez. 2019.

⁸ ARMA. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2008. Disponível em: < <https://dicionario.priberam.org/arma> >. Acesso em: 09 jan. 2020.

⁹ No original: “Por arma blanca, cuchillo, daga, puñal, navaja, cualquier instrumento, en fin, cortante o perforante” (MATA, Pedro. *Tratado de Medicina y Cirugía Legal*. 3. ed. Madrid: Carlos Bailly-bailliere, 1857, t. 2, p. 705).

¹⁰ No original: “Armas blancas son los instrumentos lesivos manejados manualmente que atacan la superficie corporal por un filo, una punta o ambos a la vez” (CALABUIG, J. A. Gisbert. *Lesiones por arma blanca*. In: CALABUIG, J. A. Gisbert; CANADAS, E. Villanueva. *Medicina legal y toxicología*. 6. ed. Barcelona: Masson, 2004, p. 383).

¹¹ No original: “Las armas blancas suelen estar constituidas por una lámina, comunmente metálica, con filo en uno o más bordas, y la cual puede terminar en un extremo agudo. En otros casos, consisten en un objeto cilíndrico o prismático con un extremo pontiagudo” (ALVARADO, Eduardo Vargas. *Medicina Legal*. 4. ed. Cidade do México: Trillas, 2012, p. 209).

¹² Nesse sentido, JESUS, Damásio de. *Direito penal*. Atualizado por André Estefam. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 2. *E-book*.

¹³ Cf. BARBOSA, Tiago Ferreira. Comentários à Lei n. 13.654/2018. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 24, n. 5.903, 30 ago. 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/68025> >. Acesso em: 30 dez. 2019; BLUM JÚNIOR, João Conrado *et al.* A Lei nº 13.654/2018: apontamentos sobre o crime de roubo com uso de

arma imprópria. *Empório do Direito*, Florianópolis, 25 jun. 2018. Disponível em: < <https://emporiოდireito.com.br/leitura/a-lei-n-13-654-2018-apontamentos-sobre-o-crime-de-roubo-com-uso-de-arma-impropria> >. Acesso em: 30 dez. 2019; PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de apoio operacional das promotorias criminais, do júri e de execuções penais. *Roubo com emprego de arma*: análise da Lei nº 13.654/2018. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: < http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_Lei13654_2018_Analise_da_Constitucionalidade_Roubo.pdf >. Acesso em: 30 dez. 2019; CORDEIRO, Roberta. *Saber direito*: crimes contra o patrimônio: Aula 2. Brasília: TV Justiça, 2018. 1 vídeo (55 min). Disponível em: < <https://youtu.be/sCX0-Hg5Mko> >. Acesso em: 30 dez. 2019. Na jurisprudência: STJ, HC 487.845/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 28/05/2019, DJe 03/06/2019; STJ, AgRg no AREsp 1.351.373/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019; TJ/RJ, Apelação nº 0021670-57.2017.8.19.0014, Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, 3ª Câmara Criminal, j. 06/12/2018; TJ/RJ, Apelação nº 0185288-23.2017.8.19.0001, Rel. Des. Luiz Zveiter, 1ª Câmara Criminal, j. 06/11/2018; e TJ/DF, Acórdão nº 1.095.208, processo nº 20170210015989, Rel. Des. Jair Soares, 2ª Turma Criminal, j. 10/05/2018, Publicação no DJE: 14/05/2018, p. 316-320.

¹⁴ HABIB, Gabriel. *Leis Penais Especiais*: volume único. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 307. No mesmo sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

¹⁵ HABIB, Gabriel. *Pacote anticrime*. Roubo. Comentários. Primeiras impressões da lei 13.964/2019. [S.l.], Canal Gabriel Habib, 2019. 1 vídeo (15 min). Disponível em: < <https://youtu.be/WFJ0mfdYV4> >. Acesso em: 03 jan. 2020.

¹⁶ NOVAES, Felipe V. *Pacote anticrime* - vídeo 7 - mudanças no crime de roubo. [S.l.], Canal Felipe Vieites Novaes, 2020. 1 vídeo (13 min). Disponível em: < <https://youtu.be/e3tRaHXFvwc> >. Acesso em: 04 jan. 2020. No mesmo sentido, MINAS GERAIS. Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. *Enunciado nº 4*. Somente se considera arma branca, para fins do artigo 157, §2º, VII, do Código Penal, os objetos efetivamente considerados armas (moldados para ofender a integridade física), não os demais instrumentos que eventualmente sejam empregados para esse fim (arma imprópria). Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-20/leia-enunciados-defensoria-mg-lei-anticrime> >. Acesso em: 08 jun. 2020. Em idêntica conclusão, BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-

¹⁷ Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. *Enunciado nº 3*. O conceito de arma branca, previsto no inciso VII do § 2º, do art. 157, engloba as armas próprias e impróprias. Disponível em: < https://www.cnp.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf >. Acesso em 08 jun. 2020.

¹⁸ CICILIANI, Alessandro. A faca como instrumento de defesa urbana. *Revista*

Magnum, São Paulo, a. 6, n. 31, p. 22-26, nov./dez. 1992, p. 26.

¹⁹ ALVARADO, Eduardo Vargas. *Medicina Legal*. 4. ed. Cidade do México: Trillas, 2012; ARMAS BRANCAS. In: BLUTEAU, Raphael. *Vocabulário português e latino...* v. 1. Coimbra: [s.n.], 1712; MORENO, Cláudio. *Arma branca. Sua língua*, [S.

l.], 23 mai. 2015. Disponível em: <<https://sualingua.com.br/2015/05/23/arma-branca/>>. Acesso em: 12 jan. 2020 e SOSA, Juventino Montiel. *Criminalística 2*. 2. ed. Cidade do México: Limusa, 2010.

Referências

ALVARADO, Eduardo Vargas. *Medicina Legal*. 4. ed. Cidade do México: Trillas, 2012. ARMA. In: NOVO Dicionário Eletrônico Aurélio da Língua Portuguesa versão 5.0. [S. l.]: Positivo Informática, 2004. CD-ROM.

ARMA. In: MICHAELIS Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. [S. l.]: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/arma/>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

ARMA. In: NOVO Dicionário Eletrônico Aurélio da Língua Portuguesa versão 5.0. [S. l.]: Positivo Informática, 2004. CD-ROM.

ARMA. In: DICIONÁRIO Aulete Digital. [S. l.]: Lexikon Editora Digital, [s. n.]. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/arma>. Acesso em: 03 jan. 2020.

ARMA. In: DICIONÁRIO eletrônico Houaiss da língua portuguesa. [S. l.]: Objetiva, 2009. CD-ROM.

ARMA. In: NOVO Dicionário Eletrônico Aurélio da Língua Portuguesa versão 5.0. [S. l.]: Positivo Informática, 2004. CD-ROM;

ARMA. In: INFOPÉDIA. Porto: Porto Editora, [20--]. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/arma>>. Acesso em: 30 dez. 2019;

ARMA. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2008. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/arma>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

ARMAS BRANCAS. In: BLUTEAU, Raphael. *Vocabulário português e latino...*, v. 1. Coimbra: [s. n.], 1712.

BARBOSA, Tiago Ferreira. Comentários à Lei n. 13.654/2018. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 24, n. 5.903, 30 ago. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68025>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

BLUM JÚNIOR, João Conrado et al. A Lei n.º 13.654/2018: apontamentos sobre o crime de roubo com uso de arma imprópria. *Empório do Direito*, Florianópolis, 25 jun. 2018. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-lei-n-13-654-2018-apontamentos-sobre-o-crime-de-roubo-com-uso-de-arma-impropria>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

CALABUIG, J. A. Gisbert. Lesiones por arma blanca. In: CALABUIG, J. A. Gisbert;

CAÑADAS, E. Villanueva. *Medicina legal y toxicología*. 6. ed. Barcelona: Masson, 2004.

CICILIANI, Alessandro. A faca como instrumento de defesa urbana. *Revista Magnum*, São Paulo, a. 6, n. 31, p. 22-26, nov./dez. 1992.

CORDEIRO, Roberta. *Saber direito*: crimes contra o patrimônio: Aula 2. Brasília: TV Justiça, 2018. 1 vídeo (55 min). Disponível em: <<https://youtu.be/sCX0-Hg5Mko>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

HABIB, Gabriel. *Leis Penais Especiais*: volume único. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

HABIB, Gabriel. *Pacote anticrime*. Roubo. Comentários. Primeiras impressões da lei 13.964/2019. [S.l.], Canal Gabriel Habib, 2019. 1 vídeo (15 min). Disponível em: <<https://youtu.be/WFJ0mfdYIV4>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. Atualizado por André Estefam, v. 2. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MATA, Pedro. *Tratado de Medicina y Cirugía Legal*. 3. ed. Madrid: Carlos Bailly-bailliere, 1857.

MORENO, Cláudio. *Arma branca. Sua língua*, [S. l.], 23 mai. 2015. Disponível em: <<https://sualingua.com.br/2015/05/23/arma-branca/>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

NOVAES, Felipe V. *Pacote anticrime* - vídeo 7 - mudanças no crime de roubo. [S.l.], Canal Felipe Vieites Novaes, 2020. 1 vídeo (13 min).

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de apoio operacional das promotorias criminais, do júri e de execuções penais. *Roubo com emprego de arma*: análise da Lei nº 13.654/2018. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_Lei13654_2018_Analise_da_Constitucionalidade_Roubo.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2019.

SOSA, Juventino Montiel. *Criminalística 2*. 2. ed. Cidade do México: Limusa, 2010.

Recebido em: 13/01/2020 - Aprovado em: 18/03/2020 - Versão final: 01/07/2020

A CORROSÃO DO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO

CORROSION OF THE COUNTERMAJORITARIAN ROLE OF JUDICIAL POWER

André Lozano Andrade

Mestre em Direito Penal pela PUC-SP e especialista em direito e processo penal pelo Mackenzie. Coordenador de Iniciação Científica do IBCCrim.

Advogado.

ORCID: 0000-0003-4029-2039

andre@jacoblozano.com.br

Julia Baroli Sadalla

Mestranda em Direito Penal pela PUC-SP e especialista em direito penal e em direito processual penal pela Faculdade Damásio. Coordenadora adjunta de Iniciação Científica do IBCCrim. Advogada.

ORCID: 0000-0001-5703-4111

jusadalla@hotmail.com

Resumo: O presente artigo discute a existência da democracia no Brasil no momento em que a essência contramajoritária do poder judiciário foi corroída pelo medo e pela busca por holofotes de juízes que, apesar de não ingressarem na carreira pelo voto popular, ainda buscam aprovação da maioria. Considerando que todo processo penal exige a proteção da menor das minorias, o indivíduo, o presente artigo pretende questionar o papel do judiciário na formação de vertentes autoritárias que levam, inclusive, ao superencarceramento.

Palavras-chave: Populismo penal, Poder Judiciário, Prisão

Abstract: This article discusses the existence of democracy in Brazil at a time when the countermajoritarian role of the judiciary was eroded by fear and the search for the spotlight by judges who, despite not entering the career by popular vote, still seek majority approval. Considering that every criminal proceeding requires the protection of the smallest minority, the individual, this article aims to question the role of the judiciary in the formation of authoritarian strands that even lead to over-incarceration.

Keywords: Penal populism, Judiciary, Prison

A divisão dos poderes de Montesquieu organiza o Estado em poder executivo, poder legislativo e poder judiciário. Enquanto o ingresso dos membros nos dois primeiros depende, em geral, do

voto popular, o judiciário conta com concursos públicos (além da forma prevista no artigo 94 da Constituição). Na teoria, o concurso público garante o ingresso dos melhores membros após uma prova

em que todos podem participar; seu caráter público prestigiaria os princípios da igualdade e da moralidade administrativa. Presume-se que o vencedor do concurso será o mais técnico e que, com todas as extensas garantias constitucionais que são previstas no artigo 95 para o cargo, será isento e imparcial na tomada de decisões. Aliás, é por essa tecnicidade e imparcialidade que o Poder Judiciário não se utiliza do ingresso pelo voto popular, firmando que seus integrantes não sejam influenciáveis por anseios de popularidade.

Discutir imparcialidade judicial é discutir uma faceta da Democracia. É que não há como se falar em afirmação do povo e garantia dos direitos fundamentais sem um poder judiciário que atue por sua vocação contramajoritária. Celso de Mello¹ afirmou expressamente que cabe ao Supremo Tribunal Federal o exercício da função contramajoritária para a efetiva proteção das minorias, pois nem mesmo os grupos majoritários podem se sobrepor à Democracia, que não é mero conceito político abstrato e estático, mas algo que se materializa num processo de afirmação do povo por meio de conquistas de direitos e garantias.²

Diferentemente do que pensam alguns, esse processo histórico que é a Democracia não pode ser a imposição da vontade da maioria (muito menos da moral eleita por esta), mas sim a proteção dos direitos de minorias.³ Não é que a Democracia não respeite a vontade da maioria – ela se expressa por meio do voto, devendo ser respeitada no que concerne à escolha dos eleitos e das políticas públicas –, mas se esta prevalecer de forma absoluta quando em confronto com direitos e garantias fundamentais das minorais, recairemos na pior expressão da ditadura de maioria.

Espera-se do judiciário, portanto, a barragem de ações ilegais de particulares e de medidas autoritárias ou ilegais que emanem dos poderes executivo e legislativo. Mesmo que contrariem a vontade popular e colidam com o clamor público ou com opiniões publicadas de ditas autoridades, as decisões judiciais deveriam respeitar direitos e garantias sob pena de correr o risco da repetição de erros como o nazismo e o fascismo. A vocação contramajoritária é ainda mais urgente quando da jurisdição penal, pois esta trata dos direitos e garantias da menor das minorias: o indivíduo agora chamado de investigado, réu ou sentenciado.

Na medida que “o estado de direito não passa de uma barreira a represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior”,⁴ pode-se afirmar ser o processo penal um termômetro da maturidade do poder judiciário e, conseqüentemente, da Democracia: o acusado que tenha contra si a imputação do mais grave dos crimes deve ter à sua disposição meios para exercer a ampla defesa e o contraditório, de forma plena; deve contar com juízes imparciais, que decidam com base em provas advindas de rigorosa cadeia de custódia.

Os acusados em processos penais contam com forte oposição da população e dos meios de comunicação para exercerem seus direitos. O crime é tratado pela mídia de forma maniqueísta⁵ e sensacionalista e a figura do criminoso é desumanizada, fazendo com que os meios de comunicação e os expectadores, mesmo antes da condenação, o vejam e o tratem como um inimigo a ser combatido que, como tal, não terá garantias.⁶ E nesse contexto, o exercício da defesa técnica é empecilho à condenação, que agora se torna sinônimo de justiça.

Esse mesmo ódio e medo que correm pelo popular alcança os membros do poder judiciário, que fazem parte dessa mesma sociedade que acredita que o “bandido” não deve ter seus direitos respeitados. O problema surge quando o juiz abandona a função de contenção do estado policial, e passa a atuar na busca da redução da criminalidade formulando individualmente uma política criminal. Há uma clara perda da imparcialidade caso isso ocorra, pois atuar para o combate à delinquência exige “demonstrar o acerto acusatório”,⁷ garantindo a retirada de pessoas de circulação por meio de imposição de pena ou de prisões processuais, supondo ser possível, assim, reduzir os índices de criminalidade por meio do caráter intimidatório da pena, ignorando o saber científico no que se

refere à eficiência da imposição da pena.⁸

Além do medo, esses magistrados se distanciam da realidade desde o concurso público. Como antes dito, se na teoria o concurso captaria os mais habilitados, na prática ele pode eleger pessoas alienadas dos empirismos intrínsecos à criminologia, mas que decoraram com louvor a letra fria do código penal. É que a formação, em muitos cursos de direito, é demasiadamente simplificada, o que por vezes é acentuado nos concursos públicos, pois é comum se privilegiar o tecnicismo para o ingresso na carreira pública, abdicando-se de uma visão humanista e interdisciplinar. Isso cria, em certos casos, uma “incapacidade treinada” para olhar os valores reais em jogo, ¹⁰ fazendo com que alguns aplicadores se tornem os “sumos sacerdotes” do sistema.¹¹ Ao ganharem poder, alguns magistrados podem distribuir dor,¹² especialmente quando o processo traz inúmeros elementos burocráticos capazes de alienar o juiz do que a sua decisão¹³ irá infligir naquele *outro* desumanizado que, em nome do anseio popular, perderá condições humanas básicas.

A massiva realidade da população encarcerada não alcança tais magistrados, que pertencem a uma parcela privilegiada da população com acesso a bens de consumo e educação formal.¹⁴ Não há como entender a fome sem ver ou cheirar a fome; o desejo sem realmente querer algo que se sabe nunca conseguir alcançar e nesse ciclo de, agora sim, cegueira deliberada, facilmente se alimenta o aspirador social que é a prisão.¹⁵ Essa soma de me do com privilégios torna esses juízes os “homens médios” de seus próprios processos, legitimando sua auto constatação como o ponto de medida de suas decisões, que certamente sugarão para dentro do sistema todos e todas aqueles e aquelas que partiram de realidades diversas da régua dos magistrados.

Como o juiz, por vezes, deixa de ser o aplicador da lei¹⁶ e tenta exercer o papel de guardião contra a criminalidade, a imparcialidade – elemento básico de uma decisão judicial acusatória – cai por terra. Abandona-se a figura do julgador equidistante das partes, para adotar-se a do agente de segurança pública. Quando isso ocorre, não há mais preocupação com a análise minuciosa das provas, com a legalidade da atuação dos agentes públicos envolvidos na investigação e instrução processual. O que importa é o resultado final daquela demanda.

Quando o medo é alimentado, o imaginário coletivo passa a repulsar qualquer associação entre direitos e garantias individuais do réu, justificando o uso da violência, de medidas de exceção, a partir de mecanismos jurídicos¹⁷ que deveriam ser democráticos. Com isso, as provas são sopesadas em favor da acusação: o testemunho das vítimas e dos policiais ganham presunção de veracidade, devendo a defesa demonstrar que vítimas (que podem ser passíveis de falsas memórias) e que o próprio Estado investigador e acusador, especialmente na figura de seus policiais, faltam com a verdade;¹⁸ o direito ao silêncio é abandonado¹⁹ e a prisão preventiva passa a ser definida pela gravidade abstrata do crime que sequer foi julgado.²⁰

De outro lado, abusos de agentes públicos são aceitos em nome de um suposto combate à criminalidade. Contra o tráfico de drogas, passa a ser comum que juízes aleguem que corrupção e violência policial são invenções da defesa na busca pela impunidade.²¹ Sob este pretexto bélico, alimenta-se um sistema de justiça criminal que premia ilegalidades cometidas por agentes públicos,²² trazendo mais males políticos e sociais do que as drogas são capazes de causar.²³ E, com isso, parcela majoritária do Poder Judiciário acata todo tipo de autoritarismo²⁴ e aceita versões que fogem muito da realidade, desde que proferidas por agentes públicos.

Apesar das inúmeras notícias da violência e da corrupção policial,²⁵ apenas o testemunho desse agente público é suficiente para condenar o acusado, em grande parte dos casos,²⁶ por possuírem fé-pública.²⁷

Não é nova a construção de **Zaffaroni** sobre direito penal subterrâneo (a conformação do poder punitivo com a institucionalização da pena de morte por meio das execuções sem processos, desaparecimentos,

tortura),²⁸ mas parece-nos que ele foi enterrado pelas agências judiciais. Afinal, apenas ignorando totalmente tal construção empírica é que se pode crer na presunção de veracidade, por exemplo, nos famosos casos de “entrada franqueada”.

Partindo-se da mesma lógica maquiavélica da guerra às drogas, na qual os fins justificam os meios, no combate à corrupção desrespeita-se, novamente, as regras processuais e constitucionais.²⁹

Então, todos os meios de que dispõe o Estado podem e devem ser utilizados. Ignora-se a literalidade da constituição na tentativa de que provas ilícitas sejam aceitas para condenação (quando convém) e para que a pena possa ser executada antes do trânsito em julgado. Normaliza-se a cooperação entre juiz e acusação – desde que o objetivo seja a condenação – e defende-se uma releitura autoritária das normas processuais.

Um exemplo de como o autoritarismo ingressou nas instituições é a defesa feita por alguns membros do Ministério Público para utilização de prisões preventivas para obtenção de delações premiadas. Alegam que a prisão preventiva “tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais”,³⁰ sendo o elemento autorizador da prisão preventiva a garantia da instrução criminal. Há clara distorção dos objetivos do artigo 312 do Código de Processo Penal, além da exclusão da regra de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Por meio de uma retórica eficientista, voltada à punição do corrupto, ao combate às organizações criminosas e ao zelo pela devolução dos valores desviados, justifica-se a prisão preventiva como meio de tortura para obter confissão e delação, fazendo “lembrar as bruxas e hereges, que, se não persuadidos, deviam se submeter à tortura, para, de uma forma ou de outra, revelar a verdade através da confissão”.³¹ Mesmo sendo claramente ilegal, a utilização da prisão preventiva para obtenção da delação premiada, o Superior Tribunal de Justiça teve que se manifestar a respeito³² para impedir que a prisão preventiva fosse utilizada como meio de forçar tal acordo.

Com tais visões autoritárias, o juiz que deveria colocar freios a possíveis excessos estatais, protegendo os direitos e garantias do indivíduo, muitas vezes passa a atuar conjuntamente com a acusação, ratificando os excessos e ilegalidades perpetradas pelos órgãos de persecução penal, subvertendo as regras processuais

e penais. O processo deixa de ser um meio para se efetivar as garantias do acusado, passando a ser mero instrumento legitimador de condenações.

Ocorre que o poder judiciário é um dos pilares da democracia moderna, sendo o processo penal um dos instrumentos para garantir esta democracia, na medida em que por ele se dá a limitação do poder punitivo do Estado, que deve respeitar as normas, garantindo os direitos do acusado e impedindo excessos acusatórios. O acusado, no processo penal, é a parte mais débil da relação jurídica, devendo o juiz garantir seus direitos e zelar pelo cumprimento das regras processuais.

No momento em que o juiz se alia à acusação para, num valeduto, combater a delinquência, afasta-se da posição imparcial e contramajoritária que o faz ser essencial para a democracia, passando a ser apenas mais um mecanismo de produção de ilegalidades e legitimação da violência estatal ilícita. A dificuldade ou impossibilidade de a acusação provar o alegado ou a suposta vontade popular não podem servir de argumentos para a atividade jurisdicional. Caso isso ocorra, abre-se caminho para a relativização de direitos e garantias não apenas do acusado, mas de todas as minorias que os detentores do poder estatal desejem perseguir. Com isso, o Poder Judiciário assume o papel de corresponsável por minar ou até mesmo abolir a democracia.

A pretexto de combater o crime, o judiciário ignora o óbvio: que há uma violência institucional na polícia brasileira,³³ ainda que haja policiais que atuem na estrita legalidade. Finge desconhecer que há diversos policiais corruptos e que, por esses motivos, policiais apresentam testemunhos inverossímeis para esconder atuações ilegais.³⁴ Quando se alega que os policiais, mesmo com o sabido direito penal subterrâneo, sempre têm fé pública, os juízes atuam para a relativização dos direitos do acusado e passam a ser lenientes com os crimes praticados em nome do Estado, fortalecendo o autoritarismo e contribuindo para o superencarceramento ao condenar pessoas com base em provas frágeis.

Um judiciário que legitima tortura, que não se importa com os meios para obter os fins desejados, que exclui qualquer um que tenha perdido o jogo de braço do poder político, é o oposto de um Estado Democrático de Direito.

Notas

¹ RE 477554/MG.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010. p. 126.

³ MOUNK, Yascha. *O povo contra a Democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 122.

⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATTISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 4. edição. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 41.

⁵ BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 31.

⁶ KOHARA, Paulo Keishi Ichimura. Letalidade policial e segurança pública: uma análise metapsicológica da violência legítima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 130, p. 145-176, abr. 2017. p. 150-151.

⁷ CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 110.

⁸ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 3. ed. São Paulo: Editora D'Plácido. 2018. p. 81 et seq.; SÁ, Alvinio Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 114; FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. Tradução Carlos Arthur Hawker Costa. *Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 31-39, 2002. p. 36; HASSEMER, Winfried. Prevenção general y aplicación de la pena. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: Julio César Faire, 2006. p. 45-82. p. 63.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 103-106.

¹⁰ CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: o papel da punição na política criminal*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. P. 80.

¹¹ CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: o papel da punição na política criminal*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. P. 80.

¹² CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: o papel da punição na política criminal*. 1. ed. Belo

Horizonte: D'Plácido, 2020. P. 111.

¹³ “[...] Regulação da dor torna-se tão importante que a necessidade de infligir dor é mais ou menos um dado adquirido.” CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: o papel da punição na política criminal*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 69.

¹⁴ <https://www.conjur.com.br/dl/levantamento-perfil-sociodemografico.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2019.

¹⁵ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 455.

¹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. O avesso do avesso do avesso (Sampa, Caetano Veloso). In: SILVA, Renato de Melo Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Direito penal na pós-modernidade: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 453-463.

¹⁷ SELES, Edson. A produção do inimigo e a insistência do Brasil violento e de exceção. In: GALLEGOS, Esther Solano (org.). *O ódio como política: a reinvenção das direitas no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 67-68.

¹⁸ SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019. p. 193.

¹⁹ TJ SP 0000854-63.2018.8.26.0066.

²⁰ TJ MG 0722331-35.2014.8.13.0024; TJ MG 0313110-64.2013.8.13.0433; e TJ SP 0007278.41.2013.8.23.0602.

²¹ SEMER, Marcelo, *Op. cit.*, p. 194.

²² KARAM, Maria Lucia. Guerra às drogas e criminalização da pobreza. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao professor doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: Editora LedZe, 2012. p. 692.

²³ MARONA, Cristiano Avila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre o risco de retroceder. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas, uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. 43-64. p. 45.

²⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre as políticas de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas, uma nova perspectiva*. São Paulo:

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

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

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

²⁷ TJPSP 0002705-59.2018.8.26.0189.

²⁸ ZAFFARONI, E. Raúl., *Op. cit.*, p. 70.

²⁹ 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.

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

³¹ 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.

³² HC 396.658/SP.

³³ 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.

³⁴ 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),¹ 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,² a transação penal e a suspensão condicional do processo;³ 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.⁴ 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,⁵ norma que apresenta o status de garantia constitucional fundamental, contemplada pelo art. 5º, LVII da Constituição, previsto em grande parcela das Constituições ocidentais⁶ e amplamente prestigiado no âmbito internacional.⁷

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.⁸

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*"⁹

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*"¹⁰

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.¹¹ 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*).¹²

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

- ¹ 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).
- ² 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.
- ³ 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".
- ⁴ 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.
- ⁵ 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.
- ⁶ 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).
- ⁷ 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").
- ⁸ 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).
- ⁹ 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.
- ¹⁰ 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. Acesso em: 21 nov. 2019.
- ¹¹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro – parte geral*: fundamentos e distribuição de conflitos. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 346.
- ¹² 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.

Com a aprovação do Pacote Anticrime houve uma série de modificações no instituto da delação premiada, com destaque para a restrição expressa quanto aos benefícios que podem ser concedidos ao colaborador, afastando-se, por força da legalidade, a possibilidade de adoção de prêmios extralegais. Destarte, a partir do método hipotético-dedutivo, valendo-se da técnica de revisão bibliográfica, formula-se a hipótese de nulidade de cláusulas que concedem prêmios atípicos e a revogação tácita do art. 4º, §5º, da Lei 12.850/13.

Palavras-chave: Colaboração Premiada, Nulidades, Prêmios, Pacote Anticrime.

A colaboração premiada como instituto de direito material (conduta positiva pós-delictiva) existe há algum tempo no país.¹ No entanto, mesmo tendo sido calorosamente recepcionado pela jurisprudência do país, o procedimento para sua aplicação somente foi introduzido no ordenamento jurídico a partir da criação da Lei 12.850/13,² o que estimulou a rápida difusão do instituto, especialmente no âmbito de grandes operações policiais. A adoção, cada vez mais recorrente, também gerou uma série de questionamentos sobre as lacunas da legislação e que foram sendo constatadas na prática forense.

Passados sete anos da promulgação da Lei 12.850/13, alguns ajustes, muitos deles discutidos pelos próprios Tribunais Superiores,³ restaram codificados no recém-aprovado Pacote Anticrime, a fim de se aprimorar assunto tão relevante para as ciências penais. Apesar do claro avanço em determinados pontos, a lei ainda contém obscuridades em dispositivos específicos, sendo necessária uma breve reflexão a respeito de como tais normas serão interpretadas pelos operadores do Direito, mormente para se evitar instabilidade ou insegurança jurídica na aplicação da colaboração premiada, ponderando-se garantias, eficiência e justiça no processo penal.⁴ O recém-inserido art. 4º, § 7º, II, da Lei 12.850/13 disciplinou que realizado o acordo, serão remetidos ao juiz o termo, as declarações e as cópias da investigação, para que possa examinar a adequação dos benefícios pactuados, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e os requisitos de progressão de regime. A temática é importante porque desde o surgimento do procedimento estudado, previa-se que o juiz deveria homologar o acordo, existindo já no âmbito da própria lei quais seriam os prêmios possíveis a serem concedidos, ou seja, o perdão judicial, redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos, além da imunidade processual.

A questão se tornou tormentosa porque prêmios extralegais passaram a ser admitidos na prática forense,⁵ com inovações de grande criatividade nos acordos homologados. Isso significou que, apesar da aparente determinação dos benefícios que poderiam ser inseridos no acordo de delação premiada, passou-se a trabalhar com os mais diversos benefícios aos colaboradores,⁶ entendendo-se que se tratava de rol meramente exemplificativo, o qual autorizaria a ampliação por partes das autoridades públicas.

De acordo com Américo Bedê Júnior, existem duas correntes desenvolvidas sobre o tema: i) posição restritiva, que só admite os benefícios previstos em lei; ii) visão ampliada, que considera possível o oferecimento de prêmios não previstos na legislação.⁷

Para aqueles que entendiam que a corrente restritiva deveria prevalecer, afirma-se que *"vai implicada a taxatividade do catálogo legal dos benefícios que poderão ser atribuídos ao colaborador: vantagens que não se encontrem legalmente previstas não podem ser prometidas e concedidas. Não se divisando no regime legal qualquer lacuna que careça de integração, será ainda inaceitável a outorga de privilégios extralegais com base em argumentos de identidade ou maioria de razão ou em analogia"*.⁸ No mesmo percurso, *"outra questão que deve ser enfrentada é a extensão dos privilégios que podem ser negociados com colaboradores. A nosso sentir, a*

With the approval of the Anticrime Package, there were a series of modifications in the institute of plea bargaining, with emphasis on the express restriction regarding the benefits that can be granted to the employee, removing, due to legality, the possibility of adopting extra-legal prizes. Thus, using the hypothetical-deductive method and the bibliographic review technique, it is formulated the hypothesis of nullity of clauses that grant atypical prizes and the tacit revocation of Art. 4th, §5th, of Law nº 12.850/13.

Keywords: Plea bargain, Nullities, Awards, Anti-crime Package.

*legislação não permite a concessão de outros benefícios que não aqueles listados expressamente nos diplomas pertinentes."*⁹

Por outro lado, **Andrey Borges de Mendonça** sustenta que *"é possível que sejam estabelecidos benefícios nos acordos de colaboração premiada, ainda que não expressamente estatuídos em lei. O princípio da legalidade não impede a concessão de benefícios para além do texto legal, pois referido princípio foi criado, seja no âmbito penal, seja no processual penal, para proteger o imputado, não podendo ser usado para prejudicá-lo, sob pena de inversão da lógica dos direitos fundamentais"*.¹⁰

No entanto, em que pesem os argumentos favoráveis à opção ampliada, denota-se que a modificação legislativa (cf. 4º, § 7º, II, Lei 12.850/13) adotou claramente a via restritiva, impedindo-se que prêmios atípicos possam ser oferecidos pela autoridade policial ou Ministério Público ao delator. Ou seja, o objetivo do legislador foi retirar espaços de discricionariedade das autoridades, como forma de se permitir maior controle das delações premiadas realizadas.

Mesmo que não tenham sido estabelecidas de forma objetiva as sanções cabíveis, o art. 4º, § 7º, II, da Lei 12.850/13 é claro ao reconhecer que são nulas as cláusulas do acordo que violem o critério de definição do regime de início de cumprimento de pena e o art. 4º, § 7º-B, da Lei 12.850/13 dispõe que são nulas as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.

Reconheceu o legislador a existência de sanções a eventuais descumprimentos dos preceitos inerentes a um acordo válido, abrindo dupla perspectiva: a) mesmo homologadas, as cláusulas do acordo são nulas; e b) há limites impostos ao juiz no que tange aos direitos e deveres negociados.

O que se vê, a partir de agora, é que as cláusulas que violem os critérios de definição dos regimes estabelecidos no Código Penal, suas regras de cumprimento ou requisitos de progressão de pena não poderão ser homologadas pelo magistrado, ante a expressa vedação legal, pouco importando a negociação entre as partes. Além disso, ainda que o juiz efetivamente homologue a cláusula nos termos proibidos pela lei, não terá o acordo qualquer validade naquele trecho, visto que o juízo necessariamente deve observar a legalidade.

Corroborando o alegado acima, *"o princípio da legalidade impõe que os atores estatais da justiça criminal pautem suas posturas e suas decisões em conformidade e, portanto, a partir das previsões legais, das imposições e limitações previstas em Lei para o seu atuar"*.¹¹

Nada obstante, questão extremamente relevante diz respeito a quem poderia questionar a validade dessa espécie de cláusula, quando, na prática, o representante do Ministério Público e o colaborador entabularem prêmios atípicos ou extralegais e o magistrado efetivamente homologar. Por certo, os envolvidos não terão interesse em impugnar a avença que lhes beneficia e a vingar a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (HC 127.483/PR) quanto ao terceiro delatado não ser autorizado a impugnar o acordo,¹² o pacto restará incólume.

Com efeito, essa discussão é importante para que se possa perceber

que o acordo de colaboração pode se transformar em mecanismo de negociação de bens ou direitos mesmo ao arripio da legislação. Pode-se ilustrar com a Lei de Improbidade Administrativa na qual, a despeito da expressa proscrição legal de transação, acordos ou conciliação sobre a matéria,¹³ inúmeros acordos de colaboração foram firmados transacionando o patrimônio público.¹⁴

Note-se que, mesmo depois de homologado o acordo, não se mostra possível ao delator arguir a violação à boa-fé¹⁵ por parte do Estado ao se declarar a nulidade do acordo que negociou prêmios não previstos ou vedados, mormente porque não se pode olvidar que o delator deverá estar assistido por advogado desde a formalização da proposta do acordo, que deverá ser instruída com procuração com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, até a sua confirmação e execução (art. 3-B, §5º, art. 3º-C e art. 4º, §15, da Lei 12.850/13).

Esta disciplina legal implica ainda reconhecer que as alterações à Lei 12.850/13, incluídas pela Lei 13.964/19, estabelecendo sanções de nulidade a cláusulas do acordo que ultrapassem os limites legais, estabeleceram, por outro lado, a revogação tácita do § 5º, do art. 4º que admitia, no caso da colaboração posterior à sentença, a redução da pena até metade ou a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos.

A questão é que a Lei 13.964/19, ao incluir o § 7º, II na Lei 12.850/13, prevê a sanção de nulidade às cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do CP

e das regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal (7.210/84), além dos requisitos de progressão não previstos no § 5º, do art. 4º, da Lei 12.850/13.

Mas esta normatização é contraditória, pois possibilita ao delator que negocie na fase pós-sentença (que possui as restrições impostas pelo citado § 5º, do art. 4º), um prêmio melhor que aqueles previstos como possíveis, sob pena de nulidade da cláusula do acordo, posto que permitiria àquele que negociou seu acordo após uma sentença, o cumprimento da pena em regime aberto, quando este não seria possível, em face da redação do art. 4º, § 7º, II, para aquele que negociasse antes da sentença.

Como a contradição e a desproporção são evidentes, com relação aos prêmios possíveis (ou passíveis) de negociação, ocorreu, nesse caso, revogação tácita do § 5º, do art. 4º, da lei 12.850/13, que é anterior à modificação incluída pela Lei 13.964/19, em face da inserção no mesmo artigo, no § 7º, II, pois é evidente a incompatibilidade criada com o texto dessas normas.

Portanto, em que pese tenha o legislador perdido a oportunidade de estabelecer um regime de sanções objetivas, impondo fronteiras mais claras quanto ao cabimento dos beneplácitos previstos nas legislações que regulamentam a delação premiada, certo é que o avanço foi significativo, não apenas ao estabelecer a própria nulidade, bem como por consignar que o poder de negociação possui restrições para ambas as partes, reforçando o papel do magistrado no momento da homologação do acordo.

Notas

- 1 BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 83-154; BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 122, set-out/2016, p. 359-390.
- 2 Referindo que as primeiras delações da década de 90 não eram negociais, somente adotando esse viés a partir da Lei 9.807/99, sendo a Lei 12.850/13 o marco da regulamentação dos acordos cf. SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 456-457, jan./abr., 2019.
- 3 Pex.: Recebimento de denúncia somente com base em delações (art. 4º, § 16º, II, Lei 12.850/13); vedação de prêmios extralegais (art. 4º, § 7º, II, Lei 12.850/13).
- 4 WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 156, jun-2019, p. 279-306.
- 5 Pet 7074 QO, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017.
- 6 A título de exemplo, enumeram-se os seguintes prêmios já concedidos: limitação do tempo de prisão cautelar, fixação do tempo máximo de duração da pena privativa de liberdade e do regime inicial independentemente da quantidade de pena fixada na sentença, progressão automática de regime após certo período de tempo, ainda que ausentes os requisitos da lei. DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 155, maio-2019, p. 293-337.
- 7 Quais benefícios o estado pode oferecer ao réu colaborador? Existem limites materiais ao acordo de colaboração? LEMOS, Bruno Espinêira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HÖHN, Ivo; QUINTERE, Victor Minervino (Orgs.). *Compliance e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 71-83.
- 8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 400, set./out. 2016, p. 16-38.
- 9 PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 871. Essa compreensão também pode ser vista em CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018. p. 234-235; LEWANDOWSKI, Ricardo. A colaboração premiada em face do princípio da separação dos poderes. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). *30 anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 517-525; STF - Pet 7265/DF - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 14.11.17.
- 10 Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de

Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. Revista dos Tribunais, São Paulo 2017, p. 103. Em sentido similar, compreendendo possível a concessão de benefícios extralegais cf. ROSA, Luísa Walter da. *Colaboração premiada: a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador*. Florianópolis: Emais, 2018, p. 85.

- 11 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências da expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 46.
- 12 Sobre a necessidade de se rediscutir o tema cf. BITTAR, Walter Barbosa; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A questão da natureza jurídica e a possibilidade legal de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 332, p. 19-21, set. 2019.
- 13 A Lei 13.964/19 revogou o art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 que passou a prever: "§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei." Ademais, o art. 17-A, que incumbia ao Ministério Público a celebração do acordo de não persecução cível e estabelecia regras materiais e procedimentais, foi vetado pelo Presidente da República sob a justificativa de que o dispositivo excluía a possibilidade do ente público lesado, que também seria legitimado para propor a ação de improbidade, celebrar o acordo. De todo modo, como a reparação do dano em face do patrimônio público é considerada imprescritível (art. 37, §4º, CF), certamente haverá discussões sobre os limites dessa negociação no âmbito da improbidade. Justificando o cabimento do acordo na esfera da improbidade, após as modificações legais realizadas pela Lei 13.964/2019, cf. SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Sílvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de Processo*, v. 303, p. 291-314, maio 2020. Para uma análise do tema antes das mudanças legais referidas e sustentando a impossibilidade de entabular-se acordo na esfera da improbidade cf. BERTOLAZO, Ivana Nobre; BORRI, Luiz Antonio; SANTIAGO, Thais de Oliveira. Limites dos prêmios na colaboração premiada: a (im)possibilidade de negociação da improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 154, p. 215-243, abr. 2019.
- 14 O STF reconheceu a repercussão geral da matéria discutida no Tema 1043: "A utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, § 1º)".
- 15 A Lei 13.694/19 modificou a Lei 12.850/13 para inserir, por duas vezes, o termo "boa-fé" ao tratar da colaboração premiada primeiro para esclarecer que configura afronta à boa-fé a divulgação das tratativas iniciais do acordo (art. 3º-B) e no §6º do mesmo dispositivo para estabelecer que, não sendo celebrado o acordo por iniciativa do celebrante (apesar do termo utilizado, tudo indica tratar-se do *Parquet* ou da autoridade policial), esse não poderia valer-se das informações ou provas apresentadas, de boa-fé, pelo colaborador para qualquer outra finalidade.

Recebido em: 27/02/2020 - Aprovado em: 06/06/2020 - Versão final: 02/07/2020

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E A (IN) CONVENCIONALIDADE DA PRISÃO PROCESSUAL EXCLUSIVAMENTE EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA

THE (IN)CONSTITUTIONALITY AND THE (UN)CONVENTIONALITY OF PRETRIAL DETENTION ONLY IN THE BASIS OF RECIDIVISM

Fernando de Oliveira Zonta

Mestrando em Direito Penal pela PUCSP. Pós-Graduado (lato sensu) em Direito Penal Econômico pela FGV. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8831174063902491>

ORCID: 0000-0002-5725-8059

zonta.fernando@gmail.com

Amanda Pilon Barsoumian

Pós-Graduada (lato sensu) em Conflitos Internacionais e Globalização pela UNIFESP. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9636338761477970>

ORCID: 0000-0002-5696-842X

apbarsoumian@gmail.com

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a (in) constitucionalidade do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal brasileiro, no tocante específico à reincidência como fundamento, por si só, para decretação ou manutenção da prisão processual. A partir da análise da Constituição Federal, da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui-se pela inconstitucionalidade de referido dispositivo, pois viola, dentre outros princípios constitucionais, a presunção de inocência. Outrossim, a partir da análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conclui-se pela inconvenção do referido dispositivo, pois denota um resgate do famigerado Direito Penal do autor.

Palavras-chave: Reincidência, Prisão Processual, "Lei anticrime".

ABSTRACT: This article aims to analyze the (in)constitutionality of article 310, §2 of the Brazilian Code of Criminal Procedure, regarding specifically the recidivism as the only basis for the issue or maintenance of pretrial detention. Drawing on the analysis of the Brazilian Constitution, the doctrine and the jurisprudence of the Supreme Federal Court, the conclusion is that the referred pretrial detention is unconstitutional, as it violates, among other constitutional principles, the presumption of innocence. Furthermore, based on the analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, the conclusion is that the aforementioned pretrial detention is also unconventional, as it denotes a rescue of the "Criminal law of the author".

Keywords: Recidivism, Pretrial Detention, "Anti-crime Law".

O presente artigo tem como escopo analisar um ponto muito específico das alterações realizadas em todo sistema penal e processual penal pela Lei nº 13.964/2019 (Lei "Anticrime"), qual seja, a inclusão do §2º ao artigo 310 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação: "*Se o juiz verificar que o agente é **reincidente** ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, **deverá denegar a liberdade provisória**, com ou sem medidas cautelares*" (sem destaque no original).

A pertinência do presente estudo se dá pela disposição legal expressa no sentido de que a reincidência, se verificada, impede a concessão de "liberdade provisória" (artigo 310, §2º do Código de Processo Penal), bem como em razão de decisões¹ que já têm se apoiado em tal disposição legal para decretar ou manter prisões processuais em casos em que o acusado é reincidente.

Esclarecida, portanto, a finalidade do presente artigo, passemos à questão central a ser respondida: a prisão processual em razão única e exclusivamente da reincidência é constitucional?

Inicialmente, vale rememorar que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz pode relaxar a prisão em flagrante ou convertê-la em prisão preventiva. Caso o flagrante esteja formalmente em ordem e não estejam presentes os requisitos objetivos e subjetivos (artigo 312 c/c artigo 313, ambos do Código de Processo Penal) para a decretação da prisão preventiva, é caso de se conceder a "liberdade provisória".

Em nossa ótica, há duas potenciais interpretações para o artigo 310, §2º do Código de Processo Penal: a criação de nova modalidade de prisão processual em continuidade automática à prisão em flagrante, se presente um dos requisitos para a vedação da concessão de "liberdade provisória"; ou a interpretação conjunta entre o artigo 310, §2º do Código de Processo Penal e o instituto da prisão preventiva.

Caso se entendesse pela criação de uma nova espécie de prisão processual em continuidade automática à prisão em flagrante, seria forçoso admitir que tal inovadora modalidade de segregação processual se daria em razão da (i) legalidade formal da prisão em flagrante; (ii) não existência de requisitos para decretação da prisão preventiva (artigo 312 c/c artigo 313, ambos do Código de Processo Penal); e (iii) impossibilidade de concessão da "liberdade provisória", em razão do preenchimento de um dos requisitos do §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal.

Ocorre que, de acordo com o *caput* do artigo 310, a prisão em flagrante possui prazo exíguo, de apenas vinte e quatro horas, oportunidade em que deverá ser realizada a audiência de custódia, adotando-se uma das ações previstas em seus incisos (relaxamento da prisão, conversão em prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória). Após o prazo referido, portanto, a prisão em flagrante é ilegal, devendo ser relaxada (LOPES JR., 2017, p. 54).

É exatamente por esse motivo que não se pode compreender a redação do artigo 310, §2º, do Código de Processo Penal como criação de nova modalidade de prisão processual em continuidade automática da prisão em flagrante, sob pena de se inverter a racionalidade dos institutos e se ignorar a interpretação sistemática entre o *caput* e os parágrafos do artigo 310, Código de Processo Penal.

Por outro lado, poder-se-ia compreender que a regra do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal deve dialogar com o instituto da prisão preventiva, de modo que, preenchido um dos requisitos (reincidência; integração de organização criminosa armada ou milícia; ou porte de arma de fogo de uso restrito), estar-se-ia diante de presunção de *periculum libertatis*, mais especificamente quanto à garantia da ordem pública. Esta, salvo melhor juízo, parece ser a opção mais adequada para a interpretação do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal, inclusive sob uma perspectiva sistemática.

Contudo, ao adotar tal posição, forçoso admitir que seria a reincidência uma hipótese de presunção de *periculum libertatis*. E mais: tal presunção, ao que parece pela leitura da letra fria da lei, seria absoluta (*iure et de iure*).²

É exatamente a partir daqui que começam a surgir os questionamentos acerca da constitucionalidade do referido dispositivo legal, isso porque, inegavelmente, estamos diante de prisão preventiva *ex lege* (ou seja: automática e sem fundamentação concreta). Passemos, pois, à análise da (in)constitucionalidade do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando o princípio da presunção de inocência. Trata-se de princípio reitor do processo penal brasileiro, decorrente da evolução garantista que culminou pela adoção de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput* da Constituição Federal), de modo que tem como objetivo restringir o poder punitivo do Estado em relação aos seus cidadãos.

Segundo **Jaime Vegas Torres** (*apud* LOPES JR., 2019, p. 98), uma das principais manifestações da presunção de inocência é a regra de tratamento a ser adotada durante o processo penal e antes dele, na fase pré-processual, segundo a qual se deve reduzir ao máximo as medidas que restringem a liberdade e demais direitos do acusado antes que ele seja definitivamente considerado culpado.³ Ou seja, o princípio da presunção de inocência traz em sua essência uma vedação ao uso abusivo das prisões cautelares (dimensão interna).

Portanto, a lei infraconstitucional que determina a prisão processual do acusado como regra deve ser considerada inconstitucional (LIMA, 2020, p. 1054), uma vez que a Carta Magna determina que a regra é a inocência - e, por consequência, a liberdade -, devendo a culpa ser comprovada a partir de um processo penal baseado na ampla defesa e no contraditório.

Ademais, o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado em conjunto com o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput* da Constituição Federal), o que leva à conclusão de que ninguém pode ser considerado, em maior ou menor grau, presumidamente culpável em razão do crime que supostamente cometeu ou de outras circunstâncias pessoais (como a reincidência, por exemplo), sendo a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) uma garantia de todos os cidadãos, indistintamente (LOPES JR., 2014, p. 219).

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, intérprete último da Constituição, sempre se inclinou pela declaração de inconstitucionalidade de leis infraconstitucionais que determinam a prisão processual *ex lege*, ou seja, sem qualquer possibilidade de consideração pelo magistrado acerca da adequação, necessidade, proporcionalidade e excepcionalidade da medida cautelar extrema.

Na ADI 3112/STF, de relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**, julgada em 2 de maio de 2007, decidiu-se pela inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento),⁴ que determinava que alguns dos crimes lá previstos seriam insuscetíveis de liberdade provisória. Em seu voto, o Ministro Relator afirmou a vedação de prisão processual *ex lege*, em razão da incompatibilidade com os comandos constitucionais da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal), da obrigatoriedade de fundamentação dos decretos de prisão pela autoridade judiciária competente (artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal), bem como da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal).

Outrossim, no HC nº 104.339/STF, de relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, julgado em 10 de maio de 2012, decidiu-se pela inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas).⁵ Na ocasião, o STF entendeu que a prisão processual *ex lege* do indivíduo que pratica crime de tráfico de drogas constituía “inequívoca antecipação de pena” (STF, 2012, p. 6), bem como invertia a regra constitucional que exige a fundamen-

tação dos decretos prisionais (artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal), pois estabelecia uma presunção de necessidade da prisão, “afastando a intermediação valorativa de seu aplicador.” (STF, 2012, p. 11). Ainda, especificamente sobre este particular, vale rememorar que a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) foi reafirmada por ocasião do julgamento do RE nº 1.038.925/STF, com repercussão geral.

Sob esse olhar, vale destacar que em um caso em que a própria Constituição determina a inafiançabilidade do tráfico de drogas (artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal), crime inclusive equiparado a hediondo (artigo 2º da Lei nº 8.072/90), o STF julgou desproporcional a prisão *ex lege*. Assim, com mais razão, deve ser considerada inconstitucional a prisão automática do acusado reincidente (artigo 310, §2º, Código de Processo Penal).

No mais, rememora-se os já pacificados entendimentos pelos quais a gravidade abstrata das imputações delitivas não é apta a ensejar a decretação da prisão preventiva (HC nº 126.003/STF; HC nº 139.325/STF),⁶ bem como ilações e suposições sem respaldo concreto acerca do *periculum libertatis* não são motivos suficientes a embasar a prisão processual (HC nº 130.803/STF; HC nº 143.065/STF).⁷

Ora, se a gravidade em abstrato do delito e suposições sem observância aos elementos concretos dos autos não são fundamentos aptos, por si sós, a ensejar a prisão preventiva, por certo também que a simples e mera constatação do *status* de reincidente não é motivo o bastante para ensejar, por si só e automaticamente, a prisão preventiva.

Em outras palavras: sempre - e aqui efetivamente usa-se a palavra “sempre” sem que caiba qualquer exceção - será necessária a fundamentação idônea, respaldada em elementos concretos dos autos, para que seja decretada a prisão preventiva, sob pena de violação de um punhado de princípios basilares do direito penal e processual penal, quais sejam: a presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal), a obrigatoriedade de fundamentação dos decretos de prisão pela autoridade judiciária competente (artigo 5º, inciso LXI c/c artigo 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal) e a ampla defesa e o contraditório (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal).

Por fim, frise-se que o conceito de reincidência, por si só, denota um resgate do famigerado Direito Penal do autor, ou seja, julga-se o indivíduo pelo que ele é e não pelo que ele fez (FERRAJOLI, 2014, p. 459). Trata-se de previsão que não se coaduna com a evolução dos direitos humanos em matéria penal e com o Estado Democrático de Direito, pois ignora a necessidade de se adotar um Direito Penal acerca exclusivamente dos fatos e condutas do indivíduo, estes previstos de forma expressa e estrita na lei, em observância ao princípio da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal).

Outrossim, esse juízo de periculosidade do autor - juízo acerca da probabilidade de que ele volte a cometer delitos no futuro - não se apoia em nenhum estudo aprofundado acerca de sua personalidade, mas apenas na análise de seu passado, ou seja, dos crimes que já cometeu e pelos quais já cumpriu uma pena,⁸ em clara violação ao princípio do *ne bis in idem* (FILIPPO, 2020, p. 21).

A partir dessas constatações, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou inconveniente o “juízo de periculosidade” previsto na legislação penal guatemalteca no Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, afirmando que a invocação de tal conceito “*substitui o Direito Penal do ato ou do fato, próprio do sistema penal de uma sociedade democrática, pelo Direito Penal do autor, que abre a porta ao autoritarismo especialmente em uma matéria na qual estão em jogo os bens jurídicos de maior hierarquia*”⁹ (CORTEIDH, 2005, §94, tradução livre). Trata-se de decisão que deve ser estendida ao conceito de reincidência existente no direito penal brasileiro (PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 250), o qual implica sim em um juízo de periculosidade, culminando em diversas consequências gravosas ao indivíduo, como é o caso da prisão processual em análise.

Em conclusão, podemos afirmar que: (i) é necessário interpretar o

artigo 310, §2º do Código de Processo Penal em consonância com o instituto da prisão preventiva e não como modalidade de prisão processual em continuidade automática à prisão em flagrante. Daí se tem que (ii) a reincidência, pela letra fria da lei, geraria uma presunção absoluta de *periculum libertatis*, culminando na prisão *ex lege*, o que se mostra (iii) manifestamente inconstitucional, haja vista que é vedada a prisão sem fundamentação idônea e concreta, sob pena de se ferir de morte os princípios da presunção de inocência (artigo

5º, inciso LVII da Constituição Federal), da obrigatoriedade de fundamentação dos decretos de prisão pela autoridade judiciária competente (artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal), bem como da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal). Por fim, observa-se que (iv) a reincidência possui forte apego ao denominado Direito Penal do autor, em frontal oposição ao Direito Penal do fato, o que culmina em violação aos princípios da legalidade e do *ne bis in idem*.

Notas

- ¹ Cite-se, como exemplos: (i) sentença proferida nos autos da ação penal nº 1500911-26.2019.8.26.0210, atualmente em trâmite junto à 1ª Vara da Comarca de Guaíba, SP; (ii) sentença proferida nos autos da ação penal nº 1500256-10.2019.8.26.0257, atualmente em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Ipuã, SP; (iii) decisão proferida por ocasião da realização de audiência de custódia nos autos da ação penal nº 1500095-73.2020.8.26.0383, atualmente em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Nhandeara, SP; (iv) acórdão proferido nos autos do *habeas corpus* nº 0045821-66.2019.8.26.0000, em trâmite junto à 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo; e (v) acórdão proferido nos autos do *habeas corpus* nº 2089639-97.2020.8.26.000, em trâmite junto à 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.
- ² Nesse sentido, remete-se o leitor à fundamentação da sentença proferida nos autos da ação penal nº 1500911-26.2019.8.26.0210, em trâmite junto à 1ª Vara da Comarca de Guaíba, SP.
- ³ Também, nesse sentido, BRITO *et. al.* (2019; capítulo 2.2): “O chamado princípio do estado de inocência implica a exigência de observância de duas regras básicas: a primeira delas, relativa à instrução probatória, atribui à acusação o ônus de comprovar cabalmente a existência do crime e autoria; a outra diz respeito ao tratamento conferido ao acusado no curso do processo, que não pode receber punições antecipadas com fundamento na sua provável condenação.” (sem destaque no original)
- ⁴ Artigo 21 da Lei nº 10.826/03: “Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.”
- ⁵ Artigo 44 da Lei nº 11.343/06: “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.” (sem destaque no original).
- ⁶ Confira-se o posicionamento de Guilherme Nucci (2011, p. 71-72): “A prisão é um fato jurídico, que advém de um fato processual; nada se calca em pura teoria ou tese. É indispensável que o magistrado apresente, conforme as provas constantes

do inquérito ou do processo, os dados reais, que sirvam de base à decretação da prisão cautelar. Do contrário, banalizando-se a preventiva, apresentando-a sem fundamentação idônea, termina-se por inverter a ordem constitucional, que prevê a liberdade como regra e a prisão, pura exceção.”

Em sentido similar também é a posição de Aury Lopes Junior (2017, p. 101): “Qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.”

- ⁷ Neste sentido, destaque-se os ensinamentos de Aury Lopes Junior (2017, p. 101): “Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. É importante o julgador controlar a “projeção” (mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está demonstrado nos autos.”
- ⁸ Veja-se, nesse sentido, Ferrajoli (2014, p. 465-466): “A condição de reincidente (ou pré-julgado), culpabilizada desde a Antiguidade, foi duramente criticada por muitos escritores iluministas que com razão rejeitaram, por respeito ao princípio de retribuição, a hipótese de que fosse considerada como motivo para agravamento da pena. ‘A pena’, escreve Pagano, ‘cancela e extingue integralmente o delito, restaurando, ao condenado que a sofreu, a condição de inocente... Portanto, não se pode importunar o cidadão por aquele delito cuja pena já tenha sido cumprida.’ E Morelly chega, inclusive, a pedir que seja castigado quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém em face dos delitos precedentes.”
- ⁹ No original: “sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía” (CORTEIDH, 2005, §94).

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007. Brasília: DJU, 26/10/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 104339*, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012. Brasília: DJU, 6/12/2012.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA; Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 4. ed. E-book. São Paulo: Atlas, 2019.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Sentença de 20 de junho de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Lei Anticrime e reincidência: um flerte com o

direito penal do autor. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 28, n. 330, p. 20-22, mai. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR, Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: CEI, 2017.

Recebido em: 11/03/2020 - Aprovado em: 06/06/2020 - Versão final: 01/07/2020

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA | NOVEMBRO DE 2020 BOLETIM IBCCRIM N.º 336

CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL VIOLARIA O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS?

WOULD DECRIMINALIZING ABORTION IN BRAZIL VIOLATE THE INTER-AMERICAN
HUMAN RIGHTS SYSTEM?

Mônica de Melo

Professora Doutora de Direito Constitucional da PUC-SP. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Discriminação de Gênero e Igualdade. Defensora Pública do Estado de São Paulo.
ORCID: 0000-0003-2311-2323
monicademel@gmail.com

Resumo: O artigo busca demonstrar, através da análise de dois casos, um da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Baby Boy vs. EUA) e outro da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica), que a descriminalização do aborto no Brasil não violaria o sistema interamericano de direitos humanos. A interpretação que é dada ao artigo 4.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como sua construção histórica, vão no sentido de que a vida não é protegida desde a concepção como um direito absoluto, mas se permite a proteção em outro momento entre a concepção e o nascimento, de modo a garantir o igual respeito aos direitos à vida das mulheres, saúde, saúde reprodutiva, autonomia e liberdade.

Palavras-chave: Descriminalização do Aborto, Direito à Vida, Direitos Humanos, Sistema Interamericano.

Abstract: The article seeks to demonstrate through the analysis of two cases, one from the Inter-American Commission on Human Rights (Baby Boy vs. USA) and another from the Inter-American Court of Human Rights (Artavia Murillo and others vs. Costa Rica) that the decriminalization of abortion in Brazil it would not violate the inter-American human rights system. The interpretation given to Article 4.1 of the Inter-American Convention on Human Rights, as well as its historical construction, goes in the sense that life is not protected from conception as an absolute right, but protection is allowed at another time between conception and birth in order to guarantee equal respect for women's rights to life, health, reproductive health, autonomy and freedom.

Keywords: Decriminalization of Abortion, Right to Life, Human Rights, Inter-american System.

1. Introdução

Recentemente o tema do aborto ocupou os debates em páginas de jornais, redes e mídias sociais em razão de um caso emblemático no que diz respeito à garantia do aborto nas hipóteses permitidas pela legislação penal, popularmente conhecido como "aborto legal". Uma menina de apenas 10 anos teria engravidado após ser sistematicamente estuprada, desde os 6 anos, por um parente próximo. Uma grande celeuma se instalou, com pessoas, autoridades e grupos tentando impedir que a criança pudesse realizar o aborto, enquanto outros defendiam que as vontades da menina e da representante legal, pela sua realização, fossem respeitadas. Teve seu direito negado pelo estado da federação em que morava e foi levada a outro estado para a realização do procedimento. Entrou escondida no hospital em virtude de pessoas que se aglomeravam na porta, em plena pandemia, para obstaculizar o atendimento. Gritavam que se tratava de uma assassina! A menina teve, ainda, indevidamente, sua identidade revelada causando-lhe ainda mais dor e sofrimento, revitimizando-a, o que não é nada incomum em casos de violência sexual contra meninas, jovens e mulheres.

O caso revelou as dificuldades de acesso a um direito, ao mesmo tempo que deu visibilidade à violência sexual praticada contra crianças, que ocorre, na maior parte das vezes, em âmbito familiar e doméstico, praticada por pessoas muito próximas, que delas deveriam cuidar e proteger. De acordo com estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), mais de 70% dos estupros vitimizam crianças e adolescentes e 70% do total de casos são cometidos por parentes, namorados, amigos ou conhecidos da vítima (CERQUEIRA; COELHO, 2014).

Como destaca **Silvia Pimentel** (2018, p. 150, 151): "A violência sexual doméstica e intrafamiliar tem como suas maiores vítimas as meninas. No âmbito desse tipo de violência as consequências são diversas, incluindo estresse pós-traumático, transtorno de comportamento e, de extrema seriedade, a gravidez indesejada. (...) O estupro de meninas, a gravidez forçada dele decorrente e a maternidade infantil representam uma forma de tortura, conforme reforça o sistema internacional de proteção dos direitos humanos da ONU e OEA."

Em relação às mulheres adultas, a situação não é menos dramática. Segundo **Jefferson Drezett** (2018, p. 121), "a gravidez forçada e indesejada é uma das consequências mais complexas e impactantes da violência sexual, geralmente sentida pela mulher como uma segunda violência".

No Brasil, de 2015 a 2020, foram realizados 9.796 abortos previstos em lei (se não há outro meio de salvar a vida da gestante, estupro e

anencefalia (ADPF 54), art. 128, I e II do Código Penal), o que dá em média cerca de 1.630 abortos por ano. Cerca de 33% das mulheres que acessaram os serviços de aborto legal eram negras, sendo que em 38,1% dos procedimentos não havia o registro de raça/cor, o que demonstra que é uma política pública de saúde não comprometida com a importância de se registrar o quesito raça/cor num país que vive o racismo dissimulado, que se perpetua nas estruturas sociais e nas instituições. (CATARINAS, 2020).

A magnitude dos abortos feitos fora dos permissivos legais, o "aborto inseguro" não é de tão fácil mensuração. Num cenário de carência de dados confiáveis, merece destaque a Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), de **Débora Diniz e Marcelo Medeiros** (2010, p. 959). Seus resultados indicam que, ao final da vida reprodutiva, mais de uma em cada cinco mulheres já fez aborto, ocorrendo, em geral, nas idades que compõem o centro do período reprodutivo das mulheres, isto é, entre 18 e 29 anos.

Os abortos realizados de forma clandestina, precária e insegura trazem inúmeros riscos, sequelas e até mesmo a morte. A sua criminalização impede que sejam tratados adequadamente por políticas públicas de saúde reprodutiva: "O aborto é reconhecido pela OMS como grave problema de saúde pública. A cada ano, 47 mil mulheres morrem no mundo. Além disso, cinco milhões de mulheres que escapam da morte enfrentam sequelas que comprometem sua saúde e seu futuro reprodutivo. Quase 98% dos abortos inseguros são praticados em países em desenvolvimento, os mesmo que mantêm legislações proibitivas ou restritivas ao aborto" (DREZETT, 2018, p. 121).

No Brasil, fora dos permissivos legais e jurisprudencial, o aborto é crime. Há uma luta histórica do movimento de mulheres, de feministas, de ativistas pela sua descriminalização, com mais ênfase a partir dos anos 70. Na fala de **Carla Gisele Batista** (2019, p. 19), trata-se de trazer para a esfera pública as questões dos direitos reprodutivos, que até então eram da ordem do doméstico e do privado, e garantir que as mulheres possam viver de forma autônoma e com liberdade.

O tema do aborto pode ser abordado por diferentes prismas. Aqui se privilegia aquele que o coloca no cenário da proteção internacional dos direitos humanos. Como uma questão a ser enfrentada do ponto de vista dos direitos humanos das mulheres. Mesmo essa lente permite vislumbrar uma miríade de pontos, como o de defesa dos direitos sexuais e reprodutivos, como uma questão de saúde pública, como defesa de direitos civis (liberdade, autonomia, dignidade humana, proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante). Opta-se por enfrentar, a partir de alguns casos

do sistema interamericano de direitos humanos e de normativa internacional geral, aquele que o enquadra como uma violação ao direito à vida. É relativamente comum encontrar a argumentação de que a descriminalização do aborto violaria o direito à vida em virtude da previsão contida na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (OEA, 1969, *on line*), que diz que *"toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção"* (art. 4º, 1). Os casos que são apresentados permitem situar historicamente essa cláusula, ao mesmo tempo que trazem a interpretação mais atualizada. Normativas da Organização das Nações Unidas (ONU), através de seus órgãos, trazem recomendações expressas, inclusive ao Brasil, no sentido de descriminalizar o aborto.

Responde-se negativamente à pergunta formulada no título deste artigo. Não, a descriminalização do aborto no Brasil não violaria o Sistema Internacional e Interamericano de Direitos Humanos. Muito pelo contrário, seria um passo importante na reafirmação dos direitos humanos das mulheres.

Cabe a cada uma e cada um exigir que esse sistema seja efetivamente aplicado, no Brasil, e que se realize o controle de convencionalidade, a fim de que o aborto seja descriminalizado.

2. Caso Baby Boy vs. Estados Unidos da América: Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o direito à vida desde a concepção

O sistema brasileiro de direitos fundamentais constitucionais é aberto e dinâmico. Do ponto de vista da dogmática constitucional, a própria Constituição Federal de 1988 estabelece que os direitos ali previstos não excluem outros decorrentes do regime, dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Há controvérsias sobre o *status* hierárquico desses tratados de direitos humanos em relação a ordem interna brasileira, mas é fato que o Brasil ao ratificá-los submete-se à controle de convencionalidade, pois compromete-se com a sua implementação internamente e perante a comunidade internacional (MELO, 2018, p. 60); de forma que se torna possível exigir, judicialmente, se preciso for, o seu cumprimento, realizando controle de conformação com os tratados de direitos humanos, manejando ações e procedimentos internos brasileiros, bem como demandar casos junto ao sistema internacional.

O Brasil é parte da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que, em seu artigo 4.1, dispõe que a vida deve ser protegida desde a concepção. Porém, o que, na disputa política sobre o tema, com frequência, se esquece é da cláusula "em geral": a vida deve ser protegida desde a concepção em geral. Logo, não seria verdadeiro que a descriminalização do aborto no Brasil estaria vedada pela referida Convenção Internacional, em decorrência de uma proteção do direito à vida desde a concepção, pois a cláusula "em geral" ali está justamente para permitir exceções à regra, para permitir que a proteção à vida desde a concepção possa ser modulada, relativizada, ponderada, matizada. Entender de outra forma significaria até mesmo que países do Sistema Regional Interamericano que permitem o aborto enfrentassem problemas, ao ratificar o Tratado que protegesse, de forma absoluta, a vida desde a concepção (MELO, 2018, p. 60).

Essa interpretação do artigo 4.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi expressamente afirmada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos num caso ainda não suficientemente comentado no Brasil quando se debate a descriminalização do aborto. É um caso em que uma associação católica aciona a Comissão Interamericana contra o Estados Unidos da América com base na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, uma vez que os Estados Unidos não ratificaram a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 e nem se submetem à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (MACIEL; FERREIRA; KOERNER, 2013).

O caso, conhecido como *Baby Boy* pode ser assim resumido: *"Em janeiro de 1977, o presidente da Catholics for Christian Political Action ingressou com uma petição na Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estados Unidos da América e o estado de Massachusetts. A pessoa que tinha seus direitos violados foi chamada de "Baby Boy", nome pelo qual ficou conhecido o caso. A gestante era uma adolescente de 17 anos. Alegava-se que a vítima (Baby Boy) tinha sido morta pelo processo de aborto realizado num hospital de Boston em violação ao direito à vida previsto na Declaração Americana de Direitos Humanos e o direito à vida desde a concepção, em geral, previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O médico que realizou o aborto foi condenado inicialmente por homicídio não premeditado e depois, em grau de recurso, teria sido absolvido pela Corte Suprema Judicial de Boston. Afirmou o peticionário que a própria decisão da Suprema Corte dos EUA (Roe v. Wade) em 1973, permitindo o aborto, violava a Declaração Americana de Direitos Humanos. Também se argumentou que o feto teria cerca de seis meses e que, portanto, de acordo com a decisão da Suprema Corte dos EUA, caberia ali uma "exceção protegível", pois haveria viabilidade extrauterina. No informe da Comissão Interamericana, explica-se exaustivamente todas as tensões entre os Estados na elaboração da redação do "direito à vida" na Declaração Americana de Direitos Humanos e que, no documento inicial, que serviu de base para discussão, havia proteção da vida do nascituro, retirada consciente e deliberadamente, uma vez que há países da região que permitem o aborto em determinadas circunstâncias (proteção da saúde e vida da gestante, violação sexual, razões econômicas), queriam manter suas legislações internas, que passariam a violar o documento internacional se o direito à vida fosse protegido com aquela extensão. A mesma discussão e com as mesmas razões ocorreu por ocasião da elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos, que adotou a proteção da vida desde a concepção, com a cláusula "em geral" para se permitir a convencionalidade das legislações permissivas do aborto nos seus mais variados graus. Ou seja, nunca se pretendeu com a Declaração Americana de Direitos Humanos, nem com a Convenção Americana de Direitos Humanos, proibir o aborto nos países da região ou mesmo assinalar que o direito à vida seria um direito absoluto. A decisão final no Caso Baby Boy foi que os EUA não haviam violado a Declaração Americana dos Direitos Humanos. Note-se que os EUA não ratificaram a Convenção Americana, portanto, não se obrigaram quanto a este tratado que foi afastado pela CIDH."* (OEA, 1981, tradução nossa).

Esse caso é de fundamental importância para enfrentar o argumento frequentemente utilizado de que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos protege a vida desde a concepção. Esse caso relata todo o contexto histórico desde a elaboração da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que tinha como texto inicial de discussão a proteção da vida do nascituro e que foi deliberadamente retirada, a fim de que os Estados pudessem adotar legislações internas permissivas do aborto, pois o direito à vida poderia ser protegido em um momento intermediário entre a concepção e o nascimento. Teria ocorrido o mesmo debate quando da elaboração da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969. Dessa forma, os países poderiam permitir o aborto sem que houvesse violação do direito à vida, pois este está protegido desde a concepção, apenas "em geral" e que pode, portanto, ter proteção iniciada fora do momento da concepção, a fim de que possa também haver proteção da vida das mulheres, de sua saúde reprodutiva, de sua autonomia e liberdade. Fica claro que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos buscou proteger a vida também das mulheres. Trata-se de questão de ponderação do direito à vida desde a concepção e dos direitos humanos das mulheres, incluído seu direito à vida, liberdade, autonomia, saúde, saúde reprodutiva e planejamento familiar.

Outro caso que merece destaque se deu na Corte Interamericana de Direitos Humanos e é mais recente (2012). Embora se trate de um caso no qual é discutida a fertilização *in vitro* na Costa Rica, o caso

aborda e traz interpretação atualizada do artigo 4.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito à vida, desde a concepção, em geral. Trata-se do caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*.

3. Caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*: Corte Interamericana de Direitos Humanos e o direito à vida desde a concepção

O caso se refere a alegadas violações de direitos humanos que teriam ocorrido como consequência da suposta proibição geral de realizar a fecundação *in vitro*, que havia estado vigente na Costa Rica desde o ano de 2000, depois de uma decisão proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça deste país. Foi alegado que haveria violação do direito à vida e que a vida humana se inicia desde o momento da fecundação, portanto, qualquer eliminação ou destruição de embriões resultaria em sua evidente violação.

Quando se consulta a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do artigo 4.1 da Convenção Interamericana, o Digesto Themis faz referência expressa a um único caso conhecido como caso *Artavia Murillo e outros* contra a Costa Rica. Diz a Corte, que a vida humana é uma questão valorada de diversas formas: de uma perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e que não existe uma definição consensuada entre os tribunais nacionais e internacionais sobre o início da vida. Na análise do caso, que tratava da fertilização *in vitro*, o termo "concepção" não pode ser compreendido como um momento ou um processo apartado do corpo da mulher, dado que o embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência sem a implantação. De modo que antes deste momento, não caberia aplicar o artigo 4º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ou seja, a concepção somente ocorreria no corpo da mulher e, portanto, o objeto de proteção seria a mulher gestante, dado que a defesa do nascituro se realiza essencialmente através da proteção da mulher.

A expressão "em geral" foi entendida pela Corte como cabível a partir da concepção e se relaciona com a possibilidade de exceções à regra. Neste sentido, todo o intento de proteger a vida antes do nascimento deve ser harmonizado com os direitos fundamentais de outras pessoas, especialmente das gestantes. De sorte que o objeto e finalidade desta cláusula é permitir um adequado balanço e ponderação entre direitos e interesses em conflito, sem que seja possível alegar a proteção absoluta do embrião, anulando outros direitos. Para tanto, deve-se efetuar ponderação entre a proteção da vida pré-natal e outros direitos envolvidos, ou seja, o grau de afetação dos bens em jogo, determinando se a intensidade da dita afetação foi grave, intermediária ou moderada, a importância da satisfação do bem contraposto e se a satisfação deste justifica a restrição daquele ao qual se contrapõe.

Na audiência pública que foi realizada no âmbito da ADPF 442 e buscava descriminalizar o aborto no Brasil, **José Henrique Torres** (apud MAEDA, 2018) abordou expressamente o tema através da utilização do caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*: "A própria interpretação que a Corte Interamericana realiza do referido artigo é outra, admitindo-se compatível, com o artigo da Convenção, legislação permissiva do aborto. [...] a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do artigo 62 da Convenção Americana, [...] é o órgão jurisdicional com competência para realizar a última interpretação desse Pacto [...] e essa Corte, realizando a interpretação desse dispositivo convencional conforme o sentido corrente de seus termos

e de acordo com a interpretação sistemática e histórica, evolutiva e mais favorável ao objeto e fim do tratado, no caso *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, proclamou que "o direito à vida, protegido, em geral, desde a concepção busca proteger os direitos da mulher grávida", não os direitos do embrião e, conseqüentemente, não os direitos do feto. Além disso, também decidiu a Corte Interamericana, nessa mesma sentença, que "o direito à vida desde a concepção não pode ser absoluto, mas, apenas, incremental e admite exceções" e, ainda, que "o direito à vida desde a concepção não pode ser usado para limitar outros direitos de maneira desproporcionada, nem pode gerar efeitos discriminatórios". É por isso que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com fundamento nessa jurisprudência, reconhecendo a necessidade de um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais da mulher e os interesses relativos à proteção de uma vida em potencial, afirmou que a descriminalização do aborto "não viola o direito à vida, ainda que protegido pela Convenção Americana, em geral, desde a concepção, nos termos de seu artigo 4º". (grifo do autor).¹

Fica claro, não só pela forma como o artigo 4º, I, da Convenção foi redigido, mas também pela interpretação que lhe deu a Corte em caso concreto, que a inviolabilidade do direito à vida, previsto em nossa Constituição, que abrange proteção desde a concepção, não é absoluto e a cláusula "em geral" acrescida pela Convenção Americana de Direitos Humanos confirma a tese. Ou seja, a referida proteção permite gradações, pois deve ser realizada "em geral" e tendo-se em vista a proteção dos direitos das mulheres relativos à questão do aborto.

Além dos casos acima tratados, o sistema internacional geral de proteção dos direitos humanos (ONU), seja através de seus tratados internacionais, especialmente a Convenção para Eliminar todas as Formas de Discriminação contra Mulher (Convenção CEDAW, 1979), seja através de suas recomendações gerais emitidas pelo Comitê CEDAW, que monitora a aplicação da Convenção pelos países signatários, recomendam a descriminalização do aborto nos países que ainda o criminalizam. Recomendação que já foi feita ao Brasil.

4. Considerações Finais

O Brasil, enquanto integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, seja em âmbito regional (OEA), seja em âmbito geral (ONU), está absolutamente comprometido com a descriminalização do aborto.

Não se sustenta o argumento de que a descriminalização violaria o direito à vida, tampouco a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que não protege a vida de forma absoluta e determina igualmente a proteção da vida das mulheres.

Proteger a vida num determinado momento entre a concepção e o nascimento se compatibiliza com a proteção do direito à vida do embrião e o direito à vida das mulheres, sua saúde e sua dignidade.

A criminalização do aborto viola a dignidade humana das mulheres e os demais direitos constitucionais imbricados: liberdade, autodeterminação, diferença, privacidade, intimidade, saúde reprodutiva e planejamento familiar, sendo missão dos Poderes, em suas respectivas esferas de atuação, garantir, via controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, via controle de convencionalidade ou via legislativa e administrativa, a realização desses direitos, dando interpretação conforme a Constituição e as Convenções Internacionais.

NOTAS

¹ Sentença de 28 de novembro de 2012. Andrea Barreto (2017), em artigo que analisa o impacto do Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (que trata da proibição da fertilização *in vitro* na Costa Rica) sobre o direito ao aborto ressalta a interpretação da Corte Interamericana a respeito do direito à vida previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pois se concluiu que a proteção

ao não nascido (nascituro) é diferente da proteção ao nascido e que os direitos das mulheres devem ser levados em consideração na análise desta proteção. E que a Corte se posicionou abertamente contra normas que proibem de forma absoluta o aborto, pois não fazem o juízo de ponderação entre a proteção da vida gradual e incremental e os direitos da mulher grávida.

Referências

- BARRETO, Andrea Castilho Nami Haddad. Análise do caso Artavia Murillo vs. Costa Rica e seu impacto sobre o direito ao aborto. In: ALMEIDA, Eloísa Machado *et al* (org.). *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, n. 6. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2017. p. 129-139. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume6.aspx. Acesso em: 2 out. 2020.
- BATISTA, Carla Gisele. *Ação feminista em defesa da legalização do aborto: movimento e instituição*. São Paulo: Annablume, 2019.
- CATARINAS, Guzzo, Morgani. Disponível em <https://catarinas.info/aborto-previsto-em-lei-no-brasil/>. Acesso em 3 out. 2020.
- CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. *Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)*. Brasília: Ipea, março de 2014. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf. Acesso em: 3 out. 2020.
- DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma perspectiva domiciliar com técnica de urna. *Ciência e saúde coletiva*. Rio de Janeiro. v. 15, supl.1, p. 959-966, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.
- DREZETT, Jefferson. Violência sexual: uma grave questão de saúde pública para as mulheres. In: PIMENTEL, Sílvia (coord.); PEREIRA, Beatriz (org.); MELO, Mônica de (org.). *Estupro: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinaridade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 115-133.
- MACIEL: Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOENER, Andrei. Os Estados Unidos e os mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 90, p. 271-295, dez. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300010. Acesso em: 29 set. 2020.
- MAEDA, Patrícia. A criminalização do aborto é incompatível com a garantia de assistência plena à saúde e à vida das mulheres. *Justificando*, 10 ago. 2018. Disponível em: [https://www.justificando.com/2018/08/10/a-criminalizacao-do-](https://www.justificando.com/2018/08/10/a-criminalizacao-do-aborto-e-incompativel-com-a-garantia-de-assistencia-plena-a-saude-e-a-vida-das-mulheres/)

[aborto-e-incompativel-com-a-garantia-de-assistencia-plena-a-saude-e-a-vida-das-mulheres/](#). Acesso em: 10 set. 2020.

MELO, Mônica de. *Direito fundamental à vida e ao aborto a partir de uma perspectiva constitucional, de gênero e da criminologia*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/2181>. Acesso em: 3 out. 2020.

OEА. Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Digesto Themis*, nov. 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/index.cfm>. Acesso em 29 set. 2020.

OEА. Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*, 28 nov. 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Acesso em 29 set. 2020.

OEА. Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Baby Boy vs. Estados Unidos da América*, 06 mar. 1981. Disponível em <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>. Acesso em 3 out. 2020.

OEА. Organização dos Estados Americanos. *Convenção americana sobre direitos humanos*, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 2 out. 2020.

PIMENTEL, Sílvia. Quase invisíveis: o estupro de meninas e a gravidez infantil. Sinalizações sobre a perversidade desses fenômenos. In: PIMENTEL, Sílvia (coord.); PEREIRA, Beatriz (org.); MELO, Mônica de (org.). *Estupro: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinaridade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 149-163.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

Autora Convidada

JURISPRUDÊNCIA

O ementário deste mês é uma singela homenagem ao eminente Ministro Celso de Mello, que se aposentou em 13/10/2020, após 31 anos de serviços prestados perante a mais alta corte do País. Deixa como legado de sua passagem pelo Supremo Tribunal Federal não apenas o exemplo de magistrado sereno e estudioso, como também toda uma jurisprudência – notadamente no que se refere às ciências criminais – de respeito aos direitos e garantias fundamentais. Não foram poucas as ocasiões em que seus votos consolidaram precedentes a favor das liberdades.

A Constituição da República e o Ministro Celso de Mello caminharam, durante mais de três décadas, de mãos dadas, a primeira mostrando-lhe o melhor percurso em seu labor interpretativo, e o segundo a respaldando rumo à sonhada concretização do Estado Democrático de Direito. Cabe a todas e todos nós, agora – e após avanços e retrocessos –, seguirmos adiante nessa caminhada, na contínua luta por um sistema de justiça criminal democrático, humano e empático. Independentemente das críticas que eventualmente podem ser feitas, fato é que o Ministro Celso de Mello deixa um saldo democrático positivo. Sua ausência nas sessões de julgamento certamente será sentida, e talvez a luta para evitar retrocessos tenha se tornado ainda mais árdua.

A seguir, mantendo a proposta do ementário de trazer conteúdo atualizado, optamos por compilar decisões recentes, porém relevantes e até paradigmáticas, do Ministro Celso de Mello.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

"HABEAS CORPUS" – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NÃO REALIZADA – A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO DIREITO

SUBJETIVO DA PESSOA SUBMETIDA A PRISÃO CAUTELAR – DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO PELA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Artigo 7, n. 5) E PELO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (Artigo 9, n. 3) – RECONHECIMENTO JURISDICIONAL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 347-MC/DF, REL. MIN. MARCO AURÉLIO), DA IMPRESCINDIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO EXPRESSÃO DO DEVER DO ESTADO BRASILEIRO DE CUMPRIR, FIELMENTE, OS COMPROMISSOS ASSUMIDOS NA ORDEM INTERNACIONAL – "PACTA SUNT SERVANDA": CLÁUSULA GERAL DE OBSERVÂNCIA E EXECUÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS (CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, Artigo 26) – PREVISÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NO ORDENAMENTO POSITIVO DOMÉSTICO (LEI Nº 13.964/2019 E RESOLUÇÃO CNJ Nº 213/2015) – INADMISSIBILIDADE DA NÃO REALIZAÇÃO DESSE ATO, RESSALVADA MOTIVAÇÃO IDÔNEA, SOB PENA DE TRÍPLICE RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO QUE DEIXAR DE PROMOVÊ-LO (CPP, art. 310, § 3º, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.964/2019) – "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO.

– Toda pessoa que sofra prisão em flagrante – qualquer que tenha sido a motivação ou a natureza do ato criminoso, mesmo que se trate de delito hediondo – deve ser obrigatoriamente conduzida, "sem demora", à presença da autoridade judiciária competente, para que esta, ouvindo o custodiado "sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão" e examinando, ainda, os aspectos de legalidade formal e material do auto de prisão em flagrante, possa (a) relaxar a prisão, se constatar a ilegalidade do flagrante (CPP, art. 310, I), (b) conceder liberdade provisória, se estiverem ausentes as situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal ou se incidirem, na espécie, quaisquer das excludentes de ilicitude previstos no art.

23 do Código Penal (CPP, art. 310, III), **ou, ainda, (c) converter o flagrante** em prisão preventiva, **se presentes os requisitos** dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (CPP, art. 310, II).

– **A audiência de custódia** (ou de apresentação) – **que deve ser obrigatoriamente realizada** com a presença do custodiado, de seu Advogado constituído (ou membro da Defensoria Pública, se for o caso) **e** do representante do Ministério Público – **constitui direito público subjetivo, de caráter fundamental, assegurado por convenções internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro aderiu (Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 7, n. 5, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigo 9, n. 3) e que já se acham incorporadas** ao plano do direito positivo interno de nosso País (**Decreto nº 678/92 e Decreto nº 592/92, respectivamente**), **não se revelando lícito** ao Poder Público **transgredir essa essencial prerrogativa instituída em favor** daqueles que venham a sofrer privação cautelar de sua liberdade individual.

– **A imprescindibilidade da audiência de custódia** (ou de apresentação) **tem o beneplácito** do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (**ADPF 347-MC/DF**) **e, também,** do ordenamento positivo doméstico (**Lei nº 13.964/2019 e Resolução CNJ nº 213/2015**), **não podendo deixar de realizar-se, ressalvada motivação idônea, sob pena de tríplice responsabilidade** do magistrado **que deixar de promovê-la** (CPP, art. 310, § 3º, **na redação** dada pela Lei nº 13.964/2019). **Doutrina. Jurisprudência (Rcl 36.824-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).**

– **A ausência da realização da audiência de custódia** (ou de apresentação), **tendo em vista a sua essencialidade e considerando os fins** a que se destina, **qualifica-se como causa geradora da ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o consequente relaxamento** da privação cautelar da liberdade individual da pessoa sob o poder do Estado. **Magistério da doutrina:** AURY LOPES JR. ("**Direito Processual Penal**", p. 674/680, item n. 4.7, 17ª ed., 2020, Saraiva), EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER ("**Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**", p. 792/793, item n. 310.1, 12ª ed., 2020, Forense), GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ ("**Processo Penal**", p. 1.206, item n. 18.2.5.5, 8ª ed., 2020, RT), RENATO BRASILEIRO DE LIMA ("**Manual de Processo Penal**", p. 1.024/1.025, 8ª ed., 2020, JusPODIVM) e RENATO MARCÃO ("**Curso de Processo Penal**", p. 778/786, item n. 2.12, 6ª ed., 2020, Saraiva).

IMPOSSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DA DECRETAÇÃO "EX OFFICIO" DE PRISÃO PREVENTIVA EM QUALQUER SITUAÇÃO (EM JUÍZO OU NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO PENAL), INCLUSIVE NO CONTEXTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO), SEM QUE SE REGISTRE, MESMO NA HIPÓTESE DA CONVERSÃO A QUE SE REFERE O ART. 310, II, DO CPP, PRÉVIA, NECESSÁRIA E INDISPENSÁVEL PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL – RECENTE INOVAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.964/2019 ("LEI ANTICRIME"), QUE ALTEROU OS ARTS. 282, §§ 2º e 4º, E 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUPRIMINDO AO MAGISTRADO A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, "SPONTE SUA", A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCITA, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA – CONVERSÃO, DE OFÍCIO, MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA DECISÃO, QUER, AINDA, EM RAZÃO DE OFENSA A UM DIREITO BÁSICO, QUAL SEJA O DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA,

QUE TRADUZ PRERROGATIVA INSUPRIMÍVEL ASSEGURADA A QUALQUER PESSOA PELO ORDENAMENTO DOMÉSTICO E POR CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

– A reforma **introduzida** pela Lei nº 13.964/2019 ("**Lei Anticrime**") **modificou** a disciplina referente às medidas de índole cautelar, **notadamente** aquelas de caráter pessoal, **estabelecendo** um modelo **mais consentâneo** com as **novas exigências definidas pelo moderno processo penal** de perfil democrático **e assim preservando**, em consequência, **de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória** do processo penal brasileiro.

– **A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir** a expressão "**de ofício**" que **constava** do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, **todos** do Código de Processo Penal, **vedou, de forma absoluta,** a decretação da prisão preventiva **sem o prévio "requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público" (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base** no ordenamento jurídico vigente, **a atuação "ex officio" do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade.**

– **A interpretação** do art. 310, II, do CPP **deve ser realizada** à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, **a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante** de qualquer pessoa em prisão preventiva, **sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação** do Ministério Público, da autoridade policial **ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência.**

AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE – NATUREZA JURÍDICA – ELEMENTOS QUE O INTEGRAM – FUNÇÃO PROCESSUAL

– **O auto de prisão em flagrante, lavrado por agentes do Estado, qualifica-se como ato de formal documentação que consubstancia, considerados** os elementos que o compõem, **relatório das circunstâncias de fato e de direito aptas a justificar a captura do agente do fato delituoso nas hipóteses previstas em lei** (CPP, art. 302), **tendo por precípua finalidade evidenciar** – como providência **necessária e imprescindível** que é – **a regularidade e a legalidade** da privação cautelar da liberdade do autor do evento criminoso, **o que impõe ao Estado, em sua elaboração, a observância de estrito respeito** às normas **previstas** na legislação processual penal, **sob pena** de caracterização **de injusto gravame** ao "**status libertatis**" da pessoa posta sob custódia do Poder Público. **Doutrina.**

– **Mostra-se inconcebível que um ato de natureza meramente descritiva, como o é** o auto de prisão em flagrante, **limitado a relatar o contexto fático-jurídico** da prisão, **permita que dele infira-se, por implicitude, a existência de representação tácita** da autoridade policial, **objetivando, no âmbito da audiência de custódia, a conversão** da prisão em flagrante do paciente **em prisão preventiva.**

– **A conversão** da prisão em flagrante **em prisão preventiva, no contexto** da audiência de custódia, **somente se legitima se e quando houver, por parte** do Ministério Público ou da autoridade policial (ou do querelante, *quando for o caso*), **pedido expresso e inequívoco** dirigido ao Juízo competente, **pois não se presume** – **independentemente da gravidade em abstrato do crime** – **a configuração dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere** o art. 312 do Código de Processo Penal, **que hão de ser adequada e motivadamente comprovados em cada situação ocorrente. Doutrina.**

PROCESSO PENAL – PODER GERAL DE CAUTELA –

INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA TIPICIDADE PROCESSUAL – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS, INESPECÍFICAS OU INOMINADAS EM DETRIMENTO DO “STATUS LIBERTATIS” E DA ESFERA JURÍDICA DO INVESTIGADO, DO ACUSADO OU DO RÉU – O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB PERSECUÇÃO CRIMINAL.

– **Inexiste, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes: HC 173.791/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 186.209--MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.**

(STF – 2ª Turma – HC 188.888 – Rel. Min. Celso de Mello – j. 06/10/2020 – pendente de publicação – Cadastro IBCCRIM 6197).

“HABEAS CORPUS” – **TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, art. 155, “caput”, c/c o art. 14, II) – DUAS PEÇAS DE QUEIJO MINAS – OBJETOS SUBTRAÍDOS QUE FORAM DEVOLVIDOS À VÍTIMA, QUE É UMA SOCIEDADE EMPRESÁRIA – SITUAÇÃO DE REINCIDÊNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA, POR SI SÓ, O FATO INSIGNIFICANTE – PRECEDENTES, NESSE SENTIDO, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SUA DIMENSÃO MATERIAL – DOCTRINA – PRECEDENTES – HIPÓTESE, NO CASO, DE ABSOLVIÇÃO PENAL DA PACIENTE (CPP, ART. 386, III) – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.**

(STF – 2ª T. – HC 155.920 – rel. Celso de Mello – j. 03/10/2020 – public. 07/10/2020 – Cadastro IBCCRIM 6198).

“HABEAS CORPUS” – **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – NECESSIDADE DE A DECISÃO QUE A AUTORIZA POSSUIR FUNDAMENTAÇÃO JURIDICAMENTE IDÔNEA, SOB PENA DE NULIDADE – IMPRESTABILIDADE DO ATO DECISÓRIO QUE, DESPROVIDO DE BASE EMPÍRICA IDÔNEA, RESUME-SE A FÓRMULAS ESTEREOTIPADAS CONSUBSTANCIADAS EM TEXTOS PADRONIZADOS REVESTIDOS DE CONTEÚDO GENÉRICO – AUSÊNCIA DE EFICÁCIA PROBANTE DAS INFORMAÇÕES RESULTANTES DE PRORROGAÇÕES DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADAS POR DECISÃO DESTITUÍDA DE FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIAL – PRECEDENTES – A QUESTÃO DA ILICITUDE DA PROVA: TEMA IMPREGNADO DE ALTO RELEVO CONSTITUCIONAL – DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA DE NÃO SER INVESTIGADA, ACUSADA, PROCESSADA OU CONDENADA COM BASE EM PROVAS ILÍCITAS (HC 93.050/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO – RHC 90.376/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.) – INADMISSIBILIDADE DA SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER – DISCUSSÃO EM TORNO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”) – DOCTRINA – PRECEDENTES – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.**

(STF – 2ª T. – HC 129.646 – Rel. Min. Celso de Mello – j. 03/10/2020 – public. 07/10/2020 – Cadastro IBCCRIM 6199).

QUEIXA-CRIME. MANIFESTAÇÕES DE PARLAMENTAR VEICULADAS, NO CASO, EM ENTREVISTA JORNALÍSTICA CONCEDIDA À IMPRENSA. IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL (CF, ART. 53, “CAPUT”). ALCANCE DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL. TUTELA QUE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ESTENDE ÀS OPINIÕES, PALAVRAS, VOTOS E PRONUNCIAMENTOS DO CONGRESSISTA, INDEPENDENTEMENTE DO “LOCUS” (ÂMBITO ESPACIAL) EM QUE PROFERIDOS, DESDE QUE TAIS MANIFESTAÇÕES GUARDEM PERTINÊNCIA COM O EXERCÍCIO DO MANDATO REPRESENTATIVO. O “TELOS” DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE PARLAMENTAR, QUE SE QUALIFICA COMO CAUSA DESCARACTERIZADORA DA PRÓPRIA TIPICIDADE PENAL DA CONDUTA DO CONGRESSISTA EM TEMA DE DELITOS CONTRA A HONRA. DOCTRINA. PRECEDENTES. INADMISSIBILIDADE, NO CASO, DA PRETENDIDA PERSECUÇÃO PENAL POR CRIMES CONTRA A HONRA, EM FACE DA INVIOABILIDADE CONSTITUCIONAL QUE AMPARA OS MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, COMO “CUSTOS LEGIS”, PELA REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME. EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO PENAL.

– **A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53,**

“caput”) – **que representa instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo – protege o membro do Congresso Nacional, tornando-o inviolável, civil e penalmente, por quaisquer “de suas opiniões, palavras e votos”. Doutrina. Precedentes.**

– Essa tutela constitucional, inerente ao desempenho do ofício congressual, estende-se às opiniões, palavras, votos e pronunciamentos do parlamentar independentemente do “locus” (âmbito espacial) em que proferidos, desde que tais manifestações guardem pertinência com o exercício do mandato legislativo, sendo irrelevante, portanto, o meio de divulgação utilizado pelo congressista (“mass media” ou “social media”).

– Em consequência, a natureza do meio de divulgação utilizado pelo congressista (“mass media” e/ou “social media”) não caracteriza nem afasta a incidência do instituto da imunidade parlamentar material, contanto que as declarações do membro do Congresso Nacional tenham relação com o desempenho das funções inerentes ao mandato que titulariza, independentemente do grau de maior ou de menor contundência de tais manifestações.

– **A cláusula da inviolabilidade parlamentar qualifica-se como causa de exclusão constitucional da tipicidade penal da conduta do congressista em tema de delitos contra a honra, afastando, por isso mesmo, a própria natureza delituosa do comportamento em que tenha incidido. Doutrina. Precedentes.**

– **Reconhecimento, no caso, da incidência da garantia da imunidade parlamentar material em favor do congressista acusado de delitos contra a honra.**

(STF – Decisão monocrática – Pet. 8.945 – rel. Celso de Mello – j. 02/10/2020 – public. 06/10/2020 – Cadastro IBCCRIM 6200).

Compilação e curadoria científica de
Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.



DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: **Eleonora Rangel Nacif**
1.º Vice-Presidente: **Bruno Shimizu**
2.º Vice-Presidente: **Helios Alejandro Nogués Moyano**
1.ª Secretária: **Andréa Cristina D'Angelo**
2.º Secretário: **Luís Carlos Valois**
1.º Tesoureiro: **Gabriel de Freitas Queiroz**
2.º Tesoureiro: **Yuri Felix**
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

Cristiano Avila Maronna
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Geraldo Prado
Sérgio Salomão Shecaira

OUIDORA

Fabiana Zanatta Viana

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Aury Lopes Jr., Juarez Cirino dos Santos, Sérgio Salomão Shecaira, Luis Fernando Niño, Vera Malaguti Batista e Vera Regina Pereira de Andrade.

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhón Bechtluft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami, Erica do Amaral Matos, Isabel Penido de Campos Machado, Surrailly Fernandes Youssef e Roberto Portugal de Biazí.

EDITORES EXECUTIVOS: Helen Christo e Willians Meneses.

EXPEDIENTE EDITORIAL: Diretoria do IBCCRIM

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Andréia Gomes Fonseca (UNINOVE – São Paulo/SP), Daniel Kessler de Oliveira (PUC - Porto Alegre/RS), Décio Franco David (UENP - Curitiba/PR), Eduardo Neves Lima Filho (Cesupa – Belém/PA), Gabriel Silva Costa (USP - São Paulo/SP), Gustavo Tozzi Coelho (PUCRS - Porto Alegre/RS), Indaiá Lima Mota (UFBA - Salvador/BA), Keity M F S Saboya (UFRN – Natal/RN), Luiz Eduardo Cani (PUC - Porto Alegre/RS), Patrick Lemos Cacicedo (USP – São Paulo/SP), Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (UFAL – Maceió/AL), Rodrigo Oliveira de Camargo (PUC – Porto Alegre/RS), Sérgio Salomão Shecaira (USP – São Paulo/SP), Taysa Matos do Amparo (UFBA – Salvador/BA), Tomás Grings Machado (PUCRS - Porto Alegre/RS), Vitória Chammas Varela (USP - São Paulo/SP).

CORPO DE AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Amanda Pilon Barsoumian (UNIFESP – São Paulo/SP), André Lozano Andrade (PUC – São Paulo/SP), Chiavelli Facenda Falavigno (Universidade de Málaga/Espanha), Cláudia da Rocha (UEL – Londrina/PR), Danler Garcia (UFU – Uberlândia/MG), Fernanda Pacheco Amorim (UNIVALI – Itajaí/SC), Fernando de Oliveira Zonta (PUC – São Paulo/SP), Gabriel Bertin de Almeida (USP – São Paulo/SP), Gabriela Rondon (UnB – Brasília/DF), Julia Baroli Sadalla (PUC – São Paulo/SP), Luiz Antonio Borri (Maringá/PR), Marco Aurélio Vogel Gomes de Mello (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Mariângela Gama de Magalhães Gomes (USP – São Paulo/SP), Mônica de Melo (PUC – São Paulo/SP), Rafael Junior Soares (PUC – São Paulo/SP), Thiago Baldani Gomes De Filippo (USP – São Paulo/SP), Walter Barbosa Bittar (PUC – Porto Alegre/RS).

PRODUÇÃO GRÁFICA E CAPA: p2g.studio | Tel.: (11) 2400-0038 | E-mail: contato@p2g.studio

REVISÃO: Rogério Pelizzari de Andrade | E-mail: rpelizzari@alumni.usp.br

IMPRESSÃO: Eskenazi Indústria Gráfica | Tel: (11) 98424-0654

BASES DE DADOS INDEXADAS:



O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não apresenta necessariamente a opinião deste Instituto.

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, nº 52, 2º andar, CEP 01018-010, S. Paulo/SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

CURSOS IBCCRIM:

Excelência e praticidade para quem procura se aprofundar em Ciências Criminais

Assista às aulas de onde quiser e quando quiser

Inscrições abertas até 14 de dezembro



NOVIDADES!
INSCRIÇÕES VÃO ATÉ
MARÇO DE 2021

