

Análise do art. 609, §1º, do Anteprojeto.

Ementa: Embargos Infringentes e de Nulidade. Limitação recursal. Voto vencido pela absolvição. Necessidade de ampliação do cabimento.

**Art.609.....**

**§ 1º Quando houver voto vencido pela absolvição em segunda instância, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de dez dias, a contar da publicação do acórdão, na forma do art. 613.**

**§ 2º Os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência e suspendem a execução da condenação criminal.(NR)**

É cediço que as decisões são proferidas por julgadores que podem errar, ainda que muitos não acreditem na falibilidade de suas decisões. Demais disso, possuem mundividências próprias que se orientam por pensamentos diversos sobre o mesmo fato posto em julgamento, oportunizando, inclusive um acréscimo da composição do Órgão Fracionário, possibilitando o aprofundamento do debate e um retrabalhar da matéria posta à discussão do Poder Judiciário.

Esse é o desiderato maior dos embargos infringentes e nulidade. Como pondera Gustavo Badaró “(...) para minimizar a chance de erro, que não se sabe se está do lado da maioria ou da minoria (...) os embargos infringentes permitem a ampliação da composição da turma julgadora, criando condições para que possa prevalecer o voto divergente, caso este realmente seja o mais acertado, na opinião dos demais julgadores que passarão a integrar o colegiado (...)”<sup>1</sup> Assim, a pretendida reforma desconhece, ou voluntariamente ignora, que o julgamento colegiado, gize-se aqui em matéria penal, pode apresentar dois tipos de divergências de entendimento entre julgadores, v.g., (i) total (tese absolutória ou desclassificatória ) e (ii) parcial (dosimetria da pena) próprias do fato posto em julgamento.

---

<sup>1</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos Recursos Penais. São Paulo: TR, 2016, p. 280

Vale dizer que a função precípua dos embargos infringentes e de nulidade contra decisão não unânime constitui importante recurso para a reafirmação ou, pelo menos, para a modificação do entendimento sobre temas infraconstitucionais de grande relevância.

Nesse sentido, a alteração pretendida mitiga os princípios - garantia da ampla defesa ( art. 5º, inciso LV, da CF) e do duplo grau de jurisdição, este previsto no Pacto de San José da Costa Rica (art. 8, 2, "h") e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, § 5º), em nome de uma pretensa celeridade na punição do agente. É de se recordar que o recurso em questão foi introduzido no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 1.720-B, de 03 de novembro de 1952 e manteve-se vigente no período antidemocrático que vigorou no país.

Acaso exista divergência entre os integrantes do Órgão Colegiado e um dos votos venha a beneficiar o réu fora das hipóteses do vindouro art. 609 do CPP, parece de clareza solar que os embargos infringentes devem ser admitidos como corolário do princípio - garantia da ampla defesa não só para restringi-lo para o exame do mérito da conduta ( absolvção), mas deve ser entendida de maneira ampla como prevê a atual redação do dispositivo legal do Estatuto de Ritos. A insurgência defensiva pode estar representada por uma inconformidade que surja no julgamento em segundo grau de jurisdição, como, p.ex. em caso de voto por desclassificação do crime, (v.g. de roubo para furto), ou mesmo nos casos de divergência entre os julgadores na dosimetria da pena, entre outras variadas hipóteses que podem surgir em casos tais.

A sociedade se reinventa e se mostra dinâmica e a lei. Ao procurar regular o complexo quadro, ao invés de servir como indutora de condutas, acaba, por vezes, causando mais caos, incertezas e inseguranças.

Assim, o parecer é pela manutenção do art. 609, do CPP, tal qual se encontra.

Análise do art. 23, §2º, do Anteprojeto.

Ementa: Legítima defesa. Reflexo da inclusão do art. 23, § 2º do Projeto Anticrime sobre as Leis 11.340/2006 e 13.104/2015.

### **Art.23**

**(omissis)**

**§ 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção." (NR)**

Após 13 anos de vigência da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha - LMP), o último Mapa da Violência (2018) divulgado pelo IPEA registra que, em 2017, 4.645 mulheres foram assassinadas no país, o que representa uma taxa de 4,5 homicídios para cada 100 mil brasileiras. Em dez anos, observou-se um aumento de 6,4% no número de homicídios praticados contra mulheres.<sup>1</sup>

Na mesma direção, o Núcleo de Estudos Violência da USP e o Fórum de Segurança Pública divulgaram estudo que revela que

O Brasil teve **4.473 homicídios dolosos de mulheres em 2017** (um aumento de 6,5% em relação ao ano anterior).

Do total, **946 são feminicídios** ( dado considerado subnotificado).

Em 2015, 11 estados não registraram dados de feminicídios. em 2017, três ainda não tinham casos contabilizados Rio Grande do Norte é o que tem o maior índice de homicídios contra mulheres: **8,4 a cada 100 mil mulheres**.

Mato Grosso é o estado com a maior taxa de feminicídio: **4,6 a cada 100 mil<sup>2</sup>**

Para Samira Bueno e Juliana Martins, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 12 (doze) mulheres são assassinadas todos os dias, em média, no Brasil. Uma mulher é assassinada a cada duas horas no Brasil. A taxa de homicídios é de 4,3 mortes para cada grupo de 100 mil pessoas do sexo feminino. Se considerarmos

---

<sup>1</sup><[http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP\\_Atlas\\_da\\_Violencia\\_2018\\_Relatorio.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf)> Acesso em 11.fev.2019

<sup>2</sup> <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-sao-subnotificados.ghtml>> Acesso em 11.fev.2019

o último relatório da Organização Mundial da Saúde, o Brasil ocupa a 7ª posição entre as nações mais violentas para as mulheres, de um total de 83 países.<sup>3</sup>

Tais dados demonstram que, mesmo com a perspectiva coercitiva e o enfretamento sociológico da violência, sob o viés de uma política criminal específica, a LMP não conseguiu atingir o efeito pedagógico almejado, a saber, coibir a violência intrafamiliar contra a mulher.

Cumpre destacar, para não parecer reducionista, que a Lei nº 11.340/2006 deu visibilidade à questão da violência contra a mulher e à violência intrafamiliar. Esse é, repise-se, um mérito inegável desse tipo de legislação, porquanto antes a violência contra a mulher era mascarada e escondida sob o manto de delitos comuns existentes no Código Penal, tais como lesões corporais, ameaças e homicídios genericamente contabilizados.

A LMP desvelou e tornou conhecidos os dados sobre a violência contra mulher, dando-lhes contornos mais precisos e públicos não só para os operadores do direito, mas para a sociedade em geral.

Observadas essas premissas e com olhos postos no denominado Projeto de Lei Anticrime, da iniciativa do Ministro da Justiça Sérgio Moro, necessário tecer considerações sobre a disposto no § 2º do art. 23 do Anteprojeto frente à Lei 11.340/2006 e o tipo penal do feminicídio.

A Lei 11.340/2006, entre outros dispositivos legais, proibiu a aplicação de “penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa” (art. 17). Afastou-se, igualmente, a incidência das disposições da Lei nº 9.099, de 26/09/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41). Ademais, a LMP elencou as formas de violência doméstica, entre elas a física, a psicológica, a sexual, a patrimonial e a moral (Art. 7º), deixando claro que a violência doméstica contra a mulher independe de sua orientação sexual.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-sao-subnotificados.ghtml>> Acesso em 11.fev.2019

<sup>4</sup> BRASIL. Lei Maria da Penha. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras

Demais disso, criou as chamadas medidas protetivas de urgência (MPU), tanto as que visam a proteger a mulher vítima da violência doméstica (art. 23), como aquelas destinadas a afastar o agressor do lar comum, ou mantê-lo à distância (art. 22), que podem ser concedidas tanto no curso do inquérito policial como durante o tramitar do processo penal, diante da presença de requisitos mínimos para sua concessão (*fumus boni iuris e periculum in mora* - art. 19, § 1º).

Como lembra Rogério Sanches Cunha , na mesma linha de proteção legislativa ligada à defesa de gênero, a Lei 13.104/2015 deu nova redação do art. 121 do Estatuto Repressivo para nele incluir o tipo penal denominado “feminicídio”, entendido como a morte de mulher em razão de condição do gênero. Segundo, o penalista: “*a incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão*”. O crime tem como sujeito ativo o homem ou pode ser praticado por mulher contra mulher e é imprescindível que a conduta do(a) autor(a) dos fatos esteja motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição da mulher.<sup>5</sup>

É cediço que nos crimes dessa natureza há uma relação estreita entre agressor e vítima, pois, geralmente, ocorre entre cônjuges, companheiros ou familiares próximos, de sorte que a previsão legal da excludente de ilicitude tal como prevê o Anteprojeto de Lei Moro vai na contramão de todo o esforço legislativo para coibir o femicídio.

Explica-se.

Ao permitir a redução da pena até a metade ou permitir ao juiz que deixe de aplicá-la, esvazia-se de sentido a Lei Maria da Penha e a norma do 121, §2º, inciso VI, §2º - A do CP. A norma possui caráter puramente subjetivo, realçados pelo uso do verbo “poderá” (uma faculdade e não uma imposição), a ser aplicada a partir de uma análise evidentemente discricionária realizada pelo magistrado condutor do processo, gerando total insegurança jurídica e, o que parece ser pior, ressuscitará por vias transversas a possibilidade de invocação

---

providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 11. fev. 2019.

<sup>5</sup><<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>> Acesso em: 11. fev. 2019.

da chamada “legitima defesa defensa da honra” como exculpante da conduta do agressor.

Ademais, gera-se também insegurança jurídica quando se permite a redução ou possibilidade de não-aplicação de pena sempre que o delito for praticado por “escusável medo, surpresa ou violenta emoção”, que, como é intuitivo, são, em verdade, conceitos abertos e indeterminados, que oportunizam o solipsismo judicial. Nessa trilha, o magistrado terá ampla liberdade para entender que, na análise do caso concreto, ocorrerão algumas das situações retratadas pela inclusão do parágrafo em comento e, em outra hipótese, essas mesmas circunstâncias, apesar da identidade/similitude de condutas, tais circunstâncias não estarão presentes.

Some-se a isso a possibilidade conferida pelo recente Decreto nº 9.685/2019 (que ampliou o espectro da posse de armas), de sorte que se cria ou incrementa ainda mais um caldo de cultura patriarcal, no qual o homem pode fazer uso do armamento para ampliar os danos causados às vítimas, chegando ao extremo do feminicídio, beneficiando-se, ao final, da redução ou isenção da pena alegando ter agido sob violenta emoção.

Cabe aqui trazer à colação a lição de Ney Fayet e Junior Marinho<sup>6</sup>, que, com precisão, vaticinam que o Direito Penal, na tentativa de tutelar bens jurídicos, garantir a segurança pública e educar a moral da sociedade é utilizado como pedra angular do sistema. Todavia, essa espécie de legislação é meramente simbólica, porquanto não consegue cumprir minimamente as funções que lhe são atribuídas, não raro colocando em risco os bens que pretende proteger.

Pode-se dizer, ainda, na linha de pensamento de Zygmunt Bauman<sup>7</sup>, em sua obra *A modernidade líquida*, que quanto mais leis instrumentais ou de conteúdo material se criam, mais incertezas se produzem, sobretudo porque as certezas de ontem se desfazem muito rapidamente na modernidade (ou pós-modernidade). A velocidade das transformações ocorre de maneira alucinante

---

<sup>6</sup> FAYET JUNIOR, Ney; MARINHO JUNIOR, Inezil Penna. Complexidade, insegurança e globalização: repercuções no sistema penal contemporâneo. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 84-100, jul./dez. 2009. p. 86-89. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/6634/4839>>. Acesso em: 11. fev. 2017.

<sup>7</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

e, na tentativa de se regrar esse conturbado quadro, os procedimentos e estandares normativos acabam por gerar mais inconstâncias e perplexidades.

Assim, de um ponto de vista pragmático, o discurso de proteção utilizado para justificar o Projeto Anticrime passou a ser excessivo, disfuncional, e servirá, seguidamente, como meio de aplicar um rigor penal desproporcional e incondizente com a vida de relação.

Nessas condições, o dispositivo comentado cria uma antinomia, pois há uma legislação protetiva que visa tutelar os direitos e interesses da mulher e, por outro lado, esse novo dispositivo pode frustrar o intento legislativo resultante da Lei 13.104/2015.

Assim, o parecer é pela exclusão do §2º do art. 23 do Anteprojeto.