

**FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA
FACULDADE DE DIREITO**

DIEGO MACHADO DA SILVA

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E IMUNIDADES PENAIS

**FIC
CARATINGA
2017**

DIEGO MACHADO DA SILVA
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E IMUNIDADES PENAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Violência doméstica e imunidades penais.

Orientador: Prof. Ivan Lopes Sales

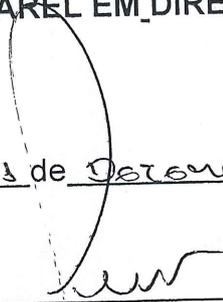
FIC
CARATINGA
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

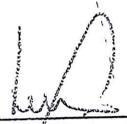
O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:
Violência doméstica e imunidades penais elaborado pelo aluno **Diego Machado da Silva** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 13 de Dezembro 2017



Prof. Orientador



Prof. Avaliador 1



Prof. Avaliador 2

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado saúde e força para vencer as dificuldades.

À minha família, que mesmo longe esteve sempre presente, não me deixando desistir;

Aos professores do Bacharelado em Direito da Doctum Caratinga e demais membros da equipe, pelo suporte durante esses 5 anos.

DEDICATÓRIA

Dedico esta, como todas minhas demais conquistas à minha família, a qual mesmo distante acompanhou e me apoiou nos momentos mais difíceis.

Não é preciso ter olhos abertos para ver o sol, nem é preciso ter ouvidos afiados para ouvir o trovão. Para ser vitorioso você precisa ver o que não está visível.

Sun Tzu

RESUMO

O presente trabalho pretende discutir a possibilidade de aplicar ou não as imunidades penais previstas no art.181 e 182 do Código Penal após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, tendo em vista que a imunidade absoluta isenta de pena o agente que comete crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça tendo como vítimas: ascendente, descendente e cônjuge na constância da sociedade conjugal e a imunidade relativa depende de representação da vítima como condição de procedibilidade; já a Lei Maria da Penha, trata da violência doméstica e familiar contra a mulher e com todo seu viés protetivo traz não só a agressão física como forma de violência, mas também a violência moral, psicológica, sexual e sobretudo para esta pesquisa, a violência patrimonial. Serão expostas posições doutrinárias, leis e jurisprudências a respeito do assunto. Sabendo-se que a Lei Maria da Penha não trouxe em seu texto nenhuma vedação expressa assim como o fez o Estatuto do Idoso e que no Direito Penal sob o enfoque do princípio da legalidade é estritamente proibido utilizar a analogia in malam partem.

Palavras-chave: Violência patrimonial. Violência doméstica. Imunidades penais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DA PROTEÇÃO DA MULHER	10
1.1 Legislação aplicável	10
1.2 Conceito de violência doméstica	12
1.3 Formas de violência doméstica e familiar contra a mulher	14
1.3.1 Violência física	14
1.3.2 Violência psicológica	15
1.3.3 Violência sexual	15
1.3.4 Violência Patrimonial	15
1.3.5 Violência moral	16
2 IMUNIDADES PENAIS	17
2.1 Imunidade absoluta	17
2.1.1 Natureza Jurídica	20
2.2 Imunidade relativa	22
2.2.1 Natureza jurídica	22
2.3 Causas de inaplicabilidade	23
3 ASPECTOS CONTROVESTIDOS SOBRE A APLICAÇÃO DAS IMUNIDADES PENAS NOS CRIMES RELACIONADOS À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	25
3.1 Aspectos Doutrinários	25
3.2 Aspectos Políticos	30
3.3 Aspectos jurisprudenciais	33
3.4 Aspectos legais	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	39

INTRODUÇÃO

A pesquisa aqui desenvolvida trata dos aspectos controversos quanto à aplicabilidade das imunidades penais nos crimes patrimoniais relacionados à violência doméstica praticados sem violência ou grave ameaça.

Faz-se necessário tratamento específico do tema, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 traz expressamente em seu texto o dever do Estado em proteger a família, sendo a Lei Maria da Penha um dos mecanismos utilizados especialmente em proteção da mulher, com todo um viés protetivo, traz não só agressão física como forma de violência, mas também a sexual, moral, psicológica e patrimonial, ocasionando diversas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, existem as imunidades penais previstas no Código Penal brasileiro, o decreto 2.848/1940, onde se dividem em absolutas e relativas, de forma que aquelas isentam de pena o agente causador do delito, enquanto essas necessitam de representação da vítima como condição de procedibilidade.

Ao se falar da aplicação dessas imunidades nos casos envolvendo violência doméstica encontramos como marco teórico da pesquisa os dizeres de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, “ante o silêncio do legislador no que concerne à mulher vítima de crime patrimonial, a conclusão é mesmo no sentido de que as imunidades previstas no Código Penal não suportaram qualquer espécie de alteração”. O que se compreende com dizeres dos autores é que apesar de haver pensamentos de que após a entrada em vigor da lei Maria da Penha essas imunidades teriam sido de alguma forma revogadas, tal norma não trouxe nada expressamente em seu texto, assim como o fez o Estatuto do Idoso, dessa forma, deixar de aplicar as imunidades seria uma afronta ao princípio da legalidade.

Traçou-se como objetivo analisar a questão relacionada à possibilidade de aplicar as imunidades penais nos crimes patrimoniais relacionados à violência doméstica, além de apresentar os posicionamentos doutrinários acerca do tema, avaliando divergentes correntes doutrinárias existentes, pesquisando o alcance da aplicação dos princípios estatuídos na Constituição Federal, mormente o da legalidade, com base na análise de legislação e jurisprudência atinente ao tema.

Para atender aos objetivos desta pesquisa escolheu-se como metodologia uma proposta teórico-dogmática, pautada em legislação, doutrina e jurisprudência. Acredita-se que a pesquisa seja interdisciplinar, pois faz junção entre o Direito Penal, o Direito Constitucional e o Direito Civil.

A divisão se dará em três capítulos, onde o primeiro aborda a questão da proteção da mulher, onde será apresentado o conceito e formas de violência

doméstica; o segundo trata da questão das imunidades penais, relativa e absoluta, sua natureza jurídica e hipóteses de inaplicabilidade, já o terceiro discorrerá sobre aspectos controvertidos sobre a aplicabilidade das imunidades penais nos crimes relacionados a violência doméstica, aspectos políticos, jurisprudenciais e legais.

1 DA PROTEÇÃO DA MULHER

Grande número de mulheres sofre diariamente humilhações, são agredidas e violentadas por seus próprios familiares em um ambiente do qual se espera um convívio harmônico.

Trata-se de grave tragédia social que sempre atingiu a vida em sociedade, mas era enfrentada de forma inadequada, por se tratar de violência praticada não por delinquente anônimo, das ruas, mas por próprios familiares, namorados, ou pessoas com quem convive; por muito tempo a sociedade clamava por medidas mais pontuais contra esses indivíduos.

Infelizmente, a comunidade por muito tempo se portou de uma mentalidade profundamente machista, onde ameaças, vias de fato; todo tipo de menosprezo dentro dos lares era visto como mera briga de casal, desta forma até mesmo o Estado deixava de interferir nessas situações, com o escopo de preservar o vínculo conjugal e a intimidade familiar. As mulheres tornavam-se reféns da violência, se vendo lançadas em um profundo abismo, sendo necessário criar mecanismos para combater essa situação.

1.1 Legislação aplicável

Diante de um contexto de violência era necessário, portanto, a criação de meios para proteger as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, indo ao encontro com os instrumentos legais já à disposição, como o § 8º do art. 226 da Constituição Federal¹, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, é o primeiro tratado internacional que dispôs amplamente sobre os direitos humanos das mulheres. São duas as frentes propostas: promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra as mulheres nos Estados-parte.

A Convenção da Mulher deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como privado. É a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado de inúmeros avanços em termos de princípios, normas e políticas construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano.

Os Estados-parte têm o dever de eliminar a discriminação contra a mulher por meio da adoção de medidas legais, políticas e programáticas. Essas obrigações se aplicam a todas as esferas da vida, a questões relacionadas ao casamento e às relações familiares e incluem o dever de promover todas as medidas apropriadas visando eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização, empresa e pelo próprio Estado.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, foi editada pela Organização dos Estados Americanos em 1994 e ratificada pelo Estado brasileiro em 1995. Este instrumento é de grande relevância, na medida em que foi uma das reivindicações dos movimentos de mulheres e feministas durante muito tempo.

A Convenção de Belém do Pará é o primeiro tratado internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres a reconhecer expressamente a violência contra a mulher como um problema generalizado na sociedade. A Convenção afirma ainda, que a violência contra a mulher traduz uma grave violação aos direitos humanos e à ofensa à dignidade humana, constituindo-se em uma forma da manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres.

Já a Constituição Federal de 1988 traz expressamente em seu texto o dever do Estado em prestar assistência à família criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Nesse cenário em 7 de agosto de 2006, foi sancionada a lei n.º 11.340, que recebeu o nome de lei Maria da Penha em homenagem a Maria da Penha Fernandes, a qual foi vítima de várias agressões por parte do marido, inclusive ficando paraplégica. Referida norma criou por exemplo, mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; dispôs sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

1.2 Conceito de violência doméstica

Considerando que a eliminação da violência doméstica contra a mulher é condição substancial para o desenvolvimento individual e social devendo ser punida e erradicada, é necessária uma definição do que se trata o termo violência doméstica, sendo assim “a agressão contra mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com finalidade específica de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando da sua hipossuficiência”. (CUNHA E PINTO, 2015, p. 61).

Após os ensinamentos doutrinários, observa-se que o conceito de violência doméstica em sentido amplo acaba necessitando de outras definições para melhor ficar entendido. Dessa forma, “a violência no âmbito da unidade doméstica compreende àquela praticada no espaço caseiro envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança”. (CUNHA E PINTO, 2015, p. 61). No mesmo sentido temos Gabriel Habib (2016):

[...] espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. Nessa hipótese, o importante é que a mulher deve fazer parte desse convívio permanente. O problema é que não há um conceito do que seja *permanente* e é justamente esse o requisito para configurar a violência doméstica contra a mulher. Na ausência de especificação legal, pensamos que o convívio permanente significa um convívio habitual, duradouro, e não fugaz, passageiro.

Pode-se perceber que não se exige o vínculo familiar, sendo assim, a violência doméstica pode ocorrer fora dos casos de marido e mulher, bastando um convívio habitual.

Já a violência no âmbito da família, “engloba aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco ou por vontade expressa”. (CUNHA E PINTO, 2015, p. 64).

Entende-se por família “todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção”. (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2016, p. 17).

É necessário frisar que atualmente há na doutrina uma tendência de ampliar o conceito de família, abrangendo situações não mencionadas pela Constituição Federal, assim temos as definições de Carlos Roberto Gonçalves (2016):

- A – Família matrimonial: decorrente do casamento;
- B – Família informal: decorrente da união estável;
- C – Família monoparental: constituída por um dos genitores com seus filhos;
- D – Família anaparental: constituída somente pelos filhos;
- E – Família homoafetiva: formada por pessoas do mesmo sexo;
- F – Família eudemonista: caracterizada pelo vínculo afetivo.

É possível deduzir que atualmente o conceito de família vai além daquele tradicional, formado apenas por pai, mãe e filhos.

Por fim, temos a violência ocorrida em qualquer relação íntima de afeto, sendo esta “qualquer agressão inserida em um relacionamento estreito entre duas pessoas, fundado em camaradagem, confiança, amor etc”. (CUNHA E PINTO, 2015, P. 71).

Tira-se dessa última definição, o entendimento da possibilidade de configuração de violência doméstica mesmo em situações em que as pessoas não sejam unidas pelo casamento ou união estável, como por exemplo em casos de namoros e noivados. Nesse sentido a jurisprudência abaixo:

Ementa: APELAÇÃO CRIME VIOLNCIA DOMÉSTICA LESÃO CORPORAL. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SENTENÇA MANTIDA, NA ÍNTEGRA. 1. Como é sabido, a palavra da vítima é dotada de relevância ímpar em crimes desta estirpe, se uníssona e coerente, mormente quando confortada pelo laudo pericial, levantamento fotográfico e relato testemunhal, sendo apta a ensejar a manutenção da condenação. 2. Com relação à concessão da AJG, não foi apresentado qualquer documento relacionado à condição econômica do réu, tampouco foi suscitado no decorrer da instrução questão similar. Ademais, não se trata da seara apropriada para decidir a respeito, porquanto é pleito atinente à execução. 3. A Lei Maria da Penha incide também sobre as relações de ex-namorados, tendo em vista que foi a existência de relação

íntima de afeto anterior que ensejou o ciúme do acusado, móvel do crime. 4. As circunstâncias em que perpetrado o crime ensejam o aumento da pena-base, conforme já fundamentado no primeiro grau, razão porque deve ser mantido o quantum. 5. Com relação ao sursis, viável a manutenção da prestação de serviços à comunidade, consoante jurisprudência desta Câmara, bem como tendo em vista a redação do art. 78, § 1º, do CP. A cumulação de condições, ademais, é viável, porquanto inexistente óbice legal para tanto. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70072325871, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 09/08/2017)

Conforme visto, até mesmo com o fim do relacionamento íntimo de afeto, é possível configurar violência doméstica.

1.3 Formas de violência doméstica e familiar contra a mulher

Para dar uma maior abrangência ao conceito de violência no âmbito doméstico e familiar contra a mulher e não ter um alcance restrito, a Lei Maria da Penha elencou as diversas formas de violência em seu art.7º. O rol não é taxativo, tendo em vista a utilização da expressão “entre outras” em seu conteúdo normativo.

Dentre as formas de violência doméstica temos na ordem de seus incisos:
Violência física, a psicológica, a sexual, a patrimonial e a moral.

1.3.1 Violência física

Ao longo da história as mulheres foram tratadas como objetos do lar, sempre com a premissa de inferioridade ao homem, até mesmo pelo porte físico menos abrangente acabam sofrendo agressões físicas. Violência física não é apenas aquela que resulta lesões, conforme Rogério Sanches e Ronaldo Pinto (2015):

É o uso da força, mediante socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras etc; visando, desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina tradicionalmente, *vis corporalis*².

Ainda de acordo com Gabriel Habib (2016):

É a conduta por meio da qual qualquer pessoa, sem *animus necandi*³, ofende o bem jurídico integridade corporal humana, ou agrava uma situação já existente, produzindo, por qualquer meio, uma alteração física prejudicial, anatômica ou funcional, local ou generalizada em outrem. A ofensa à

² Violência física

³ Intenção de matar

integridade corporal é a lesão que afeta órgãos, tecidos ou aspectos externos do corpo, como fraturas, ferimentos, equimoses e lesão de um músculo.

Pode-se desfrutar que não só as lesões corporais, mas também a simples vias de fato configura agressão física.

1.3.2 Violência psicológica

Diferente da violência física, a violência psicológica não deixa marcas visíveis, mas acaba escravizando a mulher de forma invisível, sendo assim definida:

Art. 7º, II - a violência psicológica entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Desta forma, limita a liberdade, privando seus direitos e opções, mesmo que aparentemente exibam uma ideia de autonomia, autodeterminação pessoal e liberdades de ir e vir tornando-as reféns absolutas.

1.3.3 Violência sexual

Não só o ato sexual é considerado violência, conforme Rogério Sanches e Ronaldo Pinto (2015):

Qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação, ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Compreende-se que este tipo de violência está diretamente ligado a autonomia da mulher referente à sua dignidade sexual, sendo restringida mediante algum tipo de coação.

1.3.4 Violência Patrimonial

A violência patrimonial alvo principal desse trabalho encontra previsão no artigo 7º, IV da Lei Maria da Penha:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

O Código Penal traz vários crimes tipificados referente às condutas descritas acima, sendo dentre eles: furto, apropriação indébita, dano, dentre outros.

1.3.5 Violência moral

Consiste na conduta ofensiva à honra da vítima, tendo em vista que ao referir-se a ela o legislador elencou os crimes contra a honra: calúnia, difamação ou injúria:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva da vítima, a primeira consiste em imputar falsamente um fato criminoso a alguém, já a segunda consiste na imputação de fato ofensivo a reputação, ambas se consumam quando um terceiro toma conhecimento.

Já a injúria atinge a honra subjetiva do ofendido, não há atribuição de um fato determinado e sua consumação se dá pelo simples conhecimento da imputação pela vítima.

2 IMUNIDADES PENAIS

2.1 Imunidade absoluta

A imunidade absoluta prevista no artigo 181 do Código Penal de 1940, tem acompanhado o desenvolvimento do direito dos povos, de tal forma, não existe tão somente no ordenamento jurídico brasileiro. Este instituto pode ser observado em ordenamentos que serviram de base para a formação do Direito Brasileiro, tal como Direito Romano, o Código Napoleônico, Códigos Criminais do Império e Penal Republicano.

O Direito Romano baseava-se inicialmente no princípio da copropriedade familiar, pelo qual resultava o não acolhimento de ação penal quando o autor ocupasse a posição de filho ou cônjuge do prejudicado. Posteriormente com a evolução jurídica houve a abolição desse princípio, contudo a imunidade subsistiu sob uma nova razão: prevenir a intimidade familiar e seu desprestígio.

Já o Código napoleônico de 1810, estabelecia a impunidade para o furto praticado entre esposos e entre ascendentes e descendentes, resguardando apenas a reparação civil.

No Direito brasileiro, os códigos do Império (1830) e Penal Republicano (1890), traziam semelhante imunidade proibindo a instauração de ação penal apenas referente ao crime de furto.

O vigente código penal, de 1940, em suas disposições gerais referentes aos crimes contra o patrimônio abarcou o assunto de forma mais ampla, onde confere tal imunidade para todos os crimes contidos naquele título, exceto os praticados com emprego de violência ou grave ameaça:

Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

Essa imunidade encontra justificativa na proteção da família, pois levando-se em consideração que a punição pelo crime cometido por esses agentes traria maiores prejuízos à vítima do que benefícios.

É necessário fazer uma breve análise dos incisos do artigo retro mencionado, sendo assim, para efeitos de proteção do Estado, em se tratando de cônjuge, não se interpreta apenas os casados em conformidade com a lei civil, mas também aqueles unidos pelo instituto da união estável conforme texto da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Uma característica da união estável é a ausência de formalidade para a sua constituição, bastando o fato da vida em comum, enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação e outras inúmeras formalidades. Sendo a união estável assim conceituada pelo Código Civil brasileiro:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Contudo, quanto a aplicabilidade da imunidade penal, há na doutrina quem entenda que a “expressão cônjuge é de interpretação restritiva, não se ampliando para companheiro”. (NUCCI, 2015). O autor ainda complementa:

O texto constitucional menciona nitidamente ser união estável algo diverso do casamento, tanto assim que possibilita a conversão da primeira em matrimônio. Além disso, o fato de o Estado reconhecer na união estável a existência de uma família, para efeito de lhe conferir proteção civil, não pode ser estendido ao Direito Penal.

Assim, para essa corrente apenas as pessoas casadas poderão ser beneficiadas pela imunidade absoluta, porém, parece mais adequado o primeiro entendimento baseado no texto constitucional, de forma, que para ser aplicada a benesse da imunidade absoluta, pode o autor do delito ser casado de acordo com as formalidades da lei ou então viver em união estável com a vítima. Nesse sentido a jurisprudência abaixo:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - FURTO - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA - MANUTENÇÃO - INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA ESCUSA

ABSOLUTÓRIA - DELITO PATRIMONIAL PRATICADO POR AMÁSIO NA CONSTÂNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL - EQUIPARAÇÃO À SOCIEDADE CONJUGAL - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. - Muito embora o art. 181, inciso I, do Código Penal, mencione como hipótese de imunidade penal absoluta os crimes cometidos em prejuízo do patrimônio do cônjuge, na constância da sociedade conjugal, deve a referida escusa ser estendida ao companheiro, sob pena de incorrer em violação ao princípio constitucional da igualdade. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0153.13.006404-8/001, Relator (a): Des.(a) Eduardo Machado , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 01/12/2015, publicação da súmula em 09/12/2015)

Faz-se necessário ainda analisar o termo “constância da sociedade conjugal”, a qual é requisito para o benefício da isenção de pena.

A sociedade conjugal, estabelecida pelo casamento “é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges”. (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2016, p. 198). O Código Civil elenca em seu art. 1571, caput, as causas terminativas da sociedade conjugal:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

Portanto, compreende-se que a sociedade conjugal se inicia com o casamento e se encerra com a ocorrência de uma das causas terminativas trazidas pelo Código Civil, de tal maneira, a simples separação de fato não afasta a incidência da imunidade absoluta já que o casamento não foi desfeito, sob pena de incidir em uma analogia prejudicial ao réu, tendo em vista que a separação de fato não é hipótese prevista de dissolução da sociedade conjugal.

Conforme visto, também é isento de pena aquele que comete crimes em prejuízo do patrimônio de ascendentes, quais sejam, pais, avós, bisavós, etc., e também em prejuízo dos descendentes que são os filhos, netos, bisnetos, etc., cabendo ressaltar que a Constituição Federal em seu art. 227 § 6º trouxe absoluta igualdade entre os filhos, não se admitindo mais a distinção entre filiação legítima, ilegítima e adotiva.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Portanto, filhos havidos dentro e fora do casamento e também os adotivos, possuem os mesmos direitos e deveres, desta forma, caso venham a praticar ou contra eles seja praticado um ilícito penal que recaia na hipótese do artigo 181 do Código Penal serão isentos de pena.

2.1.1 Natureza Jurídica

No Direito Penal quando há violação de uma norma incriminadora, nasce para o Estado o direito de punir, o qual é “o direito que tem o Estado de aplicar a sanção penal prevista na norma incriminadora contra quem praticou a infração penal”. (CUNHA, Rogério Sanches, 2016, p. 309).

O direito de punir não é absoluto, praticado um injusto penal por um agente culpável, é possível que incida algum motivo que impeça o Estado de aplicar a sanção prevista.

A imunidade absoluta embora isente de pena o agente, não altera a responsabilidade criminal, ou seja, desaparece a pena, mas subsiste o crime em toda sua conformação típica. Em relação a natureza jurídica, há divergência sobre o assunto, para uma corrente “a escusa absolutória tem a mesma natureza das causas extintivas da punibilidade previstas no art. 107 do Código Penal⁴”. (DE JESUS, Damasio, 2014, p. 762).

⁴ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

Nesse sentido Fernando Capez (2015):

[...] não se trata de causa dirimente, mas extintiva da punibilidade, tornando impuníveis os delitos patrimoniais não violentos, cometidos entre cônjuges ou parentes próximos, por razões de política criminal. Não exclui a tipicidade, a antijuridicidade, nem tampouco a culpabilidade do autor, apenas em razão de um critério meramente oportunístico, deixa de ser aplicável a correspondente pena.

Nesse viés é possível entender que como causa extintiva de punibilidade, nasce para o Estado o direito de punir, contudo ele desaparece em razão de fato superveniente.

Para outra corrente, a imunidade absoluta trata-se de condição negativa de punibilidade ou causa pessoal de exclusão de pena.

Assim é o pensamento de Guilherme de Souza Nucci (2015):

Um privilégio de natureza pessoal, desfrutado por alguém em razão do cargo ou da função exercida, bem como por conta de alguma condição ou circunstância de caráter pessoal. No âmbito penal, trata-se (art. 181) de uma escusa absolutória, condição negativa de punibilidade ou causa pessoal de exclusão da pena.

De acordo com esse entendimento, o direito de punir sequer nasce, levando em conta determinadas condições pessoais do agente que conduzem à impunibilidade e que devem ter-se constituído até o momento em que o fato é cometido, como por exemplo relação de parentesco.

Apesar de parecidas, a expressão “extinção da pena” não se confunde com “exclusão da pena”. Na primeira, nasce para o Estado o direito de punir, enquanto na segunda, sequer aparece esse direito. Portanto, parece mais adequado o entendimento de que, a imunidade absoluta possui natureza jurídica de causa pessoal de exclusão da pena, tendo em vista que no momento do fato delituoso o autor já possui condições pessoais, as quais conduzem a impunibilidade. Todavia, independente de qual seja a natureza jurídica, a consequência será a mesma, a isenção de pena do agente.

VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

2.2 Imunidade relativa

Abordada pelo artigo 182 do Código Penal⁵, a imunidade relativa diferentemente da imunidade absoluta, não isenta de pena o agente causador do delito, traz como consequência a necessidade de representação da vítima em crimes contra o patrimônio que, normalmente, seriam apurados mediante ação pública incondicionada.

A primeira hipótese de aplicação da imunidade relativa é em decorrência de delito em prejuízo do cônjuge judicialmente separado; necessário relembrar que a separação judicial dissolve apenas a sociedade conjugal, permanecendo o vínculo matrimonial inalterado, dessa forma não é possível a isenção de pena prevista pela imunidade absoluta, tendo em vista que autor e vítima não se encontram na constância da sociedade conjugal, contudo é compreendido pela imunidade relativa, a qual necessita da representação da vítima para uma possível instauração de ação penal.

Já a segunda hipótese trata do crime praticado por irmão, seja unilateral ou bilateral, ressaltando que a Constituição Federal proíbe qualquer forma de discriminação entre filhos havidos dentro ou fora do casamento. Caso a vítima seja menor, o direito de representação deve ser exercido pelos representantes legais.

A última hipótese trazida pelo artigo, diz respeito à tios e sobrinhos, contudo, “somente tem aplicação quando tio e sobrinho moram, de forma não transitória, na mesma residência. Em tal hipótese, pressupõe-se que a existência da ação penal poderá acarretar problemas na convivência, daí a necessidade da representação”. (RIOS GONÇALVES, 2016, p. 600).

2.2.1 Natureza jurídica

⁵ Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

- I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;
- II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;
- III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Conforme visto, a Imunidade relativa não isenta de pena, mas altera a espécie de ação penal, necessitando da representação do ofendido, funcionando como condição de procedibilidade, nesse sentido temos o pensamento de Cleber Masson (2015):

Seu papel consiste em transformar crimes contra o patrimônio de ação penal pública incondicionada em delitos de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de quem o represente. Institui-se, desta forma, uma autêntica condição de procedibilidade para o exercício da ação penal.

No âmbito do processo penal, as condições da ação estão subdivididas em condições genéricas, as quais devem estar presentes em toda e qualquer ação penal, e condições específicas da ação, também chamadas de condições de procedibilidade, cuja presença se faz necessária apenas em certos casos previstos expressamente pela lei. A representação por parte da vítima, portanto, trata-se de uma imposição posta pela lei para que o órgão do Ministério Público possa promover a ação penal pública.

2.3 Causas de inaplicabilidade

O código penal trouxe situações impeditivas de aplicação das imunidades, seja ela absoluta ou relativa, podendo-se concluir que tais benefícios não são aplicáveis a todos os crimes contra o patrimônio:

Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;

II - ao estranho que participa do crime.

III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

A primeira situação afasta a aplicação a todas as modalidades de roubo e extorsão, os quais são crimes pluriativos, ou seja, atingem mais de um bem jurídico tutelado, neste caso, o patrimônio e secundariamente a inviolabilidade pessoal, de modo que não poderia a lei aplicar a imunidade tão somente em referência ao bem jurídico patrimônio. Também há vedação para os demais crimes patrimoniais que de

forma geral haja grave ameaça ou violência contra a pessoa, como por exemplo o esbulho possessório.

A segunda hipótese traz a proibição de aplicar o benefício ao estranho que participa do crime. Tal ressalva, na verdade, era prescindível, pois, regra idêntica é trazida pelo art. 30 do Código Penal⁶, contudo para afastar qualquer dúvida o legislador trouxe afirmação expressa no inciso II do art.183 de que as imunidades absoluta e relativa não se estendem ao estranho que participa do crime, já que a posição de cônjuge ou parente da vítima é condição pessoal do agente responsável pelo crime.

Parece acertada a opção legislativa, tendo em vista que perante ao terceiro falta o interesse de preservação da harmonia familiar, o qual é fundamento das imunidades nos crimes patrimoniais, ressaltando que “o estranho até mesmo incita ou fomenta a discórdia entre os membros de uma família, motivo pelo qual não pode receber benefício nenhum no tocante ao crime cometido com o seu apoio. (MASSON, 2015, p. 576).

Assim por exemplo, se o filho furta objetos de seu pai com ajuda de um amigo, será beneficiado pela imunidade absoluta ficando isento de pena, já o amigo responde pelo furto qualificado pelo concurso de agentes já que a imunidade não o beneficia.

A última hipótese dentre os incisos do art.183 foi inserida pelo art.95 da lei 10.741/03, Estatuto do Idoso⁷, com a finalidade de proteção ao idoso no campo dos crimes contra o patrimônio. O afastamento das imunidades é obrigatório, mesmo que a vítima, idosa, não queira que seja instaurada a persecução penal em face do responsável pelo delito, ou seja, trata-se de ação penal pública incondicionada.

Exemplificando, caso um idoso seja vítima de furto por parte de seu filho, este não será isento de pena, sendo normalmente instaurada a persecução penal, independente de representação.

⁶ Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

⁷ Art. 95. Os crimes definidos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, não se lhes aplicando os arts. 181 e 182 do Código Penal.

3 ASPECTOS CONTROVESTIDOS SOBRE A APLICAÇÃO DAS IMUNIDADES PENAIS NOS CRIMES RELACIONADOS À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Depois de analisar a Lei Maria da Penha e as imunidades penais, fica claro que de um lado estamos diante de uma norma com todo um viés protetivo e de outro temos um dispositivo que por motivos de política criminal deixa de punir o agente autor de um crime patrimonial no contexto doméstico ou familiar. Após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, vem surgindo alguns aspectos controversos envolvendo a aplicabilidade dessas imunidades, assim, faz-se necessário um estudo mais aprofundado sobre tais divergências.

3.1 Aspectos Doutrinários

No campo doutrinário há duas correntes quanto à aplicabilidade das imunidades penais, sendo que para a primeira corrente, após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha não seria possível aceitar a aplicação do benefício dessas imunidades, assim temos o posicionamento de Maria Berenice Dias (2007):

A partir da vigência da Lei Maria da Penha, o varão que “subtrair” objetos da sua mulher pratica violência patrimonial (art. 7, IV). Diante da nova definição de violência doméstica, que compreende a violência patrimonial, quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar, não se aplicam as imunidades absoluta ou relativa dos arts 181 e 182 do Código Penal. Não mais cancelado o furto nas relações afetivas, cabe o processo e a condenação, sujeitando-se o réu ao agravamento da pena (CP, art 61, II,f)

Compreende-se que para a autora o fato da Lei Maria da Penha ter trazido a violência patrimonial expressamente em seu texto como uma das formas de violência contra a mulher, não é mais possível aplicar as imunidades penais ao infrator. Assim, a autora ainda complementa:

Não há mais como admitir o injustificável afastamento da pena ao infrator que pratica um crime contra sua cônjuge ou companheira, ou, ainda alguma parente do sexo feminino. Aliás, o Estatuto do Idoso, além de dispensar a representação, expressamente prevê a não aplicação desta excludente da criminalidade quando a vítima tiver mais de 60 anos.

Aqui a autora faz uma analogia ao Estatuto do Idoso, o qual como já visto, traz expressamente em seu texto a proibição de aplicação das imunidades penais quando os crimes envolvem vítimas idosas, além de dispensar a representação, tornando-os de ação pública incondicionada.

Importante ressaltar que na citação acima a autora emprega às imunidades penais a natureza jurídica de excludente da criminalidade, o que nos parece um equívoco, conforme visto, as imunidades excluem tão somente a pena, subsistindo o crime em toda sua conformação típica.

Na mesma corrente de pensamento, temos os ensinamentos de Virgínia Feix⁸ (2011):

Utilizar argumentos de proteção à família como fundamento da política criminal em caso de violência patrimonial contra a mulher é desconhecer os fundamentos históricos, filosóficos e políticos que justificam e enquadram a Lei Maria da Penha como uma ação afirmativa do Estado brasileiro, que tem como objetivo promover a diminuição da estrutural desigualdade entre gêneros, na família e no “sagrado” lar, que tem na violência, poderoso instrumento de perpetração e reprodução. Em nosso entendimento, é desconhecer o próprio conteúdo do art. 226 parágrafo 4º, da Constituição Federal, que determina ao Estado agir positivamente, com medidas que combatam a violência intrafamiliar. Assim, não se pode permanecer chancelando, em nome da família, as violações aos direitos de seus integrantes e perpetuando dispositivos legais que promovem a banalização da violência contra mulheres.

A partir dos ensinamentos da autora, conclui-se que foi utilizado por ela o contexto histórico para sustentar a inaplicabilidade das imunidades penais, onde não mais é possível deixar de punir o infrator sob o argumento de proteção à família, sendo imposta ao Estado pela própria Constituição Federal um dever positivo de agir para combater a violência intrafamiliar.

Ainda é possível verificar no sentido de inaplicabilidade das imunidades penais, o posicionamento de Cleber Masson (2015):

Em decorrência do inciso IV do art. 7º da Lei 11.340/2006, diploma normativo cuja constitucionalidade já foi por diversas vezes reconhecida pelo Supremo

⁸ Mestre em Direito Público, especialista em Sociologia Jurídica e Direitos Humanos, com formação em Direito Internacional dos Direitos Humanos (Columbia University e Rutgers). Professora de Direito. Coordenadora das Cátedras de Gênero e Direitos Humanos do Centro Universitário Metodista do IPA/Porto Alegre. Fundadora e ex-coordenadora da ONG Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. Ex-coordenadora nacional do Comitê Latino Americano e do Caribe para Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM – BRASIL).

Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, não mais se aplicam as imunidades penais absolutas e relativas nos crimes patrimoniais cometidos pelo homem mediante violência doméstica ou familiar contra a mulher, nos termos do art. 183, inciso I, do Código Penal.

O autor ainda complementa:

Com efeito, após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, todo crime patrimonial praticado com violência doméstica ou familiar contra a mulher é executado com violência à pessoa, afastando os benefícios estatuídos pelos arts. 181 e 182 do Código Penal.

Portanto, para ele, pelo fato da Lei Maria da Penha classificar a violência patrimonial como forma de violência doméstica, faz com que todo crime patrimonial ou familiar contra a mulher seja considerado praticado com violência contra a pessoa e por consequência não se aplique as imunidades penais, conforme previsão do art. 183, I, do Código Penal⁹.

A partir de agora será analisada a corrente contrária à exposta, cujo entendimento é a favor da aplicabilidade das imunidades, mesmo diante de crime patrimonial no âmbito de violência doméstica.

O primeiro posicionamento a ser analisado é o de Victor Eduardo Rios Gonçalves (2016):

Em razão do inc. IV, alguns autores interpretaram equivocadamente que todo crime patrimonial cometido contra a esposa, a companheira, a filha etc, estaria excluído das imunidades, ainda que se tratasse de crimes como furto ou apropriação indébita. Esta interpretação é equivocada porque, nos expressos termos do art. 183, I, do CP as imunidades só devem ser excluídas se o crime envolver violência contra a pessoa ou grave ameaça. Violência contra a pessoa é a violência física (real), é a que decorre de uma efetiva agressão ou do emprego de força física contra a vítima.

Vislumbra-se claramente que o ensinamento retro mencionado é uma clara confrontação ao posicionamento de Cleber Masson, para qual todo crime patrimonial ou familiar contra a mulher é considerado praticado com violência à pessoa.

⁹ Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;

Na mesma corrente, argumenta Alice Bianchini¹⁰ (2014):

A ampliação do sentido da palavra violência trazida pela Lei Maria da Penha tem seu campo de aplicabilidade restrito às medidas protetivas e outras ações de caráter não estritamente penal, pois a interpretação extensiva, quando prejudicial ao réu, não é permitida no campo do Direito penal.

Percebe-se que o posicionamento da autora coaduna com o pensamento de que a palavra violência trazida pela Lei Maria da Penha, não se trata de violência a pessoa e desta forma não impede que as imunidades sejam aplicadas.

A autora ainda complementa seu argumento:

Concluir no sentido de que a Lei Maria da Penha rechaçou a possibilidade de aplicação das imunidades na hipótese em questão revela e existência de indevida interpretação extensiva, realizada em total arrepio ao princípio da legalidade.

Interpretação extensiva “se dá quando o interprete amplia o significado de uma palavra para alcançar o real significado da norma”. (SANCHES CHUNHA, 2016, p. 61).

Assim, interpretação extensiva também é definida por Rogério Greco (2014):

Ocorre interpretação extensiva quando, para que se possa conhecer a exata amplitude da lei, o interprete necessita alargar seu alcance, haja vista ter aquela dito menos do que efetivamente pretendia.

Portanto, diante dos pensamentos de Aline Bianchini, a palavra violência trazida pela Lei Maria da Penha, não se trata de violência cometida contra a pessoa, e entender de forma diferente, estaria ampliando o significado da norma de forma prejudicial ao réu que por consequência seria uma afronta ao princípio da legalidade.

Por fim, a autora ainda finaliza seu raciocínio da seguinte forma:

Para uma melhor proteção da mulher nos casos de violência patrimonial, os demais mecanismos da Lei Maria da Penha previstos para coibir a violência e resguardar o patrimônio da ofendida, a exemplo do disposto no art. 24, I, da Lei, poderão ser levados a efeito. Assim, “para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, a seguinte medida, entre outras: I – Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida”.

¹⁰ Doutora em Direito Penal pela PUCSP/ Mestre em Direito pela UFSC

Assim sendo, conclui-se através dos ensinamentos expostos pela autora, que por falta de vedação expressa e sob o risco de ferir o princípio da legalidade, as imunidades penais devem ser aplicadas e para a proteção do patrimônio da mulher a Lei Maria da Penha possui mecanismos próprios.

No mesmo sentido temos ainda Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2015):

Ante o silêncio do legislador no que concerne à mulher vítima de crime patrimonial, a conclusão é mesmo no sentido de que as imunidades previstas no Código Penal não suportaram qualquer espécie de alteração. Nem vale argumentar com eventual aplicação de analogia entre a situação do idoso e da mulher.

Desse modo, como a Lei Maria da Penha não trouxe em seu texto nenhuma vedação expressa à aplicação das imunidades, assim como o fez o Estatuto do Idoso, deixar de aplicar esse benefício, fazendo uma analogia ao estatuto do Idoso, estaria se criando uma situação desfavorável ao réu, assim estaríamos diante da chamada analogia *in malam partem*, a qual é terminantemente proibida no Direito Penal. Neste sentido temos o pensamento Rogério Greco (2014):

Quando se inicia o estudo da analogia em Direito Penal, devemos partir da seguinte premissa: é terminantemente proibido, em virtude do princípio da legalidade, o recurso à analogia quando esta for utilizada de modo a prejudicar o agente, seja ampliando o rol de circunstâncias agravantes, seja ampliando o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador etc.

“Define-se analogia como uma forma de auto integração da norma, consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante”. (Greco Rogério, 2014, p. 47). Tal forma de auto integração da norma pode ser distinguida em *analogia in bonam partem* e *analogia in malam partem*, onde a primeira “além de perfeitamente viável, é muitas vezes necessária para que ao interpretarmos a lei penal não cheguemos a soluções absurdas”. (Greco Rogério, 2014, p. 48). Já a analogia *in malam partem* “é aquela que, de alguma maneira, prejudica o agente”. (Greco Rogério, 2014, p. 48).

Compreende-se que não é possível utilizar a premissa de que o Estatuto do Idoso proíbe expressamente aplicar as imunidades penais e sendo assim, também deverá ser proibido na Lei Maria da Penha, sob o risco de ferir o princípio da legalidade.

3.2 Aspectos Políticos

O assunto ganha relevância também no âmbito político, no ano de 2004 foi apresentado pelo Deputado Federal, Coronel Alves, na Câmara de Deputados o projeto de lei número 3.764, o qual tem por objetivo revogar o art.181 ¹¹ do Código Penal e dar nova redação ao art.182 ¹² do mesmo diploma. De acordo com sua ementa: “ Dá nova redação ao art. 182 e revoga-se o art. 181 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal”. A referida ementa possui a seguinte explicação:

Revoga a isenção de pena para parente que comete crime contra o patrimônio dos familiares; prevendo a ação penal pública condicionada quando o crime for cometido pelo cônjuge, ascendentes, descendentes e parentes.

O político utilizou como justificativa do projeto de Lei, o argumento de que a lei penal traz a previsão de isenção de pena àqueles que praticam crimes patrimoniais contra familiares, contudo o texto da legislação infraconstitucional possui redação anterior à Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o Código Penal brasileiro é de 1940.

Desta forma, para melhor adequar ao texto constitucional e a realidade brasileira e não beneficiar o parente que praticou a infração contra seus familiares, o político propõe que a melhor hipótese seria a revogação do art.181, e modificação do art.182, deixando para a vítima a decisão de responsabilizar ou não o infrator.

Após a apresentação, o projeto foi encaminhado para apreciação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, tendo como relator o Deputado Antônio Carlos Magalhães Neto. A esta Comissão compete o exame da constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e mérito da proposta. Sendo superadas essas etapas e aprovado o mérito, o relator fundamentou seu voto pela aprovação do projeto.

De acordo com o relator, a imunidade absoluta fez parte de várias legislações ao longo do tempo, que por motivo de política criminal deixa de punir agentes que cometem crimes patrimoniais no seio familiar, contudo ocorreu uma grande evolução no Direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988. Assim, a mobilidade social vem impondo novos padrões de comportamento e forma de agir das famílias.

¹¹ Imunidade Patrimonial Absoluta

¹² Imunidade Patrimonial Relativa

O relator também faz menção ao Estatuto do Idoso, cuja previsão de proibição de isenção de pena já é expressa. Ainda segundo ele, a revogação do art.181 torna obrigatório estender a faculdade de representação ao cônjuge na constância da sociedade conjugal, *in verbis*:

A alteração do art. 182, outro objeto da Proposta, permitirá que, através do instituto da representação, o cônjuge, na constância da sociedade conjugal ou judicialmente separado, ou ainda o ascendente, descendente e o colateral até o 3º grau civil possam, de acordo com seu foro íntimo, dar início ao processo criminal ou deixar de fazê-lo, se assim pretender.

O Projeto de Lei, proposto em 2004 pelo Deputado Coronel Alves, como já visto, pretende revogar o art.181 do Código Penal e alterar o art.182, cuja redação atual se tem da seguinte forma:

Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

De acordo com projeto original do parlamentar, o art.182 passaria a ter a seguinte redação:

“Art. 182.....:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal ou judicialmente separado;

II - de ascendente, descendente, enteado, irmão, tio, sobrinho ou primo”

Percebe-se que foi removido a expressão “ cônjuge desquitado”, a qual não é mais utilizada no ordenamento jurídico brasileiro. Também não se faz presente a distinção entre irmãos legítimos e ilegítimos, assunto superado pela Constituição Federal. O inciso II, traz ainda a possibilidade de representação até mesmo pelo enteado ou primo, o que na redação atual trata-se de ação penal pública incondicionada, ou seja, com a proposta original do Deputado, caso haja crime em prejuízo de primo e enteado, seria necessária representação da vítima como condição de procedibilidade, isso mostra cada vez mais a intenção de transferir à vítima a autonomia para decidir sobre a responsabilidade penal do infrator.

No parecer do relator, Deputado Antônio Carlos Magalhães Neto, o voto foi pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do Projeto de Lei nº 3.764 de 2004, e quanto ao mérito, pela sua aprovação, na forma do Substitutivo:

Art. 182.....
 I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal ou judicialmente separado;
 II – de ascendente, descendente, e colateral até o 3º grau civil.

Portanto, com a redação substitutiva do relator, foram excluídos o enteado e o primo, tendo em vista que o texto trata apenas de parentes colaterais até o terceiro grau, hipótese que abrange somente tios e sobrinhos, sendo o primo parente colateral de quarto grau.

O parecer do Relator sobre o projeto de lei, com o substitutivo, foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça em 29/11/2006, com publicação no DCD de 06/12/2006 PÁG 54004 COL 02, Letra A¹³. Atualmente a Proposição encontra-se sujeita à apreciação do plenário, sob regime ordinário.

Contudo, não parou por aí os aspectos políticos quanto ao tema, no dia 06 de novembro de 2012, foi proposto novo projeto de Lei pela Deputada Rosane Ferreira, o projeto de número 4.661/2012, o qual também prevê a revogação do art.181 e mudanças na redação do art.182 do Código Penal, conforme ementa: “Altera o art. 182 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”¹⁴.

Como justificativa a parlamentar relata que tal projeto pretende criminalizar as lesões patrimoniais praticadas sem violência ou grave ameaça entre cônjuges, ascendente e descendentes, pois “de ordinário, tem-se notícia de furtos, apropriações indébitas e outros delitos praticados por filhos contra pais, netos contra avós, maridos contra esposas”. Ainda disserta que o crime patrimonial cometido por um membro da família é mais grave do que um crime consumado por um desconhecido, pois se estaria diante de um abuso de confiança do qual detém, ainda segundo a Deputada, é irrazoável que se tolere tais delitos, *in verbis*:

A tolerância a tais delitos escapa à razoabilidade, pois não é aceitável que famílias vítimas de membros integrantes do próprio núcleo afetivo tenham o

¹³ Retirado da integra do Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania sobre o Relatório do Projeto de Lei 3764/2004 no site: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/427664.htm>

¹⁴ Retirado do site “<http://www.camara.gov.br/proposicoes>” em pesquisa da Proposição: PL-4661/2012

seu patrimônio lesado sem ter a possibilidade de recorrer ao Estado para a proteção de seus bens.

Conforme projeto proposto pela Deputada, ficaria revogado o art.181, tendo o art.182 do Código Penal a seguinte redação:

“Art. 182
 I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal ou judicialmente separado;
 II – do companheiro ou companheira, na constância da união estável;
 III – de ascendente ou descendente, civil ou natural;
 IV – de irmão;
 V – de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.”

Maior novidade é a colocação expressa da situação da União estável, acabando com qualquer dúvida advinda sobre o assunto.

O projeto 4.661/2012 de autoria da Deputada Rosane Ferreira foi apensado ao projeto 3.764/2004 do Deputado Coronel Alves, conforme despacho da Mesa Diretora da Câmara,¹⁵ ficando sujeita a apreciação do plenário.

Percebe-se que mesmo antes da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, já vinha se pensando no assunto relativo à aplicação das imunidades penais nos crimes patrimoniais cometidos no âmbito familiar.

3.3 Aspectos jurisprudenciais

No tocante ao aspecto jurisprudencial, parece haver sinalização de que as imunidades penais não foram derogadas pela Lei Maria da Penha, não se encontrando decisões contrárias até o momento, pois conforme os entendimentos dos Tribunais, as imunidades devem sim ser aplicadas mesmo quando se tratar de violência patrimonial no âmbito doméstico tendo a mulher como vítima. Assim, temos a jurisprudência abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - CRIME PRATICADO CONTRA ASCENDENTE - ESCUSA ABSOLUTÓRIA - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE.

- Impossível a condenação do réu que pratica o crime de furto contra ascendente que possui idade inferior a 60 (sessenta) anos, diante da imunidade penal absoluta preconizada pelo art.181, II do CPB. (TJMG - Apelação Criminal 1.0002.14.003387-5/001, Relator(a):

¹⁵ Retirado do site “<http://www.camara.gov.br/proposicoes>” em pesquisa da Proposição: PL-4661/2012

Des.(a) Furtado de Mendonça , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/07/2017, publicação da súmula em 21/07/2017).

Trata-se de recurso de apelação interposto por um cidadão, inconformado com uma sentença, a qual o condenou como incurso nas sanções do art. 155, caput, do Código Penal, contudo a vítima tratava-se de sua mãe, ou seja, ascendente, de forma que teve sua isenção de pena reconhecida.

No mesmo sentido a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso:

APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – FURTO SIMPLES – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE INIMPUTABILIDADE – ARTIGO 45 DA LEI 11.343/2006 – INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE – AUSÊNCIA DE LAUDO E DE OUTROS ELEMENTOS QUE INDIQUEM QUE O APELANTE AO TEMPO DO CRIME ERA INCAPAZ DE COMPREENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO – INVIABILIDADE – ESCUSA ABSOLUTÓRIA PREVISTA NO ARTIGO 181, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL – CRIME PRATICADO POR DESCENDENTE CONTRA ASCENDENTE - *IMUNIDADE* NÃO REVOGADA PELA LEI MARIA DA PENHA – DERROGAÇÃO QUE IMPLICARIA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE – PREVISÃO EXPRESSA DE MEDIDAS CAUTELARES PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – RECURSO PROVIDO PARA ISENTAR DE PENA O APELANTE. Ser dependente químico não implica, necessariamente, em prejuízo à sua capacidade de discernimento ou autodeterminação. In casu, não houve qualquer pedido de perícia para concluir pela existência de alteração nas esferas de memória, pensamento, sensopercepção, inteligência, juízo crítico e pragmatismo, inviabilizando o acolhimento das alegações de inimizabilidade do réu. O artigo 181, inciso II, do Código Penal estabelece *imunidade* penal absoluta ao descendente que pratica crime patrimonial contra ascendente. O advento da Lei 11.340/2006 não é capaz de alterar tal entendimento, pois embora tenha previsto a violência patrimonial como uma das que pode ser cometida no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, não revogou quer expressa, quer tacitamente, o artigo 181 do Código Penal. (Ap 174995/2014, DES. RUI RAMOS RIBEIRO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 27/10/2015, Publicado no DJE 04/11/2015).

Aqui temos a apelação onde a defesa pretendeu reconhecer a inimputabilidade do réu sob alegação de que ele seria dependente químico, sendo assim o apelante ao tempo do crime era incapaz de compreender o caráter ilícito do fato, contudo tal alegação não foi aceita pelo Tribunal, que acabou aplicando o instituto da imunidade absoluta ao réu tendo em vista que a vítima se tratava de ascendente, ficando portanto, isento de pena.

Contudo, com a crescente divergência doutrinária na atualidade sobre o assunto e a necessidade de se adequar o texto infraconstitucional conforme à Constituição, a qual prevê uma postura positiva do Estado para prevenir e coibir a

violência no âmbito familiar, tão logo poderá surgir nos Tribunais novos debates acerca do tema.

3.4 Aspectos legais

Conforme visto, a Lei Maria da Penha traz em seu texto diversas formas de violência praticadas contra a mulher, dentre elas a violência patrimonial, ou seja, tem como objetivo proteger o patrimônio da mulher no ambiente doméstico ou familiar. Contudo, essa norma não trouxe em seu texto nenhuma vedação expressa quanto à aplicabilidade das imunidades penais, seja ela absoluta ou relativa. Diante de divergências doutrinárias, vem surgindo dúvidas a respeito do tema, onde é possível encontrar posicionamento sob o argumento de que após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha não mais se aplicaria as imunidades penais, inclusive fazendo analogia ao Estatuto do Idoso, o qual veda expressamente a aplicabilidade das imunidades nos casos que envolvam vítimas maiores de 60 anos. Contudo, há posicionamento divergente, alegando que tal analogia seria proibida, pois, estaria ferindo o princípio da legalidade, fazendo-se necessário um melhor entendimento sobre tal princípio.

O princípio da legalidade é previsto no art.5º, XXXIX da Constituição Federal com a seguinte redação: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, texto que pouco se difere ao trazido pelo art.1º do Código Penal.¹⁶

Pode-se extrair que não deve existir crime sem que haja uma lei assim definindo-o. “A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal”. (GRECO ROGÉRIO, 2014, p. 98). Ao referir-se ao termo “lei”, é exposto o entendimento pelo qual se trata de lei em sentido estrito, conforme pensamento de Rogério Sanches Cunha (2016):

A infração penal somente pode ser criada por lei em sentido estrito, ou seja, lei complementar ou lei ordinária, aprovadas e sancionadas de acordo com o processo legislativo respectivo, previsto na CF/88 e nos regimes internos da Câmara dos Deputados e Senado Federal.

¹⁶ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Ainda segundo Rogério Greco, o princípio da legalidade possui quatro funções, quais sejam:

- 1ª proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);
- 2ª proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);
- 3ª proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);
- 4ª proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

Acerca da função de proibir o emprego da analogia no Direito Penal, assim complementa o autor:

O princípio da legalidade veda, também, o recurso à analogia *in malam partem* para criar hipóteses que, de alguma forma, venham prejudicar o agente, seja criando crimes seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes etc. Se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente.

Portanto, “por conta disso é que, a despeito da Lei Maria da Penha, nenhuma alteração experimentou o Código Penal no que tange às imunidades” (CUNHA E PINTO, 2015, p. 89).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa apresentada teve como pretensão analisar a possibilidade de aplicar as imunidades penais elencadas nos art.181 e 182 do Código Penal ao autor de crime patrimonial praticado sem violência ou grave ameaça, sobretudo após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha.

Foi visto que a Constituição brasileira impõe ao Estado um dever positivo de proteção à família, sendo a Lei Maria da Penha um mecanismo para essa finalidade, tal dispositivo traz várias formas de violência praticada contra a mulher no ambiente doméstico ou familiar, dentre elas a violência patrimonial. Quanto às imunidades penais, foi verificado que a imunidade absoluta, prevista por séculos em várias legislações mundiais, traz a isenção de pena ao agente que comete crime patrimonial sem violência ou grave ameaça em prejuízo de determinados membros da família, já a imunidade relativa traz a representação como forma de procedibilidade para que o Estado possa exercer o *jus puniendi*.

O estudo baseou-se na temática de examinar o que diz a doutrina, preocupando-se em utilizar-se de fontes de autores com ampla notoriedade no campo jurídico brasileiro, buscando complementar com posicionamentos jurisprudenciais, além de pesquisar o que se tem no campo político brasileiro acerca do tema.

No campo doutrinário passou-se a analisar posicionamentos divergentes ao problema proposto, tendo como fonte direta desse estudo autores como Rogério Sanches Cunha, Maria Berenice Dias, Cleber Masson, Victor Eduardo Rios Gonçalves, dentre outros. Pode-se observar duas correntes, onde a primeira posiciona-se contra a aplicabilidade das imunidades após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, tendo em vista tal dispositivo trazer a violência patrimonial como uma forma de violência praticada contra a mulher, de modo que os crimes patrimoniais praticados em prejuízo de vítima do sexo feminino no seio familiar afastaria tal benefício ao autor e que inclusive o Estatuto do Idoso trouxe expressamente essa proibição e desta forma também não se deve aplicar o benefício nos casos envolvendo a Lei Maria da Penha, além de que aceitar a impunidade do autor sob enfoque de proteção da família não seria mais aceito após a Constituição Federal de 1988, a qual traz um dever positivo ao Estado para erradicar a violência no âmbito doméstico ou familiar. Já a corrente favorável à aplicabilidade das imunidades se baseia no

argumento de que a Lei Maria da Penha não trouxe expressamente nenhuma vedação quanto à aplicação das imunidades penais e se utilizar de analogia ao Estatuto do Idoso para deixar de aplicar tal benefício, estaria se utilizando de analogia *in malam partem*, cuja utilização é proibida no Direito Penal, sob o risco de ferir o princípio da Legalidade.

No campo jurisprudencial ainda não foi encontrado nenhuma decisão contrária à aplicabilidade das imunidades penais, porém, por se tratar de um tema cuja divergência vem crescendo na atualidade, logo poderá surgir debates acerca do tema nos Tribunais.

Já no campo político foi analisado dois projetos de leis, os quais têm por objetivo revogar o art.181 do Código Penal, o qual trata da imunidade absoluta, e dar nova redação ao art. 182, de modo que todo crime patrimonial praticado em prejuízo dos membros familiares elencados na nova redação seria passivo de punição, desde que a vítima representasse contra o autor, ou seja, acabaria com a isenção de pena, ficando a cargo da vítima decidir sobre a responsabilidade penal do agente através da representação.

Com base em todos os argumentos apresentados, concluo a pesquisa defendendo que realmente após a Constituição Federal de 1988 parece não haver mais espaço para a imunidade absoluta, contudo, para que isso ocorra deverá vir previsto expressamente em um texto de norma assim como veio no Estatuto do Idoso, pois, no Direito Penal não há que se falar em analogia em casos que prejudiquem o réu, sob pena de afrontar o princípio da legalidade. Portanto, o mais acertado seria a aprovação dos projetos de lei no sentido de não aplicação das imunidades penais, ou seja, tornar tais fatos crimes de ação penal pública condicionada a representação da vítima, atribuindo a ela o poder de decidir sobre a responsabilidade do autor, entretanto como o Código Penal não sofreu ainda nenhuma mudança expressa acerca do tema, as imunidades devem sim ser aplicadas, mesmo quando se tratar de mulher vítima de crime patrimonial cometidos sem violência ou grave ameaça.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BIANCHINI, Alice. *Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*, Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 02 de setembro de 2017.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*, Decreto-Lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:< https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf?sequence=1> Acesso em 27 de setembro de 2017.

BRASIL. *Lei Maria da Penha*, Lei n.11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte especial : dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 2.

CUNHA, R. Sanches; PINTO, R. Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 6. ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher / Maria Berenice Dias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FEIX, Virgínia. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Escusas absolutórias no direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2016. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. v. 1.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte especial*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 16.ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2014.v. 1.

HABIB, Gabriel. *Leis Especiais para Concursos*: 8^a. ed. rev., atual. e ampl. Salvador : Juspodivm, 2016. v. 12.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 35. ed. São Paulo : Saraiva, 2014. v. 1.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado : parte especial*. 7.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Método, 2015. v 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.