

Ministério Público do Estado de Mato Grosso

26ª Promotoria de Justiça Cível de Cuiabá

Parecer Técnico-Jurídico

Assunto: Representação pela Inconstitucionalidade dos artigos 181 e 182 do Código Penal, que tratam das chamadas imunidades patrimoniais absolutas e relativas, em razão de suas incompatibilidades normativas em face das fundamentais diretrizes constitucionais e convencionais internacionais relacionadas à proteção das vítimas de violência doméstica.

EXMO. SR. DR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA,

Após um aprofundado estudo sobre as disposições dos artigos 181 e 182 do Código Penal, que abordam as chamadas imunidades patrimoniais absolutas e relativas, este membro do Ministério Público identifica possíveis incompatibilidades normativas em relação às diretrizes fundamentais constitucionais e convencionais internacionais relacionadas à proteção das vítimas de violência doméstica.

No exercício das funções conferidas pela Portaria n.º 108/2024-PGJ, apresenta-se este parecer Técnico-Jurídico com o intuito de fundamentar uma representação junto à Procuradoria-Geral da República e à Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. O objetivo é subsidiar a propositura da competente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, visando assegurar a consonância das normas em questão com os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição e nos tratados internacionais pertinentes à proteção das vítimas de violência doméstica.

Na realidade, o tema foi abordado em uma substanciosa tese institucional aprovada durante o XXV Congresso Nacional do Ministério Público, promovido pela CONAMP em Salvador, no mês de novembro de 2023. O trabalho, intitulado “Inconvencionalidade das Imunidades Patrimoniais no Âmbito da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”, contou não apenas com a contribuição deste promotor de justiça, mas também com a participação do colega Thiago Pierobom de Ávila.

A presente tese parte da constatação inquestionável de que as imunidades patrimoniais delineadas nos artigos 181 e 182 do Código Penal se encontram em clara antinomia com a política de salvaguarda das mulheres que padecem de violência doméstica e familiar. Este descompasso é exacerbado quando examinado sob a ótica dos instrumentos internacionais que regulam tal matéria, o que motiva a caracterização das referidas disposições legais brasileiras como manifestamente inconformes com as normas convencionais.

Com efeito, para além de restabelecer a coerência do arcabouço protetivo atribuído a tais vítimas, uma possível Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode garantir a aplicabilidade da chamada violência patrimonial, reconhecida de maneira explícita como modalidade de violência doméstica e familiar direcionada às mulheres (Lei 11.340/2006, art. 7º, IV), mas que, não obstante a sua previsão legal, ainda carece de enfrentamento penal eficaz.

A importância da tese é acentuada quando consideramos o vertiginoso aumento do denominado “estelionato sentimental”, modalidade de crime em que indivíduos de índole inescrupulosa, após estabelecerem laços emocionais com vítimas específicas e explorando suas vulnerabilidades, apropriam-se dos seus bens ou, através de artifícios fraudulentos variados, alienam-nos, relegando as vítimas à penúria. As escusas absolutórias, sejam de natureza absoluta ou relativa, erigidas pelo Código Penal, servem de obstáculos insensatos à responsabilização destes agressores.

Assim, urge a propositura de uma ação constitucional que vise analisar a flagrante dissonância das escusas absolutórias patrimoniais previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal com as fundamentais diretrizes da Lei Maria da Penha e com as normas constantes na Constituição Federal e de Tratados Internacionais relacionados aos direitos humanos das mulheres, à luz das teorias feministas sobre o direito penal.

AS IMUNIDADES PENAIS – BREVES CONSIDERAÇÕES

As imunidades penais absolutas correspondem a circunstâncias que levam a que, mesmo diante de um ato tipificado como crime e injusto, não se imponha qualquer pena devido a pretensas razões de interesse público. Também são conhecidas como “casos de imunidade penal absoluta”, “causas de exclusão” ou “causas de isenção de pena”, constituindo assim hipóteses que excluem a punibilidade. Essas imunidades ditas absolutas estão inseridas na parte especial do Código Penal e podem ser observadas nos seguintes termos:

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.

No tocante à primeira hipótese da lei, anote-se que a escusa subsiste se ainda perdura a coexistência conjugal, mesmo que os cônjuges se encontrem em situação de separação de fato. Entretanto, no evento em que o ato transgressor seja perpetrado após a formalização do matrimônio ou quando a união marital tenha sido dissolvida por meio de separação judicial, divórcio ou declaração de nulidade matrimonial no momento da ocorrência do delito, deplora-se a inaplicabilidade do privilégio de não sofrer sanção penal.

Essa causa de imunidade revela-se desprendida do regime patrimonial que rege o consórcio conjugal, bem como se aplica indistintamente quando o marido figura como agente em detrimento da esposa, ou vice-versa. Malgrado algumas autoridades doutrinárias sustentem a inaplicabilidade dessa prerrogativa em cenários de união

estável, percebe-se uma preponderância no entendimento que acata a viabilidade da imunização jurídica em tais circunstâncias, considerando a orientação do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, que veda quaisquer diferenciações entre a união estável e o matrimônio.

Destarte, também prevalece o consenso doutrinário no sentido de que a separação de fato não opera a exclusão da incidência da prerrogativa de escusa absoluta, visto que carece da aptidão para convalidar a dissolução da entidade matrimonial.

A imunidade elencada no inciso II do artigo 181 do Código Penal é delimitada pelo vínculo de parentesco em linha reta, abarcando tanto os ascendentes como os descendentes, independentemente do grau de consanguinidade. Contudo, esta imunização não se estende às relações de parentesco por afinidade, mesmo quando pertencentes à linha reta (a exemplo de genro e sogra, sogro e nora, padrasto e enteado etc.), tampouco se projeta sobre os laços colaterais (tal como tio e sobrinho, primos etc.). Vale ressaltar que irmãos não são abarcados por esta imunidade, caracterizando-se, pois, como um caso de imunidade relativa.

A título de complementação, sobre essas imunidades, vale ressaltar a lição de Renee do Ó Souza, Luiz Fernando Rossi Pipino e Andréa Walmsley¹:

As imunidades são irrenunciáveis e têm natureza jurídica de causas extintivas da punibilidade, semelhantes àquelas do art. 107 do CP.

O rol do art. 181 do CP é taxativo, de modo que as imunidades penais absolutas somente são admitidas apenas para os crimes contra o patrimônio, vedada sua extensão para crimes de outra natureza, ainda que conexos.

O código Penal contempla ainda as chamadas imunidades relativas, que assim estão previstas:

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.

As imunidades de natureza relativa, também referidas como processuais, não resultam em isenção de penalidade. Essa prerrogativa, denominada “escusa”, engendra a metamorfose da ação penal pública incondicional em uma ação penal

¹ SOUZA, Renee do Ó; PIPINO, Luiz Fernando Rossi; WALMSLEY, Andréa. Direito penal: parte especial. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 169.

condicionada à instauração mediante a representação da vítima. Com efeito, erige-se por meio desta disposição uma autêntica condição de procedibilidade destinada a orientar a persecução do processo penal.

A primeira hipótese refere-se a transgressão perpetrada em detrimento do cônjuge desquitado ou separado por via judicial. Caso o delito patrimonial seja perpetrado contra o cônjuge durante a manutenção do vínculo matrimonial, o autor se vê agraciado com a isenção de pena (consoante o art. 181, inc. I, do Código Penal). Entretanto, se a infração se concretizar após a desintegração da conjugalidade, em decorrência de separação judicial pré-divórcio, ou mesmo após a decretação cautelar da separação de corpos, a instauração processual será tão somente viabilizada mediante a formalizada representação (nos termos do art. 182, inc. I, do Código Penal).

Por fim, ressalte-se que, caso a perpetração do delito suceda à dissolução do vínculo patrimonial em virtude do divórcio, não mais subsistirá qualquer benefício para o autor infrator.

O inciso II do artigo 182 do Código Penal, por sua vez, abarca as situações em que um crime é perpetrado em detrimento de um irmão, seja ele legítimo ou ilegítimo. A imunidade relativa abarca todas as modalidades de irmãos, reconhecidas na esfera civil, englobando tanto aqueles oriundos da mesma ascendência paterna e materna, denominados irmãos bilaterais ou germanos, quanto os provenientes exclusivamente do mesmo genitor, categorizados como irmãos unilaterais consanguíneos, ou ainda os que compartilham apenas a ascendência materna, conhecidos como irmãos unilaterais uterinos.

No que concerne ao delito perpetrado em prejuízo de um tio ou sobrinho com quem o agente coabita, o inciso III do artigo 182 do Código Penal estabelece a única forma de imunidade no contexto do parentesco colateral. No entanto, a mera relação de parentesco entre tio e sobrinho não é suficiente para acionar tal imunidade. Exige-se, ademais, a circunstância da coabitação entre ambos. Nesse âmbito, prescinde-se do vínculo íntimo entre tio e sobrinho, sendo aferido o critério objetivo da convivência em comum.

Ressalte-se que a escusa absolutória encontra aplicação exclusiva nos crimes voltados ao patrimônio, devendo ser cometidos sem o emprego de violência ou grave ameaça. Recomenda-se a análise da íntegra do artigo 183 do Código Penal para esclarecimento pleno:

Artigo 183. O disposto nos dois artigos anteriores não se aplica:

- I - nos casos de crimes de roubo ou extorsão, ou, de forma geral, quando há emprego de grave ameaça ou violência real à pessoa;
- II - ao estranho que se envolve no delito (visto que a imunidade absolutória é circunstância insuscetível de transferência);

III - nos casos de delitos praticados contra indivíduos de idade igual ou superior a 60 anos.

As imunidades penais (absolutas ou relativas) têm o efeito prático de, uma vez verificadas no caso concreto, impedir a autoridade policial de proceder com a instauração do inquérito policial para apurar o suposto crime patrimonial, haja vista a ausência de interesse que justifique o início do processo penal em relação a um acontecimento que o Estado não está habilitado a punir. Da mesma forma, na hipótese de inquérito policial instaurado e concluído, caberá ao Ministério Público requerer o arquivamento do procedimento, sob pena de o magistrado determinar a rejeição da denúncia, tendo em vista a ausência das condições essenciais para o exercício da ação penal.

Essas imunidades penais, concebidas em um contexto social divergente do presente, baseiam-se na premissa de que infrações patrimoniais eventualmente perpetradas no âmbito familiar não devem justificar a atuação das instituições de controle. A propósito, colhe-se na doutrina clássica brasileira:

“Por motivos de ordem política, ou seja, em obsequium ao interesse de solidariedade e harmonia no círculo da família, as legislações em geral declaram absoluta ou relativamente impuníveis os crimes patrimoniais quando praticados, *sine vi aut minis*, entre cônjuges ou parentes próximos. Já o direito romano, fundado no princípio, então vigente, da copropriedade familiar, decidia pelo descabimento da *actio furti* quando o *fur* era filho ou cônjuge do lesado. Com a abolição de tal princípio, na ulterior evolução jurídica, devia ter desaparecido a excepcional imunidade penal, mas um outro argumento passou a justificar a persistência desta: a conveniência de evitar ensejo à cizânia, à violação da intimidade e ao desprestígio da família. O interesse de preservá-la ao ódio recíproco entre seus membros e ao escândalo lesivo de sua honorabilidade (toda família se empenha em encobrir a má conduta de suas ovelhas negras) não deve ser sacrificado ao interesse de incondicional punição dos crimes lesivos do patrimônio, sempre e exclusivamente tais”.²

No entanto, esta opção político-criminal experimenta um esvaziamento substancial nos moldes contemporâneos, à medida que as dinâmicas criminais e sociais evoluíram de maneira a justificar a persecução penal de ilícitos praticados em meio às relações de parentescos.

² HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao Código Penal*. v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 316-317.

A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL COMO FORMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Seguindo a disposição contida no artigo 7º, inciso IV, da Lei nº 11.340/06, a violência patrimonial emerge como uma manifestação significativa no âmbito da violência doméstica e familiar direcionada à mulher. Eis a formulação normativa:

Artigo 7º: Configuram-se como modalidades de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência patrimonial, consistindo em toda conduta que configure retenção, subtração, ocasionamento de dano parcial ou integral de objetos, instrumentos de trabalho, documentos de cunho pessoal, ativos, valores e direitos ou recursos de natureza econômica, incluindo os destinados a suprir suas necessidades.

O fulcro da presente tipologia de violência reside na esfera econômico-patrimonial, não carecendo da presença concomitante de agressão física ou corporal. Em verdade, esta variante se configura mesmo nas circunstâncias em que os delitos de natureza patrimonial são perpetrados sem a utilização de *vis corporalis* ou ameaça gravosa (a exemplo do furto, furto de res nullius, apropriação indébita, estelionato).

Convém observar que se delinea, por conseguinte, uma franco desacordo entre a estipulação legal ora abordada e as disposições das imunidades penais discutidas na seção anterior. Esta disparidade torna-se ainda mais proeminente tendo em vista que, nos exatos termos do artigo 5º da Lei nº 11.340/2006, a configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher não somente ampara-se em ações ou omissões lastreadas no gênero, mas também abrange situações que resultam em óbito, danos físicos, sofrimento psicológico, sexual ou físico, bem como prejuízo moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Estas disposições consagram de maneira ainda mais inequívoca a incongruência entre as normas aludidas. Tal discernimento emerge pelo fato de que qualquer indivíduo, seja ele cônjuge, coabitante, ascendente ou descendente, ex-cônjuge ou ex-coabitante, irmão, tio ou sobrinho, que partilhe ou não o mesmo teto com uma mulher e, mediante ações pautadas no gênero, perpetre atos que resultem em sua morte, lesões, padecimentos físicos, sexuais ou psicológicos, *assim como prejuízos morais ou patrimoniais*, encarna a prática de violência doméstica e familiar regida pela Lei 11.340/2006.

A PREVALÊNCIA HIERÁRQUICA DA LEI 11.340/2006 SOBRE O CÓDIGO PENAL E O NECESSÁRIO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE

A incongruência entre os artigos 181 e 182 do Código Penal, em relação às disposições da Lei 11.340/2006, não se limita meramente a um conflito normativo no decorrer do tempo. Ao contrário, tais dispositivos desta legislação devem ser escrutinados em benefício daquele que merece a tutela mais resguardada do legislador, a saber, a mulher vítima de violência no âmbito das relações domésticas, familiares ou íntimas de afeto. Nesse contexto, o artigo 4º dessa lei expressamente determina que *“No processo de interpretação desta Lei, serão considerados os objetivos sociais aos quais ela se destina e, sobretudo, as circunstâncias peculiares das mulheres que se encontram em situação de violência doméstica e familiar”*.

Em consonância com essa disposição, o artigo 6º da Lei 11.340/2006 proclama de forma inequívoca que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das manifestações de violação dos direitos humanos, resultando assim na necessidade de uma análise à luz da Carta Magna brasileira e das Convenções que regem o tema.

Neste ponto, é imperativo lembrar o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4424/DF, onde, mediante o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, ficou elucidado que “[a] Lei Maria da Penha não pode ser interpretada de forma desassociada da Constituição Federal e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo que esses últimos constituem normas de caráter supralegal capazes de nortear a interpretação da legislação ordinária.”³

Esse mencionado julgamento, por conseguinte, fornece um notável parâmetro normativo para nossa tese.

Como ponto de partida, deve ser levado em conta a análise do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, que revela um compromisso do Estado em garantir assistência à família, considerando cada um de seus membros como sujeitos de direitos. Este dispositivo constitucional não apenas reconhece a importância da instituição familiar, mas também estabelece a responsabilidade estatal em criar mecanismos que atuem na prevenção e coibição da violência no contexto das relações familiares.

³ STF, ADI 4424/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012, DJe 01.08.2014.

Ao considerar essa disposição como uma norma de natureza dirigente, percebemos sua relevância não apenas como um princípio constitucional, mas também como uma orientação fundamental na interpretação jurídica. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica deve ser norteadada, proativamente, pela necessidade de coibir efetivamente a violência doméstica e familiar, alinhando-se ao propósito constitucional de proteção à integridade e dignidade dos membros familiares.

Dessarte, impera a necessidade de extrair do § 8º do art. 226 uma exegese profundamente protetiva, de cunho imprescindível para edificar uma sociedade que cultue a salvaguarda da instituição familiar e a abolição peremptória da violência no seio doméstico, sentido incompatível com as previsões delineadas nos artigos 181 e 182 do Código Penal.

Há ainda diversas normas de hierarquia convencional que estabelecem um dever de não tolerância às violências praticadas contra as mulheres, e um dever de devida diligência da punição por estas violências.

Nesse sentido é o que consta da Convenção de Belém do Pará (CPB), incorporada ao ordenamento jurídico pelo Decreto n. 1973/1996, em seu art. 7º, conferir:

Art. 7º Os Estados Partes condenam *todas as formas de violência* contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência e a empenhar-se em:

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;

agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c) incorporar na sua legislação interna *normas penais*, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, *punir* e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou *danifique sua propriedade;*

e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para *modificar ou abolir leis* e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias *que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;*

- f) estabelecer *procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher* sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e *efetivo acesso a tais processos*;
- g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha *efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação* justos e eficazes;
- h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.(grifos nossos)

Verifica-se que o *caput* do art. 7º estabelece que são condenadas todas as formas de violência contra a mulher. A alínea “b” estabelece o dever de devido zelo para punir a violência contra a mulher e a alínea “c” esclarece que esse dever abrange a atualização de sentido das normas penais. A alínea “d” esclarece que as medidas de proteção à mulher abrangem a proteção à propriedade. A alínea “e” indica o dever de modificar ou abolir as normas jurídicas que estabelecem uma tolerância à violência contra a mulher. A alínea “f” consagra o direito de acesso à justiça pelas mulheres, inclusive na seara criminal. E a alínea “g” indica o dever de proteção patrimonial às mulheres após uma violência, com a restituição, reparação e compensação. A avaliação destas normas em seu conjunto leva à conclusão inexorável de que se um parceiro íntimo ou um familiar pratica uma violência patrimonial contra a mulher, ainda que sem violência à pessoa ou grave ameaça, como é o caso do furto, estelionato ou dano, viola diretamente a convenção uma norma penal que venha isentar de responsabilidade o agressor nesse contexto. Viola claramente o “direito a igual proteção perante a lei e da lei” (CPB, art. 4º, alínea “f”) a situação de haver crime se um desconhecido praticar um estelionato contra a mulher, mas excluir a responsabilidade criminal se o companheiro praticar o mesmo golpe contra a mulher, inclusive abusando da relação de confiança derivada da relação afetiva.

No âmbito do sistema ONU, existe a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 4377/2002. No âmbito desta convenção há previsão de criação de um comitê de monitoramento, denominado Comitê CEDAW. Este comitê tem editado diversas Recomendações, que realizam uma interpretação autêntica da extensão dos deveres dos Estados na efetiva implementação das normas convencionais. Destacam-se duas recomendações de relevo para a presente tese, conferir:

Recomendação n. 33/2015

47. As leis penais são particularmente importantes para garantir que as mulheres possam exercer seus direitos humanos, incluindo seu direito de acesso à justiça, com base na igualdade. Os Estados partes estão obrigados, em virtude dos artigos 2 e 15 da Convenção,

a assegurar que as mulheres tenham acesso a proteção e remédios oferecidos através do direito penal, e que elas não sejam expostas à discriminação no contexto desses mecanismos, seja como vítimas ou autoras de atos criminosos. Alguns códigos ou leis penais e/ou códigos de processo penal discriminam as mulheres: [...] c) *ao falhar em criminalizar ou em agir com a devida diligência para prevenir e prover reparação a crimes que afetam desproporcionalmente ou apenas as mulheres [...]*.

51. O Comitê recomenda que os Estados partes:

a) Exerçam a devida diligência para prevenir, investigar, punir e prover reparação a todos os crimes cometidos contra mulheres, sejam por atores estatais ou não estatais;

[...]

i) Aprimorem a resposta de sua justiça penal à violência doméstica [...]

Recomendação n. 35/2017

26. As obrigações gerais descritas nos parágrafos acima englobam todas as áreas de ação do Estado, incluindo o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, no nível federal, nacional, subnacional, local e descentralizado, assim como atividades sob autoridade governamental realizadas por serviços privatizados. Elas exigem a formulação de normas legais, inclusive em nível constitucional, e o desenho de políticas públicas, programas, quadros institucionais e mecanismos de monitoramento, visando à eliminação de todas as formas de violência de gênero contra as mulheres, sejam elas praticadas por atores estatais ou não estatais. Elas também exigem, de acordo com os artigos 2, "f", e 5, "a" da Convenção, a adoção e implementação de medidas para erradicar preconceitos, estereótipos e práticas, que são a principal causa da violência de gênero contra as mulheres. Em termos gerais, e sem prejuízo das recomendações específicas fornecidas na seção a seguir, essas obrigações incluem:

Nível legislativo

a) de acordo com o artigo 2, "b", "c", "e", "f" e "g", e com o artigo 5, "a", *os Estados devem adotar legislação que proíba todas as formas de violência de gênero contra as mulheres e meninas, harmonizando o Direito interno com a Convenção*. Essa legislação deve conter

disposições sensíveis à idade e ao gênero e proteção legal efetiva, incluindo sanções aos praticantes dos atos e reparações a vítimas/sobreviventes. A Convenção também exige a harmonização aos seus padrões de todas as normas existentes no sistema de justiça religioso, no consuetudinário, no indígena e no comunitário, assim como *a revogação de todas as leis que constituam discriminação contra as mulheres, incluindo aquelas que causem, promovam ou justifiquem a violência de gênero ou perpetuem a impunidade por esses atos*. Essas normas podem ser parte de leis estatutárias, consuetudinárias, religiosas, indígenas ou de direito comum, constitucional, civil, de família, *criminal* ou administrativo, leis probatórias e processuais, tais como as disposições baseadas em atitudes ou práticas discriminatórias ou estereotipadas *que permitam a violência de gênero contra mulheres ou mitiguem condenações nesse contexto*.

Por estas diretrizes do Comitê CEDAW, verifica-se que permitir a violência patrimonial contra as mulheres ou mitigar sua responsabilidade quando praticada no contexto de violência doméstica e familiar é claramente uma prática preconceituosa, portanto inválida, inconstitucional e inconveniente.

Ora, segundo o art. 5º, § 3º, da CF/1988, as normas de direito internacional dos direitos humanos possuem estatura de norma constitucional razão pela qual o STF possui precedentes (que remontam ao julgamento do RE 466.343, em 2008, sobre o Pacto de São José da Costa Rica), de que mesmo antes do advento da EC n. 45/2003, os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma hierarquia normativa de supralegalidade. Portanto, a eventual incompatibilidade das normas legais com tratados internacionais de direitos humanos gera a sua invalidade jurídica, o que se denominou como “controle de convencionalidade”.

Relembre-se que cada vez mais o controle de convencionalidade no âmbito interamericano é vinculante para as instituições do sistema de justiça brasileiro, conforme a Recomendação n. 93/2023 do CNMP e Recomendação n. 123/2022 do CNJ.

A aferição da inconveniência é, ademais, norteadas pelos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que nos conduz, dada a pertinência intrínseca ao tema em análise, ao paradigmático caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Este último consagrou a premissa de que, quando o aparato estatal se comporta de maneira a permitir a impunidade da violação e a privar a vítima da plena restauração de seus direitos, “pode-se afirmar que descumpriu o dever de assegurar o pleno e livre exercício dos direitos das pessoas sob sua jurisdição”.

O controle de convencionalidade emerge como uma significativa apreciação da harmonização entre as normas domésticas e aquelas consagradas nos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, com o propósito inarredável de salvaguardar a integral proteção desses direitos. Este critério hermenêutico deve ser meticulosamente

observado tanto na delineação do sentido de uma norma específica quanto na resolução de eventual conflito normativo, objetivando a coerência e congruência entre os preceitos internos e os compromissos assumidos internacionalmente no âmbito dos direitos fundamentais. André de Carvalho Ramos articula com precisão que:

“[o] controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade das ações internas (comissivas ou omissivas) à luz das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais do direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais)”.⁴

Esta proposição de controle de convencionalidade, vale acentuar, harmoniza-se inteiramente com as atribuições do Ministério Público. Conforme defendem Marcelle Faria, Kledson Oliveira e Valério Mazzuoli:

“Como instituição incumbida de preservar a ordem jurídica, salvaguardar o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, não resta dúvida de que é responsabilidade do Ministério Público aplicar de maneira acurada as normas internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é signatário, tanto no âmbito processual quanto extraprocessual. Esta missão, cujas raízes remontam à promulgação da Constituição de 1988, ainda que subestimada em sua prática, reconstrói o arcabouço do sistema de justiça brasileiro, ao abarcar a “ordem jurídica” como um espaço que abriga não apenas normas internas (Constituição, leis, decretos, regulamentos etc.), mas também normas internacionais provenientes tanto do sistema global (ONU) quanto do sistema regional interamericano (OEA)”.⁵

Relembre-se que a doutrina tem advogado a necessidade de o controle de convencionalidade quanto aos direitos humanos das mulheres alcançar o direito penal e produzir uma “dogmática penal com perspectiva de gênero”.⁶ Nesse sentido, algumas autoras já têm se manifestado quanto à perda de vigência das escusas absolutórias patrimoniais com o advento da Lei Maria da Penha e pelas normas de direito internacional. Nesse sentido, Dias afirma que:

⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401.

⁵ FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 47.

⁶ ÁVILA, Thiago Pierobom de. Dogmática penal com perspectiva de gênero. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Orgs.). *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam*. v. II. Lisboa: AAFDL, 2022, p. 237-271.

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 artigos 181 e 182 do Código Penal. Não estando mais cancelado o furto nas relações afetivas, cabe a ação penal e a condenação sujeita o réu ao agravamento da pena.⁷

No mesmo sentido, Fernandes argumenta que o art. 183, inciso I, do Código Penal estabelece que não se aplicam as escusas absolutórias “quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa” e, como o art. 7º, inciso IV, da Lei Maria da Penha, definiu a violência patrimonial como uma forma de violência contra a mulher, então essa escusa não mais se aplicaria a forma específica de violência patrimonial.⁸

Especificamente utilizando-se do argumento de controle de convencionalidade, convém mencionar ainda os posicionamentos de Veras e Araújo⁹, Bianchini, Bazzo e Chakian¹⁰, e Heemann¹¹.

Finalmente, cabe registrar que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, que é de aplicação obrigatória no âmbito do Poder Judiciário, nos termos da Resolução n. 492/2023 do CNJ, estabelece expressamente a necessidade de controle de convencionalidade quanto às escusas absolutórias patrimoniais. Conferir:

b.6. Escusas nos crimes patrimoniais

Na atuação com perspectiva de gênero, pode ser necessário o controle de convencionalidade das causas de isenção de pena e a representação previstas nos arts. 181 e 182 do Código Penal, o que se afirma como base no que dispõe Convenção de Belém do Pará (Controle de Convencionalidade, Parte II, Seção 9 abaixo). Com efeito, a isenção de pena prevista no art. 181 e a representação previstas no Código Penal inviabilizam o reconhecimento da mulher como titular de patrimônio jurídico próprio, dissociado de seu cônjuge ou de outro membro familiar, o que obsta a caracterização

⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei n. 11.340/2006 de combate à violência doméstica*. 2ª ed. São Paulo: RT, p. 117.

⁸ FERNANDES, Valéria Díez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade*. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2023, p. 212.

⁹ VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; ARAÚJO, Gabriela Nivolières Soares de Sousa. Controle da Convencionalidade dos artigos 181 e 182 do Código Penal (escusas absolutórias) nos crimes patrimoniais de violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade – FIDES*, Natal, v. 9, n. 2, 2018, p. 37-49.

¹⁰ BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, crimes sexuais, feminicídio*. 4ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022, p. 179.

¹¹ HEEMANN, Thimotie Aragon. Escusas absolutórias são incompatíveis com atual estágio do Direito das Mulheres: Uma análise a partir da perspectiva de gênero e do controle de convencionalidade. *Jota*, 21/03/2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-dos-grupos-vulneraveis/escusas-absolutorias-incompativeis-com-direito-das-mulheres-21032022>.

da violência patrimonial prevista no art. 7º, IV, da Lei Maria da Penha. Ademais, esta figura foi criada por ocasião da promulgação do Código Penal em 1940, oportunidade em que o regime geral de bens no matrimônio era a comunhão total, diversamente do atual (comunhão parcial), sendo revisitada apenas por ocasião da promulgação do Estatuto do Idoso, que, ademais, exclui os referidos artigos de seu âmbito de aplicação e prevê majorante se configuradas as referidas hipóteses.¹²

O que se evidencia até o momento são elementos suficientes para justificar o controle de constitucionalidade/convencionalidade dessas disposições penais. Esse controle deve seguir as premissas para a construção de um modelo rigoroso, baseado em níveis de intensidade, conforme destacado no relevante julgamento do STF no *HABEAS CORPUS* 102.087. Nesse precedente, foi consagrado um modelo específico para o controle material de constitucionalidade das leis penais:

(...)

Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade:

Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*);

c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Überrassungsverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Unterrassungsverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

Afigura-se, de pronto, a suficiência para empreender o controle de evidência, primeiro estágio no controle de constitucionalidade das leis penais. As disposições

¹² BRASIL. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. Brasília: CNJ, 2021, p. 93.

contidas nos artigos 181 e 182 do Código Penal, como corrobora a exposição anterior, revelam-se manifestamente inadequadas aos propósitos da política criminal voltada à salvaguarda das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Ademais, perfilham-se de maneira plena os requisitos do segundo nível, conhecido como controle de sustentabilidade ou justificabilidade. Este visa averiguar a fundamentação legislativa que respalda a norma promulgada, conferindo-lhe sustentabilidade social e, notadamente, aptidão para abordar a problemática subjacente à norma. Nesse ínterim, apesar de as disposições legais impugnadas nesta ADPF terem auferido certa aceitabilidade social na época da promulgação do Código Penal, a evolução no combate à violência doméstica contra a mulher nos dias hodiernos, aliada aos índices endêmicos associados a esses delitos, indicam inequivocamente que tais normas não subsistem mais. Em relação a este segundo patamar, torna-se imperativo adentrar no estudo aduzido na tese.

Por derradeiro, evidenciam-se, outrossim, os elementos concernentes ao terceiro nível, correspondente ao controle material intensivo, aplicável a intervenções legislativas que afetam os direitos fundamentais de modo excessivo ou deficitário. Nesse contexto, com o escopo de demonstrar que as imunidades penais constituem obstáculos desproporcionais aos desígnios estabelecidos pela política criminal no enfrentamento à violência doméstica contra a mulher, torna-se imprescindível cotejar a pesquisa contida na seção subsequente desta ação. A conclusão que o referido estudo nos autoriza alcançar é que, por este adicional motivo, tais disposições devem ser reconhecidas como inconstitucionais e inconvenções.

IMPACTO REAL DA TESE

A presente tese possui um substrato fático importante: a comprovação de que as imunidades penais são desastrosas para o enfrentamento dos crimes patrimoniais praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Uma pesquisa de natureza inédita, conduzida pelo Núcleo de Gênero do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), delineou o contorno dos delitos de “estelionato amoroso” perpetrados no âmbito da violência doméstica e de gênero mediante análise documental quanti-qualitativa de 39 procedimentos investigativos e judiciais relacionados ao estelionato sentimental.¹³ Utilizou-se o recorte temático de inquéritos policiais registrados com a incidência concomitante do crime de estelionato (CP, art. 171) e da LMP, no recorte geográfico do DF, com o recorte temporal de Ocorrência Policial registrada nos anos de 2019 e 2020. Solicitou-se informações à Polícia Civil do DF, com fundamento na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), sendo a resposta recebida em 15/02/2023.

¹³ O estudo foi objeto de um primoroso trabalho remetido para importante revista científica, referenciado como: ÁVILA, Thiago Pierobom de; GRANJA, Gabriel Santana. O golpe de Don Juan: análise da fenomenologia e das respostas da justiça ao estelionato sentimental. Revista Opinião Jurídica, [no prelo].

Anote-se que o estelionato amoroso se erige nas circunstâncias em que o ardiloso, de forma oportunista, se vale de um vínculo de afeto para auferir ganhos de ordem financeira e patrimonial. A elementar da intenção de iludir a vítima, conjugada a uma situação de exploração, emerge como requisito *sine qua non* para a configuração da infração.

O estratagema se delinea por meio de uma ou mais dentre as circunstâncias adiante descritas: o parceiro conduz a vítima a delegar-lhe o gerenciamento de seus haveres; ele solicita vultosas quantias em dinheiro mediante alegadas urgências fictícias; ele lhe oferta ilusórias oportunidades de empreendimento aparentemente vantajosas. Em todas essas instâncias, busca persuadir a mulher de ser o consorte ideal, podendo inclusive adotar uma falsa identidade, assumindo a persona de um profissional triunfante.

O desfecho da análise revela-se desanimador. No âmbito desta tese específica, constata-se que apenas 23% das ocorrências registradas resultaram em oferecimento de denúncia. Destaca-se que, predominantemente, o motivo de arquivamento foi a insuficiência de provas (87,5%). Contudo, em 29,2% dos casos, ocorreu o arquivamento por ausência de representação inicial ou sua retratação. Nestas instâncias, a mulher justificou a posterior falta de interesse no processo, alegando que o ofensor não persistiu em sua conduta (57,2%) ou em virtude do ressarcimento do prejuízo por parte do agressor (42,8%).

É digno de nota que 20,8% dos arquivamentos foram fundamentados na aplicação da escusa absolutória, reconhecendo a inexistência de sanção ao delito patrimonial cometido pelo cônjuge durante a vigência do relacionamento, conforme preceituado no art. 181, inciso I, do Código Penal.

Nos cinco casos em que a escusa absolutória foi invocada, o vínculo entre as partes se estabeleceu como namorado, companheiro e ex-companheiro.¹⁴

Estes números reforçam a urgência de assegurar respostas eficazes às cidadãs brasileiras nesse domínio delitivo. A análise realizada até o momento destaca não apenas a importância da prontidão da vítima para a tomada de providências, mas também a necessidade de afastar interpretações jurídicas que, de maneira discriminatória, obstem a devida persecução penal das mulheres. Nesse contexto, o controle de constitucionalidade e convencionalidade emerge como imperativo,

¹⁴ Eis o resultado do estudo: Há um perfil específico de mulheres vitimadas: brancas (53,8%), de meia idade (maioria entre 25 e 44 anos), moradoras de bairros de classe média-alta ou alta (61,9%), com renda econômica acima de 3 salários mínimos (59%) e profissões estabelecidas. 38,5% dos ofensores eram habituais, com outras ocorrências policiais registradas. Em 35,9% a relação tinha até 6 meses. Em 5,1% o crime foi integralmente praticado pela internet e em 20,5% iniciou-se pela internet. Verificou-se três gêneros de golpes: induzir a vítima a entregar bens (48,7%), gerência abusiva do patrimônio (66,7%) e falsificações (23,1%). As estratégias foram o abuso da relação afetiva (41%), a falsa identidade (35,9%), medo (35,9%), simulação de emergência (30,7%), exigência de cuidado (25,6%) e falsa oportunidade (15,4%). O valor dos golpes soma a quantia de 2,7 milhões de reais, com mediana de 10 mil reais. Em 20,5% houve concurso com ameaças. Em 23,1% houve exclusão de aplicação da Lei Maria da Penha. Houve pouca proteção pessoal (33,3%) ou patrimonial (7,7%). Em 23,1% houve denúncia e, em 10,3%, condenação à pena média de um ano e meio.

visando tutelar o patrimônio da mulher vítima de violência doméstica e assim garantir a observância das normativas internacionais de Direitos Humanos e, por conseguinte, o respeito integral aos direitos das mulheres no processo penal.

Na conclusão, diante da violação aos preceitos fundamentais mencionados, torna-se imperativo adotar uma interpretação conforme a Constituição Federal e as Convenções Internacionais que abordam o combate à violência doméstica contra a mulher. Essa abordagem visa reconhecer que os artigos 181 e 182 do Código Penal, que regulamentam as imunidades patrimoniais absolutas e relativas, não são aplicáveis no contexto da Lei Maria da Penha. Isso se justifica pelo fato de que a violência patrimonial contra a mulher constitui uma forma de violência contra a pessoa, tornando-se uma exceção às escusas absolutórias (Código Penal, art. 183, inciso I).

Diante do exposto, apresentamos, por meio desta, uma REPRESENTAÇÃO com o intuito de eventualmente propor uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental perante a Procuradoria-Geral da República e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. O objetivo é submeter os artigos 181 e 182 do Código Penal, que versam sobre as chamadas imunidades patrimoniais absolutas e relativas, a um escrutínio de constitucionalidade e convencionalidade no âmbito do “controle concentrado”. Tal medida se justifica em virtude de suas incompatibilidades normativas com as diretrizes fundamentais constitucionais e convencionais internacionais relacionadas à proteção das vítimas de violência doméstica.

É o parecer.

Cuiabá, 22 de fevereiro de 2024.

RENEE DO Ó SOUZA

Promotor de Justiça