

RENATO BRASILEIRO DE LIMA



MANUAL DE
**LEGISLAÇÃO
CRIMINAL ESPECIAL**

VOLUME ÚNICO

13^a
edição

revista
atualizada
ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

ABUSO DE AUTORIDADE

LEI 13.869/2019

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA ORIGEM DA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE.

É ingênuo acreditar que o Congresso Nacional deliberou pela aprovação de uma nova Lei de Abuso de Autoridade tendo em vista única e exclusivamente o interesse da sociedade brasileira em coibir prática tão nefasta e odiosa quanto esta.

Não que um novo diploma normativo acerca da matéria não fosse necessário. Disso não temos a menor dúvida. Se o ordenamento jurídico confere poderes, também deve impor deveres a todos aqueles que atuam em nome do Poder Público. É dizer, se o exercício das prerrogativas conferidas a todos aqueles que agem em nome do Estado deve atender à satisfação do interesse público, jamais ultrapassando os limites estabelecidos pela lei, é de rigor coibir todo e qualquer exercício abusivo do poder por esses agentes públicos.

Mas esta necessária prevenção e reprovação já não se mostrava mais presente na legislação pretérita. De fato, dotada de dispositivos vagos e abertos, a revogada Lei n. 4.898/65 dispensava aos crimes de abuso de autoridade uma sanção penal absolutamente incompatível com o desvalor do injusto, deixando-a, assim, desprovida de qualquer poder dissuasório sobre os agentes públicos. Com efeito, a pena privativa de liberdade cominada aos crimes de abuso de autoridade pelo antigo diploma normativo – detenção, por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses (art. 6º, §3º, alínea “b”) – já não guardava mais compatibilidade com a gravidade de tais condutas, pois tratava a integralidade desses crimes como infrações de menor potencial ofensivo, logo, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitos, portanto, aos institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95. Contribuía, ademais, para o advento da prescrição da pretensão punitiva,

que, *in casu*, ocorria em apenas 3 (três) anos, consoante disposto no art. 109, inciso VI, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 12.234/10.

Não foram estes, porém, os motivos que certamente levaram Deputados e Senadores a aprovar a Lei n. 13.869/19 em regime de urgência e com votação simbólica, não nominal.¹ Inegavelmente, a Lei n. 13.869/19 não foi aprovada pelo Congresso para atender a essa finalidade, mas sim de modo a impedir o exercício das funções dos órgãos de soberania, bem como legitimar uma verdadeira vingança privada contra aqueles que, de alguma forma, se sentirem *incomodados* pela atuação dos órgãos de persecução penal, fiscal e administrativa.

Contaminado por centenas de casos de corrupção e sob constante alvo da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário na operação “Lava Jato”, o Congresso Nacional deliberou pela aprovação ‘a toque de caixa’ do novo diploma normativo com a nítida intenção de buscar uma forma de retaliação a esses agentes públicos, visando ao engessamento da atividade-fim de instituições de Estado responsáveis pelo combate à corrupção. Prova disso, aliás, e não parece ser mera coincidência, é que a sessão conjunta do Congresso na qual foram derrubados 18 itens dos 33 vetados pelo Presidente da República ocorreu menos de uma semana depois que o Min. Luís Roberto Barroso havia determinado o cumprimento de mandados de busca e apreensão no Congresso Nacional contra o então líder do governo, Senador F. B. C. É dentro desse contexto, então, que surge a nova Lei de Abuso de Autoridade, contaminada por

1. Na tarde do dia 14 de agosto de 2019, foi aprovado um requerimento de urgência e, nesta mesma data, o Plenário da Câmara dos Deputados votou a matéria através de procedimento simbólico, sequer possibilitando aos deputados federais a votação nominal do tema ou a apresentação de emendas ou críticas. O texto foi elaborado em mandato anterior do Congresso Nacional e não pela maioria dos parlamentares da nova legislatura.

cidadãos, especialmente no conceito que fazem da organização estatal. Daí a importância de se coibir todo e qualquer desvio funcional, enfim, de toda e qualquer conduta que, a pretexto de atender ao interesse público, visa à satisfação de interesse pessoal do agente público, importando em evidente desvio de finalidade.

A tutela penal dos crimes previstos na Lei n. 13.869/19 pretende, na realidade, abranger dois aspectos distintos (**crime pluriofensivo**): em primeiro lugar, visa proteger, a depender do crime em questão, a liberdade de locomoção (v.g., arts. 9º, 10, 12, etc.), a liberdade individual (v.g., arts. 13, 15, 18, etc.), o direito à assistência de advogado (v.g., arts. 20, 32, etc.), a intimidade ou a vida privada (v.g., arts. 22, 28, 38); em segundo, objetiva garantir o bom funcionamento do Estado, bem como o dever do funcionário público de conduzir-se com lealdade e probidade, preservando-se, assim, princípios básicos da Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*).

3. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE.

O abuso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência (excesso de poder) ou quando pratica um ato com finalidade diversa daquela que decorre explícita ou implicitamente da lei (desvio de poder). Em ambas as hipóteses, a tipificação do delito está condicionada, como deixa entrever o *caput* do art. 1º, ao fato de o agente público praticar a conduta em questão *no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las*.

Para a caracterização dos crimes de abuso de autoridade, não se faz necessário que a conduta seja contemporânea ao exercício efetivo da função. Subsistirá a infração penal, portanto, ainda que o agente se encontre licenciado, em férias ou não tenha assumido o cargo, mas já tenha sido, por exemplo, aprovado no concurso público ou nomeado formalmente para exercer determinada função. É exatamente nesse sentido, aliás, o disposto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 13.869/19, que define como crimes de abuso de autoridade aqueles cometidos por agente público, servidor ou não, que, *no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las*, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

Contudo, embora não se exija efetivo exercício funcional no momento da conduta, é imperioso que o sujeito ativo goze do *status* de agente público no sentido do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Caso

contrário, a ele não se poderá imputar o delito. É o que ocorre, por exemplo, com o funcionário público aposentado, que não pode figurar como sujeito ativo dos crimes de abuso de autoridade, vez que, à época do delito, já havia se desvinculado funcionalmente da Administração Pública.

De todo modo, deve restar caracterizada a correlação entre o abuso e as funções desempenhadas pelo agente. Como adverte Renee do Ó Souza, na eventualidade de a conduta delituosa ser praticada com total desvinculação às funções, “em ato ligado essencialmente à vida privada do agente, não há que se falar em abuso de autoridade”.³ É nesse sentido a jurisprudência: “(...) não há falar em abuso de poder, se a ação de polícia do réu resulta de atividade como particular desvinculada de determinação oficial e da função específica”.⁴ Portanto, se um policial militar de folga, ao fazer um “bico” como segurança privada em um estabelecimento qualquer, constranger uma pessoa detida, mediante violência, a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro, não poderá responder pelo crime do art. 13, inciso III, da Lei n. 13.869/19, porquanto o delito não guardará qualquer relação com suas funções. Subsistirá, porém, o delito de constrangimento ilegal previsto no art. 146 do Código Penal.

4. TIPO SUBJETIVO DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE: ELEMENTO SUBJETIVO GERAL + ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO TIPO.

Não consta da Lei n. 13.869/19 nenhuma infração penal culposa. Portanto, eventual inobservância do dever objetivo de cuidado na atuação funcional pode dar ensejo à responsabilização cível e/ou administrativa, punida exclusivamente na seara extrapenal, jamais no âmbito criminal.

Vez por outra, o legislador introduz em determinados tipos penais, ao lado do dolo, uma série de características subjetivas que os integram ou os fundamentam. A doutrina clássica denominava, impropriamente, o *elemento subjetivo geral* do tipo de *dolo genérico* e o *especial fim de agir de dolo específico*. A título de ilustração, o fato de o funcionário público retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, é uma atividade dirigida a um fim por imperativo do dolo, *in casu*, do crime de prevaricação previsto no art. 319 do Código

3. *Leis Penais Especiais Comentadas artigo por artigo*. Coordenadores Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Renee do Ó Souza. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm. p. 271.

4. TACRIM-SP-AC- Rel. Ary Belfort – Jutacrim 65/248.

TRÁFICO DE DROGAS

LEI 11.343/2006

1. SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS (SISNAD).

A Lei nº 11.343/06 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD –, que tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. Entre os arts. 3º e 17, a Lei de Drogas trata não apenas das finalidades do SISNAD, como também de seus princípios e objetivos, de sua composição e organização, regulamentada pelo Decreto nº 5.912/2006, e da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas.

De acordo com o Decreto nº 5.912/2006 (art. 2º), integram o SISNAD: a) o Conselho Nacional Antidrogas (CONAD), órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Ministério da Justiça; b) a Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD), na qualidade de secretaria-executiva do colegiado; c) o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como de repressão ao tráfico de drogas no âmbito do Poder Executivo federal e dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; d) as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos.

O art. 1º da Lei nº 11.343/06 deixa claro que o principal objetivo da Lei de Drogas é conferir tratamento jurídico diverso ao usuário e ao traficante de drogas. Sob a premissa de que a pena privativa de liberdade em nada contribui para o

problema social do uso indevido de drogas, o qual deve ser encarado como um problema de saúde pública – e não “de polícia” –, a Lei nº 11.343/06 inovou em relação à legislação pretérita, abolindo a possibilidade de aplicação de tal espécie de pena ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Noutra giro, entre os arts. 20 a 26, a Lei de Drogas também busca implementar ações destinadas à redução dos riscos e dos danos à saúde através da controversa política da *redução de danos* (v.g., distribuição de seringas aos usuários de drogas). Em outra vertente, a repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas é objeto de um Título autônomo (Título IV), no qual a Lei de Drogas não apenas tipifica os crimes relativos ao tráfico, como também estabelece um procedimento especial e dispõe sobre a apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado.

2. DEFINIÇÃO DE DROGAS.

Ao contrário da legislação pretérita, que fazia uso da terminologia *substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*, a Lei nº 11.343/06 optou por fazer uso da expressão *drogas*, denominação preferida pela Organização Mundial de Saúde, definida pela própria Lei em seu art. 1º, parágrafo único, como as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União, sendo certo que, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no referido dispositivo, denominam-se *drogas* as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344 de 12 de maio de 1998.¹

1. Para mais detalhes acerca da Portaria SVS/MS 344/1998, remetemos o leitor aos comentários feitos ao art. 66 da Lei de Drogas.

Como a compreensão do conceito de *drogas* e, conseqüentemente, do próprio preceito primário dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, demanda uma complementação por meio de lei ou portaria, trata-se de espécie de norma penal em branco.

2.1. Norma penal em branco (primariamente remetida).

Norma penal em branco é aquela cuja compreensão do preceito primário demanda complementação. Em outras palavras, por mais que exista a descrição de uma conduta proibida, esta descrição demanda um complemento extraído de um outro diploma, como, por exemplo, leis, decretos, regulamentos, etc., para que se possa compreender os limites da proibição feita pela lei penal.²

É o que ocorre, por exemplo, com os crimes de drogas. O termo *drogas* constante dos diversos dispositivos previstos na Lei nº 11.343/06 não funciona como elemento normativo do tipo, sujeito a uma interpretação valorativa do magistrado. Na verdade, há um verdadeiro *branco* que precisa ser complementado por norma específica. Ou seja, somente após a leitura da Portaria nº 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é que poderemos saber se esta ou aquela substância é considerada *droga* para fins de aplicação dos tipos penais constantes da Lei nº 11.343/06. Destarte, ainda que determinada substância seja capaz de causar dependência física ou psíquica, se ela não constar da Portaria SVS/MS 344/98, não haverá tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das condutas previstas na Lei nº 11.343/06.

As normas penais em branco subdividem-se em dois grupos:

a) **normas penais em branco homogêneas (em sentido amplo ou homólogos)**: seu complemento é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma cujo preceito primário precisa ser complementado. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime do art. 237 do Código Penal (“Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta”), já que as causas de impedimento de casamento previstas no art. 1521, incisos I a VII, do Código Civil, provêm da mesma fonte de produção responsável pela elaboração do Código Penal, ou seja,

pelo Congresso Nacional. Essas normas penais em branco homogêneas, por sua vez, subdividem-se em: a.1) **homovitelína**: são aquelas cuja norma complementar é do mesmo ramo do direito que a principal, ou seja, a lei penal será complementada por outra lei penal (ex: o preceito primário do crime de uso de documento falso previsto no art. 304 do CP é complementado pelos arts. 297 a 302, que se referem aos papéis falsificados ou alterados que podem ser objeto de uso); e a.2) **heterovitelína**: têm suas respectivas normas complementares oriundas de outro ramo do direito (v.g., o art. 178 do CP, que trata do crime de emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*, é complementado pelas normas comerciais que disciplinam esse título de crédito);

b) **normas penais em branco heterogêneas (em sentido estrito ou heterólogas)**: seu complemento é oriundo de fonte diversa daquela que a editou. É o que ocorre com os crimes de drogas, vez que o complemento necessário é produzido por uma autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde (ANVISA), logo, ligada ao Poder Executivo (v.g., art. 33 da Lei nº 11.343/06 e Portaria nº 344 da ANVISA). A propósito, o art. 14 do Decreto nº 5.912/2006, que regulamenta a Lei de Drogas, dispõe expressamente: “Art. 14. Para o cumprimento do disposto neste Decreto, são competências específicas dos órgãos e entidades que compõem o SISNAD: I – do Ministério da Saúde: a) publicar listas atualizadas periodicamente das substâncias ou produtos capazes de causar dependência”.

Na medida em que o complemento das normas penais em branco heterogêneas é fornecido por fonte estranha ao Congresso Nacional, discute-se na doutrina até que ponto essa *administrativização da lei penal* seria (ou não) compatível com o princípio da legalidade.

De um lado, parte minoritária da doutrina entende que haveria violação ao princípio da legalidade, porquanto essa transferência da regulamentação de tipos penais incriminadores a funcionários e órgãos do poder executivo caracterizaria violação ao art. 22, inciso I, que permite apenas à União, por meio do Congresso Nacional, legislar sobre Direito Penal. De mais a mais, também haveria violação à garantia da *lex populi*, consectário lógico do princípio democrático, do valor dos direitos fundamentais e do sentido liberal e garantista do Estado de Direito, por força do qual o monopólio normativo, no âmbito das escolhas criminalizantes ou penalizantes (ou seja:

2. Nessa linha: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 14ª ed. Niterói/RJ, Impetus, 2012. p. 20. Ainda segundo o autor, as normas penais em branco não se confundem com as normas penais incompletas ou imperfeitas (secundariamente remetidas), que são aquelas cujo preceito secundário demanda complementação, ou seja, para que se possa saber a sanção imposta, a lei nos remete a outro texto legal (v.g., art. 304 do CP).

do Direito Penal incriminador), recai apenas sobre o Poder Legislativo, porque lei ('penal') é o que o povo manda e constitui (*lex est quod populus jubet atque constituit*).³

Prevalece, todavia, o entendimento de que a utilização de normas penais em branco heterogêneas não caracteriza violação ao princípio da legalidade, desde que o *núcleo essencial da conduta* seja descrito no tipo penal incriminador que demanda complementação, tal qual ocorre em relação aos crimes de drogas.

Outra polêmica decorrente da classificação dos crimes de drogas como espécies de normas penais em branco heterogêneas diz respeito à possível alteração do complemento da norma e retroatividade em favor do acusado, tal como pode ocorrer, por exemplo, na hipótese de exclusão de determinada droga da lista de substâncias entorpecentes fornecida pela ANVISA. Nesse caso, parece haver consenso na doutrina quanto à possibilidade de retroatividade da norma complementar mais benéfica, já que se trata de verdadeira *abolitio criminis*, nos termos do art. 2º do Código Penal.

3. RESSALVAS À PROIBIÇÃO DAS DROGAS.

O art. 2º da Lei nº 11.343/06 estabelece uma proibição em todo o território nacional do plantio, da cultura, da colheita e da exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, estabelecendo, todavia, duas ressalvas: **a)** plantas de uso estritamente ritualístico-religioso; **b)** quando houver autorização legal ou regulamentar para fins medicinais ou científicos.⁴

Quanto ao cultivo de plantas para uso em rituais mágicos ou religiosos, o art. 2º, *caput*, da Lei de Drogas, faz menção expressa à Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971. O art. 32.4 da Convenção de Viena dispõe sobre as reservas que os países podem fazer em relação ao conteúdo da Convenção, e sobre as substâncias utilizadas em rituais religiosos, regulamentando que: "O Estado em cujo território cresçam plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas dentre as incluídas na Lista I, e que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, poderão, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, formular reservas em relação a tais plantas, com respeito às disposições do art. 7º, exceto quanto às disposições

relativas ao comércio internacional" (Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977).

Importante notar que o art. 2º, *caput*, não autoriza, *de per se*, o cultivo de plantas de uso ritualístico-religioso. Para tanto, também se faz necessária a concessão de autorização legal ou regulamentar. É o que ocorre, por exemplo, com o chá *Ayahuasca*, produto da decocção do cipó *Banisteriopsis caapi* e da folha *Psychotria viridis*, utilizado pelo movimento religioso conhecido como *Santo Daime*. A respeito dessa bebida, um relatório apresentado por Grupo Multidisciplinar de Trabalho instituído no âmbito do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas concluiu que "o uso ritualístico religioso da *Ayahuasca*, há muito reconhecido como prática legítima, constitui-se manifestação cultural indissociável da identidade das populações tradicionais da Amazônia e de parte da população urbana do País, cabendo ao Estado não só garantir o pleno exercício desse direito à manifestação cultural, mas também protegê-la por quaisquer meios de acautelamento e prevenção, nos termos do art. 2º, *caput*, Lei 11.343/06 e art. 215, *caput* e § 1º c/c art. 216, *caput* e §§ 1º e 4º da Constituição Federal" (Resolução nº 1/2010 do CONAD).

4. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.

Sem dúvida alguma, uma das principais novidades introduzidas pela Lei nº 11.343/06 diz respeito à mudança da política criminal em relação ao usuário de drogas. Se, à época da vigência do art. 16 da Lei nº 6.368/76, o usuário de drogas estava sujeito a uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa, com o advento da Lei nº 11.343/06, o preceito secundário do art. 28 passou a cominar as seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a nova Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão, que, nesse caso, traz poucos senão nenhum benefício à saúde do indivíduo. De mais a mais, é fato que a prisão de usuários não traz nenhum benefício à sociedade. A uma porque impede que a eles seja dispensada a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz para eventual dependência

3. Gomes, Luiz Flávio. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. 2, p. 36-37.

4. Para mais detalhes acerca dessa licença prévia para a produção de drogas para fins medicinais ou científicos, vide adiante comentários ao art. 31.

química. A duas porque a imposição de pena de prisão ao usuário faz com que este passe a conviver com agentes de crimes muito mais graves, o que pode funcionar como fator de profissionalização de criminosos.

A propósito, eis o teor da justificativa final do Senado ao Projeto de Lei nº 115, convertido na Lei nº 11.343/06, veiculado pelo parecer 846 da Comissão de assuntos sociais do Senado: “O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é, na verdade, dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer”.

5. NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS.

A partir do momento em que a nova Lei de Drogas deixou de prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, surgiu intensa controvérsia acerca da natureza jurídica do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Basicamente, há 3 (três) posições distintas:

a) **descriminalização formal e transformação em infração *sui generis***: considerando que a Lei de Introdução ao Código Penal classifica como crime a infração penal punida com pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal a infração apenada com prisão simples e multa (Decreto-Lei nº 3.914/41, art. 1º), teria havido descriminalização formal da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. É nesse sentido o entendimento de Luiz Flávio Gomes. Segundo o autor, o porte de drogas para consumo pessoal não mais pode ser considerado como “crime”, passando a funcionar como uma infração penal *sui generis* de menor potencial ofensivo;⁵

b) **descriminalização substancial e transformação em infração do Direito judicial sancionador**: sob o argumento de que teria havido descriminalização substancial, ou seja, *abolitio criminis*, há quem entenda que o art. 28 da Lei de Drogas não mais pertence ao Direito Penal, funcionando, na verdade, como uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final;⁶

c) **despenalização e manutenção do status de crime**: despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta, dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, pelo menos, sua redução. É exatamente isso que ocorreu com o advento da Lei nº 11.343/06, que afastou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Ora, o fato de o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção não impede que o legislador ordinário adote outros critérios gerais de distinção, ou até mesmo estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da Lei nº 11.343/06 – pena diversa da privativa de liberdade, a qual é apenas uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora. Com efeito, de acordo com o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena e adotará, *entre outras*, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Como se percebe, o próprio constituinte originário outorga ao legislador a possibilidade de, por ocasião da fase legislativa de individualização da pena, não apenas aplicar as penas ressalvadas no texto constitucional, como também criar outras penas ali não indicadas expressamente. Afinal, a expressão *entre outras* constante do referido dispositivo constitucional demonstra que o rol de penas aí previsto é meramente exemplificativo. Portanto, se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de se interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. De

5. GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas comentada*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 111. Segundo o autor, descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas, ou seja, o fato descrito na lei penal como infração penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: a) formal: retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do campo do direito penal, tal qual ocorreu em relação ao art. 28 da Lei de Drogas; b) penal: elimina o caráter criminoso do fato

e o transforma num ilícito civil ou administrativo; c) substancial: afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente.

6. BIANCHINI, Alice. *Lei de Drogas comentada*. Coordenador: Luiz Flávio Gomes. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (LEI MARIA DA PENHA) E CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (LEI HENRY BOREL)

LEIS 11.340/06 E 14.344/22

I – Nota ao leitor.

No dia 9 de julho de 2022 entrou em vigor a Lei n. 14.344, que cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da **violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente**, nos termos do art. 226, §8º, e do art. 227, §4º, ambos da Constituição Federal. Referido Diploma normativo foi batizado como “Lei Henry Borel”, em homenagem à trágica morte do menino “Henry”, vítima de homicídio no apartamento em que morava com sua mãe, Monique Medeiros, e seu padrasto, o ex-vereador Jairo Souza Santos, o “Jairinho”.

No afã de dar uma rápida resposta à morte do menino “Henry”, e até mesmo em virtude da similaridade da vulnerabilidade especial entre mulheres e crianças e adolescentes quando vítimas de violência doméstica e familiar, o Congresso Nacional não teve pudor algum em “copiar e colar” praticamente todos dispositivos penais e processuais penais da Lei n. 11.340/06 (LMP) para a Lei n. 14.344/22 (LHB). Com efeito, deliberadamente¹ ou não – ficamos com a primeira opção –, a Lei n. 14.344/22 reproduziu, em seu texto, diversos

dispositivos da Lei Maria da Penha, substituindo tão somente o sujeito passivo da violência doméstica e familiar, não mais a mulher, mas sim crianças e adolescentes. Foi exatamente o que aconteceu, a título de exemplo, nos seguintes dispositivos da Lei Henry Borel: art. 2º da LHB (idêntico ao art. 5º da LMP); art. 3º da LHB (art. 6º da LMP); art. 4º da LHB (art. 38 da LMP); art. 11 da LHB (art. 10 da LMP); art. 12 da LHB (art. 10-A, §1º, da LMP); art. 13 da LHB (art. 11 da LMP); art. 14 da LHB (art. 12-C da LMP); art. 15 da LHB (art. 18 da LMP); art. 16 da LHB (art. 19 da LMP); art. 17 da LHB (art. 20 da LMP); art. 18 da LHB (art. 21 da LMP); art. 19 da LHB (art. 38-A da LMP); art. 20 da LHB (art. 22 da LMP); art. 21 da LHB (art. 23 da LMP); art. 22 da LHB (art. 26 da LMP); art. 25 da LHB (art. 24-A da LMP); art. 226, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluído pela Lei n. 14.344/22 (art. 41 da LMP); art. 226, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluído pela Lei n. 14.344/22 (art. 17 da LMP) etc.

Tínhamos, então, na condição de autor do presente Manual de Legislação Criminal Especial, duas opções: a primeira, escrever um capítulo autônomo para tratar da violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes, opção na qual provavelmente faríamos sucessivas remições ao capítulo atinente à violência doméstica e familiar contra a mulher, tornando a própria leitura

1. Durante a tramitação do Projeto que deu origem à Lei Henry Borel, constou do parecer que referido diploma normativo propõe a engenharia “de um microsistema de prevenção e enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, nos moldes daquele previsto na Lei n. 11.340, de 2016, a Lei Maria da Penha, porém adaptado a esta parcela específica de nossa população de vulneráveis”.

cansativa e pouco produtiva; ou abordar ambas as leis concomitantemente, destacando, quando necessário, as eventuais diferenças entre a Lei Maria da Penha e a Lei Henry Borel. Por reputar mais didática e produtora, e considerando-se que boa parte do entendimento doutrinário e jurisprudencial já sedimentado em relação à violência doméstica e familiar contra a mulher (v.g., impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância, constitucionalidade da vedação à aplicação da Lei dos Juizados) deverá ser aplicado, por analogia, à Lei Henry Borel, ficamos com a segunda opção, aguardando, obviamente, as críticas e sugestões do nosso leitor para o aprimoramento dessa ideia.

1. FUNDAMENTO NORMATIVO DA LEI MARIA DA PENHA.

A Lei nº 11.340/06 foi criada não apenas para atender ao disposto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, segundo o qual “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”, mas também de modo a dar cumprimento a diversos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

No ano de 1975, a Organização das Nações Unidas realizou na cidade do México a **I Conferência Mundial sobre a Mulher**, proclamando o ano de 1975 como o *Ano Internacional da Mulher* e de 1975 até o ano de 1985 a *Década das Nações Unidas para a Mulher*. Como resultado dessa Conferência surge a **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres**, ou simplesmente **Convenção da Mulher**, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979, entrando em vigor no dia 3 de setembro de 1981.²

Com o objetivo de compensar desigualdades históricas entre os gêneros masculino e feminino, e de modo a estimular a inserção e inclusão desse grupo socialmente vulnerável nos espaços sociais, promovendo-se, assim, a tão desejada isonomia constitucional entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I), esta Convenção passou a prever a possibilidade de adoção de *ações afirmativas* (“discriminação positiva”). Afinal, a promoção da igualdade entre os sexos passa não apenas pelo combate à discriminação contra a mulher, mas também pela adoção de políticas compensatórias capazes de acelerar a igualdade de gênero.

Estas **ações afirmativas** podem ser conceituadas como o conjunto de ações, programas e políticas especiais e temporárias que buscam reduzir ou minimizar os efeitos intoleráveis da discriminação em razão de gênero, raça, sexo, religião, deficiência física, ou outro fator de desigualdade. Buscam incluir setores marginalizados num patamar satisfatório de oportunidades sociais, valendo-se de mecanismos compensatórios. Esses programas de ação afirmativa não se colocam em rota de colisão com o princípio da igualdade, potencializando, pelo contrário, expectativas compensatórias e de inserção social de parcelas historicamente marginalizadas. Destinam-se, pois, a equacionar distorções arraigadas ou minorar-lhes as consequências anti-sociais. A justificativa racional, neste caso, parte do correto diagnóstico de tendências sociais refratárias à inclusão social (nos setores da educação, trabalho, acesso aos bens culturais, etc), como também da viabilidade do mecanismo escolhido para substituir ou contrabalançar as referidas tendências, ainda que tomado como parte de políticas públicas mais amplas.

No ano de 1980, foi realizada na cidade de Copenhague (Dinamarca) a **II Conferência Mundial sobre a Mulher**. Além de analisar o Plano elaborado na I Conferência, foram incorporadas outras preocupações, como, por exemplo, os problemas relacionados à saúde, emprego e educação das mulheres. Em 1985, a cidade Nairóbi (Quênia) foi o palco da **III Conferência Mundial sobre a Mulher**, tendo como objetivo precípuo avaliar os resultados da *Década das Nações Unidas para a Mulher*. Enfim, a *Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas* realizada em Viena (Áustria) no ano de 1993 definiu formalmente a violência contra a mulher como espécie de violação aos direitos humanos.

Em sede regional, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou a **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica**, também conhecida como **Convenção de Belém do Pará**, no ano de 1994. Incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 1.973/96, esta Convenção passou a tratar a violência contra a mulher como grave problema de saúde pública, conceituando-a nos seguintes termos: “qualquer ação ou conduta baseada, no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado” (art. 1º).

Todas essas Convenções Internacionais visando à proteção da mulher refletem um avanço do Sistema

2. Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994, e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, em um fenômeno designado pela doutrina como **processo de especificação do sujeito de direito**. Por meio dele, o sistema geral de proteção aos direitos humanos – concebido com o propósito de conferir proteção genérica e abstrata a toda e qualquer pessoa – passa a coexistir com um sistema especial, por força do qual determinados grupos específicos (v.g., mulheres, crianças) também passam a gozar de uma proteção especial e particularizada em virtude de sua própria vulnerabilidade.³

Apesar do mandamento constitucional do art. 226, § 8º, e dos diversos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil, a Lei nº 11.340/06 surgiu apenas no ano de 2006, exclusivamente para atender à recomendação da OEA decorrente de condenação imposta ao Brasil no caso que ficou conhecido como “Maria da Penha”.

Mais recentemente – 28 de novembro de 2018 –, entrou em vigor o Decreto n. 9.586, responsável pela instituição do **Sistema Nacional de Políticas para as Mulheres** - Sinapom, vinculado à Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres do Ministério dos Direitos Humanos, com o objetivo de ampliar e fortalecer a formulação e a execução de políticas públicas de direitos das mulheres, de enfrentamento a todos os tipos de violência e da inclusão das mulheres nos processos de desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País.

No mesmo contexto, em data de 29 de outubro de 2021, entrou em vigor a Lei n. 14.232, responsável pela criação da **Política Nacional de Dados e Informações relacionadas à violência contra as mulheres (PNAINFO)**, com a finalidade de reunir, organizar, sistematizar e disponibilizar dados e informações atinentes a todos os tipos de violência contra as mulheres. Dentro do mesmo contexto, o Decreto n. 10.906, de 20 de dezembro de 2021, instituiu o **Plano Nacional de Enfrentamento ao Femicídio**, com o objetivo de enfrentar todas as formas de feminicídio por meio de ações governamentais integradas e intersetoriais.

2. Fundamento normativo da Lei Henry Borel.

A violência doméstica e familiar contra o público infantojuvenil é uma realidade que insiste em perdurar ao longo do tempo. A grande dificuldade desse problema, porém, é dimensioná-lo, pois estamos diante de delitos que são cometidos no interior dos lares, permanecendo, pois, recoberto

pelo silêncio das vítimas. Há uma elevada taxa de **cifra negra** nas estatísticas. Além do natural medo de contar para os pais (quando estes não são os próprios agressores), não raro essas vítimas sequer conseguem compreender adequadamente o grau de anormalidade da situação vivenciada.

Nessa senda, revela-se importante observar que nem sempre se entendeu a criança e o adolescente como sujeito histórico e de direitos. Em verdade, a proteção às crianças e aos adolescentes é fenômeno histórico recente. No Brasil, a situação não foi diferente. Somente com a Constituição Federal de 1988 é que esse panorama passou a sofrer substancial alteração. A partir dos inúmeros avanços relacionados aos direitos sociais, que integram o rol dos direitos e garantias fundamentais, o art. 6º elencou, expressamente, dentre eles, a proteção à infância. A Constituição Federal dispôs, de maneira expressa, que recai sobre o Estado o dever de assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (CF, art. 226, §8º). Mais adiante, o art. 227 da nossa Lei Maior previu que “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”, consagrando, assim, a doutrina da proteção integral, posteriormente consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Determinou, ademais, que a lei deverá punir severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (CF, art. 227, §4º).

No plano internacional, especial atenção deve ser dispensada a diversos diplomas normativos, merecendo especial destaque: **i. Convenção de Genebra de 1924**: partindo da premissa de que a infância é uma importante etapa do desenvolvimento humano, surge a necessidade de se conferir a ela uma proteção especial, sendo esta, grosso modo, a primeira manifestação internacional em prol dos direitos das crianças e dos adolescentes, voltada, porém, especificamente para aquelas em situação de delinquência e abandono; **ii. Declaração dos Direitos da Criança de 1959**: considerando-se que a humanidade deve à criança o melhor dos seus esforços, os direitos constantes desta Declaração diziam respeito à especial proteção para o desenvolvimento físico, mental e social, direito à

3. Nesse sentido: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. p 199.