

LIBERTAS

REVISTA DE PESQUISA EM DIREITO

ISSN 2319-0159

Recebido em: 20/01/2019

Aprovado em: 26/03/2019


Da constitucionalidade dos artigos 124 e 126 do código penal: *uma análise do voto do ministro roberto barroso no habeas corpus 124.306/RJ*

Of the constitutionality of articles 124 and 126 of the criminal code: an analysis of the vote of minister roberto barroso in habeas corpus 124.306/RJ

Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça¹

Professor na Faculdade de Direito Dom Helder Câmara

tarcisio@mrladvocacia.com.br

 <https://orcid.org/0000-0001-8883-9625>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo estudar o voto do Ministro Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal dado nos autos do Habeas Corpus n. 124.306/RJ. Roberto Barroso concedeu a ordem de Habeas Corpus sustentando que a prisão preventiva era ilegal porque a conduta praticada pelos pacientes era atípica. Isso porque, segundo o Ministro, não consiste em crime interromper a gestação que ainda não superou o primeiro trimestre. Nosso trabalho consistiu em traçar o caminho processual trilhado pelos pacientes até a Suprema Corte. Analisamos os motivos pelos quais o Habeas Corpus foi concedido de ofício. Cuidamos também de posicionar os argumentos do voto de Roberto Barroso dentro da sistemática da prisão preventiva. Após, analisamos os fundamentos do voto do Ministro. Verificamos que a conclusão de seu voto não guarda uma correlação lógica com seus fundamentos. Isso porque Roberto Barroso deixou de analisar problemas jurídicos que seriam premissas importantes para se chegar a sua conclusão. Melhor seria se o voto analisado tivesse se valido dos instrumentos que o direito penal já disponibiliza para resolver a questão.

¹ Doutor e Mestre em direito pela UFMG. Professor de Direito e Processo Penal na Faculdade de Direito Dom Helder Câmara. Advogado criminalista.



A conclusão seria mais lógica e compatível com o sistema jurídico.

Palavras-chave: Aborto. Crime Impossível. Tipicidade Material.

ABSTRACT: The present paper aims at studying the vote of Minister Roberto Barroso of the Federal Supreme Court given in the records of Habeas Corpus n. 124.306 RJ. Roberto Barroso granted the order of Habeas Corpus arguing that pre-trial detention was illegal because the conduct practiced by the patients was atypical. This is because, according to the Minister, it is not a crime to interrupt gestation that has not yet surpassed the first trimester. Our work consisted of tracing the procedural path taken by patients to the Supreme Court. We analyzed the reasons why the *Habeas Corpus* was granted *ex officio*. We also take care of positioning the arguments of Roberto Barroso's vote within the system of pre-trial detention. Afterwards, we analyze the fundamentals of Roberto Barroso's vote. We find that his conclusion does not bear a logical correlation with its foundations. This is because Roberto Barroso failed to analyze legal problems that would be important premises to reach its conclusion. It would have been better if the analyzed vote had used the instruments that the criminal law already makes available to resolve the issue. The conclusion would be more logical and compatible with the legal system.

Keywords: Abortion. Impossible Crime. Material Crime.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. HISTÓRICO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. 2. DO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. 3. DOS FUNDAMENTOS DO VOTO. 3.1 Da Prisão Preventiva. 3.2 Possibilidade de Avaliação da Constitucionalidade do Artigo 126 do Código Penal no Contexto da Discussão da Legalidade de uma Prisão Preventiva. 3.3 Fundamentos do Voto: Análise do Direito Material. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar as premissas e conclusões alcançadas pelo voto de Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* registrado sob o número 124.306/RJ².

Trata-se de um *Habeas Corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional. O impetrante apontou como autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça por ter se negado a julgar *Habeas Corpus* registrado sob o número 290.342/RJ. Esse último foi impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que deu provimento ao recurso em sentido estrito promovido pelo Ministério Público contra decisão do juiz que concedeu liberdade provisória a indivíduos acusados de aborto com o consentimento da gestante e associação criminosa.

Os pacientes foram acusados, na comarca de Duque de Caxias, pelas supostas prática dos crimes de aborto provocado com o consentimento da gestante (art. 126 do cp), por quatro vezes, e associação criminosa (art. 288 do cp). O magistrado local, após ser comunicado da prisão em flagrante dos pacientes, concedeu-lhes a liberdade provisória.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, inconformado, interpôs recurso em sentido estrito. Pleiteava a reforma da decisão do magistrado de Duque de Caxias com a decretação da prisão preventiva dos pacientes. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso ministerial. A prisão preventiva foi decretada.

² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2016.



A defesa técnica impetrou um *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça que lhe negou conhecimento. Justificou-se afirmando não ser cabível *Habeas Corpus* em substituição a recurso especial.³

Novo *Habeas Corpus* foi impetrado em favor dos pacientes. Agora no Supremo Tribunal Federal. O *Writ* foi registrado sob o número 124.306/RJ. O objeto da impetração consistia na legalidade ou ilegalidade da prisão preventiva que recaía sobre os pacientes.

Marco Aurélio, Ministro do Supremo Tribunal Federal, concedia a ordem. Roberto Barroso pediu vista, formulando o voto ora em análise. Roberto Barroso, ao discutir a (i)legalidade da prisão preventiva, sustentou que o tipo penal, do qual os pacientes são acusados, deve ser interpretado de forma constitucionalmente orientada e que as interrupções voluntárias das gestações até 03 meses não estão sob o âmbito de incidência dos artigos 124⁴ e 126⁵, ambos do código penal.

O objetivo do presente artigo consiste em debater os argumentos do voto-vista, da lavra de Roberto Barroso e compreender como a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal.

2. HISTÓRICO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Para compreensão do caso é necessário tratar de algumas questões processuais.

Os pacientes foram presos em flagrante delito⁶. O juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ optou por conceder a liberdade provisória aos

³Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38452430&num_registro=201400534269&data=20140916&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 nov. 2016.

⁴ “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016)

⁵ “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 02 dez. 2016).

⁶ “No sentido jurídico, é o delito no momento de seu cometimento, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência. A prisão em flagrante delito dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tentada ou consumada.” (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2014. p.771/772).

pacientes (001449-75.2013.8.13.8.19.0021). Argumentou que os crimes imputados aos pacientes, se comprovados, levariam à substituição de pena ou ao cumprimento de pena em regime aberto. Portanto, não seria o caso de decretação de prisão preventiva. Vejamos:

Trata-se o presente pedido de convalidação da prisão em flagrante em preventiva alvitado pelo M.P. 2) A peça flagrançial encontra-se revestida de todos os requisitos e formalidades legais, não cabendo assim, falar em nulidade. 3) Noutro prisma, analisando o referido pedido do M.P., não vislumbro a necessidade de decretação da prisão preventiva em desfavor dos indiciados, cabendo ressaltar que tal medida tem o condão de caráter excepcional, e, assim sendo, não pode ser adotada no caso em tela, especialmente porque as infrações imputadas são de médio potencial ofensivo, com penas relativamente brandas, permitindo que, em caso de condenação, sejam aplicadas sanções conversíveis em penas restritivas de direitos ou, no máximo a serem cumpridas em regime aberto. 4) Por tais motivos, INDEFIRO o pedido alvitado pelo ilustre representante do M.P., para, em consequência, CONCEDER a Liberdade Provisória a todos os indiciados, independente do recolhimento de fiança, o que faço com fundamento nos termos do Artigo 310 do C.P.P.; 5) Expeçam-se Alvarás de Soltura a serem cumpridos com as cautelas e formalidades de estilo, lavrando-se termos de compromisso na forma da Lei, para o comparecimento dos indiciados a todos os atos processuais, restando prejudicada a presente concessão para aqueles detidos que já hajam sidos postos em liberdade por força de fiança concedida pela Autoridade Policial. 6) Registre-se para fins estatísticos e Intimem-se⁷.

O Ministério Público apresentou recurso em sentido estrito (001449-75.2013.8.19.0021). Sustentou que a prisão preventiva se justificava na garantia da ordem pública e garantia de aplicação da lei penal. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu o recurso ministerial. A defesa, então, impetrou um *Habeas Corpus* no E. Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça não conheceu do *Habeas Corpus*. Sustentou não ser possível *Habeas Corpus* em substituição a recurso. Afirmou também não ter

⁷ Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=2&descMov=Decis%E3o>>. Acesso em 07 dez. 2018.

encontrado qualquer ilegalidade na decisão do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que decretou a prisão preventiva dos pacientes⁸.

A defesa impetrou o *Habeas*, ora em análise, no Supremo Tribunal Federal. O *Writ* foi distribuído a Marco Aurélio que concedeu a liminar determinando a soltura dos pacientes⁹. O Ministro Relator entendeu que a prisão preventiva não estava minimamente fundamentada¹⁰. Quando do julgamento do mérito do *Habeas Corpus*, Marco Aurélio vinha concedendo a ordem, confirmando a liminar concedida. Roberto Barroso pediu vista e também concedeu a ordem, ocorre que por fundamentos diversos dos postos por Marco Aurélio.

3. DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO

O Superior Tribunal de Justiça, em voto de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sustentou, em apertada síntese, que não cabe *Habeas Corpus* quando seria possível a parte utilizar um recurso. No caso em análise, a parte poderia opor contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro recurso especial e/ou extraordinário.

A possibilidade ou impossibilidade de impetração de *Habeas Corpus* em substituição a qualquer recurso não é, na Suprema Corte, um assunto pacífico. A 1ª e a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal divergem sobre o assunto.

Antes de 2012, o Supremo Tribunal Federal possuía seguro entendimento no sentido de que cabia *Habeas Corpus* substitutivo de recurso. Marco Aurélio levou a discussão à 1ª Turma do STF ao relatar o *Habeas* 107.528/PR, publicado em

⁸ Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38452430&num_registro=201400534269&data=20140916&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 10 dez. 2018.

⁹ “Embora não previsto em lei, a jurisprudência vem se consolidando no sentido de se permitir a concessão de liminar em processo de habeas corpus, aplicando, por analogia, as disposições previstas para o mandado de segurança (Lei n. 12.016/09)” (OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 21ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2017. p.768).

¹⁰ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=288426790&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

06.09.2012.¹¹ A 1ª Turma do STF entendeu que não era cabível *Habeas Corpus* substitutivo de recurso.¹²

O *Habeas Corpus* substitutivo de recurso consiste, como o próprio nome já indica, na utilização da ação constitucional em substituição a um recurso. Essa hipótese viola, na visão da 1ª Turma da Suprema Corte, a disciplina recursal. O *Habeas*, impetrado nesta condição, não poderia ser conhecido. Caso o julgador percebesse que há uma ilegalidade cometida pela autoridade indicada como coatora, o *Habeas* ainda assim não deve ser conhecido. Todavia, o julgador deverá conceder a ordem de ofício.

A tese de que não cabe *Habeas Corpus* substitutivo de recurso é seguida pelo Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Na Suprema Corte, como já dito, não foi coroada pela unanimidade. A 2ª Turma diverge da 1ª Turma, conhecendo de *Habeas Corpus* substitutivos. A questão chegou ao Plenário do STF pelo julgamento do *Habeas* 152.752/PR, Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 27.06.2018. Naquela oportunidade, por maioria de votos, o Plenário da Suprema Corte assentou entendimento no sentido de que cabe *Habeas Corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional¹³. O *Habeas* 152.752/PR é posterior ao *Habeas* ora em análise. E mesmo que não fosse, a 1ª Turma não tem seguido a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal nesse particular.

Adotando, por hipótese, como correta a tese da impossibilidade de interposição de *Habeas Corpus* Substitutivo, a ordem ainda poderia ser concedida de ofício quando o magistrado percebesse o claro constrangimento ilegal. É o que diz Roberto Barroso:

Por outro lado, as peças que instruem este processo não evidenciam situação de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão da ordem de ofício, notadamente se se considerar que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar caso análogo, assentou que não há incompatibilidade na conjugação do dolo eventual e da tentativa, “sobretudo porque remanesce, ainda, a possibilidade, segundo a acusação, de ter sido a conduta praticada com dolo direto” (HC 114.223, Rel. Min. Teori Zavascki).

¹¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2676490>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

¹² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2676490>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

¹³ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

(Decisão Monocrática. HC 160.200/MG. Rel. Min. Roberto Barroso. Publicação 23.11.2018)¹⁴

Roberto Barroso só admite a concessão de ofício de ordem de *Habeas Corpus* quando a situação, denunciada na inicial, for teratológica, flagrantemente ilegal ou denunciar um claro abuso de poder. O *Habeas*, ora em análise, é substituto de recurso. Não nos parece que as razões que fundaram o voto de Roberto Barroso indiquem que a decisão, originalmente impugnada, se encaixe nos requisitos, elaborados pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, para a concessão de ofício de uma ordem de *Habeas Corpus* a partir da negativa de conhecimento de um *Habeas Substitutivo*.

4. DOS FUNDAMENTOS DO VOTO

4.1 Da Prisão Preventiva

Os pacientes foram presos em flagrante delito, praticando, em tese, aborto com o consentimento da gestante. A comunicação da prisão em flagrante delito é feita a um juiz. O magistrado tem três caminhos a seguir. Se o flagrante for ilegal, deve relaxá-lo. Caso o flagrante seja legal e haja razões de cautela, o magistrado irá decretar a prisão preventiva do preso ou alguma medida cautelar alternativa à prisão. Por fim, se o magistrado concluir que o flagrante é legal e não há razões de cautela para justificar qualquer medida cautelar, irá conceder a liberdade provisória¹⁵. O juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias optou pela terceira via.

A prisão preventiva é uma medida cautelar. Possui natureza excepcional. Como toda medida cautelar, funda-se no *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* será aqui designado *fumus commissi delicti*. O *periculum in mora* será

¹⁴ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339107699&ext=.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2018.

¹⁵ “Após a comunicação do auto de prisão em flagrante delito, o art. 310, *caput*, do CPP prevê que o juiz terá as seguintes alternativas: I – relaxamento da prisão, se ilegal; II – decretação da prisão preventiva, se não for cabível qualquer outra medida alternativa; e III – conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BADARÓ. Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2016. p.1020).



melhor designado *periculum libertatis*.¹⁶ Os dois requisitos gerais das medidas cautelares estão materializados no art. 312 do CPP que assim dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria¹⁷.

O *fumus commissi delicti* consiste na “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”. O *periculum libertatis* se verifica quando a liberdade do investigado/acusado/sentenciado implicar risco à garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, dando provimento ao recurso em sentido estrito, reformou a decisão de primeiro grau e decretou a prisão preventiva do paciente. Entendeu haver razões de cautela a justificá-la.

A defesa impetrou *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça que lhe negou conhecimento. Um novo *Habeas* foi impetrado na Suprema Corte. Marco Aurélio, Ministro Relator, concedeu a liminar, determinando a soltura dos pacientes até o julgamento do mérito do *Writ*.

4.2 Possibilidade de Avaliação da Constitucionalidade do artigo 126 do Código Penal no Contexto da Discussão da Legalidade de uma Prisão Preventiva

Poder-se-ia pensar, em um primeiro momento, que o voto de Roberto Barroso não foi nenhuma surpresa porque Marco Aurélio já havia concedido a liminar. Isso não é verdade. Nos fundamentos da liminar concedida não se trata, nem ao menos se

¹⁶ “Em linhas gerais, é possível afirmar que, para a decretação da prisão preventiva, é necessária a presença do pressuposto objetivo, isto é, do *fumus commissi delicti* consiste na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, aliado a pelo menos uma das hipóteses de *periculum libertatis* do mesmo dispositivo, quais sejam os requisitos da garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (art. 312, *caput*).” (BADARÓ. Gustavo Henrique. *Processo Penal. Op. Cit.* p.1021).

¹⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 07 dez.2018.

tangencia, o âmbito de incidência do art. 126 do código penal. A discussão, embora perfunctória como deve ser toda medida liminar, tratou somente das razões de cautela. Vejamos:

No caso, apontou-se que, desafiando o ato que se tem como de constrangimento, a alcançar a liberdade de ir e vir, recurso, incabível é a impetração. A óptica ressoa como autodefesa presente a avalanche de processos. Cabe conciliar valores, e o maior está no respeito irrestrito à Lei das Leis, à Constituição Federal.

No mais, observem que se deve apurar para, formada a culpa, prender. O Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ percebeu essa premissa, vindo o Ministério Público a interpor recurso em sentido estrito quanto ao afastamento da custódia. Então, à mercê da imputação, apontou-se a periculosidade dos agentes, mencionando-se, mais, que, no momento do flagrante, tentaram fugir. Tem-se que, a persistir o primeiro fundamento, a presunção da periculosidade, haverá custódia preventiva automática ante o flagrante. Relativamente ao fato de os pacientes haverem tentado furtar-se a este último, trata-se de ato próprio a direito natural.¹⁸

O voto de Roberto Barroso não tratou da (in)existência de razão de cautela para a manutenção da prisão preventiva dos pacientes. Cuidou de avaliar o *fumus commissi delicti*. Sustentou, em síntese, que os pacientes não praticaram uma conduta típica porque a criança a ser abortada não tinha terminado o primeiro trimestre de gestação. Para chegar a essa conclusão, Roberto Barroso sugeriu uma leitura constitucionalmente orientada do art. 126 do código penal que acabaria por restringir seu âmbito de incidência. Vejamos:

Em segundo lugar, é preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, já que a existência do crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do art. 312 do CPP. Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.¹⁹

Roberto Barroso, em seus argumentos, não deixa claro se discute a tipicidade objetiva ou material dos tipos penais em análise. Ao que tudo indica, podemos colocar

¹⁸ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=288426790&ext=.pdf>>. Acesso em 09 jan.2019.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2016.

seus argumentos no âmbito da tipicidade objetiva embora utilize, em parte, como argumento, elementos da tipicidade material.

O art. 126 e 124, ambos do código penal, deveriam, na visão de Roberto Barroso, serem lidos a partir de determinados parâmetros constitucionais que acabariam por restringir a sua incidência. Assim sendo, a conduta dos pacientes seria evidentemente atípica, não podendo servir de base para a decretação de uma prisão preventiva, mesmo que as razões de cautela estivessem presentes. Só haveria crime de autoaborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante se o feto já tivesse vencido o primeiro mês de gestação.

A tipicidade objetiva parece ser o local em que se situa os argumentos do voto, ora em análise, porque, se a solução passasse pela tipicidade material, “bastaria” o argumento de que não há vida no primeiro trimestre de gestação por ausência de vida encefálica. Essa premissa, inclusive, já havia sido debatida e saiu vitoriosa no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 54. Com isso, não estamos querendo dizer que os postulados da ADPF 54 podem ser aplicados ao caso, ora em análise, de forma isenta à crítica.

Tratar a questão no âmbito da tipicidade objetiva suscita, no caso concreto e pelos fundamentos que sustentam o voto de Roberto Barroso, um debate interessante sobre os limites da atuação do judiciário na interpretação da norma jurídica. Parece-nos que a solução proposta por Roberto Barroso implicou legislar ao determinar que o intérprete visualizasse um elemento objetivo do tipo (após 3 meses de gestação) inexistente. Não desconhecemos e nem ao menos negamos a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal realizar uma interpretação conforme a Constituição da República. E isso pode resultar na restrição da incidência do tipo penal. Ocorre que o judiciário não pode fazê-lo fundado em razões de políticas públicas, algo que seria de competência exclusiva do Congresso Nacional.

4.3 – Fundamentos do Voto: Análise do Direito Material

Roberto Barroso, ao analisar o caso em questão, deixa de avaliar se há ou não razão de cautela para manter os pacientes presos. Sua discussão centra-se na

existência do crime. Concluiu que o fato imputado aos pacientes era claramente atípico e determinou a concessão da ordem de *Habeas Corpus*. A questão é que os argumentos de Roberto Barroso não se sustentam logicamente ou são considerações de ordem político-criminal.

Roberto Barroso justificou o voto em análise dizendo que “a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade”²⁰. Esses princípios constitucionais, na sua visão, justificariam uma leitura constitucionalmente orientada que restringiria o âmbito de incidência dos art. 124 e 126, ambos do código penal. Interromper uma gestação que não ultrapassou o primeiro trimestre não configuraria os crimes descritos nos art. 124 e 126 do código penal.

Roberto Barroso confunde – ou não faz questão de distinguir – tipicidade objetiva e material. A tipicidade objetiva consiste na ação ou omissão objetivamente descrita e realizada pelo sujeito ativo. A tipicidade material consiste na efetiva e significativa lesão ao bem jurídico penalmente tutelado pela norma penal.

O art. 124 do código penal descreve a seguinte conduta típica: “provocar aborto em si mesma, ou consentir que outrem lho provoque”. Aborto é interrupção de gestação. Haverá gestação a partir do momento em que se verificar a nidação²¹. Do ponto de vista estritamente objetivo, a nidação é o marco inicial dos crimes descritos nos art. 124, 125 e 126, todos do código penal.

Roberto Barroso sustenta que no primeiro trimestre de gestação não há vida. Isso porque vida se confunde com vida encefálica e o sistema nervoso só se desenvolve a partir do primeiro trimestre. Aceitando essa premissa como verdadeira, não é necessário invocar qualquer outro princípio ou direito para que se afirme ser materialmente atípica a conduta de interromper uma gestação que ainda não

²⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2017.

²¹ “Biologicamente, porém, o começo da vida é marcado pela concepção ou fecundação, ou seja, a partir do momento em que o óvulo feminino e o espermatozoide masculino se unem. Não obstante, o início da vida humana como limite mínimo de proteção jurídica é fixado pela nidação, isto é, com a implantação do embrião na parede do útero, quatorze dias após a fecundação” (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial*. 14ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2015. p.667).

ultrapassou o primeiro trimestre. O problema se resolveria no âmbito da tipicidade material e não objetiva.

O tipo penal é composto do tipo objetivo, subjetivo e material. O tipo objetivo é a descrição da conduta proibida. O tipo subjetivo consiste na forma com que o sujeito ativo se vincula subjetivamente ao resultado: pode ser por dolo ou culpa. No caso dos crimes, ora em análise, a única vinculação subjetiva possível é a dolosa, à mingua de previsão legal dos crimes em sua forma culposa. O tipo material consiste na lesão significativa ao bem jurídico penalmente tutelado.

O tipo objetivo do delito de autoaborto e aborto provocado com o consentimento da gestante são os seguintes: a)- “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque”; b)- “provocar aborto com o consentimento da gestante”. Para a verificação da tipicidade objetiva basta dar causa à interrupção de uma gestação. Haverá gestação a partir do momento em que o óvulo fecundado se ligar à parede uterina. Só isso não é suficiente para dizer que um indivíduo cometeu uma conduta típica de autoaborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante. É ainda necessário verificar se o sujeito ativo agiu com dolo e se sua conduta dolosa colocou em risco ou lesou o bem jurídico penalmente tutelado.

O bem jurídico penalmente tutelado pelos crimes de autoaborto e aborto provocado com o consentimento da gestante é a vida do feto ou embrião.²² Não haverá aborto se a criança, ainda no ventre materno, não estiver viva. Isso porque a ação de interromper a gestação não lesará ou menos exporá a lesão o bem jurídico vida. A pena não se legitima porque o sujeito ativo desrespeita a norma jurídica, mas porque, ao fazê-lo, lesa o bem jurídico que o ordenamento jurídico pretendida tutelar²³. É exatamente isso que nos quer dizer o art. 17 do código penal que dispõe sobre o

²² “O bem jurídico tutelado pelos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal é a vida do ser humano dependente, em formação – embrião ou feto. Protege-se a vida intraluterina, para que possa o ser humano desenvolver-se normalmente ao nascer.” (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. Cit.* p. 664).

²³ Günther Jakobs tem posição distinta. Acredita que a pena e o próprio direito penal se legitimam na medida em que garante as expectativas sociais de comportamento materializadas nas normas. Vejamos: “La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigencia legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas” (JABOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. Madrid: Ed. Marcial Pons. 1997. p.45).

crime impossível. Não se pune a tentativa quando era impossível consumir o crime por absoluta impropriedade do objeto ou inidoneidade do meio empregado porque em momento algum se expôs o bem jurídico penalmente tutelado a perigo de dano.

O direito não define vida, mas sim a morte. A morte confunde-se, nos termos da Lei 9.434/97, com morte encefálica. Pela via reversa, vida é vida encefálica. No primeiro trimestre de gestação, a criança ainda não formou o sistema nervoso central, logo não estaria viva. A interrupção de sua gestação não configuraria crime de autoaborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante por não haver tipicidade material.

Para sustentar que não é típica a conduta de interromper a gestação no primeiro trimestre basta recorrer ao conceito de tipicidade material. Embora não imune à críticas, esse argumento independe do princípio autonomia da mulher, do direito à integridade física e psíquica, dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, da igualdade de gênero, e do princípio da proporcionalidade. Esse não foi o caminho trilhado por Roberto Barroso.

O voto em análise propõe uma restrição da tipicidade objetiva. Ao lermos os artigos 124 e 126, ambos do código penal, a partir de uma leitura constitucionalmente orientada, devemos enxergar uma restrição temporal: só haveria autoaborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante se a gestação já tivesse ultrapassado o primeiro trimestre.

É evidente que todos reconhecemos a validade dos princípios e direitos enunciados por Roberto Barroso para justificar sua posição. Causou-nos estranheza o recurso ao direito à igualdade de gênero como sustentação da proibição da criminalização do aborto no primeiro trimestre. A plena equiparação dos gêneros implica garantir a mulher o direito de interromper uma gestação indesejada haja vista que o homem não engravida.

Fica difícil argumentar ou mesmo compreender a posição de Roberto Barroso. Estaria o voto em análise querendo sustentar que o homem pode se negar a reconhecer um filho ou mesmo negar-lhe a assistência material ou afetiva? Sabemos que há mais filhos abandonados pelo pai do que pela mãe. O princípio da isonomia consiste em tratar a todos de forma igual a partir de suas diferenças. O resultado da equação deve ser permitir que todos possam, a partir de suas diferenças, exercer seus

direitos de forma isonômica. O pai não tem o direito de negar a paternidade, assistência material ou afetiva ao filho. Suscitar o princípio da isonomia para justificar a interrupção da gestação consiste em falácia.

Ninguém também há de negar o princípio da autonomia da mulher, do direito à integridade física e psíquica, dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, e do princípio da proporcionalidade. A questão consiste na pertinência desses princípios para justificar uma restrição da tipicidade objetiva, como proposto por Roberto Barroso. Todos os direitos e o denominado princípio só poderia justificar a interrupção voluntária da gestação se superássemos a discussão: a criança em gestação é um indivíduo destinatário de uma tutela jurídica distinta da dirigida à sua genitora? Esse é o grande problema não enfrentado por Roberto Barroso. Não se trata de tomar posição, mas de reconhecer que o voto em análise deveria ter trilhado esse caminho que nos parece muito lógico.

O código civil, no art. 2º, assim dispõe: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”²⁴. O Código Civil, em seu art. 542, também afirma ser válida “a doação feita ao nascituro, sendo aceita por seu representante.”²⁵ Se o nascituro é um simples elemento disponível do corpo de sua mãe, como justificar o disposto no art. 1779 do código civil que assim dispõe: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.” Nenhum dos dispositivos, acima citados, menciona o marco temporal de 03 meses. A criança em gestação, mesmo no primeiro trimestre, teria ou não personalidade jurídica? E se sim, seria digna de proteção penal?

Nossa crítica não é de conteúdo. Isso seria mais ameno. Nosso problema com o voto de Roberto Barroso tem um fundo metodológico. O princípio e direitos suscitados por Roberto Barroso só tem pertinência para solucionar a questão se o ponto controvertido, levantado no último parágrafo, for resolvido. Ou então a questão

²⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 dez. 2018.

²⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 dez. 2018.

pode ser solucionada exclusivamente no âmbito da tipicidade material. Nessa seara, basta sustentar que a criança em gestação não está viva e, portanto, a interrupção da gravidez seria crime impossível.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de definir a vida como vida encefálica e declarou atípica a conduta de interromper a gestação de um feto anencéfalo. A Suprema Corte, na ADPF 54, partiu da premissa de que vida é encefálica e concluiu não ser crime de aborto a interrupção da gestação do feto portador de anencefalia²⁶. O Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 54, afirmou, citando o Dr. Thomaz Rafael Gollap, que “o anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical”²⁷. Interromper a gestação de um feto anencéfalo é uma conduta atípica por ausência de tipicidade material. Para chegar a essa conclusão, basta aplicar o art. 17 do código penal.

Há uma importante distinção entre a ADPF 54 e o HC 124.306/RJ. O primeiro trata de fetos que não têm e não terão vida encefálica. O segundo trata de fetos absolutamente normais que não possuem vida encefálica pelo simples fato de não ter superado o primeiro trimestre de gestação. Seria então possível estender as premissas da ADPF 54 ao HC 124.306/RJ? Esse problema também não foi enfrentado por Roberto Barroso.

Vamos ignorar todas as questões aqui levantas e testar as conclusões de Roberto Barroso. Ainda assim encontraremos problemas.

Roberto Barroso sabe o que é tipicidade material. Sabe também que bastava afirmar que o feto não se encontrava vivo porque ainda não havia formado o sistema nervoso. Logo não haveria crime de autoaborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante pela aplicação do art. 17 do código penal. O voto trilhou o caminho da restrição da tipicidade objetiva por meio de uma leitura constitucionalmente orientada.

²⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

²⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

Mesmo analisado sob o ângulo da tipicidade objetiva – o que nos parece ser um erro metodológico –, a inexistência de vida encefálica, no primeiro trimestre de gestação, é um argumento relevante que sustenta o voto ora em análise. A ausência de vida a ser tutelada leva à atipicidade da interrupção da gestação nas hipóteses dos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal. Por que não estender essa conclusão ao crime de aborto provocado sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP)? Caso um indivíduo, sem o consentimento da gestante, provocasse a interrupção de uma gestação que não tivesse superado o primeiro trimestre, não cometeria o crime descrito no art. 125 do Código Penal, mas sim o crime de lesão corporal.

Se não há vida no indivíduo em formação que ainda não superou o primeiro trimestre, não seria possível cometer o crime de aborto sem o consentimento da gestante. Do contrário ignoraríamos o art. 17 do código penal e a própria noção de tipicidade material. Evidente que a conduta não restaria impune, na medida em que a gestante foi lesada em sua integridade física, por isso o autor teria cometido o crime de lesão corporal. Não estamos dizendo que concordamos com essas conclusões. Só estamos nos dedicando a testar as premissas de Roberto Barroso.

Então, se levássemos os argumentos de Roberto Barroso a sério chegaríamos ao absurdo de dizer que o direito à vida do feto depende da vontade da mãe. Se ela deseja a gestação, a vida da criança será protegida desde o instante da nidação. Do contrário, só após o período de três meses. A tutela penal da vida de um não pode depender da vontade de outro. Esse problema não foi nem ao menos tangenciado no *Habeas Corpus* aqui analisado.

O artigo 128, inciso II assim dispõe: “Não se pune o aborto praticado por médico: II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da representante legal”²⁸. Poder-se-ia argumentar que o artigo 128, inciso II do código penal condiciona a tutela da vida da criança, pelo menos no caso específico das gestações fruto de estupro, à vontade da mãe. Isso não nos parece ser a melhor interpretação. O artigo 128, inciso II (assim como o inciso I) do código penal é uma restrição da tipicidade objetiva.

²⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2019.

O inciso segundo cuida da interrupção da gestação fruto de estupro. O aborto deve contar com o consentimento da gestante ou de seu representante legal e ser realizado por um médico. A conduta, descrita nos artigos 124 e 126 do código penal, quando realizada no contexto do art. 128, inciso II do código penal, é objetivamente atípica.

Quando o legislador tipifica uma determinada conduta inaugura ou reafirma uma ilicitude, já sedimentada em outro ramo do ordenamento jurídico²⁹. A Constituição da República oferece um norte axiológico que nos permite identificar os bens jurídicos que são dignos de tutela penal. Isso não significa que se deva tipificar todas as condutas lesivas ao bem jurídico penalmente tutelado. Somente as mais lesivas³⁰. O legislador também pode, por questão de política criminal, se abster de tipificar uma determinada conduta lesiva a um bem jurídico, digno de tutela penal. Ou pode restringir a incidência de uma tipificação objetiva. É exatamente o que se verificou no art. 128, inciso II do código penal. O fato de não se tipificar todas as formas de se lesar um bem jurídico não significa que o objeto de tutela não tenha valia ou que sua lesão não seja um ilícito. Só não se trata de um ilícito penal.

O sofrimento a que é submetido uma mulher que gera o fruto de uma violência sexual é, certamente, desumano. Essa dor justifica a restrição da incidência dos tipos descritos nos art. 124 e 126 do código penal. Seria de uma insensibilidade profunda ameaçar com uma sanção penal a mulher que, vítima de uma violência sexual,

²⁹ Cerezo Mir notícia debate doutrinário acerca da natureza do direito penal: valorativo ou meramente sancionador. “La teoría del carácter secundario, accesorio o meramente sancionatorio del Derecho penal tiene un rancio abolengo histórico. Su versión moderna ha sido expuesta y defendida especialmente por Grisigni y Maurach. Al derecho penal no le correspondería, según estos autores, una función valorativa, sino puramente sancionatoria. Las normas (mandatos y prohibiciones) del derecho penal podrían ser deducidas en su totalidad de los preceptos de otros sectores del ordenamiento jurídico. Al Derecho penal correspondería exclusivamente una función protectora del resto del ordenamiento jurídico, que constituiría su prius lógico. Los preceptos jurídicos-penales no extenderían la amenaza de la pena sino a las formas más graves de lo ilícito civil, administrativo, etc. Esta teoría no ha hallado eco en la dogmática moderna. Diversos autores han señalado, con razón, que los preceptos jurídicos-penales extienden a veces la amenaza de la pena a conductas que no se hallan prohibidas por otros sectores del ordenamiento jurídico” (CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Tomo I. Madrid: Ed Tenos, 2004. p. 68-69).

³⁰ Sobre o caráter fragmentário do direito penal, afirma Mir Puig: “Significa que el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Montevideo – Buenos Aires: Ed. B e F, 2015. p.118).

abortou ou consentiu que alguém lho provocasse. Por isso, há a restrição do tipo penal objetivo descrito no art. 128, inciso II do código penal. O fato de se interromper a gestação, nos termos do art. 128, inciso II do código penal, não significa que não haja uma lesão ao bem jurídico vida. A conduta, pelas razões já explicitadas, só não será punida.

O art. 181 do código penal assim dispõe:

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 natural³¹.

Se um pai comete um crime de furto contra o filho estará isento de pena. Isso não significa que o patrimônio, inclusive o do filho, não mereça ser protegido. Entendeu o legislador que seria mais adequado que o Estado não interviesse nessas situações quando envolvessem atores com um parentesco tão próximo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo, ora realizado, pomos extrair as seguintes conclusões:

1. Tratou-se de um *Habeas Corpus* substitutivo de recurso. Essas hipóteses de *Habeas Corpus* não devem ser conhecidas. A ordem pode ser concedida de ofício se o Supremo Tribunal Federal entender que o ato coator implicou uma grave ofensa à Constituição da República.
2. A impetração se opôs à decretação da prisão preventiva ocorrida no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em um recurso em sentido estrito oposto contra a decisão do magistrado de Duque de Caxias que concedeu a liberdade provisória ao paciente.
3. O Ministro Marco Aurélio concedeu a liminar e estava concedendo o mérito. Fundou-se na inexistência de razões de cautela para justificar a prisão

³¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 08 jan. 2019.

- preventiva. O Ministro Roberto Barroso também concedeu a ordem, mas por fundamento completamente diverso.
4. Roberto Barroso sustentou que a conduta praticada pelos pacientes era claramente atípica e, portanto, a prisão preventiva deveria ser relaxada, posto que ilegal. Justificou-se afirmando que deveríamos ler os artigos 124 e 126 do código penal de forma mais restrita.
 5. Roberto Barroso não considera crime interromper a gestação que ainda não superou o primeiro trimestre. Isso desde que a mulher consinta na interrupção da gestação. Afirma que a criminalização da interrupção da gestação fere diversos direitos fundamentais da mulher.
 6. Os argumentos de Roberto Barroso não se sustentam do ponto de vista lógico. Não se trata de discutir a validade do princípio e direitos invocados, mas de questionar sua pertinência para sustentar as conclusões dos votos avaliados.
 7. Roberto Barroso não resolve problemas básicos que julgamos indispensáveis para apoiar suas conclusões. Seus argumentos não possuem rigor lógico. São próprios de movimentos políticos e como tais são válidos e legítimos, mas não nos parece revertidos de rigor técnico a justificar uma decisão de uma Suprema Corte.
 8. Ao testarmos as conclusões de Roberto Barroso, também encontramos problemas. Se um feto não está vivo até o terceiro mês de gestação, não haveria crime de aborto em provocar a interrupção da gestação, no primeiro trimestre, sem o consentimento da gestante. Concluiríamos, se considerássemos válidas as conclusões de Roberto Barroso, que a proteção da vida do feto dependeria da vontade da mãe. No entanto, a proteção à vida de um não pode depender da vontade do outro.
 9. O art. 128, inciso II do código penal não vem em socorro às conclusões de Roberto Barroso. O dispositivo legal é uma hipótese de restrição da tipicidade elaborada pelo legislador. Restringe o âmbito de incidência do tipo penal o que não significa que o bem jurídico não mereça tutela penal.
 10. A conclusão de Roberto Barroso não encontra sustentação em argumentos consistentes. Quando testada, não apresenta soluções satisfatórias. Roberto Barroso poderia ter chegado à solução semelhante para a controvérsia

levantada se tivesse tratado da questão a partir dos instrumentos que o direito penal já lhe oferece. Se assim o fizesse, seus argumentos seriam metodologicamente mais adequados o que não significa que não enfrentariam críticas.



REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2016.

BRASIL, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 07 dez.2018.

BBRASIL, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 02 dez. 2016.

BRASIL, STF: HC 124.306/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio DJ 17.03.2017 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2017.

BRASIL, STF: ADPF 54. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 30.04.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL, STF: HC 107.528/PR. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 06.09.2012 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2676490>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

BRASIL, STF: HC 160.200/MG. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ 23.11.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339107699&ext=.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2018.

BRASIL, STF HC 152.752/PR. Rel. Rel. Min. Edson Fachin, DJ 27.06.201. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>>. Acesso em 17 jan. 2019.

BRASIL, STJ: HC 290.341/RJ. Rel (a). Min (a) Maria Thereza de Assis Moura. DJ 16.09.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38452430&num_registro=201400534269&data=20140916&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 nov. 2016.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Tomo I. Madrid: Ed Tenos, 2004.

JABOBS, Günter. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. Madrid: Ed. Marcial Pons. 1997.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Montevideo – Buenos Aires: Ed. B e F, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris. 2008.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial*. 14ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2015.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2014.