



Editorial

Na guerra entre a polícia e o crime, a vítima é o povo pobre

“Não houve punição aos crimes de 2006, o poder público deu carta branca aos policiais, os crimes foram cometidos com o consentimento do Estado. Houve chacinas em 2009 e também os crimes de abril de 2010 na Baixada Santista. E em todos esses casos, quem se escondia debaixo do capuz era o Estado. Os crimes dos últimos meses têm muita semelhança com os crimes de 2006, é um maio continuado”.⁽¹⁾

Sob o sempre conveniente pálio da guerra contra organizações criminosas, está em curso um genocídio que atinge membros das classes subalternizadas que vivem nas zonas periféricas da Grande São Paulo.

Toque de recolher, suspensão de atividades educacionais e culturais e assassinatos em massa durante a madrugada. Essa é a triste rotina vivida nos últimos meses pela população que mora nos imensos bolsões de pobreza que cercam a metrópole paulistana.

Por trás dessa onda de violência, suspeita-se que há uma disputa por pontos de venda de drogas e jogos caça-níquel, marcada pelo embate entre facções criminosas que atuam dentro e fora dos presídios e milícias e grupos de extermínio compostos por policiais civis e militares, conforme noticiado pela imprensa.⁽²⁾

Os dados divulgados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, relativamente ao terceiro trimestre de 2012, revelam um preocupante aumento no número de homicídios dolosos, bem como um impressionante incremento no concernente ao número de pessoas mortas pela Polícia Militar.

Segundo análise elaborada pelo Instituto Sou da Paz, “no caso dos homicídios dolosos, que aumentaram 24,7% em relação ao 3.º trimestre de 2011, trata-se de fenômeno atípico para o período. Nos últimos 10 anos, as ocorrências de homicídios dolosos no 3.º trimestre vinham caindo em relação ao 3.º trimestre do ano anterior”.⁽³⁾ Ainda de acordo com essa análise, o morticínio pode ser explicado em razão do “acirramento dos confrontos entre policiais e supostos criminosos e à execução de policiais durante a folga. A tônica da retaliação, seja por parte de policiais ou de criminosos, somada ao apoio das autoridades a uma atuação mais enérgica por parte da Polícia Militar, tem impacto direto no aumento das mortes”.

No que diz respeito à letalidade policial, o quadro é ainda mais assustador. De cada cinco pessoas assassinadas em São Paulo no terceiro trimestre de 2012, uma foi morta pela polícia. Nesse mesmo período, o número de policiais feridos em confrontos é o menor dos últimos dez anos, 57% menor do que o número relativo ao 3.º trimestre de 2011.

Na capital, o modo de agir da polícia é muitíssimo mais violento do que no restante do Estado, como mostra a análise do Instituto Sou da Paz: “Calculando a razão entre o total de pessoas mortas ou feridas

pela Polícia Militar e o número de policiais militares mortos ou feridos no último trimestre, percebemos que na capital, a cada policial militar morto ou ferido, 6 pessoas foram mortas ou feridas pela PM. Fora da capital, essa proporção foi três vezes menor (...). Mesmo na Grande São Paulo, palco de inúmeros confrontos nos últimos meses, essa proporção foi de 4,3 pessoas mortas ou feridas pela PM para cada policial militar morto ou ferido”.⁽⁴⁾

A apologia da violência e o incentivo ao uso excessivo da força, características institucionais da Polícia Militar, inspiraram o Governador do Estado, que declarou a respeito de mais uma resistência seguida de morte: “quem não reagiu, está vivo”.

Em síntese, a política de segurança pública em São Paulo se resume à alocação de mais policiais nas ruas e à instigação à vingança.

Como se não bastasse, a investigação dos crimes violentos, a cargo da polícia judiciária, é extremamente ineficiente. Quando envolve a política de extermínio de Estado, a chance de esclarecimento é mínima. Lamentavelmente, esse tipo de impunidade não desperta indignação, como bem demonstra a ausência de responsabilização dos autores do massacre do Carandiru, muitos dos quais foram inclusive promovidos nos últimos 20 anos.

É hora de romper o ciclo vicioso da vingança que perpetua a violência. É hora de repensar o modelo de segurança pública. Nesse sentido, e a despeito de outras mudanças necessárias, a desmilitarização da polícia e o investimento em inteligência e no aperfeiçoamento dos métodos de investigação – especialmente no que se refere ao ultrapassado modelo de inquérito policial previsto no Código de Processo Penal – são medidas urgentes.

Notas

- (1) Débora Maria da Silva, mãe de Edson Rogério Silva dos Santos, assassinado por policiais em 2006, fundadora do grupo Mães de Maio, movimento que congrega familiares das vítimas da violência policial (“No Rio e em SP, polícia mata pobres como nunca”. Disponível em: <<http://www.anovademocracia.com.br/no-96/4255-no-rio-e-em-sp-policia-mata-pobres-como-nunca>>. Acesso em: 12 nov. 2012.
- (2) “Situação na periferia de SP é de calamidade, dizem movimentos sociais”, matéria publicada no jornal O Globo em 31.10.2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/situacao-na-periferia-de-sp-decalamidade-dizem-movimentos-sociais>>. Acesso em: 12 nov. 2012.
- (3) Disponível em: <http://www.soudapaz.org/Portals/0/Downloads/Conhecimento-SDP-RELATORIO-terceiro-trimestre-2012_07_11_2012_baixa.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.
- (4) Idem, ibidem.

| Editorial

Na guerra entre a polícia e o crime, a vítima é o povo pobre _____ 1

Respostas a equívocos e ofensas pessoais _____ 2

René Ariel Dotti _____ 2

Processos penais contra mortos? Sobre o sentido do Processo Penal e a racionalidade da “opinião jurídica” _____ 4

Kai Ambos e John Zuluaga _____ 4

Direito Penal e Direitos Humanos: conflitos e diálogos _____ 6

Marcos Zilli _____ 6

O art. 117, § 1.º, do Código Penal e sua interpretação conforme a Constituição: absolvição, apelação, a condenação e a interrupção da prescrição _____ 9

Eugênio Pacelli de Oliveira e Domingos Barroso da Costa _____ 9

O panóptico virtual: como dois irmãos gêmeos, o musical *West Side Story*, o Homem-Aranha e um Juiz de Direito contribuíram para o nascimento do monitoramento eletrônico _____ 10

Bernardo de Azevedo e Souza _____ 10

O concurso de pessoas na reforma do Código Penal _____ 12

Beatriz Corrêa Camargo _____ 12

O STJ e o termo inicial da prescrição da pretensão executória: discussão recente entre a 5.ª e a 6.ª turma _____ 15

Eduardo Reale Ferrari e Marcelo Vinicius Vieira _____ 15

HC, RHC e o retrocesso no Processo Penal brasileiro _____ 16

Pedro Machado de Almeida Castro _____ 16

O menor de 14 anos como autor de agressão sexual – uma análise do revogado art. 224 e do atual 217-A do Código Penal _____ 17

João Paulo Orsini Martinelli _____ 17

| DESCASOS

Karla - Recuperação, uma história de Natal _____ 18

Alexandra Lebelson Szafir _____ 18

| Caderno de Jurisprudência

IO DIREITO POR QUEM O FAZ _____ 1613

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal _____ 1616

Superior Tribunal de Justiça _____ 1617

Tribunal Regional Federal _____ 1618

Tribunal de Justiça _____ 1619

Respostas a equívocos e ofensas pessoais

René Ariel Dotti

Na edição de outubro de 2012 deste *Boletim*, o Doutor em Direito Penal e Promotor de Justiça **Jacson Zílio**, no artigo “Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal brasileiro”, dirige várias críticas ao texto, como é natural em assunto polêmico. Mas, abusando do direito de opinião, investe pessoalmente contra os membros da Comissão e, em especial, contra mim. Em consideração à qualidade científica do *Boletim* e aos leitores, devo **corrigir alegações para restaurar a verdade**, relacionando frases do autor – que não conheço –, numeradas, impressas em itálico e seguidas de respostas correspondentes.

As ofensas

“Fora essa tentativa – equivocada – de fazer democrático algo que já nasceu autoritário, pelo menos os **trabalhos da subcomissão da parte geral** mostraram-se, pelo pouco que se conseguiu entrever, obscuros e arbitrários. Por exemplo, o antigo relator da subcomissão geral, advogado Rene [sic] Ariel Dotti, postou na Internet, numa página pessoal que mantinha num jornal paranaense (1), algumas considerações sobre a reforma. Depois veio à UFPR, por iniciativa de grupos de estudos, para explanar alguns pontos da reforma, muito embora naquela oportunidade, mesmo no seio acadêmico, restou suprimida qualquer possibilidade de debate (2). E recentemente informou no *Boletim do IBCCRIM* (n. 234) seu afastamento dos trabalhos da Comissão, ao tempo em que apresentou publicamente o relatório das atividades e propostas. Alegou, em síntese, que alguns setores da sociedade civil esperam um Código Penal de extremado rigor, o que contraria sua posição pessoal. Aduziu também que a eventual prorrogação do prazo de conclusão não pode suprir os equívocos, as dúvidas e as incertezas resultantes da celeridade como obstáculo para a elaboração de premissas essenciais de uma autêntica reordenação positiva. Isso tudo, de fato, é verdade. Mas também não é mentira que esse reconhecimento de falhas pelo próprio ex-relator, por certo, não as apaga, pois boa parte desses defeitos foram plantados por ele mesmo, (3) que deveria, por responsabilidade cívica e moral, ter dado maior publicidade aos temas propostos, num diálogo com os penalistas de todo o Brasil. (4) Não o fez em sua própria cidade e por certo não o faria fora daqueles muros. (5) E basta saber que em Curitiba realizou-se [sic] reuniões (dias 16 e 17.03), sem que ninguém, salvo provavelmente os advogados do escritório de advocacia do ex-relator, tivesse conhecimento. (6) E basta ver do próprio relatório por ele apresentado (7) que a eliminação da frase inicial do art. 21 e a nova redação do inciso II do art. 18, ambos do vigente Código Penal, foram propostas por advogados de sua banca. (8) E vou mais longe nessa mescla de interesses privados e públicos: (9) inacreditavelmente e de forma inovadora, (10) o então relator tentou dar nova redação ao inciso I do art. 18 do Código Penal, definindo na

lei o que se entende por dolo eventual: haveria crime ‘**doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado**’. (11) Mas, por coincidência, nada obstante existam na doutrina continental mais de dez conhecidas teses sobre dolo eventual e quase nenhum Código Penal ouse apresentar um conceito, porque isso é trabalho da doutrina, (12) o então relator selecionou justamente aquela definição que ele próprio defende como advogado (13), no polêmico e conhecido processo penal de homicídio de trânsito por dolo eventual a que responde um jovem e ex-parlamentar paranaense (14)”.

As respostas

(1) Nunca tive “página pessoal (...) num jornal paranaense”. O advogado e jornalista **José Guilherme Assis**, editor de caderno jurídico que era publicado em Curitiba, esclarece: “A pedido do Professor René Ariel Dotti, tenho a declarar que em 14 de março de 1993 no jornal **O Estado do Paraná** circulou a primeira edição semanal do caderno jurídico **Direito e Justiça**, que veio a ser um dos mais completos do gênero na imprensa brasileira. (...) Foram 18 anos e 929 edições impressas até fevereiro de 2010, disponibilizadas na Internet e que continuou sendo editado diariamente no site **Paraná-online**, até o mês de março de 2012. A partir de 17 de setembro de 2000 até março de 2012, o caderno **Direito e Justiça** passou a contar com a colaboração semanal e ininterrupta do Professor René Ariel Dotti, assinando a Coluna **Breviário Forense**, que resultou no lançamento de dois livros com as crônicas publicadas”.⁽¹⁾

(2) A esse respeito, transcrevo a declaração do Procurador de Justiça do Paraná, Professor **Paulo Cesar Busato**, organizador do evento: “A exposição do Prof. René Dotti na UFPR foi amplamente divulgada para a comunidade acadêmica curitibana inclusive diretamente para todos os membros de nosso próprio Grupo de Pesquisas, dos quais, vários se fizeram presentes, como o Dr. Alaor Leite, o Dr. Alexandre Ramalho, o **Dr. Jacson Zílio**, a Dra. Priscilla Placha, entre tantos outros que, posteriormente, ajudaram a ampliar o debate acadêmico. Por esta razão, em meu nome e em nome do Grupo de Pesquisas que coordeno, cuja seriedade e comprometimento com um modelo de Direito penal democrático é a tônica, gostaria de manifestar o agradecimento à contribuição dada pelo Prof. René Dotti, quem, atendendo a nosso convite, dispôs-se a dar início à exposição pública de um projeto que, até então era um ilustre desconhecido e que permitiu, com esta abertura acadêmica, levar o debate para outro âmbito, de onde saiu a forte onda que hoje tende a impedir que a votação do projeto aconteça. Hoje vemos toda a comunidade acadêmica penalista voltada a dirigir sucessivas críticas ao projeto e buscar impedir que ele tramite na forma proposta. Se há uma unanimidade quanto a este projeto é a que ele deve ser revisado a partir de um aprofundamento do debate acadêmico. As coisas tomaram, no entanto, uma proporção gigantesca, que nos faz esquecer a simplicidade de seu ponto de origem. Uma avalanche também começa com o deslocamento de uma pequena pedra. A compreensão desta iniciativa magnânima e de hombridade de parte do Prof. Dotti quiçá não tenha sido bem compreendida ou percebida por todos. Por isso, e para que fique registrado nos anais da história, importa-me destacar que na gênese do que hoje é um movimento que visa o apoio de toda a comunidade acadêmica contra o aodamento e a falta de discussão acadêmica do Código penal está a postura de um homem que preferiu abandonar os louros da participação em um projeto de codificação em homenagem às suas próprias convicções como cientista. Curitiba, 18 de outubro de 2012. Paulo César Busato”.⁽²⁾

Hoje vemos toda a comunidade acadêmica penalista voltada a dirigir sucessivas críticas ao projeto e buscar impedir que ele tramite na forma proposta. Se há uma unanimidade quanto a este projeto é a que ele deve ser revisado a partir de um aprofundamento do debate acadêmico.

(3) É inimaginável que, em um grupo de 15 colegas de comissão, mais um Procurador da República e um Ministro do STJ, pudesse um deles ter “plantado” “boa parte dos defeitos”.

(4) O “diálogo com os penalistas de todo o Brasil” foi limpidamente proposto quando o meu artigo “Nova definição do dolo eventual” foi publicado no informativo *Migalhas*, na edição de 08.03.2012, com 10 subtítulos e 23 notas de rodapé.⁽³⁾ O mesmo texto fora divulgado no caderno *Direito e Justiça*. Outros artigos sobre a reforma foram também editados no *Migalhas* (16 e 22.03.2012).⁽⁴⁾

(5) O tema da nova definição do dolo eventual e sua punição atenuada já havia sido objeto de palestras e, em especial, de parecer jurídico emitido em **maio de 2005**, para instruir a *Ação Penal* 23990336533, de Florianópolis, o *Recurso em Sentido Estrito* 03.025397-1 e o *Recurso Especial* 705416/SC, do STJ. A Corte catarinense dera provimento ao RSE do MP para pronunciar o réu como autor de homicídio doloso.⁽⁵⁾ No parecer, além de muitos precedentes acerca da necessidade do consentimento para a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, cito **Nélson Hungria**, um dos redatores do art. 15, I, da Parte Geral, sem alteração no atual art. 18, I, que esclarece a expressão “assumir o risco”: “**Assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente, a ocorrer. Pela leitura da Exposição de motivos, não padece dúvida que o Código adotou a teoria do consentimento**”.⁽⁶⁾ E mais adiante enfatiza: “Se o agente prevê o resultado mais grave, mas não aquiesce no seu advento, o **quid pluris** é imputável a título de **culpa** (consciente), embora com pena especialmente agravada; se, ao contrário, prevê e aprova o resultado mais grave, o que se dá é o **dolo eventual** (não se podendo falar em **dolo indireto ou intenção indireta**, que representa uma **contradictio in adjectis**)”.⁽⁷⁾ O mestre imortal usa o verbo “**consentir**”, isto é, muito além de “**ter a consciência de correr o risco**”.

(6) As reuniões de 16 e 17.03.2012, da subcomissão da Parte Geral do CP, em Curitiba, não foram públicas porque se destinaram à discussão e à redação de alguns dispositivos. O relatório, fiel aos encontros, foi integralmente publicado em *Migalhas* (12.04.2012) e no *Boletim IBCCRIM*, n. 234 (maio de 2012).⁽⁸⁾ Vale reproduzir parte do artigo “A reforma da legislação penal – Parte geral” (*Migalhas*, 12.04.2012 e *Boletim IBCCRIM*, n. 234, maio 2012): “O **Relatório** agora exibido

A advocacia foi a servidão de passagem para conhecer, a partir da graduação em Direito (1958), as sucursais do inferno e os “erros monumentais talhados em pedra” para denunciar as mazelas do cárcere, desde a tese aprovada no IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (Recife, 1970).

contém um resumo dos trabalhos da Subcomissão desde o início do mês de novembro de 2011 até o encontro de 16 e 17 de março, em Curitiba. Como está consignado, o documento foi elaborado para a sessão conjunta das subcomissões agendada para o dia 30 de março, na qual o relator justificaria as suas propostas. Aos demais membros caberia a manutenção, modificação ou supressão das apresentadas por sua iniciativa”.⁽⁹⁾

(7) O Relatório teve o objetivo transparente de suscitar debates e críticas, como exigia minha condição funcional.⁽¹⁰⁾

(8) **Alexandre Knopffholz** e **Gustavo Britta Scandelari**, “advogados de sua [minha] banca”, são mestres em Direito, aprovados com distinção em concurso (Unicuritiba e UFPR) e colaboradores das 3.ª e 4.ª edições do meu *Curso de direito penal – Parte geral* (RT). A eles pedi colaboração, como é natural na vida acadêmica e nos trabalhos de equipe.

(9) A “*mescla de interesses privados e públicos*” está documentada desde o ano de 1979, como membro sem remuneração de comissões do Ministério da Justiça para reforma do sistema criminal. A advocacia foi a *servidão de passagem* para conhecer, a partir da graduação em Direito (1958), as *sucursais do inferno* e os “erros monumentais talhados em pedra” para denunciar as mazelas do cárcere, desde a tese aprovada no IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (Recife, 1970). A correção de projetos convertidos em lei⁽¹¹⁾ e a participação em mais de uma comissão para a reforma da Parte Especial do CP justificaram a concessão da *Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados* (2007).



DIRETORIA DA GESTÃO 2011/2012

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Marta Saad
1º Vice-Presidente: Carlos Vico Mañas
2º Vice-Presidente: Ivan Martins Motta
1ª Secretária: Mariângela Gama de Magalhães Gomes
2ª Secretária: Helena Regina Lobo da Costa
1º Tesoureiro: Cristiano Ávila Maronna
2º Tesoureiro: Paulo Sérgio de Oliveira
Assessor da Presidência: Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO

Alberto Silva Franco
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Sérgio Mazina Martins
Sérgio Salomão Shecaira

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

Biblioteca: Ivan Luís Marques da Silva
Boletim: Fernanda Regina Vilarés
Comunicação e Marketing: Cristiano Ávila Maronna
Coordenadorias Regionais e Estaduais: Carlos Vico Mañas
Cursos: Fábio Tofic Simantob
Estudos e Projetos Legislativos: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira
Iniciação Científica: Fernanda Carolina de Araújo
Mesas de Estudos e Debates: Eleonora Nacif
Monografias: Ana Elisa Liberatore S. Bechara
Núcleo de Jurisprudência: Guilherme Madeira Dezem
Núcleo de Pesquisas: Fernanda Emy Matsuda
Pós-Graduação: Davi de Paiva Costa Tangerino
Publicações do Site: Bruno Salles Pereira Ribeiro
Relações Internacionais: Marina Pinhão Coelho Araújo
Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC: Renata Flores Tibyriçá
Revista Brasileira de Ciências Criminais: Helena Regina Lobo da Costa
Revista Liberdades: João Paulo Martinelli

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS

Amicus Curiae: Heloisa Estellita
Código Penal: Renato de Mello Jorge Silveira
Convênios: André Augusto Mendes Machado
Cooperação Jurídica Internacional: Antenor Madruga
Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais: Ana Lúcia Menezes Vieira
Direito Penal Econômico: Pierpaolo Cruz Bottini
Doutrina Geral da Infração Criminal: Mariângela Gama de Magalhães Gomes
História: Rafael Mafei Rabello Queiroz
Infância e Juventude: Luis Fernando C. de Barros Vidal
Justiça e Segurança: Renato Campos Pinto de Vito
Novo Código de Processo Penal: Maurício Zanoide de Moraes
Política Nacional de Drogas: Maurides de Melo Ribeiro
Sistema Prisional: Alessandra Teixeira
16º Concurso de Monografia de Ciências Criminais: Diogo Malan
18º Seminário Internacional: Carlos Alberto Pires Mendes

Como fiscal da lei, o Promotor de Justiça deve saber que “o advogado é indispensável à administração da Justiça” (CF, art. 133) e que, no seu ministério privado, “presta serviço público e exerce função social”, sendo de seu dever “contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis”.⁽¹²⁾

(10) A tese da necessidade do *consentimento* para a configuração do dolo eventual não é inovadora, como foi alegado em grave desconhecimento de causa. A propósito, a lição de **Nelson Hungria** no item 5.

(11) O ofensor não leu direito o artigo que divulga a minha proposta: “b) **Nova redação para o inciso I do art. 18: doloso, quando agente quis o resultado ou assumiu o risco consentindo em produzi-lo**”.⁽¹³⁾ A redação por ele mencionada tem o acréscimo: “(...) ou aceitando de modo indiferente o resultado”. Isso foi incluído no anteprojeto **após** a minha saída da comissão.

(12) Afirmar que o conceito de dolo eventual “é trabalho da doutrina”, sem a necessidade da expressa definição legal, é pregar a incerteza jurídica e desprezar a segurança individual.

(13) Defendo a nova definição para o dolo e a redução de pena como advogado e professor de Direito porque não há incompatibilidade, no caso, entre uma e outra função. Recomendo a leitura do artigo “O fetiche do dolo eventual”, do professor e advogado **Israel Domingos Jorio**.⁽¹⁴⁾

(14) É extraordinária a conexão, voluntária ou involuntária, entre o artigo do Promotor de Justiça e o interesse da acusação particular, no caso de um “jovem e ex-parlamentar paranaense”, em denegrir publicamente o réu⁽¹⁵⁾ e tentar desqualificar socialmente o seu defensor.⁽¹⁶⁾

Epílogo

Recebi, pelo correio físico, carta do Dr. **Jacson Zílio**, datada de 24 de outubro, que inicia com as palavras: “*Estimado Professor Dotti*”. Transcrevo um trecho: “*Se há ali, algum excesso, talvez se deva ao impulso da juventude e a indignação com a reforma, mas nunca deriva de qualquer outro motivo declarado ou oculto. Ao contrário do que possa parecer, nutro pelo senhor e por vossa obra extremo respeito e consideração (...). Receba, sinceramente, minhas desculpas. Um forte abraço*”. (Itálicos meus).

Não darei publicidade ao restante e nem arquivarei o documento na Internet. Devo evitar o constrangimento recíproco. Por mim, pela gratuidade e injustiça; por ele, pela impossibilidade de recolher todas

as penas da difamação lançadas ao vento pela imprudência de seu gesto.

Notas:

- (1) O texto completo está disponível em: <<http://www.professordotti.com.br/midia/Declaracao-Jose-Guilherme-de-Assis.pdf>>.
- (2) O destaque sobre o nome do ofensor é meu. Documento completo disponível em: <<http://www.professordotti.com.br/midia/e-mail-Dr-Paulo-Cesar-Busato.pdf>>.
- (3) Além do Migalhas, vide o artigo completo disponível em: <http://www.professordotti.com.br/midia/Nova-definicao-legal-do-dolo-eventual-I-Migalhas-de-Peso-08_03_2012-1.pdf>.
- (4) Além do Migalhas, vide os artigos completos disponíveis em: <<http://www.professordotti.com.br/midia/Artigo-Migalhas-A-reforma-do-Codigo-Penal-II.pdf>> e <<http://www.professordotti.com.br/midia/A-reforma-do-Codigo-Penal-e-a-opinio-do-IAB-III-Propostas-para-a-Parte-Geral.pdf>>.
- (5) O REsp foi provido para restaurar a classificação de homicídio culposo. O advogado do recorrente foi o talentoso Nabor Bulhões.
- (6) Comentários ao Código Penal, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, t. II, p. 122 (destaques do original).
- (7) Op. cit., p. 130 (os destaques são do original).
- (8) Consulte-se o portal <<http://www.professordotti.com.br/midia/Boletim-IBCCRIM-maio-A-Reforma-da-Legislacao-Penal-Parte-Geral.pdf>>.
- (9) Idem, ibidem.
- (10) Vide texto disponível em: <<http://www.professordotti.com.br/midia/Boletim-IBCCRIM-maio-A-Reforma-da-Legislacao-Penal-Parte-Geral1.pdf>>.
- (11) Entre eles: reforma da Parte Geral do CP e LEP.
- (12) Lei 8.906/1994, art. 2.º, § 1.º (Estatuto da Advocacia e da OAB) e Código de Ética e Disciplina da OAB, art. 2.º e p. ún., V.
- (13) “A reforma da legislação penal – Parte geral”, cit. (destaques do original).
- (14) Boletim do IBCCRIM, n. 230, jan. 2012, p. 10-11.
- (15) Segundo a acusação, ele dirigia embriagado e em excesso de velocidade por uma via rápida. Mesmo com o sinal amarelo intermitente do semáforo do cruzamento, outro automóvel ingressou na via, descumprindo a regra do art. 29, III, c, do CTB e causando o acidente.
- (16) Vide o desagravo da OAB, disponível em: <<http://www.oabpr.com.br/noticias.php?idNoticia=14135>> e o editorial da Gazeta do Povo, de 25 de agosto de 2011, disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opinioao/conteudo.phtml?tl=1&id=1161869&tit=O-crime-o-Advogado-e-o-Direito>>.

René Ariel Dotti
Professor Titular de Direito Penal.
Advogado.

Processos penais contra mortos? Sobre o sentido do Processo Penal e a racionalidade da “opinião jurídica”⁽¹⁾

Kai Ambos e John Zuluaga

Na compreensão social sobre o fim e os limites do poder punitivo têm sido determinantes múltiplos processos de formação da opinião, justificados e muitas vezes realizados por juristas. Na América Latina, isto tem sido notório na hora de fundamentar distintos processos de reforma jurídico-penal e, sobre esse fundamento, na orientação da política criminal nos diferentes países da região, nos quais têm desempenhado um papel fundamental “discursos penalistas” que são ventilados muitas vezes sem a devida racionalização e influenciam a compreensão sobre o

sentido e o uso do Direito Penal e do castigo.

Não alheia a isso, parece ser a reconsideração de uma proposta particular que, como resposta a muitas reclamações por partes constituídas como vítimas em diferentes cenários processuais, inclusive daqueles especiais vinculados com a Justiça transicional, advoga pela continuidade do processo penal apesar da morte do investigado e a favor, fundamentalmente, da realização dos direitos à verdade e à reparação. A proposta que agora é levantada em diferentes foros jurídicos já havia

sido discutida com certa intensidade em países como a Colômbia, não só a propósito da introdução do denominado sistema “acusatório” como também no marco do processo transicional ou de Justiça e paz que lá se desenvolve. Segundo os defensores da proposta, a extinção do processo em caso de morte do processado implica um vazio que “*não leva a uma solução real senão a uma espécie de conformação agridoce*”. Contra isso, a iniciativa, que foi denominada como “ação penal contra defuntos”, retoma como fundamento, por um lado, a defesa do bom nome do processado e, por outro, a realização dos direitos das vítimas, especialmente à verdade e à reparação. Como fundamentação da iniciativa recorreu-se a diferentes fontes de direito comparado. Especial ênfase recebeu a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo a qual a razão para a proteção do direito à personalidade pós-morte é o mandamento de invulnerabilidade da dignidade humana de acordo com o art. 1.º, § 1.º, da Lei Fundamental alemã. Diz o Tribunal: “*Referida obrigação de proteção não termina com a morte e representa uma garantia frente aos ataques contra a dignidade*” (1 BvR 932/94 de 5 de abril de 2001, § 18).

Sem embargo, caso se estude a fonte mencionada, são notórios, por um lado, os erros na leitura e interpretação da dimensão garantista dos princípios aludidos com os quais se quer fundamentar a não extinção da “ação penal” em caso de morte e, por outro, a leitura e utilização indevidas da jurisprudência do mais alto tribunal alemão. Este último aspecto é, ademais, muito delicado, pois por causa de um exercício deficiente de direito comparado transforma-se o sentido e o propósito dos pronunciamentos constitucionais sobre o tema na Alemanha e, dessa maneira, põe-se em dúvida a seriedade do Tribunal Constitucional. Efetivamente, a citação do Tribunal situa-se em outro contexto e se dirige a um assunto muito diferente ao da continuidade do processo penal em caso de morte do processado. A sentença trata basicamente sobre a proteção do direito *post mortem* da personalidade em um caso muito concreto (do Sr. Wilhelm Kaisen), mas em nenhuma parte faz alusão à possível não extinção do processo penal. Sobre este último ponto, não existe nenhuma exceção no direito processual penal alemão pois sempre se considerou a morte como uma causa de extinção da “ação penal”. Isso se pode comprovar facilmente caso se consulte textos processuais penais clássicos como o do Prof. **Claus Roxin** continuado pelo Prof. **Schünemann** (27. ed. de 2012, § 21 nota n. 11 e ss.), assim como

diferentes pronunciamentos judiciais (por exemplo, a decisão da Corte Suprema Federal, *Bundesgerichtshof, BGH*, publicada na Coletânea de Sentenças, tomo 34, p. 184).

As razões de fundo para considerar a morte do acusado como “impedimento processual”, extinguindo a “ação penal” (ou, como no Brasil, como uma causa de extinção da punibilidade segundo o art. 107, I, do CP com a mesma consequência), são mais do que óbvias: com o falecimento do processado falta a capacidade para estar em juízo (*Verhandlungsfähigkeit*), quer dizer, o *de cujus* não tem a capacidade, nem física nem psíquica, de seguir os atos processuais, de reconhecer o significado de todas as circunstâncias da acusação contra ele, de expressar-se por si mesmo, de exercer faculdades e cumprir obrigações processuais (BGH, na revista *Strafverteidiger*, 1995, p. 390 (391). A ausência de referida capacidade, isto é, a morte do processado encerra qualquer possibilidade de realização de garantias fundamentais próprias do devido processo e, com isso, o cumprimento legitimamente democrático dos fins do processo penal. Que isso seja assim, deve-se a um propósito muito básico e fundamentalmente garantista, a saber: o exercício racional do poder punitivo estatal. Assim também tem sido reconhecido por outros Tribunais Constitucionais na região, como é o caso da jurisprudência colombiana (sentença C-820 de 2010), na qual se advertiu claramente não somente que a morte impede a determinação da responsabilidade individual de acordo com o princípio do Estado Social de Direito e desvirtua o sentido prático da imposição da pena, senão também que a extinção da “ação penal” pela morte do imputado de modo algum estende-se ao processo cível (art. 80 do CPP), nem afeta outros mecanismos de reparação previstos no marco normativo do processo de justiça e paz, desenvolvido de uma maneira mais detalhadas no novo cenário da Lei das Vítimas (Lei 1.448 de 2011).

A proposta de continuidade dos processos penais apesar da morte do acusado deixa somente clara a insensibilidade diante do significado constitucional e processual penal de princípios básicos que dirigem o processo penal. O pragmatismo que toma corpo nas discussões sobre justiça transicional a partir das necessidades de determinação da “verdade e (da) reparação” propicia um relaxamento de cláusulas fundamentais próprias das intervenções racionais sobre direitos fundamentais dos processados penalmente. A continuidade do processo nestes casos acarretaria somente a despersonalização do processo

COORDENADORIAS REGIONAIS

- 1.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima)
Luis Carlos Valois
- 2.ª Região (Maranhão e Piauí)
Roberto Carvalho Veloso
- 3.ª Região (Rio Grande do Norte e Paraíba)
Oswaldo Trigueiro Filho
- 4.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins)
Mohamad Ale Hasan Mahmoud
- 5.ª Região (Mato Grosso e Rondônia)
Francisco Afonso Jawsnicker
- 6.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina)
Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS

- 1.ª Estadual (Ceará): Adriano Leitinho Campos
- 2.ª Estadual (Pernambuco): André Carneiro Leão
- 3.ª Estadual (Bahia): Wellington César Lima e Silva
- 4.ª Estadual (Minas Gerais): Gustavo Henrique de Souza e Silva
- 6.ª Estadual (São Paulo): João Daniel Rassi
- 7.ª Estadual (Paraná): Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
- 8.ª Estadual (Amapá): João Guilherme Lages Mendes
- 9.ª Estadual (Pará): Marcus Alan de Melo Gomes
- 10.ª Estadual (Alagoas): Ivan Luís da Silva
- 11.ª Estadual (Sergipe): Daniela Carvalho Almeida da Costa
- 12.ª Estadual (Espírito Santo): Clecio Jose Morandi de Assis Lemos
- 13.ª Estadual (Rio de Janeiro): Marcio Gaspar Barandier

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilares

COORDENADORES ADJUNTOS:

Bruno Salles Pereira Ribeiro, Caroline Braun, Cecília Tripodi, Rafael Lira e Renato Stanzola Vieira

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Allan Aparecido Gonçalves Pereira, Ana Elisa L. Bechara, André Adriano Nascimento Silva, Andrea D'Angelo, Bruna Torres Caldeira Brant, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássia Fernanda Pereira, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi, Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Del Cid, Débora Thaís de Melo, Diogo H. Duarte de Parra, Eduardo Samoel Fonseca, Eduardo Velloso Roos, Érica Santoro Lins Ferraz, Fabiano Yuji Takayanagi, Felipe Bertoni, Fernanda Carolina de Araujo, Giancarlo Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indaiá Lima Mota, Isabella Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefanno Leone Louveira, Luís Fernando Bravo de Barros, Marcela Venturini Diorio, Marcos de Oliveira, Matias Dallacqua Illg, Mônica Tavares, Nathália Oliveira, Nathália Rocha

de Lima, Natasha Tamara Praude Dias, Orlando Corrêa da Paixão, Paulo Alberto Gonzales Godinho, Priscila Pamela dos Santos, Renan Macedo Villares Guimarães, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Stuchi Marcos, Roberta Werlang Coelho, Suzane Cristina da Silva, Thaís Tanaka, Thaísa Bernhardt Ribeiro.

PROJETO GRÁFICO:

Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA:

PMark Design - Tel.: (11) 2215-3596

E-mail: pmarkdesign@pmarkdesign.com.br

Impressão: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

“O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas”.

“O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto”.

Tiragem: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)

penal, isto é, levaria a que os atributos mais importantes do mesmo perdessem o seu conteúdo. Isso terminaria fazendo do processo penal, em referidos casos, somente um instrumento de penalização social (*post mortem*) por meio da supressão do tratamento racional e formal do conflito em que se supõe que seja imprescindível a presença do processado.

A seriedade dos discursos penais que existem por trás deste tipo de proposta é muito discutível. De igual modo, é grave a forma como pretendem fundamentá-las, fazendo referências incorretas e descontextualizadas a fontes de direito estrangeiro, o que torna ainda mais evidente a falta de seriedade. Desta maneira somente se pode fazer um profundo questionamento da capacidade de ditos discursos para diferenciar os cenários de solução de conflitos e de soluções dos mesmos em questões de verdade e reparação. A opinião jurídica em matéria penal tem importantes consequências na concepção social sobre o Direito Penal, o castigo etc. Estes tipos de discursos penais somente terminam alimentando uma equivocada vocação do processo penal por meio da justificação de objetivos extrassistêmicos e, com ele, degradando seus pressupostos racionais mais fundamentais.

Nota

- (1) Tradução do original espanhol por Eneas Romero de Vasconcelos (Brasil), estudante do LL.M. e Doutorando na mesma Universidade; também membro do GlipGö e Promotor (MP-Ce).

Kai Ambos

Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional na Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha).
Juiz do Tribunal Estadual (Landgericht).

John Zuluaga

Advogado da Universidade de Antioquia (Colômbia).
LL.M. e Doutorando na Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha).

Bolsista do DAAD e membro do Grupo Latino-americano de Investigação Penal de Göttingen (GlipGö).

Direito Penal e Direitos Humanos: conflitos e diálogos

Marcos Zilli

“Devemos sempre nos manter afastados desses dois extremos e, seguir...” – (Siddharta Gautama)

O movimento de internacionalização dos direitos humanos não é manifestação isolada e tampouco recente. De um lado, representa aspecto setorial na batalha pela afirmação de um padrão ético universal. De outro, integra a longa marcha histórica em direção à consolidação do paradigma jurídico que guarda na dignidade humana o seu valor fonte. Nesse passo, a instituição de mecanismos regionais de afirmação, de controle e de fiscalização dos direitos humanos, embora constitua capítulo relativamente novo, revela uma importante conquista, sobretudo em continentes, como o nosso, cujo passado não muito distante é permeado por tristes exemplos de violação maciça e sistemática dos direitos mais elementares.

Ao examinar a historicidade dos direitos humanos, Bobbio já nos instigava a mudar o foco de atenção. Para o autor, a busca pelos fundamentos daqueles direitos deveria ser substituída pelo aprimoramento de suas garantias, ou seja, pela instituição de mecanismos que lhes conferissem concretude.⁽¹⁾ Na atualidade, a análise levanta diversas questões relacionadas com a efetividade dos sistemas regionais de direitos humanos e, especialmente, com a problemática que cerca a execução, pelos Estados nacionais, das diferentes decisões emergentes

do sistema interamericano de direitos humanos. Trata-se de aspecto por demais delicado, sobretudo quando se multiplicam as decisões impositivas de medidas persecutórias e cujas concretizações supõem a relativização de tantos outros direitos historicamente consagrados, tais como o *ne bis in idem*, a coisa julgada ou mesmo a legalidade penal.

Essa delicada relação, que toca diretamente a efetividade do sistema interamericano de direitos humanos, foi o tema da *IX Reunião do Grupo Latino-americano de Estudos de Direito Penal Internacional* realizada na cidade de Bogotá, nos últimos dias 1 e 2 de outubro. O evento, organizado pela Fundação Konrad Adenauer, em cooperação com o Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional da Universidade Georg-August de Göttingen e, também, com a Pontifícia Universidad Javeriana da Colômbia, reuniu *experts* de diferentes países latino-americanos,⁽²⁾ bem como da Espanha e da Alemanha. Todos se debruçaram no estudo dos procedimentos internos de execução das decisões proferidas pelos órgãos integrantes do sistema interamericano de direitos humanos e na análise dos obstáculos existentes. Como de costume, o IBCCRIM se fez representar.⁽³⁾

Como se sabe, o cumprimento das decisões proferidas pela Corte Interamericana (CIDH) é temática que está inserida na ordem do dia da agenda internacional. É que, a despeito da obrigatoriedade executória emergente da cláusula convencional (art. 68.1 da Convenção Americana – CADH), a postura dos Estados não tem sido uniforme, assim como não têm sido coesas as respostas dadas pelos diferentes níveis dos poderes nacionais. Por outro lado, multiplicam-se as decisões que fixam aos Estados obrigações persecutórias e punitivas, fatos esses que vêm provocando questionamentos sobre os limites da competência da CIDH.

Um dos possíveis caminhos para análise da problemática passa pelo exame da forma como os Estados vêm orientando o diálogo entre os seus respectivos sistemas e o sistema interamericano de direitos humanos. Embora não constitua a única perspectiva de enfrentamento do problema,

Essa delicada relação, que toca diretamente a efetividade do sistema interamericano de direitos humanos, foi o tema da IX Reunião do Grupo Latino-americano de Estudos de Direito Penal Internacional realizada na cidade de Bogotá, nos últimos dias 1 e 2 de outubro.

a avaliação sobre a permeabilidade dos sistemas jurídicos nacionais em face do regime internacional dos direitos humanos fornece importantes subsídios sobre a forma como os órgãos e as autoridades nacionais lidam com a executividade das decisões proferidas pela CIDH. Nesse sentido, há sistemas que se mostram mais abertos à penetração do direito internacional dos direitos humanos o que, sem dúvida, faz a diferença no tom dado à execução das decisões.

A Argentina é, sem dúvida, o exemplo mais eloquente da receptividade ao direito internacional. É fato que a reforma constitucional empreendida em 1994 consagrou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.⁽⁴⁾ Não se tratou, porém, de uma mudança substancial de rota até mesmo porque a ordem constitucional anterior já incentivava os diálogos entre os sistemas nacional e internacional. De qualquer modo, não há dúvidas de que uma cultura mais sensível à penetração do direito internacional dos direitos humanos tornou mais fácil, para aquele sistema, encontrar formas que levassem à punição dos responsáveis pelos graves crimes cometidos durante a ditadura militar.

No México, uma recente reforma constitucional, além de consagrar a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos,⁽⁵⁾ incorporou o princípio *pro persona* como critério solucionador de eventual conflito entre as duas ordens.⁽⁶⁾ Ou seja, na hipótese de antinomia haveria de prevalecer a norma que protegesse, com maior amplitude, a dignidade humana. A questão não ficou restrita ao campo normativo-constitucional tendo sido consagrada, igualmente, pela jurisprudência. A Suprema Corte daquele país, por exemplo, não só reconheceu a obediência de todas as esferas de poder às normas de direitos humanos previstas na Constituição e na CADH, como também instou os juízes a observarem os critérios interpretativos dados pela Corte Interamericana em suas decisões.⁽⁷⁾

No Peru, as discussões sobre a execução das sentenças proferidas pela CIDH estão consideravelmente avançadas, o que pode ser creditado, em parte, à grande quantidade de casos contenciosos julgados por aquela Corte. Ou seja, há tempos a doutrina e a jurisprudência daquele país já vêm se debruçando sobre a instituição de mecanismos e de procedimentos para execução das obrigações impostas pelo sistema interamericano de direitos humanos. O fato é que vários dispositivos da Constituição estabelecem um diálogo, no mesmo nível hierárquico, entre a legislação constitucional e o direito internacional dos direitos humanos. Foi nessa esteira que o Tribunal Constitucional daquele país reconheceu o poder vinculatório das sentenças proferidas pela CIDH a todos os órgãos e esferas de poder do Estado.⁽⁸⁾

No Brasil, as questões ainda não foram enfrentadas com suficiente precisão. De fato, a clareza do Texto Constitucional, que adota o modelo da cláusula aberta dos direitos fundamentais – *numerus apertus pro hominen* –, fazendo inclusive referência expressa ao tratado internacional dos direitos humanos como fonte integradora,⁽⁹⁾ não foi capaz, por si só, de produzir uma mudança significativa no pensamento do STF.

Como se sabe, ao ser provocado para decidir sobre o confronto entre normas constitucionais e a CADH, o STF, por diversas vezes, consagrou a prevalência das primeiras. Foi o que marcou o debate em torno da manutenção da prisão civil do depositário infiel. Todo o raciocínio ficou calcado em um posicionamento ultraconservador de equiparação dos documentos internacionais à legislação ordinária, o qual datava de 1977.⁽¹⁰⁾ Foi necessária uma reforma constitucional – EC 45/2004 – para que um novo ciclo de debates fosse aberto no STF. Com efeito, a inclusão de um novo parágrafo ao art. 5.º⁽¹¹⁾ procurou sedimentar a posição de que as normas internacionais de direitos humanos estavam integradas à ordem constitucional e, portanto, no mesmo patamar hierárquico desta.

É certo que o novo dispositivo não primou pela precisão. De qualquer modo, a inclusão permitiu que o STF revisse o posicionamento

Se, de um lado, os Estados devem avançar em direção à permeabilidade de seus sistemas em face do direito internacional dos direitos humanos, (...) por outro deve o sistema interamericano, e em especial a CIDH, refletir sobre os graves efeitos que o ativismo judicial pode vir a provocar

que até então se mostrava inflexível. O resultado, embora avance em determinados aspectos, mantém a tradicional ideia de subordinação da norma internacional ao Texto Constitucional. Vem daí a referência à teoria da “suprlegalidade” dos tratados de direitos humanos. Ou seja, por tal raciocínio estariam estes inseridos em uma zona intermediária, vale dizer, superiores à legislação comum, porém, subordinados à Constituição.

Essa cultura refratária ao direito internacional lança as bases para se compreender a pouca efetividade que o sistema interamericano de direitos humanos assume na jurisprudência nacional.⁽¹²⁾ Tome-se como exemplo o julgamento proferido pelo STF quando do reconhecimento da constitucionalidade da Lei de Anistia.⁽¹³⁾ A remansosa jurisprudência da CIDH, consagrando a intolerância internacional perante a impunidade das “graves violações de direitos humanos”, foi objeto de poucas referências nos votos proferidos. E mesmo após a responsabilização internacional do Estado brasileiro (*Caso Lund*), as poucas decisões de admissibilidade proferidas nas ações penais ajuizadas contra os supostos autores de crimes cometidos no contexto da repressão praticada pelo regime militar mantêm-se fiéis ao decidido no julgamento na ADPF 153, afastando, portanto, qualquer efeito vinculatório da decisão proferida pela CIDH.⁽¹⁴⁾ Ou seja, a manutenção da posição que subordina os tratados internacionais de direitos humanos à ordem constitucional já permite antever as dificuldades que cercarão o cumprimento de decisões que eventualmente sejam consideradas contrárias à ordem constitucional brasileira.

As tensões, contudo, não são provocadas apenas pelos Estados nacionais. A problemática envolve uma via de mão dupla. Com efeito, a postura ativista da CIDH, se de um lado vem sendo importante para a consolidação dos direitos humanos em um espaço regional carente de uma cultura de respeitabilidade da dignidade humana, de outro vem suscitando fundadas preocupações quanto à extrapolação de sua esfera de competência.

É certo que ao reconhecer a procedência de uma demanda detém a CIDH poder para determinar a reparação das consequências, o que, note-se, não se confunde com o pagamento da indenização.⁽¹⁵⁾ A interpretação do sentido e do alcance das medidas reparatórias tem sido bastante ampla o que, de certo modo, atende à perspectiva satisfativa dos direitos humanos. A equação, contudo, mostra-se delicada quando tais medidas envolvem ações punitivas e persecutórias que, além de serem impostas aos Estados, devem ser adotadas por seus respectivos poderes Legislativo e Judiciário.

Deve ser creditado a **Malarino** o estudo instigante sobre estes pontos de tensão.⁽¹⁶⁾ Na perspectiva do autor, ao impor a obrigação de tipificação penal de determinadas condutas, a CIDH profere a última palavra sobre a necessidade e a pertinência de leis penais quando, na verdade, pelo princípio democrático, a restrição do direito à liberdade deveria ser aprovada pela instância mais representativa da vontade popular e que é justamente o parlamento nacional legitimamente escolhido.⁽¹⁷⁾

Por outro lado, ao impor a reabertura de processos judiciais, ainda

dentro da dimensão reparatória, a CIDH acaba exercendo, na prática, as funções de órgão jurisdicional de revisão. Mas, como lembra **Malarino**, o mais delicado é que a Corte assim procede dentro de um regime probatório muito mais relaxado do que aquele que se exige no processo penal. Com efeito, no sistema interamericano, o que se julga é a responsabilidade internacional do Estado de modo que os critérios probatórios são menos rígidos em face da natural busca pela satisfação dos direitos humanos. Já no processo penal, os *standards* probatórios são, por óbvio, mais elevados até mesmo porque é a liberdade que está em jogo. Assim, quando a CIDH impõe a reabertura de perseguições penais, mesmo nos casos acobertados pelo manto da coisa julgada absolutória, desconsidera ela os possíveis critérios mais rígidos de ponderação probatória de que se valeram os juízes nacionais.⁽¹⁸⁾

Dir-se-á que tais posturas são necessárias, senão imprescindíveis, em uma região permeada por inúmeros exemplos de absoluto descaso para com o valor da dignidade humana. O discurso perpassa pela sempre perigosa parêntese de que a legitimidade dos fins justificaria os meios para alcançá-los. A relativa validade da equação mantém-se enquanto a finalidade não implicar a restrição de outros direitos em especial o da liberdade. É que normalmente pensa-se que o resultado da operação sempre levará à consagração de direitos e nunca à restrição destes. Ocorre que a equação não se fecha quando se adiciona o elemento punitivo. É que a punição sempre levanta a problemática do inculcado o qual, para todos os efeitos, também possui uma esfera de dignidade a preservar, por mais atrozes que tenham sido os seus atos. O próprio movimento de internacionalização dos direitos humanos atesta a veracidade da afirmação. Afinal, os documentos internacionais estão recheados de direitos limitadores do poder punitivo e, também, de parâmetros do justo processo.

Se, de um lado, os Estados devem avançar em direção à permeabilidade de seus sistemas em face do direito internacional dos direitos humanos, conferindo efetividade ao modelo no aspecto que é comum, qual seja, a tutela da dignidade humana, por outro deve o sistema interamericano, e em especial a CIDH, refletir sobre os graves efeitos que o ativismo judicial pode vir a provocar quando a temática envolver o exercício do poder punitivo. A inserção dos interesses das vítimas na dinâmica reflete uma sensibilidade para com aquele que se vê duplamente atingido. A uma pela própria violação. A outra pelo descaso das autoridades nacionais. No entanto, também há que se considerar os interesses dos suspeitos e dos acusados e em favor dos quais foi erigido todo um campo de limitação do poder punitivo que remonta a superação do *Ancien Régimen*. O que se quer, em última instância, é um sistema de direitos humanos operativo e eficaz. Provavelmente, a solução estará no meio do caminho.

Notas:

- (1) *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.
- (2) Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, El Salvador, Equador, México, Paraguai, Perú, Venezuela.
- (3) Integraram a equipe: Marcos Zilli, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Fabíola Girão Monteconrado.

- (4) Art. 75, inc. 22, da Constituição. EIROA, Pablo. *La eficacia de las decisiones de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos en Argentina*. Informe apresentado por ocasião da reunião.
- (5) Art. 1.º: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. Nesse sentido: MATUTE, Javier Dondé. *Influencia de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en Mexico*. Informe apresentado por ocasião da reunião.
- (6) Art. 1.º (...) § 2.º: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.
- (7) MATUTE, Javier Dondé. *Influencia...* cit., p. 8.
- (8) CORIA, Dino Carlos Caro. *La influencia de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el derecho penal peruano*. Informe apresentado por ocasião da reunião, p. 8.
- (9) Veja-se, a propósito, o § 2.º do art. 5.º da CR.
- (10) Naquele ano, quando do julgamento do RE 80.004, relativamente à efetividade da Lei Uniforme de Genebra, o STF afirmou que os tratados internacionais estavam equiparados à legislação ordinária, posicionamento que se manteve para todos os tratados internacionais. ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *O Brasil e a execução das decisões proferidas no contexto do sistema interamericano de direitos humanos*. Informe apresentado quando da reunião.
- (11) O § 3.º ao art. 5.º procurou consagrar a dimensão constitucional formal dos tratados internacionais de direitos humanos ao equipará-los às emendas constitucionais desde que aprovados por processo legislativo qualificado.
- (12) Esta resistência aos parâmetros internacionais permite fixar um comparativo com o mito da caverna de Platão, em que os indivíduos encarcerados na caverna não conseguem ampliar os horizontes de percepção para além das próprias sombras (ZILLI, Marcos. *A caverna e as sombras*. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 17, n. 201, p. 4-5, ago. 2009).
- (13) Conforme julgamento da ADPF 153.
- (14) Ações penais promovidas perante a 2.ª Vara Federal de Marabá contra Lício Augusto Maciel e Sebastião Curió.
- (15) O próprio art. 63.1 da CADH distingue a reparação da indenização.
- (16) MALARINO, Ezequiel. *Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Derechos humanos y derecho penal*. Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012. p. 31-73.
- (17) Idem, p. 61.
- (18) “Este relajamiento probatorio sería inobjetable si la Corte se limitara a decidir el objeto del proceso internacional, pero se vuelve perverso cuando ese tribunal ordena a un tribunal penal interno tomar una medida procesal concreta que afecta a individuos que no se ‘allanaron’ y no tuvieron participación alguna en el proceso internacional”. MALARINO, Ezequiel. *Activismo...*, op. cit., p. 69.

Marcos Zilli

Membro do Grupo Latino-americano de Estudos de Direito Penal Internacional.

Professor Doutor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ENTIDADES QUE ASSINAM O BOLETIM

AMAZONAS

Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

DISTRITO FEDERAL

Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - AMAGIS/DF

Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

MATO GROSSO DO SUL

Associação dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

PARANÁ

Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

RIO DE JANEIRO

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro/ CEJUR

RIO GRANDE DO SUL

Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul - ASDEP

SÃO PAULO

Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo - ADPESP

O art. 117, § 1.º, do Código Penal e sua interpretação conforme a Constituição: a absolvição, a pronúncia, a condenação e a interrupção da prescrição

Eugênio Pacelli de Oliveira e Domingos Barroso da Costa

Há temas invariavelmente inquietantes em Direito Penal e certamente um deles diz respeito à prescrição e suas peculiaridades, pródigas em exigir um olhar atento por parte de quem se confronta com as possibilidades de sua aplicação, a implicarem uma interpretação dos dispositivos da Parte Geral do Código Penal à luz dos preceitos de nossa Constituição.

Observe-se, por primeiro, que a prescrição penal não recebe e não tem a mesma fundamentação das demais, de outra natureza (não penal). Ela parece melhor acomodada nas relevantes questões atinentes ao controle necessário da atuação dos órgãos persecutórios, que têm o dever de investigar os crimes e apurar as respectivas responsabilidades. Ou seja, sua origem não está relacionada com a estabilização das relações que envolvem o autor do fato.

Não haveria espaço aqui para avançarmos sobre os inúmeros desdobramentos que a prescrição oferece. O presente texto tem por objetivo a análise de apenas uma das possibilidades de aplicação do disposto no § 1.º do art. 117 do CP. Mais especificamente, discute-se, aqui, a validade do dispositivo de lei que estende os efeitos de uma condenação ou uma pronúncia para fins de interrupção da prescrição a corréu absolvido em primeira instância.⁽¹⁾

A questão é deveras complexa, a começar pelo fato de que sequer se pode dizer quem são os personagens que delimitariam o endereçamento da citada norma: afinal, quem são os autores do crime? Aqueles mencionados na denúncia? E outros, que apenas posteriormente vieram a ser qualificados como tal, não seriam também autores do crime?

Fiquemos, por ora, e, no entanto, nos contornos já delimitados: poderiam os efeitos da condenação de um réu se estender àquele (corréu) absolvido, no que se refere à interrupção da prescrição?

Pensamos que não.

Em princípio, a única causa de interrupção que parece se ajustar por completo ao que prevê o referido dispositivo legal seria a do recebimento da acusação, a revelar a efetividade da persecução, relativamente à investigação e identificação dos autores. Pronúncia, condenação e acórdão confirmatório da pronúncia, como marcos interruptivos da prescrição (art. 117 do CP), dizem respeito à duração razoável do processo, nem sempre sob o controle da acusação.

Dito isso, é de se ver que a decisão de absolvição de um dos acusados é – e deve ser – portadora de importantes significados. O primeiro deles diz respeito ao juízo de valoração judiciária acerca da responsabilidade penal. É dizer, se o recebimento da acusação encerra, com êxito, a fase de investigação e identificação dos autores, a decisão de absolvição implica a revisão de tais conclusões, obtida a partir de um devido processo legal instrumentalizado pela ampla defesa e pelo contraditório, coroado, para além de outras considerações, pela instrução judicial da pretensão. Aliás, tão somente por isso, legitimador de uma sentença condenatória ou absolutória.

Sendo assim, não faz o menor sentido aceitar-se a interrupção da prescrição em relação àquele absolvido pelo fato da condenação de

outro corréu no mesmo processo. O mesmo órgão estatal que ratifica a pertinência da investigação em relação a um deles, *retifica* o juízo em relação ao outro (absolvido). Nesse passo, a sentença absolutória tem o seguinte significado: aos olhos da lei, o citado corréu *não é* autor do crime. Isso, até que outra decisão diga o contrário; mas, aí, será essa nova decisão que poderá apresentar efeitos de interrupção da prescrição.

Não se pode entender uma condenação senão a partir de seu caráter personalíssimo, precisamente como ocorre com qualquer decisão judicial fora do âmbito estreito da eficácia *erga omnes* de alguns julgados, assim definidos por determinação constitucional. O concurso de agentes não tem o condão de *coletivizar* a responsabilidade penal. Tanto assim é que toda condenação criminal há de aplicar a sanção de modo individualizado, consoante garantia fundamental consagrada na norma que se extrai do art. 5.º, XLVI, da CF, projetada nos arts. 59 a 69 do CP e 5.º da LEP.

Conforme ressaltado, tanto a pronúncia, quanto a decisão que a confirma, a sentença e o acórdão condenatórios, ainda que recorríveis, são provimentos cujo significado não pode ser desprezado, considerada sua repercussão direta e negativa na liberdade do sujeito – no que se inclui a interrupção da prescrição (CP, art. 117, II, III e IV). Do mesmo modo, ricos em significado são os juízos absolutórios, que, como dito, são proferidos após juízo de valoração judiciária acerca da responsabilidade penal, importando conclusão segura – ainda que passível de revisão – de que determinado acusado não seria autor do crime que lhe foi imputado.

Desse modo, descabido que em aplicação retroativa se estendam efeitos que só se fazem legítimos pela segurança que requerem juízos de pronúncia (esse, para garantia de eficácia do processo do júri!) e condenação – como é o caso da interrupção da prescrição – a codenunciados que restaram absolvidos após um devido processo legal.

Nesse passo, inconcebível que, sob o fundamento de ser *socialmente aceitável*, admitam-se os argumentos expostos na ementa do acórdão proferido no HC 71.316-5/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio, para o fim de se atestar a validade da aplicação irrestrita do art. 117, § 1.º, do CP:⁽²⁾

“**PRESCRIÇÃO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – INTERRUÇÃO – CONDENAÇÃO DE CO-RÉU.** O fato de co-réu haver sido condenado pelo Juízo implica a interrupção da prescrição quanto ao absolvido cuja situação jurídica veio a alterar-se frente ao recurso interposto pelo Ministério Público. A razão de ser do preceito, socialmente aceitável, é evitar que situação precária, a beneficiar um dos co-réus, vindo este a ser condenado em segundo grau, acabe por resultar em tratamento diferenciado”.

Aliás, o argumento atinente à igualdade de tratamento que deveria se destinar aos corréus peca na origem: a responsabilidade penal é pessoal e intransferível, na medida da respectiva culpabilidade. A decisão que absolve um e condena outro (ou outros) somente será legítima se fundada exatamente na diversidade de situações fáticas e/ou pessoais.

A posição daquele que é condenado em primeiro grau não é e nem deve ser a mesma daquele que é absolvido. Aliás, em face desse último, sequer seria cabível a imposição de qualquer medida cautelar, o mesmo não ocorrendo em relação àquele (condenado). Entendimento contrário – como o expresso na ementa do acórdão supratranscrita – perverte o significado da lei diante de sua necessária interpretação conforme a Constituição.

Como se verifica, o eminente Ministro parte de premissas distintas para obter uma conclusão de identidade, procurando igualar uma situação favorável a uma situação desfavorável. A equação, com o devido respeito, não fecha, abrindo-se mais ao horizonte do sofisma. Não bastasse, professa interpretação que se constrói em nítido prejuízo ao direito fundamental da liberdade, desconsiderando, de resto, a afirmação da não culpabilidade emanada do provimento judicial absolutório.

Destaque-se, por fim, que, além de recusar a mínima eficácia às decisões de primeira instância e violar preceitos constitucionais, o entendimento que ora se põe sob o crivo da crítica também representa homenagem à inércia estatal em prestar a jurisdição em razoável prazo (CF, art. 5.º, LXXVIII). A aludida leitura parece dar prevalência acrítica a dispositivo legal anterior à Constituição de 1988, desconsiderando critérios hierárquicos e cronológicos de aplicação do Direito.

Uma última palavra: não se trata de inconstitucionalidade, mas de interpretação conforme a Constituição, preservando-se as demais hipóteses do citado art. 117, § 1.º, do CP, se e quando alinhadas ao mesmo quadro normativo (constitucional).

Notas

- (1) “Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:
(...)
II – pela pronúncia;
III – pela decisão confirmatória da pronúncia;
IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis;
(...)
§ 1.º Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles”.
- (2) A validade da aplicação irrestrita do disposto no art. 117, § 1.º, do CP também foi atestada no julgamento, pelo STF, em 09.04.1996, do HC 71.983/SP, sendo também o entendimento do TJRS ao julgar os Embargos de Declaração 70046569430, j. 16.02.2012.

Eugênio Pacelli de Oliveira

Mestre e Doutor em Ciências Penais pela UFMG.

Relator-Geral da Comissão de Juristas responsável pelo

Projeto de Novo CPP.

Procurador Regional da República no Distrito Federal.

Domingos Barroso da Costa

Mestre em Psicologia pela PUC-Minas.

Especialista em Criminologia e Direito Público.

Defensor Público no Rio Grande do Sul.

O panóptico virtual: como dois irmãos gêmeos, o musical *West Side Story*, o Homem-Aranha e um Juiz de Direito contribuíram para o nascimento do monitoramento eletrônico

Bernardo de Azevedo e Souza

Ao contrário do que se pode(ria) pensar, o monitoramento eletrônico (ME) não é uma prática recente. As primeiras experiências de localização a distância remontam ao ano de 1964, época em que um pequeno grupo norte-americano de pesquisadores da Universidade de Harvard, em Cambridge, Massachusetts, desenvolveu um transmissor portátil denominado *Behavior Transmitter-Reinforcer (BT-R)*.⁽¹⁾ Curiosamente, a ideia do dispositivo surgiu quando Ralph K. Schwitzgebel, um dos pesquisadores do mencionado grupo, assistiu ao musical *West Side Story*⁽²⁾ (intitulado, no Brasil, “Amor, Sublime Amor”). Inconformado com a morte do protagonista, Ralph imaginou que o desfecho do filme poderia ter sido diferente se houvesse algum modo de alertar o rapaz do iminente perigo. Em sua concepção, fazia-se necessário desenvolver uma espécie de sistema de comunicação para evitar a prática de crimes por jovens delinquentes, a exemplo do que ocorrera no (trágico) desfecho do musical. Ao compartilhar a ideia com seu irmão gêmeo, Robert S. Schwitzgebel, também pesquisador, ambos não tiveram dúvidas de que jovens delinquentes seriam perfeitos objetos de pesquisa.⁽³⁾

E assim iniciou-se o *Streetcorner Research* – como foi denominado o projeto –, numa antiga igreja em Cambridge, Massachusetts. A estação-

base, localizada no porão, contava com uma grande tela iluminada, que mapeava diversas partes da cidade. Quando um dos participantes do projeto atravessava uma das áreas monitoradas, seu transceptor era estrategicamente acionado e transmitia um sinal de localização à estação-base. Embora voluntários, os participantes do projeto – todos jovens delinquentes usufruindo de liberdade condicional – recebiam uma “ajuda de custo” para descrever suas rotinas diárias e suas experiências com o equipamento de ME. Todos os relatos eram gravados.⁽⁴⁾

As reações ao projeto, no entanto, foram extremamente negativas. Os editores da *Harvard Law Review* – revista de publicação independente criada por estudantes da *Harvard Law School*, nos Estados Unidos –, cunharam o protótipo pejorativamente de “a máquina do Dr. Schwitzgebel” (*Dr. Schwitzgebel's Machine*).⁽⁵⁾ Com a finalidade de dar continuidade à pesquisa longe de quaisquer ares negativos – uma maré de críticas sucedeu-se por iniciativa de jornalistas e comunidades na Internet –, Robert mudou-se para Los Angeles. Em parceria com Richard Bird, desenvolveu um cinto eletrônico capaz de enviar e receber sinais tácticos. Com o intuito de divulgar o invento, Robert escreveu um artigo para a revista *Psychology Today*. Para a surpresa do autor, todavia,

o artigo – publicado na edição de abril de 1969 – teve seu título original modificado para *Belt from Big Brother*, em alusão à obra “1984”, de George Orwell.⁽⁶⁾

Por uma série de razões, o ME não foi bem-sucedido naquela época.⁽⁷⁾ Não obstante, com a comercialização do transistor e a invenção do circuito integrado, a tecnologia eletrônica tornou-se suficientemente avançada, viabilizando – do ponto de vista estético e econômico – o ME.⁽⁸⁾ Tal cenário, indubitavelmente, favoreceu o juiz estadunidense Jack Love, de Albuquerque, Novo México, a idealizar uma nova concepção de ME na década de 80. Inspirado num trecho de uma história em quadrinhos (HQ) do Homem-Aranha,⁽⁹⁾ que fora veiculada em um jornal local no ano de 1979,⁽¹⁰⁾ o magistrado teve a ideia de transportar tal conceito de vigilância – até então restrito ao plano imaginário – para a realidade concreta.

Para materializar a ideia, nos dias seguintes o juiz Jack Love entrou em contato com diversas empresas de tecnologia, solicitando a fabricação do equipamento tal como havia sido desenhado na HQ. A despeito do desinteresse da maioria delas, Michael Goss, um representante de vendas da empresa *Honeywell*, convenceu-se de que a ideia do magistrado era plausível e decidiu auxiliá-lo. Para tanto, afastou-se de seu cargo, retirou um empréstimo bancário de 10 mil dólares, e fundou, em 1982, a *National Incarceration Monitor and Control Services (NIMCOS)*.⁽¹¹⁾ O protótipo, chamado *Gosslink*,⁽¹²⁾ consistia numa tornozeleira eletrônica – diferindo, pois, da representação gráfica da HQ, cuja colocação do equipamento se dera no pulso do Homem-Aranha –. Do tamanho de um maço de cigarros (*cigarette-pack-size*), a tornozeleira emitia um sinal de rádio a cada 60 segundos – que era capturado por um receptor ligado a uma linha telefônica – e, em seguida, transmitia os dados a um computador central.⁽¹³⁾

Antes de ser colocado em prática, o equipamento foi experimentado durante algumas semanas pelo próprio juiz Love. Os primeiros testes da tornozeleira eletrônica foram realizados em abril de 1983 com presos em regime de liberdade condicional. O primeiro deles, um usuário de heroína condenado por emitir cheques sem fundos, cumpriu com sucesso o período determinado para ME em prisão domiciliar. Dois meses depois, porém, acabou sendo preso por furto em estabelecimento comercial. O segundo, um veterano do Vietnã condenado por receptação de bens roubados, no quinto dia de teste retornou completamente intoxicado ao centro de detenção onde deveria se apresentar diariamente para passar a noite e, conseqüentemente, teve de retornar à prisão. Finalmente, o terceiro, um diabético condenado por dirigir sob a influência de álcool pela segunda vez, completou com sucesso 30 dias de monitoramento.⁽¹⁴⁾

Poucos meses após o início das experimentações, os recursos da empresa NIMCOS acabaram sendo completamente esgotados e as atividades conseqüentemente tiveram de ser suspensas. Em ato de desespero, Michael Goss solicitou auxílio à empresa *Boulder Industries (BI)*,⁽¹⁵⁾ que, entendendo se tratar de uma boa oportunidade de negócios, lhe concedeu um empréstimo no valor de 250 mil dólares e, posteriormente, acabou comprando os direitos da NIMCOS.⁽¹⁶⁾

A partir da experiência do juiz Love, os Estados Unidos (sobretudo Washington, Virgínia e Flórida) deram início a projetos-piloto para a implementação do ME. Em menos de cinco anos, vinte e seis (26) estados já estavam utilizando o sistema. No final dos anos 90, o número de pessoas monitoradas nos Estados Unidos já chegava a quase 100 mil.⁽¹⁷⁾ Atualmente, o ME é utilizado em diversos países, tais como Inglaterra, Portugal, Espanha, Suécia, Holanda, Suíça, Itália, França, Austrália, Canadá, tanto na execução penal, de modo a auxiliar no controle do apenado nas diferentes fases do sistema progressivo de cumprimento da pena, quanto como instrumento de tutela cautelar, em qualquer fase da perseguição criminal.

Iniciativa semelhante à de Jack Love deve-se, no Brasil, ao juiz Bruno César Azevedo Isidro, da Vara de Execuções Penais da Comarca de Guarabira, no estado da Paraíba (PB). Em parceria com a

Atualmente, o ME é utilizado em diversos países, tais como Inglaterra, Portugal, Espanha, Suécia, Holanda, Suíça, Itália, França, Austrália, Canadá, tanto na execução penal (...) quanto como instrumento de tutela cautelar, em qualquer fase da perseguição criminal.

empresa Insiel Tecnologia Eletrônica Ltda., de Campina Grande (PB), o magistrado lançou, no ano de 2007, o projeto intitulado “Liberdade vigiada, sociedade protegida”, com o escopo de monitorar presos por meio de tornozeleiras eletrônicas. A ideia do projeto, conforme notícia veiculada à época,⁽¹⁸⁾ teria surgido durante uma aula ministrada pelo citado juiz sobre a realidade prisional nos Estados Unidos. O projeto teve início com cinco presos voluntários e de bom comportamento do sistema fechado, que foram escolhidos por meio de uma triagem. É importante salientar que a iniciativa, pioneira no país, se deu antes mesmo do advento da primeira lei federal regulamentando o ME (Lei 12.258/2010).

Atualmente, o ME vem sendo utilizado apenas em alguns Estados brasileiros, havendo, ainda, inúmeras dificuldades de implementação,⁽¹⁹⁾ sobretudo após a sobrevivência da Lei 12.403/2011, que, ao permitir sua aplicação como medida alternativa à prisão preventiva, (re)acendeu a discussão sobre o tema. O Brasil tem ainda um longo caminho a percorrer no âmbito do ME. Já contamos com empresas que fornecem, além do sistema, os dispositivos, a central de monitoramento e toda a assessoria necessária ao controle eletrônico de presos. Mas, enfim, é a experiência prática do cotidiano que possibilitará o (constante) aprimoramento do equipamento e de sua utilização.

Referências bibliográficas

- BURRELL, William D.; GABLE, Robert S. *From B.F. Skinner to Spiderman to Martha Stewart: the past, present and the future of electronic monitoring of offenders*. Disponível em: <<http://rgable.files.wordpress.com/2012/02/j-offender-rehabilitation-pdf.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2012.
- CÉRÉ, Jean-Paul. La surveillance électronique: une réelle innovation dans le procès pénal? *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 8, jun. 2006.
- GABLE, Robert S. *Tagging: an oddity of great potential*. Disponível em: <www.thepsychologist.org.uk>. Acesso em: 12 jul. 2012.
- _____. *Electronic monitoring of criminal offenders*. Disponível em: <<http://rgable.wordpress.com>>. Acesso em: 11 jun. 2012.
- LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.
- VITORES, Anna; DOMÈNECH, Miquel. *Tecnología y poder: Un análisis foucaultiano de los discursos acerca de la monitorización electrónica*. Disponível em: <www.qualitative-research.net>. Acesso em: 28 abr. 2012.

Notas

- (1) BURRELL, William D.; GABLE, Robert S. *From B.F. Skinner to Spiderman to Martha Stewart: the past, present and the future of electronic monitoring of offenders*. Disponível em: <<http://rgable.files.wordpress.com/2012/02/j-offender-rehabilitation-pdf.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2012. Composto de duas unidades: uma no cinturão (que incluía a bateria e um transmissor) e outra ao redor do pulso (que funcionava como sensor), a finalidade do BT-R era emitir sinais à estação-base de um laboratório, o que permitia produzir gráficos da localização do portador do transmissor. O sistema compunha-se de múltiplos receptores-transmissores que registravam, de modo preciso e imediato, a localização do portador do equipamento (VITORES, Anna; DOMÈNECH, Miquel. *Tecnología y poder: Un análisis foucaultiano de los discursos acerca de la monitorización electrónica*. Disponível em: <www.qualitative-research.net>. Acesso em: 28 abr. 2012).
- (2) O filme, datado de 1961 e dirigido por Jerome Robbins e Robert Wise, relata

o romance de Tony, antigo líder da gangue “Jets”, formada por brancos anglo-saxônicos, e Maria, irmã do líder da gangue rival, os “Sharks”, composta por imigrantes porto-riquenhos. À semelhança da desavença entre os “Capuletos” e os “Montecchios” apresentada em “Romeu e Julieta”, de William Shakespeare – peça na qual o musical é inspirado –, o amor do casal floresce entre o ódio e a briga das duas gangues (“Jets” e “Sharks”). Ao descobrir a rejeição de Maria, Chino, o pretendente favorito para casar-se com ela, decide por fim ao romance e desfere um tiro em Tony, que vem a falecer.

- (3) GABLE, Robert S. *Tagging: an oddity of great potential*. Disponível em: <www.thepsychologist.org.uk>. Acesso em: 12 jul. 2012. Deve-se destacar, a título de complementação, que o sobrenome dos irmãos Schwitzgebel foi modificado, em 1982, para **Gable**.
- (4) Idem, *ibidem*.
- (5) BURRELL, William D.; GABLE, Robert S. *From B.F. Skinner...* cit.
- (6) GABLE, Robert S. *Electronic monitoring of criminal offenders*. Disponível em: <http://rgable.wordpress.com>. Acesso em: 11 jun. 2012. O artigo publicado pela revista *Psychology Today* pode ser lido em: <http://rgable.files.wordpress.com/2012/02/psych-today-19693.pdf>.
- (7) Como destacam **William D. Burrell** e **Robert S. Gable**, os experimentos iniciais foram realizados numa época pré-digital, ou seja, momento no qual a era do computador sequer tinha emergido para os consumidores. A própria televisão a cores era, à época, uma novidade para muitas pessoas. A tecnologia do monitoramento eletrônico foi, pois, um grande salto (e poucos estavam prontos para aceitá-lo). A isso se soma o fato de que as pessoas não estavam familiarizadas com os conceitos de mudança comportamental (*behaviour modification*) propostos pelo psicólogo Burrhus Frederic Skinner, de modo a compreender (mesmo que minimamente) a utilização do sistema. Finalmente, acreditava-se que o monitoramento eletrônico era uma manifestação tangível do “Big Brother” descrito por **George Orwell** na obra “1984”. O monitoramento eletrônico era, em suma, muito avançado para a época (BURRELL, William D.; GABLE, Robert S. *From B.F. Skinner...* cit.).

- (8) GABLE, Robert S. *Electronic monitoring...* cit.
- (9) LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994. p. 42. Na trama, o vilão *Kingpin* (no Brasil, *Rei do Crime*) coloca um bracelete eletrônico no pulso direito do Homem-Aranha, o que possibilita rastrear os movimentos do herói por meio de um radar.
- (10) CERÉ, Jean-Paul. La surveillance électronique: une réelle innovation dans le procès pénal? *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 8, jun. 2006, p. 107.
- (11) BURRELL, William D.; GABLE, Robert S. *From B.F. Skinner...* cit.
- (12) Anagrama formado pelo sobrenome do criador (Michael Goss) e a palavra inglesa “link”, cujo significado é conexão.
- (13) GABLE, Robert S. *Tagging ...* cit.
- (14) BURRELL, William D.; GABLE, Robert S. *From B.F. Skinner...* cit.
- (15) A *Boulder Industries* continua em funcionamento até hoje, atuando notadamente no âmbito do monitoramento eletrônico de presos e processados. Consoante informações extraídas do sítio eletrônico <www.bi.com>, acessado em 18 jun. 2012, a empresa fornece produtos e serviços para cerca de 900 agências federais, estaduais e locais.
- (16) BURRELL, William D.; GABLE, Robert S. *From B.F. Skinner...* cit.
- (17) CERÉ, Jean-Paul. La surveillance électronique ... cit., p. 107.
- (18) Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jul-13/presos_testam_tornozeleira_eletronica_paraiba>. Acesso em: 03 jun. 2012.
- (19) Entre elas, citamos, a título de exemplificação, a falta de estrutura operacional e a dificuldade orçamentária.

Bernardo de Azevedo e Souza
Mestrando em Ciências Criminais pela PUC/RS.
Especialista em Ciências Penais pela PUC/RS.
Advogado.

O concurso de pessoas na reforma do Código Penal

12

Beatriz Corrêa Camargo

Após sete meses de atividades, a conclusão dos trabalhos da Comissão de Juristas, incorporada pelo PLS 236/2012, tem sido objeto de críticas e defesas acaloradas.

O Concurso de Pessoas especificamente ficou muito aquém da proposta de modernização do Direito Penal brasileiro, concentrando os principais inconvenientes dos sistemas presentes em nossa história legislativa. Sob a rubrica de uma teoria alemã – a teoria do domínio do fato – justificou-se o engessamento de questões ainda não sedimentadas sequer na dogmática penal deste País,⁽¹⁾ desconhecendo-se o contexto de seu surgimento e aplicação, bem como as funções que um sistema de concurso de pessoas é chamado a desempenhar.

1. Sistemas monista e dualista

Qualquer aluno que se interesse minimamente por Direito Penal saberá mencionar as diversas possibilidades de realização criminosa: autoria individual, coautoria e autoria mediata, como formas de autoria; instigação e auxílio, como formas de participação. Quando se indaga, porém, por que essa diferenciação é relevante, ou quais suas implicações na determinação da responsabilidade penal, impera um silêncio. Na melhor das hipóteses, responde-se que não há relevância alguma, afinal, o art. 29, *caput*, do CP criminaliza a conduta de quem, de qualquer modo, concorre para o crime. Depois de mais de 70 anos de introdução dessa regra em nosso ordenamento, inexistente um verdadeiro debate sobre

os sistemas de concurso de pessoas em nossa doutrina e isso se reflete nos resultados dos trabalhos da Comissão de Juristas.

O art. 29 do CP confere ao sistema brasileiro um caráter unitário ou monista, que não apresenta nenhum outro critério além da causalidade para que se determine a tipicidade da ação de um agente que não realiza em sua pessoa todos os elementos da descrição típica, sendo toda criação de uma condição para o resultado considerada autoria. Esse modelo de concurso de pessoas caracteriza-se, ainda, por não diferenciar a moldura penal da participação, deixando inteiramente ao arbítrio judicial a determinação final da pena.

O sistema monista foi introduzido pelo legislador de 1940 e justificado com a adoção da teoria da equivalência das condições pelo Código e sua recepção dogmática no país. As limitações da causalidade como critério único da tipicidade se evidenciaram desde o início com a necessidade de adoção dos dispositivos dos arts. 26 e 27, atuais arts. 30 e 31 do CP (arts. 39 e 40 do Anteprojeto). Mas tal modelo foi defendido sob outras duas perspectivas ainda, não apenas pelo legislador de 1940, como também pelo de 1984 em vista de sua manutenção.

A defesa do sistema monista voltava-se principalmente contra o sistema dualista adotado pelo problemático Código Penal de 1890. Esse diploma, de um lado, apresentava descrições detalhadas das formas de autoria e de cumplicidade, criticadas porque não corresponderiam ao fenômeno delitivo em sua complexidade. De outro lado, o Código

de 1890 realizava a distinção entre um auxílio necessário (definido como forma de autoria) e um auxílio não necessário (punido a título de cumplicidade com as penas da tentativa), o que seria um equívoco diante da igualdade valorativa de todas as causas de uma modificação no mundo, como então se compreendia a tipicidade.⁽²⁾

2. Tipos de (co)autoria

Em seu art. 38, § 1.º, I, o Anteprojeto descreve detalhadamente quatro possibilidades de concorrer para o crime como autor ou coautor.

a) A primeira delas se dá em relação a quem “executa o fato realizando os elementos do tipo”. Trata-se de uma definição capaz de gerar problemas consideráveis. De fato, são casos centrais de coautoria as situações nas quais, em razão de um plano criminoso comum prévio, o agente realiza um dos elementos descritos no tipo. Entretanto, a simples prática de uma ação que corresponde a um elemento do tipo não é suficiente para que se afirme a existência de coautoria, se considerarmos que a realização típica não corresponde à (con)causação de um estado de coisas. Especial relevância adquire aqui a problemática em torno da chamada “coautoria sucessiva”, em que se discute a responsabilidade do sujeito por atos cometidos anteriormente à sua intervenção na execução do crime, o que se mostra sobretudo questionável nos tipos delitivos cujos elementos se encontram em uma relação de finalidade.⁽³⁾

A partir disso, o Anteprojeto enumera hipóteses subsidiárias de autoria, nas quais o sujeito não realiza nenhum dos elementos do tipo.

b) Assim, é definido como autor do crime quem “*manda, promove, organiza, dirige o crime ou pratica outra conduta indispensável à realização dos elementos do tipo*”. Aqui novamente o Anteprojeto supõe um critério que justifica a responsabilização do agente como coautor do delito, mas se limita a descrever ações que apenas poderiam ou não ser assim interpretadas. O mandante do crime, por exemplo, representa um caso típico de participação por instigação (ele não teria domínio do fato porque não oferece contribuição alguma durante a execução do delito).⁽⁴⁾ O que se coloca em pauta, deve ficar claro, não é o desrespeito a uma classificação doutrinária tradicional ou a adoção de uma teoria diferenciadora determinada (no plano lógico continua sendo necessária de qualquer maneira a referência a uma ação criminosa alheia para justificar a punibilidade do mandante), mas uma definição da autoria a partir da escolha arbitrária de possíveis papéis assumidos no contexto delitivo.

A seu turno, o conceito “indispensável” sequer constitui um critério apto a diferenciar autoria da participação. Empiricamente, também o auxílio ou a instigação são partes necessárias da explicação causal do delito.⁽⁵⁾ Hipoteticamente, como afirmar que um ou mais comparsas simplesmente não realizariam o crime sem a contribuição de um deles? Muito provavelmente, a “indispensabilidade” da conduta foi pensada como contraponto à visão formal-objetiva, segundo a qual a coautoria somente é possível desde que os agentes realizem um dos elementos do tipo.⁽⁶⁾ Nesse caso, entretanto, seria preferível uma definição material clara e abrangente da coautoria.

c) A figura da autoria mediata, por sua vez, foi contemplada no dispositivo: “*dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime*”. A primeira parte da redação visa explicar a razão da punição pela autoria mediata, o que não foi feito de forma inequívoca: se convenço uma tia a destruir um relógio antigo cujo barulho me irritara durante toda infância, não me torno autora mediata do crime de dano pelo fato de ser seu o relógio. Pelo contrário: a atipicidade de sua ação é exatamente a razão pela qual não respondo pelo crime, o que não aconteceria caso o relógio pertencesse ao meu avô.

Relevante é tão somente a possibilidade de caracterização do outro como instrumento, o que se dá quando o agente seja responsável pelo déficit de responsabilidade do executor da ação.⁽⁷⁾ Em relação a

essa figura, falta igualmente sistematicidade, repetindo-se em outros dispositivos a responsabilidade do autor mediato pela criação desse defeito (assim, o art. 27, quanto ao erro de tipo, o art. 34, quanto aos menores e o art. 37, quanto ao autor da coação ou ordem).

d) Por fim, a (co)autoria pelo domínio do fato nos aparatos organizados de poder representa uma alternativa possível, mas que apresenta não apenas dificuldades de fundamentação teórica, como também óbices relevantes a uma resposta adequada a esse tipo de criminalidade. Mencione-se o desvio da discussão da responsabilidade penal de um ditador como Fujimori enquanto chefe de Estado e de governo, e não apenas como cidadão comum (no âmbito, portanto, de delitos omissivos e especiais),⁽⁸⁾ assim como a questionável intenção de superar por meio dessa figura exigências da imputação subjetiva (o que, em última análise, não deixa de apontar uma tentativa de superar dificuldades de prova).⁽⁹⁾

3. Mais do mesmo: proibição extensiva de causação de resultados

3.1 Participação

Enquanto a autoria é definida detalhada e casuisticamente, o Anteprojeto deixa uma porta aberta pelos fundos ao manter para a participação a definição extensiva fundada em qualquer modo de contribuição para o crime. Uma escolha duvidosa diante da função constitutiva da tipicidade das regras de participação: se o partícipe não realiza a lesão do dever de ação descrita no tipo delitivo como o autor, qual norma de comportamento ele violaria, em lugar disso?⁽¹⁰⁾

A descrição da participação por omissão pelo Anteprojeto também demonstra que as proibições no Direito Penal não consistem na mera causação do resultado lesivo. A formulação inversa de tal dever na figura da omissão, i.e., o dever irrestrito de criação de uma causa que impeça a realização do tipo, não existe.⁽¹¹⁾ É preciso primeiramente definir quando se deve agir para evitar o crime cometido por outrem e, sem nenhuma modificação nesse sentido (cf. art. 17 do Anteprojeto), ao menos a figura do garante institucional fundamenta não a participação criminosa, mas a autoria do delito. Trata-se de uma regra, se não contraditória, ao menos incompleta, pois não aponta o conteúdo de tal dever.

O Anteprojeto falha definitivamente por não oferecer uma definição dos critérios que fundamentam a punição pela participação, deixando o caminho livre para juízes que enxerguem nesse dispositivo a existência de uma responsabilidade subsidiária ilimitada pelo concurso de pessoas, fundada exclusivamente na causalidade da ação e na vontade de se concorrer para o crime.⁽¹²⁾

3.2 Concorrência dolosamente distinta

As deficiências dessa compreensão extensiva da participação refletem-se na manutenção do aumento de pena nos casos de concorrência dolosamente distinta, isto é, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave pelo agente, embora quisesse participar de crime menos grave.

A jurisprudência tende a interpretar o “querer” do agente de forma desvinculada do conceito de dolo. É o que se denomina “desdobramento do curso causal”, atualmente distante da proposta inicial de Nélson Hungria (que então seguia o art. 48, parágrafo único, do CP de 1940) e sintomático nos casos de latrocínio: uma saída fácil que encontram os tribunais para ignorar a alegação da defesa e poupar a acusação da prova de que a morte da vítima fazia parte do plano delitivo comum. Assim, o art. 29, § 2.º, do CP é inviabilizado na prática, imputando-se ao comparsa no crime de roubo o crime de latrocínio com base na pressuposição de que mortes sempre podem acontecer quando uma pessoa armada se encontra em uma situação como o roubo.⁽¹³⁾

Sem dúvida, o mandante de um crime de furto não pode “querer”

participar do estupro da vítima planejado pelo executor do furto quando sequer tem conhecimento desse plano. Mas contradiz um Direito Penal do fato estender-se a responsabilidade do mandante também ao estupro apenas porque o executor compartilhou sua intenção de agredir a vítima, ainda que o mandato tenha sido a causa pela qual o agente se dirige à casa da mesma.

O dispositivo é incongruente: se a responsabilidade no concurso de agentes consiste na criação dolosa de uma causa ao crime, por que excluir a responsabilização do sujeito pelo segundo delito, apenas aumentando-se a pena do primeiro, se ele de fato previu o risco de ocorrência do resultado por sua ação? Ao revés, se o simples conhecimento da intenção criminosa alheia não deve ser considerado suficiente para a responsabilização de um agente pelos atos praticados pelo outro, o que justifica então a maior quantia de pena?

3.3 Diferenciação de pena

O Anteprojeto mantém ainda a uniformidade das molduras penais aplicáveis a autores e partícipes, a despeito do papel subsidiário conferido à participação (para além dos delitos comuns, pense-se nas consequências disso diante da falta do dever especial por parte do *extraneus*).⁽¹⁴⁾ Igualmente intocados ficaram aumento e diminuição da pena em relação a algumas circunstâncias do concurso, independentemente de sua configuração como autoria ou participação.

A aplicação facultativa da contribuição de menor importância é apenas incongruente nos casos de autoria, uma vez que o papel do coautor ou autor mediato equivale funcionalmente à atuação do autor individual direto, i.e., à realização de todos os elementos do tipo na própria pessoa. A abundante jurisprudência do STJ demonstra a relevância do instituto e a indeterminação do seu significado. Suas decisões partem indiscriminadamente de critérios como a relevância causal e o domínio do fato,⁽¹⁵⁾ assim como se leva em consideração a execução dos elementos do tipo.⁽¹⁶⁾ As mesmas condutas – levar o agente ao local do crime e facilitar posteriormente sua fuga – são ora consideradas de menor importância, ora consideradas essenciais ao crime, sem que se tenha qualquer base normativa que fundamente tal valoração.⁽¹⁷⁾ Uma insegurança jurídica desnecessária, que poderia ser evitada com uma definição satisfatória do auxílio acompanhada da correspondente diminuição de pena obrigatória.

O obrigatório aumento de pena, por sua vez, deixa dúvidas quanto ao seu objetivo. Quando muito, tais circunstâncias são elementos que constituem a tipicidade da ação no concurso. Exatamente o fato de o agente coagir outrem à execução do crime é que fundamenta a sua responsabilidade como autor mediato ou instigador. O que mais, porém, se haveria para reprovar objetivamente além disso, considerando-se inclusive que a ameaça é punida como crime autônomo?

Na vida comum, para que qualquer atividade conjunta possa ser alcançada é preciso a divisão de tarefas e uma delas pode consistir perfeitamente em organizar a atividade dos demais. O aumento de pena não pode depender da divisão mais ou menos aleatória das tarefas realizadas, muito menos de qualquer concepção de periculosidade do agente desvinculada do desvalor objetivo dos atos por ele praticados. Neste tocante, o aumento de pena para crimes praticados com menores de 18 anos (art. 34 do Anteprojeto) pode encontrar uma justificativa quando se verifica uma situação de abuso ou exploração do menor para a prática de crimes. Isso, no entanto, já encontra punição no art. 244-B do ECA e está disposto no art. 528 do Anteprojeto no caso de organizações criminosas.

4. Conclusão

É lamentável a ausência de maiores debates teóricos na elaboração da Parte Geral do Anteprojeto do Código Penal. Apesar de suas deficiências, a atual sistemática do concurso de pessoas possui ainda a vantagem de permitir a adoção dogmática de uma diferenciação consistente e não

contraditória entre autoria e participação.

A fim de comparação, considere-se a definição de condutas presentes nos Códigos Penais do Peru, Alemanha, Portugal e Espanha.

Notas

- (1) Sobre os inconvenientes do fechamento do sistema em questões ainda não sedimentadas, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In: _____ (org.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: De Gruyter, 1984. p. 6-18.
- (2) Cf. Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, em especial Itens 5, 22 e 23; DOTI, René Ariel. O concurso de pessoas. *Ciência Penal*, n. 1, p. 80 e ss., 1981.
- (3) No crime de roubo, por exemplo, não seria possível afirmar o domínio do sujeito quanto ao exercício de violência quando este sequer está presente durante sua realização ou sabe da sua existência (ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: Beck, 2003. v. 2, § 25, n. 227).
- (4) Cf. ROXIN, *Strafrecht...* cit., § 25, n. 198-210.
- (5) Mesmo valorativamente a definição tangencia a problemática das ações neutras, em que se discute, para além do seu caráter causal, a sua relevância para a realização típica. Cf. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 13 e ss.; sob perspectiva diversa: KINDHÄUSER, Urs. Zum Begriff der Beihilfe. In: DANNECKER, Gerhard (org.). *Festschrift für Harro Otto*. Köln: Heymanns, 2007. p. 361 e ss.
- (6) A respeito: ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: W de G, 2006. p. 39 e s.
- (7) Cf. PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht Allgemeiner Teil – im Spiegel der Rechtsprechung*. Nomos: Baden-Baden, 2011. § 24, n. 6.
- (8) Cf. JAKOBS, Günther. *Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori*. In: ZIS, 2009. p. 574 e ss.
- (9) Nesse sentido: HERZBERG, Rolf Dietrich. *Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates*. In: ZIS, 2009. p. 576 e ss.
- (10) Como coloca: BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes – Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 55, a definição legal das formas de participação e autoria possui a função de resguardar o princípio da legalidade.
- (11) Além dos delitos especiais, também a lógica da omissão nos delitos comuns contrapõe a tese de um conceito extensivo de autor. Cf. KINDHÄUSER, Urs. Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft. In: BOHNERT, Joachim et al. (org.). *Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. p. 651.
- (12) Assim a doutrina majoritária no Brasil ao definir como requisitos do concurso de pessoas, exclusivamente, a causalidade e o vínculo psicológico do agente. Cf. por todos: JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 412.
- (13) Cf., por exemplo, STF, HC 90017-8/AP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29.05.2007, caso em que todos os juízos argumentam a punição pelo latrocínio com base na previsibilidade do acontecimento morte, ou seja, o contrário do que o art. 29, § 2.º, do CP prevê. Cf., ainda, STJ, HC 35895/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. 02.09.2004.
- (14) A esse respeito já chamara atenção: ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 178 e ss.
- (15) Cf., por exemplo, STJ, HC 168.913/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 18.10.2011; STJ, REsp 1.266.758/PE, rel. Min. Laurita Vaz, j. 06.12.2011; STJ, HC 191.444/PB, rel. Min. O.G. Fernandes, j. 06.09.2011.
- (16) Nesse sentido, STJ, HC 174.430/PE, rel. Min. Jorge Mussi, j. 27.03.2012; STJ, HC 139.552/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 02.09.2010.
- (17) Cf. STJ, HC 139.552/SP, cit.; STJ, HC 115.056/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. 15.10.2009.

Beatriz Corrêa Camargo

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo
e Universidade de Bonn, Alemanha.

Mestre em Direito Penal pela Universidade de Bonn, Alemanha.

Bolsista CAPES e DAAD.

O STJ e o termo inicial da prescrição da pretensão executória: discussão recente entre a 5.^a e a 6.^a turma

Eduardo Reale Ferrari e Marcelo Vinicius Vieira

Diante de normas penais reputadas antigas, ou mesmo ultrapassadas, muito se debate a real necessidade de se criar novas leis. Não por outro motivo tão em voga está a malfadada proposta de novo Código Penal, também alcunhada de “Projeto Sarney”.

Não se pode perder de vista, todavia, o concomitante papel relegado ao Poder Judiciário, a quem cumpre dar aplicabilidade aos dispositivos normativos enquanto estiverem em vigor, interpretando-os de modo a adequá-los à atual ordem constitucional (quando não for o caso, por óbvio, de se rechaçar sua aplicação por total inadequação ao Texto Maior).

A missão é árdua, sem dúvida, mas não se pode exigir do julgador nada menos que a cautela que tanto se cobra do legislador.

Muito recentemente, essa difícil tarefa foi enfrentada pela Exma. Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Thereza Rocha de Assis Moura.

Por ocasião do julgamento do HC 232.031/DF, foi trazida à tona antiga controvérsia atinente ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, tema que se tornou objeto de entendimentos diversos por parte das duas Turmas que compõem a Seção competente para apreciar matéria penal naquela Corte.

Enquanto a 6.^a Turma tem asseverado que o termo inicial para a prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para a acusação, a 5.^a Turma entende que essa espécie prescricional somente pode ter a contagem de seu lapso temporal iniciada após o trânsito em julgado para ambas as partes.

Sobre a distinção entre a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, diz-se que a primeira “*representa a cessação do direito do Estado à persecução penal*”, enquanto a segunda “*faz desaparecer o direito do Estado à execução da pena imposta*”.⁽¹⁾

O ponto nevrálgico da controvérsia gira em torno do art. 112, I, do Código Penal, segundo o qual o trânsito em julgado para a acusação configura termo inicial da prescrição após a sentença irrecurável.

É certo que o início da execução somente se admite após o trânsito em julgado para ambas as partes.⁽²⁾ Em circunstâncias tais, questiona-se: como se poderia aceitar o início do lapso temporal da prescrição da pretensão executória a partir do trânsito em julgado apenas para a parte acusatória?

Diante de tal quadro, tem pugnado a 5.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, desde a apreciação do HC 137.924/SP, uma adequação hermenêutica do art. 112, I, do Código Penal ao art. 5.^o, LVII, da Constituição Federal,⁽³⁾ concluindo que o termo inicial do prazo prescricional da pretensão executória deve ser a data do trânsito em julgado para ambas as partes, e não apenas para a acusação.

Segundo essa Turma, justificar-se-ia a referida adequação da norma porque, antes do trânsito em julgado para ambas as partes, estaria o Estado impedido de iniciar a execução da pena.

Após o trânsito em julgado para acusação, com efeito, pode ainda subsistir recurso exclusivo da defesa, o que impediria, sob a luz da presunção da inocência, o início da execução da pena. Até então, deveras, não há que se falar em pretensão executória do Estado.

É de se destacar ainda que essa previsão não se verificava no texto original do Código Penal, que somente foi inserida no *Codex* por meio da Lei 6.416/1977 e mantida na reforma de 1984 após a solidificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

Não se pode olvidar, todavia, o contexto no qual se concebeu a mencionada previsão. Antes da promulgação da Constituição de 1988, prevalecia a presunção de culpabilidade no processo penal, fruto de odioso cenário político.⁽⁴⁾

Nesse sentido, especial atenção merece o texto original do art. 594 do Código de Processo Penal, que exigia o recolhimento do réu à prisão para que lhe fosse outorgado o direito de apelar. Seguindo a mesma lógica de culpabilidade presumida, destaca-se também a prisão automática decorrente da decisão de pronúncia, prevista no antigo art. 409 daquele texto normativo.

Previsões estas que, note-se, inobstante sua evidente inadequação ao Texto Constitucional, somente foram expressamente revogadas em 2008, 20 anos após o advento da presunção de inocência como garantia fundamental.

Observa-se, pois, que a configuração do trânsito em julgado para a acusação como marco inicial da prescrição da pretensão executória se adequava ao autoritarismo que caracterizava o processo penal até 1988, uma vez que já se admitia o início da execução antes mesmo do término da discussão judicial.

E é somente dentro deste contexto que se compreende o porquê do início da prescrição da pretensão executória a partir do trânsito em julgado para a acusação.

Com a consagração formal da presunção da inocência como enunciado fundamental do processo penal por meio da Constituição de 1988,⁽⁵⁾ contudo, perdeu-se o sentido de se computar o início da prescrição da pretensão executória antes do trânsito em julgado para ambas as partes.

Ocorre que, muito embora a previsão do art. 112, I, do Código Penal, tenha convivido com um cenário de cunho autoritário – felizmente extinto pela atual ordem constitucional –, ela, por si só, nunca afrontou e ainda não afronta a presunção da inocência ou qualquer outro dispositivo da contemporânea Constituição.

E é justamente essa a conclusão – acertada, a nosso ver – a que chegou a 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, liderada pela apurada análise da relatora sobre todas as circunstâncias que cercam a questão.

Consoante louavelmente delineado por aquele colegiado, ainda que a pretensão executória do Estado se origine apenas após o trânsito em julgado para ambas as partes, o termo inicial para a contagem do lapso temporal é, por força do art. 112, I, do Código Penal, o trânsito em julgado para a acusação.⁽⁶⁾

Isso porque, por mais que se possa arguir o anacronismo do mencionado dispositivo com o atual processo penal constitucional, não se afigura permitido ao julgador propor norma diversa daquela prevista em lei, ainda mais em seara penal.

Dessarte, não há como se pugnar o trânsito em julgado para ambas as partes como termo inicial da prescrição da pretensão executória, sob pena de o juiz dar nova roupagem ao texto do art. 112, I, do Código Penal, em dissonância com a vontade do legislador. Como leciona **Carlos Maximiliano**, “*a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir*”.⁽⁷⁾ Conclusão outra redundaria na invasão da competência do Poder Legislativo⁽⁸⁾ e, conseqüentemente, na redução do princípio da legalidade, basilar ao Direito Penal.

Notas

- (1) FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 421.
- (2) No HC 84.078/MG, de relatoria do Exmo. ex-Ministro Eros Grau, o Tribunal Pleno reconheceu a inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Na doutrina, já o pugnava: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 86; e TUCCI, Rogério Lauria. Limitação da extensão da apelação e inexistência de execução penal provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 33, p. 241, 2001.
- (3) “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”
- (4) MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 157.
- (5) Diz-se formalmente, porquanto sua consagração substancial ainda está em andamento. Serve como exemplo o tardio reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade da execução provisória, ocorrido apenas em 2009 no já mencionado HC 84.078/MG.
- (6) Não se pode perder de vista que essa previsão acarreta o grave risco de estimular que a acusação recorra em toda e qualquer oportunidade com

o exclusivo intuito de postergar o termo inicial de eventual prescrição da pretensão executória.

- (7) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 65.

- (8) Nada obstante tratar-se de função do legislador, denota-se que o “Projeto Sarney” furta-se dessa reflexão e mantém a previsão tal como atualmente está, coincidentemente em seu art. 112, I.

Eduardo Reale Ferrari

Professor Doutor de Direito Penal da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.
Advogado.

Marcelo Vinicius Vieira

Pós-graduando em Direito Penal Econômico e
Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal).
Advogado.

HC, RHC e o retrocesso no Processo Penal brasileiro

Pedro Machado de Almeida Castro

Em meio a celeuma causada pelo julgamento da Ação Penal 470, uma notícia⁽¹⁾ não pode passar despercebida. A 1.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 109.956/PR, mudou seu entendimento para não mais admitir o *Habeas Corpus* (HC) substitutivo de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC), já aderido, em tese, pelo Superior Tribunal de Justiça.⁽²⁾

O acórdão, já publicado, aponta que o problema aventado, além do número de processos que chegam à Suprema Corte, seria a relação *hc* > *RHC* (2.181 do primeiro contra, apenas, 108 do último, somente no primeiro semestre deste ano).⁽³⁾

Infelizmente, parece-nos uma mudança (ou volta) de paradigma que em nada ajudará o Direito brasileiro; muito pelo contrário.

O *habeas corpus*, como se sabe, tem o condão de resguardar a liberdade sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação na mesma, por ilegalidade ou abuso de poder (Constituição Federal, art. 5º, LXVIII).

Em tese, presente a ilegalidade ou coação, até mesmo de ofício poderá conceder-se o *writ* (força do art. 654, § 2º, do CPP). “Em tese” porque, se não for um direito ululante, a praxe é que se siga um rito processual e de instâncias.⁽⁴⁾ Não obstante, este foi, na verdade, o entendimento da Turma no presente caso: inadmissão do, então, competente substitutivo, com análise da ordem ante a possibilidade do deferimento *ex officio*, o que não ocorreu.

Voltando na história e jurisprudência, o voto (vencido) proferido pelo eminente Min. Sepúlveda Pertence no HC 67.788, nos idos de 1990, faz um excelente apanhado da questão ao longo dos tempos. Remonta ao Código de Processo Criminal de 1832, à Lei 261/1841 (que institui o *recurso de ofício*), ao Decreto 848/1890 (que primeiro garantiu o *recurso* ante a denegação da ordem do *habeas corpus* na República), percorrendo, em linhas gerais, os posicionamentos adotados (vacilante e permissivo) por aquela Corte até aquele ano, quando o paradigmático HC 67.263, de relatoria do ilustre Min. Moreira Alves, retoma posicionamento antes adotado – e agora, mais uma vez, retrocedido –, no sentido de se aceitar a impetração de HC substitutivo de RHC.

Para o bem da verdade, houve um tempo, não muito longínquo, em

que o recurso ordinário poderia ser interposto diretamente à Suprema Corte, mesmo contra ato de juiz de primeiro grau.⁽⁵⁾ As Constituições seguintes, muito provavelmente pelo pinchar de instâncias, crescimento demográfico e processual, e o *estrangulamento da máquina do judiciário*,⁽⁶⁾ como em respeito ao devido processo, opuseram a obrigação de se passar por todos os foros antes de se chegar à Corte Máxima. Leia-se: somente admissível HC (ou RHC)⁽⁷⁾ quando a autoridade coatora for aquela de instância imediatamente inferior.

Para melhor compreendermos, e no que interessa a este despretensioso artigo, foi com o Ato Institucional 6 e, em seguida, Emenda Constitucional 1 à Constituição de 1968, que se proibiu, de maneira positivada, expressa, a substituição do recurso (RHC) pelo pedido originário (HC).

Naquela época (em que sequer existia o Superior Tribunal de Justiça), por força do disposto no parágrafo supra, não se conhecia do substitutivo. Entretanto, poder-se-ia conceder a ordem ainda que ausente o competente recurso de sentença denegatória, uma vez que a ilegalidade ou abuso devem sempre ser combatidos (em tese, ainda hoje).

Fato é que, no caminhar do processo – sempre para frente – e na evolução do procedimento, bem como da sistematização, há que se manter uma hierarquia dos tribunais (para que não ocorra, exatamente, a *supressão de instâncias* e o assoberbamento dos tribunais maiores), afunilando o número de casos que chegam aos tribunais superiores, reservando-os às novidades e mudanças de pensamentos.

Assim é que a Constituição Federal de 1988, no intuito de desafogar a Corte Suprema, cria o Superior Tribunal de Justiça e suprime aquela proibição da Constituição anterior. O STF volta a aceitar a substituição de remédios (RHC pelo HC), ressaltando as devidas competências.⁽⁸⁾

Vale a transcrição de parte do voto do Ministro Relator Moreira Alves, ao reconhecer a possibilidade da substituição: “*Excluo dessa competência originária apenas uma hipótese, para que se evite a possibilidade de fraude à competência do Superior Tribunal de Justiça no tocante a recurso ordinário de habeas corpus, ou, pelo menos, de escolha, pelo interessado, da jurisdição que lhe parecer mais conveniente. Essa hipótese é a de decisão denegatória, por parte de Tribunais locais ou federais de segundo grau, em habeas corpus*”

originário ou em recurso ordinário de HC, casos em que, pelo sistema adotado pela atual Constituição, cabe ao Superior Tribunal de Justiça, por texto expresso (art. 105, II, a), julgar o recurso ordinário por ventura interposto, e ao Supremo Tribunal Federal, pela literalidade do art. 102, I, i, caberia o julgamento de HC originário por se ter o Tribunal local ou federal de segundo grau, com decisão denegatória, tornado autoridade coatora. Nesse caso, poderia o interessado, por simples escolha ou por perda de prazo (inclusive voluntariamente), impetrar HC originário ao Supremo Tribunal Federal, ao invés de seguir a via ordinária do recurso ao Superior Tribunal de Justiça”.

E para evitar tal possibilidade (de burla à competência), é que se firmou entendimento de que o HC substitutivo deverá ser impetrado na mesma instância competente para analisar o RHC. Hoje, a Emenda Constitucional 22 (EC 22) pacifica o entendimento, dirimindo quaisquer controvérsias.

A EC 22 não incide, entretanto, para afastar a possibilidade de se chegar à Suprema Corte a análise de eventual ilegalidade, percorrido o longo caminho processual. Ainda que não seja possível o RHC, por falta de lei,⁽⁹⁾ nossa Carta Magna aventa, em sede de HC originário, a capacidade de tal análise, nos termos do disposto no art. 102, I, i.

E sobre esta capacidade, o próprio Min. Marco Aurélio confirmou, por exemplo, no HC 78.897, asseverando que o ato (denegação da ordem) praticado pelo STJ o torna coator; logo, possível a impetração nos termos do artigo retro.

Voltando ao acórdão, a substituição, no presente caso, em nada atrapalha. Não nos esqueçamos de que os maiores interessados, principalmente neste remédio constitucional, são o paciente e o próprio impetrante (que podem, ou não, ser a mesma pessoa). Assim sendo, a certeza que se tem é que, devido a mudança (que em nada diminuirá o número de processos), ocorrerá, apenas, a modificação da nomenclatura nos dados estatísticos. Aqueles que se tem por HC substitutivos de RHC serão, agora, RHC, sem modificar a quantidade de processos que chegam à Corte. Fora eventuais perdas de prazos.

E é aí que mora o problema. Perdido o prazo para a interposição do competente RHC, ficará, o paciente, no limbo processual, sem julgamento de mérito? Terá, contra ele, uma – suposta – decisão ilegal que não mais poderá ser analisada (apesar de irregular)? Nem mesmo em sede de HC (lembrando de que, na verdade, o *habeas corpus* é uma nova ação, e não recurso)?⁽¹⁰⁾ Isso, tratando-se de Direitos Fundamentais.

A Súmula 691 de nossa Corte Suprema revela que não se conhecerá de *habeas corpus* quando impetrado de decisão de relator que indefere liminar. Essa é a regra, o usual. Nada que impeça, como dito anteriormente, a análise (e reforma) daquelas impetrações cujo direito é galalau.

Pensamento similar deve ocorrer em relação aos HCs impetrados

devido à perda de prazo do competente RHC.

Sem se prolongar, visa-se apenas alertar para o perigo desta mudança, que em nada diminuirá o número de casos em instâncias superiores.

Compartilhamos do problema aventado pelo eminente Min. Marco Aurélio de casos em que o *mandamus* é utilizado de maneira inescrupulosa, muitas vezes tempos após o ato de coação, visando a passagem do tempo e uma possível prescrição. Para tanto, este não deve ser o caminho, vez que a colocação de um prazo, como no mandado de segurança, resolveria o problema.

E, para finalizar, parafraseando o Ministro Relator do caso em voga: “O Supremo Tribunal Federal é aquele que tem o direito de errar por último”. Principalmente quando se trata de direito à liberdade.

Notas

- (1) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=214346>>. Acesso em 02.10.2012
- (2) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-07/stj-tambem-barrara-pedido-habeas-corpus-substitutivo-recurso>>. Acesso em 02.10.2012
- (3) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 13.08.2012 – Os dados se mostram rudimentares, “uma” vez que não é possível fazer uma diferenciação entre a impetração de HC substitutivo e originário, tornando-os um pouco ineficazes para tal análise.
- (4) Razão pela qual fora editada a Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal
- (5) Art. 23 da Lei 221/1894.
- (6) Um dos principais argumentos para a nova formatação.
- (7) Este, por força do disposto na alínea a do inciso II do art. 102 da Constituição da República de 1988.
- (8) Caso paradigma: HC 67.263. À época, competia ainda ao Supremo julgar HCs impetrados em face das condenações de 2.ª instância, enquanto as decisões em HC, provenientes de coação da 2.ª instância, competiam ao STJ. Havia, ali, verdadeira divisão de competências, a depender da origem da questão posta com relação à autoridade coatora de 2.ª instância (*habeas corpus* originários ou substitutivo).
- (9) Nem a Constituição, nem a Lei 8.038/1990 aventam tal possibilidade, quando em sede de última instância.
- (10) Não se aplica, sequer, o princípio da *unirrecorribilidade*, “uma” vez que a decisão denegatória torna o órgão julgador coator, possibilitando, assim, a nova ação (*habeas corpus*).

Pedro Machado de Almeida Castro
Mestrando em Processo Penal pela USP.
Advogado.

O menor de 14 anos como autor de agressão sexual – uma análise do revogado art. 224 e do atual 217-A do Código Penal

João Paulo Orsini Martinelli

Há alguns meses, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Terceira Seção, decidiu, de forma apertada, que a presunção de violência prevista no revogado art. 224 do CP, nos casos de estupro praticado contra menores de 14 anos, seria relativa. Em sentido contrário, a opinião pública condenou a decisão por entender que esses menores precisam de proteção penal contra abusos sexuais. O próprio STJ, na sua Quinta Turma, e o STF, vêm constantemente afirmando que a presunção de violência é absoluta. O entendimento doutrinário majoritário considera

a vulnerabilidade do menor de 14 anos, prevista no atual art. 217-A, também absoluta, configurando-se completa falta de maturidade para os atos da vida sexual. Tais afirmações levam à seguinte indagação: o menor entre 12 e 14 anos, que não possui capacidade de discernimento para a prática de atos sexuais e sempre será vítima de estupro de vulnerável, poderá responder por ato infracional se este for correspondente a crime contra a dignidade sexual?

Em síntese, a questão que se faz é: a falta de maturidade para ser

vítima do crime sexual também interfere quando o menor é o sujeito ativo da infração? Para chegar a uma resposta (não definitiva, ressalta-se) o fundamental é verificar se a capacidade de compreensão do ilícito do menor coincide, pelo menos em parte, com a capacidade de discernimento para a prática de atos sexuais. Se houver uma coincidência, pelo menos parcial, deve-se admitir que o menor entre 12 e 14 anos não deve responder por ato infracional correspondente a crime sexual.

O menor de 18 anos não pode ser penalmente responsável por seus atos porque é considerado imputável. Falta culpabilidade ao menor que pratica fato típico e antijurídico. A legislação penal brasileira adotou o critério biopsicológico para aferir imputabilidade a alguém, quer dizer, deve-se utilizar, conjuntamente, o critério da idade e do desenvolvimento mental do agente. O menor de 18 anos, conforme a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, é um “*ser ainda incompleto, e naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído*”; ademais, o “*reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal*” (item 23). O legislador adotou a idade de 18 anos como referência ao desenvolvimento intelectual pleno da pessoa para compreender a ilicitude de seu comportamento.

Em relação à atividade sexual, o legislador, na reforma promovida pela Lei 12.015/2009, seguiu critérios semelhantes aos que estavam no revogado art. 224. Restringindo-se a discussão ao critério etário, parte-se do pressuposto de que o menor de 14 anos ainda não está apto a manter uma vida sexual ativa. Assim é o entendimento dos Tribunais superiores há muito tempo: “*Não é possível entender que a presunção de violência no crime de estupro seja relativa, na hipótese em que houve o consentimento da vítima menor de 14 anos, porque este entendimento afronta a jurisprudência deste STJ e do STF que reconhecem a presunção estabelecida no art. 224, a, do CP como de caráter absoluto, sendo irrelevante, no caso, a reprovabilidade da conduta da vítima, porque é a proteção da dignidade do menor que domina o regime jurídico penal nesse campo*” (STJ – REsp 1021634/SP). Quando parecia que o STJ havia adotado o entendimento da presunção relativa, houve nova decisão em sentido contrário, reacendendo a presunção absoluta.

No mesmo julgado, repete-se a afirmativa de que o consentimento do menor de 14 anos é inválido: “*Não é possível entender que a presunção de violência no crime de estupro seja relativa, na hipótese em que houve o consentimento de vítima menor de 14 anos, porque ao reconhecer o desvalor do comportamento da vítima e lamentar sua experiência sexual precoce para afastar a tipicidade da conduta do réu o Tribunal converte-a injustamente em ré, condenando-a, quando deveria garantir-lhe a dignidade e a oportunidade de manifestação, por si e por defensor qualificado, tanto como avaliação médica de seu desenvolvimento psicossocial, em respeito mínimo ao devido processo legal a que tem direito constitucional*”. Assim, evidente que aquele que mantém relação sexual com menor de 14 anos age contra uma pessoa sem a devida maturidade para a prática de atos libidinosos e, assim, não se pode alegar o consentimento desta em defesa.

E quando ocorrer o contrário? Como interpretar o fato quando aquele que pratica infração penal de natureza sexual for menor de 14 anos?

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, respondem por ato infracional, este definido como *conduta descrita como crime ou contravenção penal*, apenas os adolescentes (menores a partir dos 12 anos completos). Isso significa que há um intervalo etário entre os 12 e 14 anos no qual o adolescente, simultaneamente, não tem maturidade para a vida sexual mas possui capacidade para responder por ato ilícito. Este adolescente é imaturo para decidir por seus atos sexuais quando vítima, no entanto, quando infrator, pode sofrer medida socioeducativa.

Percebe-se uma contradição. Um crime sexual, como o estupro, além do seu caráter ilícito, também possui conteúdo libidinoso. A antijuridicidade, nesse caso, em seu conceito material, exige a capacidade de entender a lesão ao bem jurídico dignidade sexual. Além do conhecimento da ilicitude do fato, o agente deve saber que está a atingir o direito à autodeterminação sexual da vítima. No caso do menor em conflito com a lei, a este falta a imputabilidade e a capacidade de compreender a dignidade sexual como um bem jurídico a ser preservado. A ausência desta capacidade é a mesma que fundamenta o estupro de vulnerável nas situações em que há consentimento da vítima.

Ora, se a falta de maturidade para compreender os atos de natureza sexual pode fundamentar a incriminação do estupro de vulnerável, também deveria afastar a tipicidade de qualquer ato infracional praticado por menor entre 12 e 14 anos. A ausência de capacidade é elementar implícita do estupro de vulnerável, uma vez que este é crime material, que, expressamente, exige apenas a prática do ato sexual com o menor de 14 anos, sem previsão de fraude, grave ameaça ou violência. Mais especificamente, o consentimento inválido, obtido por coação, meio fraudulento ou incapacidade da vítima, é elementar não expressa no tipo.

A considerar a falta de condições psicológicas e culturais para consentir nos atos libidinosos, por ausência de maturidade específica para uma vida sexual, não se pode ignorar a incapacidade para compreender o caráter de um ato infracional contra a dignidade sexual. O menor entre 12 e 14 anos, ao praticar um ato infracional correspondente ao estupro, por exemplo, pode até compreender a ilicitude do constrangimento praticado contra a vítima, porém, não possui maturidade para responder pela conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso.

Assim, o mesmo critério que incrimina de forma absoluta quem mantém relação sexual com menor de 14 anos deve ser aplicado para preservar o menor de 12 a 14 anos quando este praticar ato infracional correspondente a crime sexual. No máximo, este menor terá capacidade de compreender a ilicitude do meio empreendido, como a violência ou a grave ameaça. E a falta de compreensão da ilicitude do ato sexual elimina o dolo de praticar as elementares do tipo, o que torna o fato atípico ou punível apenas como ato infracional correspondente ao constrangimento ilegal (art. 146).

João Paulo Orsini Martinelli

Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP.

Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Coordenador-Chefe do Departamento da

Revista Liberdades do IBCCRIM.

Descasos

Karla - Recuperação, uma história de Natal

Alexandra Lebelson Szafir

Conheci Karla há sete anos, quando ela venceu um concurso literário na Penitenciária Feminina do Estado. Em um palco, diante da imprensa nacional e estrangeira, que cobriam o evento, e de autoridades como o próprio Secretário da Administração Penitenciária, ela leu em voz alta o texto que tinha escrito, o qual tecia uma feroz crítica aos sistemas

carcerário e judicial e, em especial, à hedionda Lei dos Crimes Hediondos.

Foi aplaudidíssima pelas colegas de cárcere e, pelo visto, pelo corpo de jurados (o qual contava, inclusive, com um Promotor de Justiça), que lhe concedeu o primeiro prêmio.

Mesmo que ela não tivesse vencido o concurso, seria impossível

deixar de notar Karla. Bonita, e dona de um carisma e magnetismo inegáveis, ela é extremamente inteligente, articulada, franca. Tem um fino senso de humor e uma risada alta e contagiante. Trocando em miúdos, é uma mulher fascinante.

Karla tem, no total, cerca de 40 anos em penas de reclusão, dos quais já cumpriu quase 12. As condenações, como a quantidade de pena já indica, são por crimes gravíssimos. Quem olhasse o seu prontuário ou os autos da sua execução criminal com os olhos preconceituosos que, infelizmente, são mais comuns do que seria o ideal (inclusive entre membros do Ministério Público e do Poder Judiciário) diria que ela era uma típica presa “irrecuperável”. *Esta é uma história que os prova errados.* É uma história de fé no ser humano; que mostra como uma defesa eficiente e o apoio a quem sai da prisão são capazes de mudar uma vida que a maioria julgava fadada ao insucesso. Enfim, uma história perfeita para este mês de festas.

Como se disse anteriormente, Karla já tinha cumprido por volta de 12 anos e já estava em regime semiaberto, quando, há dois anos, dois dos processos em que tinha sido condenada foram anulados (graças aos esforços da advogada Beatriz Rizzo) e, por força de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, ela foi posta em liberdade.

A maioria dos advogados acharia, não sem certa dose de razão, que já havia feito o suficiente. Não Beatriz, que foi além. Após um breve período com sua família em Uberlândia, Karla voltou para São Paulo, onde ficou hospedada na casa de sua advogada. Trabalhou também por alguns meses no escritório de Beatriz.

Mas se engana quem pensa que Karla é uma espécie de vítima, dependente da caridade alheia. Pelo contrário. É uma mulher daquelas que batalham e fazem as coisas acontecerem. Ela hoje trabalha meio período na contabilidade de uma agência de turismo. Além disso, com o dinheiro de uma poupança feita ainda quando estava presa, montou uma oficina de costura no apartamento alugado em que mora, na qual produz maravilhas.

Extremamente leal, nunca hesitou em ir ao Fórum para ver o andamento da execução criminal de uma amiga.⁽¹⁾ Agora que esta conquistou o regime aberto, Karla está lhe pagando um curso de costura, para que a amiga trabalhe com ela em sua oficina.

Por insistência da dona da agência em que trabalha, a qual fez a sua inscrição, acaba de prestar vestibular numa faculdade de Direito e... foi aprovada! Apesar dos anos de ausência forçada, tem uma ótima relação com seu casal de filhos. Seu primeiro neto acaba de nascer.

Mas Karla ainda responde aos dois processos, retomados a partir do ponto em que foram anulados. Se sobrevierem condenações, terá de voltar a cumprir pena. Caso isso ocorra, Beatriz diz que vai peticionar que ela seja promovida diretamente ao regime aberto, sem necessidade de voltar ao semiaberto. E esse retorno não só é mesmo desnecessário, como me parece clara e profundamente insensato. Afinal, qual é o sentido de devolvê-la à prisão agora? Penso que isso iria contra o próprio espírito da Lei de Execuções Penais, que, como se sabe, visa à ressocialização, *objetivo que Karla já atingiu com primor, por seus próprios méritos.*

Esta é uma época do ano de esperança. Então, eu espero que o Poder Judiciário e o Ministério Público enxerguem a pessoa que Karla é hoje. Se isso acontecer, certamente eles concordarão com que Karla prossiga sua vida.

Notas

- (1) Monica, outra pessoa maravilhosa e igualmente inteligente. Tenho orgulho em ter as duas como amigas.

Alexandra Lebelson Szafir
Advogada.
(aleszafir@uol.com.br)

The advertisement features a background of a torn piece of brown paper. The word "Boletim" is written in large, blue, serif font, appearing twice. Below it, the word "BOLETIM" is written in a smaller, white, sans-serif font. A dark blue banner with white text reads "Acesse de qualquer lugar". Below this, the words "RÁPIDO, PRÁTICO E MODERNO" are written in a light blue, sans-serif font. To the right, the text "Habitue-se com a leitura digital" is written in a red, sans-serif font. In the center, there is a graphic of a white, cylindrical object with a dark, irregular shape inside it. To the right of this graphic, the word "Boletim" is written in a large, blue, serif font, and below it, the word "Digital" is written in a smaller, light blue, sans-serif font. At the bottom, the text "Instituto Brasileiro de Ciências Criminais" is written in a blue, sans-serif font.

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Lançamentos

Imagem ilustrativa



Código de Processo Penal Comentado

12.ª edição

Guilherme de Souza Nucci

Atualizado com:

- Lei 12.654/2012 (Perfil genético como identificação criminal)
- Lei 12.663/2012 (Lei Geral da Copa)
- Lei 12.694/2012 (Organizações criminosas)
- Jurisprudência recente
- Novos tópicos incluídos pelo autor

Imagens ilustrativas



Código Penal Militar

Comentado

Enio Luiz Rossetto



Individualização da Pena

5.ª edição

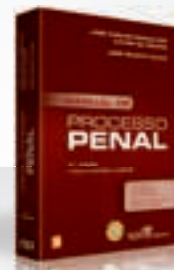
Guilherme de Souza Nucci



A Lei Maria da Penha na Justiça

3.ª edição

Maria Berenice Dias



Manual de Processo Penal

4.ª edição

José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino e
José Renato Nalini

Imagens ilustrativas



COLEÇÃO DIREITO E CIÊNCIAS AFINS - V.1

Princípio da Insignificância

3.ª edição

Luiz Flávio Gomes



Processo Penal Constitucional

7.ª edição

Antonio Scarance Fernandes



Provas Ilícitas

Interceptações telefônicas, ambientais
e gravações clandestinas

5.ª edição

Luiz Francisco Torquato Avolio



Violência Doméstica

Lei Maria da Penha
Comentada Artigo por Artigo

4.ª edição

Rogério Sanches Cunha e
Ronaldo Batista Pinto

Televentas 0800-702-2433

livraria
RT

www.livrariart.com.br

SÃO PAULO • São Paulo • Itu • RIO DE JANEIRO • Rio de Janeiro • Niterói • Campos dos Goytacazes • Petrópolis • Barra Mansa • Nova Friburgo • MINAS GERAIS • Belo Horizonte • PARANÁ • Curitiba • Apucarana • Campo Mourão • Cascavel • Foz do Iguaçu • Fórum Estadual • Francisco Beltrão • Londrina • Maringá • Paranavaí • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapecó • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIAS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió

Endereços completos em: www.rt.com.br/lojas ou www.livrariart.com.br/lojas



THOMSON REUTERS™