

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

APRESENTAÇÃO

VINTE ANOS DAS REFORMAS PENAIS DE JUSTIÇA

Julho de 1984. A memória à deriva, entorpecida por episódios mais recentes, exige concentração na retrospectiva. Vinte anos abraçam tempo suficiente para vergar falsas convicções e obliterar acontecimentos de pouca expressão por entre as franjas das lembranças. Não é o caso dos princípios *inspiradores* das Reformas Penais de 1984, que sem dúvida anteciparam em mais de quatro anos a essência democrática da Constituição de 1988, que os incorporou.

A *Parte Geral do Código Penal* acolheu modificações de relevo na estrutura do crime e, sobretudo, na abrangência da atuação dos elementos anímicos na ação. E, ainda, elaborou um sistema de penas coerente com os desenvolvimentos da época. Ao mesmo tempo, o Brasil finalmente obteve uma norma federal sobre a *Execução da Pena*, e isso veio da melhor maneira, à altura do avanço científico e das declarações internacionais de tratamento do preso.

Mas por que seria oportuna, hoje, a recordação? Em virtude das investidas legislativas que, a esmo, pugnam pelo recrudescimento circunstancial das sanções penais? Devido à ausência de uma política criminal definida, em que se identifiquem as prioridades na atribuição de dignidade penal a bens jurídicos? Porque as condições de cumprimento de

penas no País pouco mudaram e muitas disposições da STJ seguem à tra morta?

Por tudo isso, sim. Por mais razões, que os artigos contidos nesta *Edição Especial do Boletim* suscitam, convidando ao debate e à exploração de institutos jurídicos fundamentais. Mas as razões aí não se esgotam. Em 1984 a democracia era ainda nascitura e brotava do desejo de sepultar os anos de repressão política sob uma enorme rocha de sólidas esperanças na convivência possível, que amainaria as desigualdades e injustiças sociais. Em 2004, a inocência

perdida, percebe-se aos poucos que a pesada rocha é, inopinadamente, a própria democracia que, todos nós, devemos rolar montanha acima, ainda que um abismo devolva a

rocha ao chão, forçando-nos a retomar a marcha. Não era uma fácil e pacífica gestação que a aguardava — a democracia —, mas sua diária construção, em tantos campos da vida brasileira. Ao contrário do que sugere o *Mito de Sísifo*, sobretudo na leitura do existencialista Camus, há sentido na obra e esse sentido pode estar em saber-se humano entre humanos.

Depois de vinte anos, a índole — humanista — do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito deve ser evocada. Para preservá-la, há que se refletir sobre *como, quanto e o quê* se busca por intermédio do Direito Penal, em sua criação, legislativa e judicial. ●

Depois de vinte anos, a índole — humanista — do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito deve ser evocada.

Índice

APRESENTAÇÃO: VINTE ANOS DAS REFORMAS PENAIS	1
TENTATIVA DE ELIMINAÇÃO DO CRITÉRIO DA PERICULOSIDADE Miguel Reale Júnior	2
VINTE ANOS DE VÁ ESPERANÇA Rogério Lauria Tucci	4
LEGISLAÇÃO: LEI FEDERAL Nº 10.886	5
A REFORMA DO SISTEMA DE PENAS - ANTIGOS E NOVOS DESAFIOS 20 ANOS DEPOIS René Ariel Dotti	6
O NECESSÁRIO É APLICAÇÃO DA LEI A TEMPO E MODO Jair Leonardo Lopes	9
VALEU, TOLEDO! Nilo Batista	11
ALGUNS ASPECTOS DO CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO Cezar Roberto Bitencourt	12
A SUPERACÃO DO HOMEM DISCIPLINAR Alessandra Teixeira e Sérgio Mazina Martins	15
LEGISLAÇÃO: LEI FEDERAL Nº 10.867 E LEI FEDERAL Nº 10.884	17
CONCURSO DE PESSOAS Luiz Vicente Cernicchiaro	18
Caderno de Jurisprudência O DIREITO POR QUEM O FAZ: CRIME HEDIONDO. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA Paulo Medina	809
O DIREITO POR QUEM O FAZ: ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PERÍODO DE ANISTIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA Dacio Tadeu Viviani Nicolau	810
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	812
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	813
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	814
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	815
TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL	816

APRESENTAÇÃO

EDIÇÃO ESPECIAL: VINTE ANOS DAS REFORMAS PENAIS



SEMINÁRIO INTERNACIONAL IBCCRIM

28 de setembro a 01 de outubro de 2004.
Hotel Maksoud Plaza, São Paulo, SP.

Veja, no encarte, o conteúdo programático do evento.
Garanta sua inscrição.

A redação da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209/84) reformulou significativamente o texto do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, retificado aos 3 de janeiro de 1941. Buscou-se ajustar o texto às recomendações da doutrina penal e, particularmente, impedir a presença de institutos da responsabilidade objetiva. Nesse particular, merece ênfase o Título IV - Do Concurso de Pessoas. Aí, são tratadas a co-autoria e a participação, buscando intransigentemente preservar a responsabilidade subjetiva.

O Código continua a adotar a teoria monista, porém atenuada, considerando autores tantos quantos, “de qualquer modo”, concorrem para o crime; para a definição do crime, de nenhuma importância a distinção entre participação principal e secundária, autor intelectual ou material, cabeça ou cúmplice. A participação de qualquer modo no *iter criminis* vincula os agentes como co-autores, identificando-se a infração penal.

O sistema anterior, todavia, demonstrava inconvenientes, levando à injustiça, o que não se coaduna com o Direito que, entre outros valores, busca realizar a Justiça.

O legislador deve ter a sensibilidade para ressaltar pormenores, a fim de que uma das garantias constitucionais relativas ao direito penal não seja olvidada, isto é, a individualização da pena, que, para ser exata, não poderá identificar situações diferentes.

Daí a mitigação do sistema anterior, adotado como corolário da teoria da equivalência das causas, sufragada no art. 11.

O art. 29 introduziu — “na medida de sua culpabilidade”. Essa norma é ajustada ao sistema do Código.

A infração penal não se esgota no aspecto objetivo da conduta; impõe-se não esquecer o plano subjetivo, que orienta e define a vontade na modificação do mundo físico. Além disso, a culpabilidade participa da ontologia do delito. Se assim

o é, evidentemente não poderá ser desprezada; caso contrário, definir-se-á o crime apenas objetivamente.

O art. 29 não é regra somente de aplicação da pena, mas, antes de tudo, de definição de criminalidade. Somente estará configurada a co-autoria, e por isso, a unidade de crime com pluralidade eventual de agentes, se houver identificação do elemento subjetivo daqueles que deram causa ao evento.

O Código, além de suprimir o parágrafo único do art. 48 do Código revogado, que

estatuía que a pena não será “inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”, reproduzido do art. 116 do Código Penal da Itália — normas que, tanto aqui, como lá, sofreram recriminação dos escritores porque, em última análise, albergam hipóteses de responsabilidade pelo fato de outrem —, proclama, para ser coerente, que a unidade de crime só ocorre havendo homogeneidade no tocante às respectivas espécies (dolo com dolo, culpa com culpa) como, e aqui a importância da nova posição, desde que próprios do mesmo ilícito penal. Com isso, não haverá o risco de identificação de situações diferentes. Se A e B combinam com a prática de furto, mas, no desenvolver dos atos executórios, um deles pratica roubo, ou desiste voluntariamente da consumação, mas o companheiro leva a termo o plano arquitetado, o princípio *nullum crimen sine culpa* impõe romper-se a unidade inicial, porque, ao meio, bifurcou-se a empresa delituosa, e cada um dos agentes seguiu rumos diferentes. Em outros termos, cada qual responderá por sua conduta, que, de comum, só teve a idéia inicial e parte da fase executória. A identificação do resultado é meramente física, não ocorrendo o mesmo do ponto de vista normativo. Não será justo punir ambos por roubo, ou deixar de conceder tratamento mais benigno a quem deixou de prosseguir a execução, podendo agir de modo contrário. A não ser assim, descambar-se-á no campo da responsabilidade pelo fato de outrem, remetendo ao oblívio a culpabilidade como elemento da estrutura de infração penal. Está ultrapassada a teoria causal de

que *Mezger* foi o último representante, atribuindo a autoria a quem interviesse causalmente na produção do resultado, como ainda não satisfaz a teoria formal de *Beling*: é autor quem executa uma parte qualquer do tipo. O embate das

doutrinas projetou a teoria do domínio do ato, identificada com o finalismo, definindo como autor somente quem atua com vontade e possa comandar (domínio final) a produção do resultado. Em outros termos, a co-autoria só estará caracterizada se os agentes converjam (não há necessidade de *pactum sceleris*) a vontade para o mesmo evento, e este esteja nos limites do controle dos autores. Se um deles não puder controlar, no sentido de aderir ao evento procurado pelo outro, não se lhe poderá imputar a

prática desse resultado típico, eis que, subjetivamente, não se identificam os referidos comportamentos.

Com essa orientação, afastar-se-ão situações insustentáveis, realçando o aspecto objetivo do delito em detrimento do momento subjetivo, ingrediente indispensável à infração penal.

Sempre preocupado em distinguir os agentes, a fim de a resposta jurídica ser adaptada a cada hipótese, como a pena é a medida da censurabilidade, estatuí o § 1º do art. 29 que a sanção pode ser diminuída de um sexto a um terço, se a participação for de menor importância.

O § 2º, por seu turno, constitui regra especial à norma do *caput*. Não é definição genérica de crime culposos, bastante que é para isso o disposto no parágrafo único do art. 14. Visa a afastar, mais uma vez, a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. Sem dúvida, como no delito qualificado pelo resultado, o evento é mais grave do que o eleito pelo agente; porque a vontade se dirigia ao resultado menos grave, o autor sofrerá a pena da infração correspondente; todavia, desde que o evento mais grave esteja na faixa da previsibilidade, incidindo reprovação pessoal, é lógico e justo que a sanção seja exacerbada para a perfeita individualização. Com isso, harmonizam-se duas normas: em primeiro lugar, a que define o crime culposos; e em segundo lugar a que veda a aplicação da pena somente porque configurada a relação de causalidade material entre a ação e o resultado.

Essa orientação traz o aval da melhor doutrina e supera a objeção de ser impossível uma ação ser, ao mesmo tempo, dolosa e culposa. Esse entendimento só prosperou para quem divisa no comportamento delituoso fenômeno meramente físico, esquecendo-se de que deve ser analisado como instituto jurídico. O Direito Penal, autônomo, originário e constitutivo, reelabora conceitos, amoldando-os aos seus princípios. Normativamente, há dois aspectos relevantes: o resultado desejado pelo agente, e o evento resultante da mesma ação. Se o primeiro está vinculado ao dolo, o segundo não pode receber a mesma qualificação. Conseqüentemente, situações diferentes não comportam o mesmo tratamento, desde que este confira importância ao elemento subjetivo, e principalmente se a culpabilidade compõe a estrutura do crime e constitui fator de realce na aplicação da pena. Querer o resultado não pode ser tratado da mesma forma que dar causa ao resultado. *Dotti*, a respeito, expressou-se com as seguintes palavras: “Não é preciso dizer muito sobre a importância da inovação de sua perfeita sintonia com o direito penal da culpa. A propósito, convém lembrar que também no projeto de reforma portuguesa (Proposta de Lei nº 221/

O legislador deve ter a sensibilidade para ressaltar pormenores, a fim de que uma das garantias constitucionais relativas ao direito penal não seja olvidada, isto é, a individualização da pena, que, para ser exata, não poderá identificar situações diferentes.

➔ I) se consigna preceito de igual natureza: 'Cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente de punição ou do grau de culpa dos outros participantes' (art. 29). Igualmente o Código Penal da República Federal Alemã declara que cada um dos partícipes será punido na medida de sua própria culpa sem considerar a sanção correspondente aos demais (art. 29). E o Código Penal-Tipo para a América Latina consagra o princípio através do art. 37 afirmando que cada partícipe 'responderá na medida de sua culpabilidade'⁽¹⁾. Cernicchiaro escreveu: "Observa-se com facilidade que o Código Penal alemão foi a inspiração do novo texto. É sabido, por outro lado, que a lei germânica adotou o chamado princípio da acessoriedade, que faz distinção entre os agentes que executam o fato típico e os que se limitam a participar do iter criminis. Todavia, se o autor agir sem culpabilidade, os instigadores ou cúmplices serão punidos segundo a respectiva culpabilidade. Assim é porque a culpabilidade tem caráter pessoal e individualizador. Espínola ('Código Penal Alemão, Parte General', Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976, p. 89) observa que o instigador responderá penalmente ainda que o instigado atue amparado por uma causa de justificação que o exima de culpa... Em se projetando essas considerações para o art. 29 do anteprojeto, urge afirmar que, se no código tedesco a redação visou a definir o tema no âmbito do princípio da acessoriedade limitada, entre nós, em razão da teoria monista, exerce outra função, isto é, separar o tratamento penal segundo a culpabilidade de cada agente, repercutindo não só no quantum da pena como na eventual caracterização da co-autoria se inexistir culpabilidade de todos... Tomada a palavra segundo as concepções psicológica e normativa, evidentemente, na ausência de dolo, ou culpa, faltará elemento essencial do delito; de outro lado, se o termo for entendido conforme o enunciado da teoria finalista, distinto será do dolo e da culpa, porque elementos anímicos. O particular avulta

Se o agente quis participar de um crime (dolo direto), no entanto teve previsibilidade (culpa inconsciente) de concorrer para a produção de outro mais grave, caracterizar-se-á o delito pretendido, cuja pena será majorada em razão de parcialmente haver atuado no iter criminis da outra infração penal.

de interesse com a explícita adesão ao erro sobre elemento do tipo (art. 20). Dessa forma, o anteprojeto subscreveu o entendimento de só atuar culposamente quem, no momento de executar a ação, tinha efetiva possibilidade de conhecer o injusto de sua conduta... De qualquer forma, para efeito de caracterização do crime, a falta de dolo, ou culpa, ou a inexistência de culpabilidade, no sentido de não-censurabilidade, representa a carência de elemento substancial, afetando a configuração do delito"⁽²⁾.

O § 2º do art. 29 é decorrência lógica, e por isso coerente, da norma constante do caput. A co-autoria em crime doloso impõe que o concorrente haja, pelo menos, assumido o risco de produzir ou colaborar para o resultado (dolo eventual). Estará afastado o instituto se a ação for culposa *stricto sensu*, em virtude da dissonância do elemento subjetivo. Se o agente quis participar de um crime (dolo direto), no entanto teve previsibilidade (culpa inconsciente) de concorrer para a produção de outro mais grave, caracterizar-se-á o delito pretendido, cuja pena será majorada em razão de parcialmente haver atuado no *iter criminis* da outra infração penal. A natureza jurídica dessa hipótese é causa especial de aumento de pena, em harmonia com o disposto no art. 19. Só assim, chegar-se-á à perfeita interpretação: Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. ◉

Notas

- (1) DOTTI, René Ariel. *O Concurso de Pessoas* (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981).
- (2) CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Concurso de Pessoas* (I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1981).

Luiz Vicente Cernicchiaro
Advogado e ministro do STJ aposentado

NOVA FACILIDADE NA "NAVEGAÇÃO" EM NOSSO SITE:

O site do IBCCRIM desenvolveu e implantou nova função de ampliação de fonte nas seções "Boletim" e Material Jurídico", para facilitar a leitura das matérias publicadas.

Para testar a novidade, basta um *click* sobre as letras "As" que se encontram no canto superior direito, das seções acima citadas.

Confira!

Entidades que assinam o Boletim:

- AMAZONAS
 - Associação dos Magistrados do Amazonas
 - Ministério Público do Amazonas
- CEARÁ
 - Associação Cearense de Magistrados
- DISTRITO FEDERAL
 - Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE
 - Associação dos Magistrados do Distrito Federal
- ESPÍRITO SANTO
 - Ministério Público do Estado do Espírito Santo
- GOIÁS
 - Associação Goiana do Ministério Público
 - Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - (Asmeço)
- MARANHÃO
 - Associação dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Maranhão
- MATO GROSSO DO SUL
 - Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
 - Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
 - Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul
- MINAS GERAIS
 - Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
 - Prætorium - Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda.
 - Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDPF/MG
- PARÁ
 - Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- PARANÁ
 - Ministério Público do Estado do Paraná
- RIO DE JANEIRO
 - Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ
- RIO GRANDE DO SUL
 - Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS
- SÃO PAULO
 - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
 - Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
 - Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
 - Curso Anglo Triumphus - Sorocaba
 - Curso C.P.C.
 - Ordem dos Advogados do Brasil
 - Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
 - Veredicto Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

Luiz Vicente Cernicchiaro