

## A REFORMA DO CÓDIGO PENAL (XVII)

*A valiosa opinião do Instituto dos Advogados Brasileiros*

### (1) A necessidade de um trabalho compartilhado

No dia 2 de março, a Subcomissão de especialistas que prepara um Anteprojeto da Parte Geral do Código Penal[1] reuniu-se, em audiência pública, com os membros da Diretoria e associados do Instituto dos Advogados Brasileiros, na cidade do Rio de Janeiro. O objetivo foi o de apresentar algumas propostas já redigidas em fase inicial e em caráter provisório e ouvir as críticas e sugestões da entidade que tem sido destacada nacionalmente pela dinâmica gestão de Fernando Fragoso e demais diretores. A Subcomissão, aliás, tomou a iniciativa do encontro muito mais para ouvir do que para falar.

### (2) O Projeto de Lei nº 7.987/2010, da Câmara dos Deputados

Um exemplo notável da contribuição do IAB ao cenário jurídico nacional foi a redação de um Anteprojeto de Código de Processo Penal[2], já encaminhado à Câmara dos Deputados[3], além do *disegno di legge* nº 156/2009, do Senado Federal, aprovado em sessão de 10 de dezembro de 2010. A afinidade de várias disposições desse anteprojeto com os trabalhos da Subcomissão do Senado que cuida da Parte Geral do CP pode ser observada pelo art. 630: "*O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com as seguintes modificações e acréscimos: 'Art. 97. ....§ 1º A internação, ou tratamento ambulatorial, perdurará enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a recuperação do inimputável, não podendo, entretanto, superar o tempo previsto para a pena cominada. Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: I- pela propositura da ação penal, desde que recebida a denúncia*".

### (3) A recepção das proposições do IAB

Ambas as proposições são extremamente relevantes. A primeira delas elimina a hipótese do internamento perpétuo atualmente em vigor[4] e que desloca para outro setor do Estado, de natureza protetora e assistencialista de área médica-psiquiátrica e psicológica quando ainda persistir o estado de periculosidade, depois de decorrido o tempo da pena cominada.

A desgraçada condição de seres humanos que precisam ser confinados para neutralizar o estado perigoso é um dos desafios para a eficácia do III fundamento da República: "a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). *OHospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico* se destina aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no art. 26 e seu parágrafo único do CP (LEP, art. 99).

A propósito das deficiências crônicas desse tipo de estabelecimento, já acentuei que "a história e a prática dos manicômios judiciais deve ser imediatamente revista a fim de que as construções de tais estabelecimentos e a formação de todo o pessoal administrativo, dos médicos, enfermeiros, assistentes sociais, psicólogos e outras categorias de servidores não se mantenham como o cortejo de fantasmagorias que constitui a sombra de tais *centros de maldição*" (*Bases e alternativas*, p. 274).[5]

A redação do Anteprojeto da Parte Geral do CP deverá aprovar essa contribuição que será por mim apresentada em sua próxima reunião. Afinal, é preciso abrir *fendas na paliçada* dos "manicômios judiciais" - como eram designados esses estabelecimentos para medida detentiva na redação original do Código Penal (art. 88. (...) § 1º, I). Afinal, o ideário e a prática da Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, não podem ser ignoradas no momento de revisão do sistema positivo.

• • •

Também a proposição da regra segundo a qual o curso da prescrição é interrompido pela *propositura da ação penal*, desde que recebida a denúncia, vem suprir notória incongruência porque o impulso da reação estatal fica (ainda) na dependência do Juiz quando o seu legítimo agente é o Ministério Público.

#### **(4) Algumas considerações críticas**

Lido e sustentado didaticamente pelo Professor **Carlos Eduardo Machado**, o relatório do IAB contém algumas passagens de crítica, outras de apoio e algumas propostas novas. Entre as propostas da Subcomissão[6], foram objeto de crítica: **(a)** prescrição pela faixa etária: não se justificaria a eliminação do prazo prescricional à metade em favor dos menores de 21 (vinte e um) anos e o aumento do limite de idade de 70 (setenta) para 75 (setenta e cinco) anos; [7] **(b)** os benefícios da execução da pena de prisão devem ser considerados em função da pena unificada no total de 30 (trinta anos), ao contrário do que dispõe a Súmula STF, nº 715.[8] O relatório cita precedente do TJRJ no HC nº 2008.059.02057, da 5ª C. Crim, rel. Des. **Geraldo Prado**. A ordem foi concedida no sentido de que o limite previsto pelo art. 75 do CP é considerado para efeito de progressão do regime; **(c)** os prazos de cumprimento da pena para a progressão do regime e o livramento condicional, atualmente fixados em 1/6 (um sexto) e mais de 1/3 (um terço) se for primário (LEP, art. 112 e CP, art. 83, I). O argumento central alude que *"dados recentes do depen (Departamento Penitenciário Nacional) com o Código vigente, apenas nos anos de 1990 a 2011 o número de presos no Brasil saltou de 90.000 para 513.802 detentos, um aumento de 471% em pouco mais de 20 anos. Hoje, o Brasil, em números absolutos, só possui menos detentos que a China e os Estados Unidos"*. (Grifos meus)

#### **(5) Algumas disposições aprovadas**

**(5.1)** A proposta da restauração dos §§ 1º e 2º do art. 110, introduzidos pela Lei nº 7.209/1984 e revogados pela Lei nº 12.234/2010, é fruto de um populismo induzido pela superstição de que o réu deve ser responsabilizado pela demora do processo. Esse deplorável exemplo de uma Política Criminal enganosa foi criticado pelo autor deste artigo na condição de relator das propostas oriundas da Subcomissão e das que estão sendo apresentadas.

**(5.2.)** Outro ponto aprovado pelo IAB foi a retirada, do art. 59 do Código Penal, dos indicadores de "personalidade" e "antecedentes", com oportunos e bem fundados argumentos.

## **(6) Algumas propostas novas**

**(6.1)** O Relatório IAB propõe a inserção de um preâmbulo à Parte Geral com a declaração de cumprimento obrigatório de princípios fundamentos de garantia do magistério punitivo. Vale transcrever: *"Cunhados pelo ideário iluminista, constituem os princípios penais verdadeiros balizadores da atividade estatal que objetivam primordialmente a contenção do poder punitivo; observando-se um caráter político-criminal e a função de garantia, os princípios agem como verdadeiro limite ao legislador em sua atividade de construir (e reformar) tipos penais"*. (Grifos meus)

**(6.2)** Penso que há determinados princípios, a exemplo da legalidade estrita, ofensividade, subsidiariedade, coculpabilidade, insignificância (com a exclusão da tipicidade), que podem e devem vincular não somente o legislador, como também o Ministério Público (função seletiva) e a Magistratura (missão protetiva).

**(6.3)** Para os crimes omissivos impróprios, a Comissão de Direito Penal do IAB apresenta três sugestões para ajustar o dever do garantidor ao princípio da legalidade: **(a)** previsão, como parágrafo ao art. 13, que além dos critérios formais do § 2º, deve haver, cumulativamente, "clara equivalência axiológica, no caso concreto entre a ação e a omissão, tal como prevê o CP alemão (§ 13, 2, StGB); **(b)** previsão, na Parte Geral de que *"nos casos específica e expressamente indicados por lei é que infrações penais podem ser cometidas por omissão (seja como art. 13, § 5º, seja como um novo parágrafo 2º, renumerado-se o atual art. 13, § 2º, CP e a concomitante previsão expressa na Parte Especial, dos crimes específicos em que a punição por omissão, por equivalência à ação, é juridicamente admissível; e **(c)**"*previsão de uma atenuante genérica, como alínea do art. 65, CP) ou de uma causa de diminuição (como art. 13, § 4º), ao menos facultativa, no caso de crime omissivo impróprio"(Grifos meus).

**(6.4)** O criminalista **Rodrigo Fragoso** sustenta relevante proposta no sentido da individualização das formas da participação punível. Ele sugere que o art. 29 do Código Penal passe a distinguir, como faz o Código alemão, entre as figuras do autor (coautor), instigador e cúmplice, conceituando-as e prevendo para estes dois últimos uma redução obrigatória da pena. E lembra que, há trinta anos, Nilo

Batista em sua obra *Concurso de agentes*<sup>[9]</sup>, "já alertava sobre a importância de desenvolver a matéria do concurso de agentes, de modo a conduzir à obrigatoriedade de ser fixada na sentença condenatória, à luz dos princípios de igualdade e da individualização da pena, o 'título' da responsabilização: autoria direta, co-autoria, autoria mediata, instigação ou cúmplice". (Grifos meus).

**(6.5)** Outras valiosas sugestões foram indicadas: **(a)** abolição dos crimes de perigo abstrato; **(b)** ressarcimento do dano como causa de extinção da punibilidade nos crimes patrimoniais;<sup>[10]</sup> **(c)** celebração de acordos extrajudiciais (TAC)<sup>[11]</sup> com autarquias como causa extintiva de punibilidade quando houver intervenção do Ministério Público; **(d)** inclusão, na Parte Geral do Código Penal, de disposição limitando a criação de normas incriminadoras às hipóteses em que o complemento normativo seja oriundo de uma lei no sentido formal, com o devido procedimento constitucional (CF, art. 59 e s.) e não de uma autoridade administrativa, como ocorre com o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (drogas).

## **(7) A restauração da prescrição pela pena concretizada, contando-se o prazo a partir do fato**

Uma das propostas do IAB (que já havia sido considerada pela Subcomissão) é a da restauração da prescrição retroativa contado o prazo antes do recebimento da denúncia, assim como constava no § 2º do art. 110, que foi revogado pela Lei nº 12.234/2010.

O mestre **Tourinho Filho**, em certas observações enviadas ao Ministro **Gilson Dipp** e repassadas para a Subcomissão, deplora a malsinada lei afrontosa da letra e do espírito da Constituição Federal, que declara, entre os *direitos e as garantias individuais*, o generoso princípio "em favor de todos" da *razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*" (art. 5º, LXXVIII). Entre seus irrespondíveis argumentos, destaca-se o seguinte: como é possível negar a existência de um prazo prescricional **em curso** se a denúncia recebida **interrompe** a prescrição (CP, art. 117)? Aliás, reza o art. 111 que a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: "**I - do dia em que o crime se consumou**". A "filosofia" da Lei nº 12.234/2010 enganosamente debita a demora do processo aos recursos e à

procrastinação de advogados, porém, isenta de responsabilidade o juiz tardinheiro e indiferente à sua missão de garantia social quando defere pedidos e diligências com o evidente interesse procrastinatório da decisão de mérito. Eu tenho constatado isso em muitas causas em que o nosso Escritório atua na defesa de vítimas. Em síntese: a maior crítica feita a esta lei resulta de sua orientação genética. Ela foi, certamente, inspirada na proposta do Grupo de Trabalho criado ao tempo do Ministro Alfredo Buzaid que elaborou o projeto da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, substituindo o parágrafo único do art. 110, da redação original do Código Penal, por dois outros. O § 2º estabelecia: "*A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, **não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia***"

No entanto, e durante o próprio regime autoritário, os ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, "*usando das atribuições que lhes conferia o art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968*", promulgaram a Lei nº **6.016**, de 31.12.1973. Este diploma eliminou a vedação de contar o prazo anterior à denúncia e restaurou a eficácia da Súmula STF nº 146, com a seguinte redação: "**Art. 110. (...) § 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos**". E o § 2º do mesmo diploma dispunha sobre o termo inicial da prescrição, *verbis*: "**A prescrição da ação penal começa a correr: a) do dia em que o crime se consumou**". A Reforma Penal de 1984 (Lei nº 7.209/1984) deu à matéria a seguinte redação: "**Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço se o condenado é reincidente. § 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada. § 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa**".

O Código Penal vigente declara que a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr "*do dia em que o crime se consumou*" (art. 111, I) e, se o curso da prescrição **interrompe-se** pelo recebimento da denúncia ou da

queixa (art. 117, I), como aceitar este paradoxo? Os apóstolos do retrocesso jamais poderão explicar a ocorrência da interrupção de algo que não existe!

## **(8) Uma declaração antecipada de voto**

Nos dias 15 e 16 deste mês, os membros da Subcomissão da Parte Geral<sup>[12]</sup> terão uma reunião em Curitiba para prosseguir no trabalho de reflexão e redação de disposições consideradas indispensáveis para o bom funcionamento do sistema criminal em um Estado Democrático de Direito. Sem desconsiderar a valiosa opinião de meus colegas, porém cumprindo rigorosamente as lições da advocacia, da cátedra e dos livros, por 50 (cinquenta) anos tenho, como dever de coerência, lutar pela restauração da prescrição retroativa e muitas das propostas apresentadas pelos membros da Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros. Elas traduzem as preocupações de um direito penal justo e melhor afeiçoado à *condição humana*, concebida, organizada e sistematizada por **Hannah Arendt** (1906-1975) em três aspectos: labor, trabalho e ação. O fenômeno do crime interfere em algum ou em todos eles para perturbar e desviar a fruição dos bens e valores que podem conduzir à felicidade, quando muda a representação para encenar os dramas e as tragédias de cada dia.

---

**René Ariel Dotti.** Advogado e Professor Titular de Direito Penal • Corredator dos projetos que se converteram na Lei nº 7.209/1984 (nova Parte Geral) e Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) • Portador da *Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados* (2007) • Agraciado com a *Medalha Santo Ivo - Patrono dos Advogados* (2011) • Membro da Comissão de Juristas constituída pelo Senado Federal para elaborar anteprojeto de reforma do Código Penal  
• [\*\*rene.dotti@onda.com.br\*\*](mailto:rene.dotti@onda.com.br).

---

<sup>[1]</sup> A Subcomissão é composta por José muiños Piñeiro Filho, Desembargador em Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro;

Marcelo André de Azevedo, Professor de Direito e Promotor de Justiça (Procuradoria de Recursos Constitucionais) em Goiás; Emanuel Messias Oliveira Cacho, advogado criminalista em Sergipe; René Ariel Dotti, advogado em Curitiba e professor titular de Direito Penal (relator).

**[2]** O Anteprojeto de Código de Processo Penal foi elaborado pela Comissão Permanente de Direito Penal do IAB, sob a presidência de **Carlos Eduardo Machado** e a organização de **João Carlos Castellar**, Rio de Janeiro, POD Editora, 2011.

**[3]** Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, nº 7.987/2010, de autoria do Deputado Miro Teixeira (PDT-RJ).

**[4]** CP, art. 97. (...) § 1º. "A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada por perícia médica, a cessação da periculosidade . O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três anos)."

**[5]** **Dotti, René Ariel.** *Curso de Direito Penal- Parte Geral*, 4ª ed., ver., atual. e ampl. com a colaboração de **Alexandre Knopfholz** e **Gustavo Britta Scandelari**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 680; **Dotti, René Ariel.** *Bases e alternativas para o sistema penal*, 1ª ed., Curitiba: Editora Littero Técnica, 1980, distribuição nacional Editora Saraiva, 1981. • 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 345.

**[6]** É preciso salientar que o documento entregue pela Subcomissão ao Instituto dos Advogados Brasileiro é um *primeiro esboço*, sujeito, obviamente, a modificações.

**[7]** Em meu *Curso de Direito Penal - Parte Geral*, cit., eu sustento a manutenção da atenuante em favor do menor de 21 anos e que, em relação ao idoso, deve-se reduzir de 70 (setenta) para 60 (sessenta) anos a idade conforme a Lei nº 10.741/2003 e a lição de mestres como Alberto Silva Franco, Luiz Regis Prado e Juarez Cirino dos Santos (pág. 632). Não encontro razão para mudar de opinião.



**[8]** "A pena unificada para atender ao limite de 30 (trinta) anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução".

**[9]** Batista, Nilo. *Concurso de agentes*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 205.

**[10]** Proposta para ser especificada, no meu entender, em relação aos delitos de menor potencial ofensivo.

**[11]** Termo de Ajuste de Conduta firmado no âmbito dos delitos contra o meio ambiente (Lei nº 6.385/1976).

**[12]** **José Muiños Piñeiro Filho**, Desembargador em Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; **Marcelo André de Azevedo**, Professor de Direito e Promotor de Justiça (Procuradoria de Recursos Constitucionais) em Goiânia; **Emanuel Messias Oliveira Cacho**, advogado criminalista em Sergipe e **René Ariel Dotti** (Relator).

**\* O texto publicado não reflete necessariamente o posicionamento do IAB**