

ALEXANDRE PARANHOS

**O DIREITO PENAL
SOB O OLHAR DEFENSIVO**

PARTE GERAL

2023


EDITORA
CEI

- Direitos autorais exclusivos para o Brasil na língua portuguesa.
- Copyright © 2023 by EDITORA CEI.
- www.editoracei.com
- Diagramação: Luciana Aparecida Ribeiro e Viviani Barbosa Costa
- Capa: Viviani Barbosa Costa
- Data de fechamento: 15/05/2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Paranhos, Alexandre

O direito penal (parte geral) sob o olhar defensivo / Alexandre Paranhos. -
Boa Esperança, MG : Ed. do Autor, 2023.

Bibliografia.

ISBN 978-65-00-69648-6

1. Delito (Direito penal) 2. Direito penal - Brasil I. Título.

23-164008

CDU-343(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito penal 343(81) Aline Graziele Benitez -
Bibliotecária - CRB-1/3129

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer a Deus, que, mesmo diante de todas as agruras pelas quais já passei em minha vida, sempre conduziu os meus passos (muitas vezes me carregando em seus braços) e fez com que as coisas acontecessem no momento certo.

Aos meus pais, Nilson Marques e Magda Paranhos Pinheiro Marques, que me forneceram caminhos por meio da educação e dos princípios para chegar como pessoa e como profissional aonde cheguei.

Aos meus filhos, João Antônio e Vitor Alexandre, maiores tesouros que possuo, e a minha esposa e grande companheira, Fernanda Antônia, alicerce de minha vida. Amo muito vocês.

Aos meus assistidos da Defensoria Pública e alunos, que sempre acreditaram em mim.

APRESENTAÇÃO DA OBRA

Há uma observação crítica reiteradamente lançada sobre o defensor público que atua na área criminal: é aquele que defende e protege “bandido”. Devo declarar, em resposta a tal afirmação, que me preocupo em expor ideias fundadas em raciocínio jurídico, sem qualquer apologia apriorística, até porque o Direito não é estático, o que, indiscutivelmente, se aplica à área penal. Essa ideia foi plantada em minha visão, já de longa data, por meu pai, Nilson Marques, advogado na seara agrária, que sempre buscou a justiça efetiva por meio de seus patrocínios, chegando, em certas oportunidades, a ter sua integridade física vilipendiada ante a defesa dos colonos agrícolas.

O direito penal, principalmente no Tribunal de Justiça carioca, é levado à mão de ferro (na maioria das vezes), com uma visão conservadora, aplicável ao hipossuficiente jurídico e, principalmente, econômico. Basta um simples olhar para o sistema prisional brasileiro, que abriga miseráveis moradores de comunidades carentes e favelas. Até porque o cidadão economicamente forte não necessita das teses e decisões judiciais, posto que seja privilegiado pelo poder econômico – gerando, inclusive, as denominadas “cifras negras”. Para esses, em muitos casos, a lei penal se demonstra inaplicável, a exemplo dos crimes contra a ordem tributária, em que o pagamento devido pelo agente gera em seu favor a extinção da punibilidade.

Na qualidade de defensor público do Estado do Rio de Janeiro, me ocupo, evidentemente, em buscar a aplicação correta da lei penal para aqueles que serão atingidos por ela, em razão da prática da infração penal.

Tenho esperança de que, um dia, possam nossos governantes, atendendo à dignidade da pessoa humana, respeitar, com efetividade, os direitos e as garantias do cidadão, não somente quando da aplicação da lei penal, mas por meio do fornecimento de um sistema educacional, de saúde, dentre outros, de forma eficaz, em um ato de simplesmente atender ao mínimo existencial de nosso povo, em sua grande maioria. Possuo a íntima convicção de que, em sendo atendida a dignidade da pessoa

humana, será verificada a redução considerável da prática de infrações penais.

Esta obra, longe de buscar o esgotamento do tema direito penal – parte geral, até porque este não é seu objetivo, tem como principal escopo auxiliar, com uma linguagem simplificada e sucinta, aqueles que pretendem aprovação no concurso, principalmente para ingresso na carreira da Defensoria Pública.

O estudo da matéria é necessário para êxito em todo e qualquer concurso, mas, além disso, o candidato que se prepara para a carreira de defensor público deve construir um alicerce defensivo e garantista na seara penal, com o fito de bem responder às questões que lhes serão apresentadas, e, acima disso, se tornar um profissional vocacionado.

Os temas que serão apresentados indicarão, na seara da Parte Geral do direito penal, uma visão objetiva e com linguagem simplificada, mas eficaz e com um olhar defensivo, principalmente para a prova da Defensoria Pública.

Apresentaremos, em linhas simples, posições doutrinárias, indicando precedentes jurisprudenciais. Abordaremos questões ventiladas em provas de concurso para a Defensoria Pública e apontaremos alguns temas que consideramos relevantes para a instituição.

Tenho a fiel esperança de estar colaborando, de forma efetiva, com aqueles que sonham em se tornar defensor público.

Análise da prescrição

O instituto da prescrição, de extrema importância para o defensor público (defesa técnica), surgiu com a *Lex Julia* – 18 a.C., sofrendo durante a Idade Média drástica redução no tocante aos seus prazos. Inclusive, a prescrição da pretensão executória tão somente surgiu no ano de 1791, na França, como corolário da Revolução Francesa, sendo admitida no Brasil a partir do Código Penal de 1890.

O Estado está legitimado a punir o indivíduo, mas desde que respeitando um determinado período de tempo, podendo-se afirmar que será considerada a gravidade do delito e a sanção concretizada.

Prescrição nada mais é do que a **perda do direito de punir do Estado, pelo decurso do tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado em lei**. Trata-se de **causa extintiva da punibilidade** (art. 107, IV, do Código Penal), sendo **instituto de direito material**, até porque se encontra regulada pelo Código Penal.

Por ser instituto de direito material, deverá ser utilizada na contagem dos prazos a regra contida no art. 10 do Código Penal.

Imaginemos o delito de lesão corporal leve, cuja pena máxima em abstrato é de 1 ano. Considerando a tabela do art. 109 do Código Penal, em se tratando de prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato, o prazo prescricional é de 4 anos, em razão do inciso V. Se o delito é praticado em 19-9-2011, o prazo final para fins de prescrição será em 18-9-2015, às 24:00 h.

Em regra, todo crime prescreve. Entretanto, temos as **infrações penais imprescritíveis**, quais sejam o racismo (Lei n. 7.716/89)¹ e a

1 A partir de 2015 os Tribunais Superiores começaram a questionar a distinção de tratamento entre racismo e injúria qualificada pela raça (injúria racial) conforme se observa no julgado do Agravo Regimental em REsp 686.965/15. Por sua vez o Supremo Tribunal Federal julgando o HC 154.248/DF (julgado em Plenário 28/10/2021) entendeu que a injúria racial seria espécie de racismo e, portanto, imprescritível. Por sua vez, veio ao ordenamento jurídico a Lei 14.532 de 11 de janeiro de 2023 incluindo o art. 2º-A na Lei 7.160/89. Com isso, o delito de injúria racial passou corretamente, por lei, a receber o mesmo tratamento do delito de racismo, ou seja, ser imprescritível, inafiançável e de ação penal pública incondicionada. Inclusive, o delito de injúria racial passou a ter uma pena mais grave, atualmente de 2 a 5 anos. Fique registrado que o delito do art. 140, § 3º continua a existir para o ordenamento jurídico para os casos concretos envolvendo religião, a condição de pessoa idosa ou com deficiência. Uma crítica que se faz à Lei 14.532/23 foi a não inclusão da homofobia no delito de injúria racial do art. 2º-A. Isso porque o Supremo Tribunal Federal desde 2016 passou a entender que a homofobia seria espécie de injúria racial (Decisão

ação de grupos armados, civis ou militares, contraordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (Lei n. 7.170/83) (art. 5º, XLII e XLIV, da CF/88).

Justifica-se a prescrição em razão dos seguintes motivos a seguir indicados.

O primeiro deles diz respeito ao decurso do tempo. A sanção penal perde, neste caso, o seu caráter de prevenção, seja específica negativa, isto é, não impede que novas infrações penais sejam praticadas, seja como prevenção geral, tanto em seu aspecto negativo, posto que não serve mais como meio inibitório para a sociedade, como em seu aspecto positivo não servindo a pena como meio de conscientização social².

Além do decurso do tempo, justifica-se a prescrição em razão da correção do condenado. Nesse caso, a sanção penal perde o seu caráter de prevenção especial específica positiva³, ou seja, não há mais necessidade de falar em ressocialização do agente se o tempo passa e ele não mais comete infração penal.

Por fim, a prescrição se justifica em razão da dispersão das provas. Com o decurso do tempo, os meios de provas vão tornando-se cada vez mais difíceis de serem produzidos, principalmente no tocante à prova testemunhal, tendo em vista que o ser humano com o tempo vai se esquecendo dos fatos.

A prescrição não se confunde com a decadência e a preempção,

do STF ADO N. 26 – REL. MIN. Celso de Melo – julgado em 13/06/2019; Mandado de Injunção N. 4.733, REL. EDSON FACHIN – julgado em 13/06/2019) com fito de suplantar a lacuna legal. Entretanto, segundo o nosso entendimento, tecnicamente andou mal a Corte Máxima, pois quando julgou da forma ora apontada, nada mais fez do que realizar uma analogia *in malam parte* e, conseqüentemente, acabou por violar o princípio constitucional da legalidade. Afora a legalidade também foi vilipendiado o cânone da separação dos poderes, pois não poderia o Supremo legislar através de suas decisões. Destarte, deveria o legislador incluir a homofobia na redação do art. 2º-A da Lei de Racismo, pois, com isso, esparcaria qualquer discussão acerca do tema.

2 A nosso ver, em breve crítica, a prevenção geral da pena vai de encontro aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da intimidade. Não pode o apenado ser utilizado como exemplo para a sociedade a partir da aplicação da sanção penal. Além do que, a prevenção geral é de efeitos altamente duvidosos, entendendo que a pena, uma vez aplicada, não conscientiza e inibe a população para a prática de infrações penais.

3 Entendemos que, no Brasil, a prevenção especial, principalmente positiva, ou seja, a ressocialização, não é alcançada pela aplicação da pena. O sistema prisional brasileiro não tem estrutura e meios para fazer com que o indivíduo seja preparado para retornar ao convívio social. Muito pelo contrário, as unidades prisionais geram a segregação da personalidade do apenado, retira a sua aptidão para o trabalho, o submete a um ambiente corrupto etc. Já não é de hoje que a pena privativa de liberdade sofre severas críticas, a exemplo do que pode ser observado na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, itens 26 e 27.

embora esses institutos conduzam à extinção da punibilidade (art. 107, IV, do Código Penal).

Tem-se a decadência quando ocorre a perda do direito à ação penal privada ou à representação em decorrência de não ter sido exercido no prazo previsto em lei (art. 38 do Código de Processo Penal).

Já a preempção é a perda do direito de prosseguir com a ação penal privada pela negligência ou inércia do querelante. Aqui já houve o exercício do direito de ação (art. 60 do Código de Processo Penal).

Além dos conceitos, a diferença principal entre os institutos consiste na possibilidade de suspensão e interrupção dos prazos prescricionais (arts. 116 e 117 do Código Penal).

O Código Penal prevê as seguintes **espécies de prescrição**: da pretensão punitiva (*ius puniendi*), que pode ser pela pena em abstrato (ordinária) ou pela pena em concreto (extraordinária). Esta última pode ser retroativa ou intercorrente. Por fim, temos a prescrição da pretensão executória (*ius punishmentis*). Tais espécies de prescrição encontram-se previstas em lei. Inobstante a previsão destes expressamente no Código Penal, ainda temos a questão que envolve a prescrição pela pena virtual.

Daremos início à análise de cada uma das espécies de prescrição, tendo como ponto de partida a prescrição pela pena virtual, que embora não seja prevista em lei, é discutida na doutrina e na jurisprudência.

Análise da prescrição de pena virtual, na pena hipotética, na pena em perspectiva, na pena ideal

A prescrição pela pena em perspectiva, pela pena ideal, pena hipotética e pena virtual se dá quando ocorre o reconhecimento da prescrição no curso do processo, anteriormente à prolação da sentença, sob o argumento de que eventual pena (virtual) a ser aplicada em caso de condenação ensejaria inevitavelmente a prescrição retroativa antecipada.

Imaginemos a seguinte situação concreta para exemplificar a hipótese: um estupro é praticado em 02/02/2000, tendo ocorrido o recebimento da denúncia em 12/02/2000 (primeiro marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva - art. 117, inciso I do Código Penal).

Em razão do excesso de prazo, o réu é solto no decorrer da demanda penal. O processo se arrasta pelos anos, sendo certo que tão somente em 12/11/2008 é designada a última audiência para oitiva de uma das testemunhas da acusação, uma vez que ela não tinha sido, até então, localizada. Impende dizer que o réu, primário e de bons antecedentes, já na data aludida audiência, possui 70 anos. Com isso, o magistrado, em 12/11/2008 observa que se condenar o réu, será na pena mínima, ou seja, 6 anos (pena virtual), cujo prazo prescricional é de 12 anos (art. 109, inciso III do Código Penal). Considerando que o prazo sofrerá redução pela metade (art. 115 do Código Penal) em razão da idade do réu (se ele já possui 70 anos na data da audiência, assim terá na data de eventual sentença), passa a ser o mesmo de 6 anos. Portanto, o magistrado verificar que na data da audiência, considerando uma pena hipotética, já poderá declarar extinta a punibilidade, uma vez que já se passou mais de 6 anos, no caso 8 anos, entre 12/02/2000 e 12/11/2008.

Quanto à possibilidade sobre a prescrição pela pena ideal, diverge a doutrina e jurisprudência no tocante à tal hipótese de prescrição.

Para uma primeira corrente, não será admitida a prescrição pela pena ideal, entendendo que o magistrado deverá levar a demanda até o fim. Se na sentença verificar que ocorreu a prescrição, deverá declarar extinta a punibilidade. Este é, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que editou o verbete da Súmula 438 (“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”).

Os fundamentos desta primeira corrente são os que seguem adiante.

O princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII), tendo em vista que o indivíduo é presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Um pré-julgamento viola o princípio constitucional.

Além da presunção de inocência, é utilizado também o princípio da legalidade. Se a lei não prevê tal espécie de prescrição, não poderá ela ser observada nos casos concretos.

No entanto, para um segundo entendimento, do qual é adepto Paulo Queiroz, ao qual nos filiamos, será possível a prescrição pela pena ideal⁴, podendo o magistrado extinguir a punibilidade⁵.

Fundamentando esta segunda corrente, podemos indicar os seguintes motivos a seguir expostos.

O princípio da presunção de inocência é uma garantia do cidadão. Logo, não poderá ser utilizada para prejudicá-lo e, conseqüentemente, ser inviabilizada a prescrição pela pena ideal.

A ausência de previsão legal não pode ser óbice para tal espécie de prescrição. Embora a lei não preveja tal espécie de prescrição, podemos falar da aplicação analógica *in bonam partem* das normas que já existem sobre prescrição.

Outro fundamento é o princípio da *ultima ratio*, posto que devemos sempre observar a utilização do direito penal para os casos concretos de efetiva necessidade. Se o magistrado observar que, no final da demanda, inevitavelmente observará a prescrição, deverá desde já extinguir a punibilidade.

Analisada a discussão sobre a prescrição pela pena ideal, passemos à análise individualizada das hipóteses legais de prescrição.

Análise da prescrição da pretensão punitiva

Como já mencionado, a primeira hipótese legal de prescrição é a da pretensão punitiva. Nesse caso, ainda não se tem o surgimento da sentença penal condenatória, perdendo o Estado o direito de sua elaboração.

A prescrição da pretensão punitiva pode ser verificada tanto na fase inquisitorial como durante a relação processual.

Quando observada na fase de inquérito, não deverá a denúncia

4 QUEIROZ, Paulo. *Direito penal - Parte Geral*. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 436 e 437.

5 Para Rogério Greco, embora o magistrado não possa declarar extinta a punibilidade (art. 107, IV, do Código Penal), deverá declarar extinta a relação processual sem resolução do mérito (art. 3º do Código de Processo Penal c/c o art. 267 do Código de Processo Civil), uma vez que faltará uma das condições da ação, qual seja o interesse-utilidade da medida. Não há como prosseguir com a demanda criminal se não existe para a mesma uma das condições da ação.

sequer ser ofertada pelo *parquet*, por ausência de uma das condições da ação (interesse-utilidade) (art. 395, II, do Código de Processo Penal). Deverá o delegado representar pela extinção do inquérito.

Caso esta modalidade de prescrição seja constatada durante o processo, deverá o magistrado declarar extinta a punibilidade. Inclusive, trata-se de preliminar de mérito⁶, devendo o magistrado declará-la de ofício. Fique consignado que, com o advento da Lei n. 11.719/2008, que conferiu a redação ao art. 397, IV, do Código de Processo Penal, constatada a extinção da punibilidade pela prescrição, deverá o agente ser absolvido sumariamente⁷.

Em sendo verificada a prescrição da pretensão punitiva, teremos os seguintes **efeitos**: na esfera penal, a decisão de extinção da punibilidade será equiparada à declaração de inocência do agente, bem como será ele considerado primário e de bons antecedentes, ou seja, não será gerado qualquer efeito penal da decisão judicial. Na esfera processual penal, em sendo observada a prescrição, o acusado não pagará custas processuais, bem como, em tendo pago fiança, terá direito a sua restituição. Na esfera cível, uma vez reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, a vítima não terá como executar o que ficou decidido na sentença, visto que esta não forma um título executivo judicial, não tendo força executiva.

Como espécie inicial da prescrição da pretensão punitiva, analisaremos a que tem por base a pena em abstrato.

6 Neste sentido, julgou o Superior Tribunal de Justiça no REsp 908.863/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 8-2-2011, cujo acórdão foi publicado no *Informativo* n. 462. Precedentes citados do STF: HC 96.631/RS, *DJe* 20-11-2009; do STJ: AgRg no Ag 811.515/CE, *DJe* 23-3-2009; RHC 17.276/SP, *DJ* 18-2-2008; REsp 661.338/RS, *DJ* 14-11-2005, e REsp 691.696/PE, *DJ* 27-3-2006.

7 Damásio de Jesus critica a expressão absolvição sumária para o caso, sob o argumento de que o agente não foi inocentado, mas declarada extinta a punibilidade.