

AS PENAS MÍNIMAS DOS CRIMES DE HOMICÍDIO SIMPLES E ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

THE MINIMUM PENALTIES FOR THE CRIMES OF SIMPLE HOMICIDE AND ROBBERY WITH THE USE OF A FIREARM AND THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF INSUFFICIENT PROTECTION

Luciano Lopes Nogueira Ramos

Mestrando em Direito Penal – PUC, SP

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí

E-mail: lucianolopes@mppi.mp.br

Recebido em: 16/5/2023 | Aprovado em: 29/8/2023

Resumo: O artigo objetiva analisar as penas mínimas dos crimes de homicídio simples e roubo com arma de fogo e a sua desproporcionalidade conforme a escala de importância dos bens jurídicos da vida e do patrimônio. A desproporcionalidade acaba por importar em violação ao princípio da vedação da proteção deficiente que pode ser sanada, diante da mora legislativa, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão com decisão judicial do STF fixando parâmetro de pena mínima para o crime de homicídio simples.

Palavras-chave: Bem jurídico da vida. Bem jurídico do patrimônio. Proporcionalidade na justiça. Princípio da vedação da proteção deficiente.

Abstract: *The article aims to analyze the minimum penalties for the crimes of simple homicide and robbery with a firearm and their disproportionality according to the scale of importance of the legal goods of life and property. The disproportionality ends up violating the principle of the prohibition of insufficient protection, that can be remedied, in the face of legislative delay, through a Direct Action of Unconstitutionality by Omission with a court decision of the STF fixing the*

minimum sentence for the crime of minimum homicide.

Keywords: *Legal good of life. Legal good of property. Proportionality in justice. Principle of prohibition of insufficient protection.*

Sumário: Introdução. 1. Aspectos da proteção ao bem jurídico da vida e do patrimônio. 2. Princípio da vedação da proteção deficiente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar as penas mínimas dos crimes de homicídio simples e roubo com emprego de arma de fogo apontando a sua flagrante desproporcionalidade. Para atingir ao objetivo, tem-se, como metodologia, uma pesquisa qualitativa, de cunho descritivo, com a realização de uma pesquisa documental, por meio da análise de documentos, ou seja, de legislações, jurisprudência, bem como a realização da pesquisa bibliográfica.

Será verificado, no decorrer do estudo, que o valor do bem jurídico da vida é superior ao valor do bem jurídico do patrimônio, devendo, portanto, a reprimenda para a violação ao bem jurídico da vida ser maior que a reprimenda em relação ao bem jurídico do patrimônio.

Considerando o princípio da vedação da proteção deficiente, será vista a necessidade de modificação da pena mínima para o crime de homicídio tendo como parâmetro, inclusive, a pena mínima para o crime de homicídio em Portugal e na Espanha e a possibilidade de manejo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão por iniciativa do Ministério Público para a fixação de parâmetro para o estabelecimento da pena mínima diante da mora legislativa.

1. ASPECTOS DA PROTEÇÃO AO BEM JURÍDICO DA VIDA E DO PATRIMÔNIO

Percebe-se a desproporcionalidade da pena do crime de homicídio simples, que, atualmente, tem a pena mínima inferior à pena mínima por crime de roubo com emprego de arma de fogo, o que revela uma discrepância onde a proteção do bem jurídico da vida é inferior, na hipótese de homicídio simples, à proteção do patrimônio, na hipótese em roubo com

emprego de arma de fogo, quando se adota a quantidade da pena mínima como critério.

O artigo 121 do Código Penal, que trata de homicídio simples, dispõe que matar alguém pode resultar em pena mínima de seis anos. Acontece que a Lei Federal nº 13.654, de 23 de abril de 2018, alterou a pena em relação ao crime de roubo com emprego de arma de fogo tendo em vista a redação do artigo 157, § 2º-A, do Código Penal. Com isso, o crime de roubo com emprego de arma de fogo passou a ter pena base em relação ao crime de roubo aumentada em 2/3 (dois terços) em razão da causa de aumento decorrente do emprego de arma de fogo. Dessa forma, a pena base para o crime de roubo com emprego de arma de fogo permaneceu em quatro anos acrescida da causa de aumento em razão do emprego de arma de fogo em 2/3 (dois terços), perfazendo dois anos e oito meses, totalizando a pena mínima definitiva em seis anos e oito meses, excluída a ocorrência de agravantes, atenuantes e causas de aumento e/ou diminuição da pena na sua dosimetria.

O bem jurídico do patrimônio passou a ter uma proteção penal com pena superior ao bem jurídico da vida resguardado no tipo legal do homicídio simples.

Restou demonstrada a falta de proporcionalidade na relação da nova pena mínima em relação ao crime de roubo com emprego de arma de fogo comparada com a pena mínima para homicídio simples, pois o bem jurídico da vida não se encontra devidamente protegido no tipo legal de homicídio simples por ter uma pena mínima menor comparada com a pena mínima do crime de roubo com emprego de arma de fogo.

Portanto, a proteção ao bem jurídico da vida em caso de homicídio simples, tendo em vista que a pena mínima para o crime de homicídio simples é inferior à pena do crime de roubo com emprego de arma de fogo, que visa à proteção ao bem jurídico do patrimônio, passou a ser deficiente.

2. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

O Direito Penal busca a proteção de determinados bens, interesses e valores considerados fundamentais.

Queiroz¹ destaca que o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, e sim os mais importantes, nem sequer se protege em face de qualquer classe de atentados, mas tão só em face dos ataques mais intoleráveis.

O Direito Penal se concentra em combater a criminalidade para fim de proteção dos valores constitucionais fundamentais como a vida e a propriedade. Neste sentido, Queiroz² alerta:

E assim é porque o direito penal não é senão um dos instrumentos de política social de que se vale o Estado para a realização dos fins que lhe são constitucionalmente assinalados (CF, art. 1º a 5º). Dito mais claramente: o homicídio, a lesão corporal, a calúnia, o estupro, o sequestro, o roubo etc. – isto é – o declarar tais comportamentos como criminosos, submetendo-os, a seguir, a uma disciplina especialmente dura – são parte da estratégia política dirigida a assegurar a vigência dos valores constitucionais fundamentais: a inviolabilidade da vida, da integridade física, da honra, da liberdade de propriedade (art. 5º). Ou seja, o direito penal não é uma exigência natural, moral, divina ou transcendental de qualquer tipo, é, isto sim, uma opção política com vistas a assegurar a preservação de determinados interesses. É parte da anatomia política do Estado. É uma necessidade política, enfim.

Para a proteção dos valores como vida e patrimônio, o Direito Penal parte da Constituição Federal, tendo em vista a constitucionalização dos bens jurídicos penais, conforme lição de Luisi³:

[...] surgiu nestes últimos decênios o que se pode definir como um processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais. É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitado, no processo de formação da tipologia criminal.

1 QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 31

2 QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 122-123.

3 LUISI, Luiz. **Princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 172.

Vale destacar que somente bens jurídicos relevantes podem ser objeto de proteção pelo Direito. Neste sentido, é a lição de Ponte⁴: “Somente bens jurídicos realmente relevantes devem ser objeto de proteção por parte do legislador penal, que não deve se perder com a preocupação a bens jurídicos que encontrem salvaguarda em outros ramos do Direito”.

A escolha do bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal passa primeiro pela Constituição Federal, como bem explica Ponte⁵ ao afirmar que o bem jurídico deve ser avaliado à luz da Constituição Federal e somente encontrando fundamento nos valores e preceitos nela consagrados é que deverá ser analisado no campo próprio da dogmática penal.

No mesmo sentido, leciona Bianchini⁶:

[...] o bem jurídico protegido pelo direito penal deve ter, ao menos indiretamente, respaldo constitucional, sob pena de não possuir dignidade. É inconcebível que o direito penal outorgue proteção a bens que não são amparados constitucionalmente, ou que colidam com valores albergados pela Carta, já que é nela que são inscritos os valores da sociedade que a produz.

Os bens jurídicos da vida e do patrimônio são protegidos pelo Direito Penal por serem mais relevantes, tendo em vista o princípio da intervenção mínima, que preconiza que o Direito Penal deve intervir em último caso, *ultima ratio legis*, para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes quando outras formas de sanção ou de controle social forem insuficientes.

Bitencourt⁷ expõe sobre o princípio da intervenção mínima:

O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio, orienta* e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meios necessários para prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis e administrativas, são estas as que

4 PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

5 PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 172.

6 BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

7 BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultimo ratio do sistema normativo*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes da vida do indivíduo e da própria sociedade.

Sobre os princípios, Bandeira de Mello⁸ os conceitua e discorre sobre o seu não cumprimento:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas reforçadas.

Estudar princípios significa analisar de forma profunda e pormenorizada a própria origem do sistema punitivo, uma vez que são eles o sustentáculo da Constituição Federal e da própria dogmática penal, que, em um Estado Democrático e Social de Direito, exige uma leitura constitucional, conforme lição de Ponte⁹.

O primeiro princípio que deve ser levado em conta é o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que a opção política do Constituinte pode ser facilmente compreendida, pois a pessoa humana deve ser considerada alicerce e objetivo maior da sociedade, ou seja, a razão da existência do Estado são as pessoas. O princípio da dignidade da pessoa humana é vetor para a criação, interpretação e aplicação da lei penal, pois

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 942-943.

9 PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 77-78.

a dignidade da pessoa humana é a norma hipotética fundamental que fundamenta, inclusive, a Constituição Federal.

Nesse sentido, Ponte¹⁰ esclarece:

Trabalhando com a ideia de sistema jurídico fechado, propugnada por Hans Kelsen, o princípio da dignidade da pessoa humana seria, como já adiantado, a norma hipotética fundamental – ápice da pirâmide – sob a qual encontrar-se-ia a Constituição Federal alicerçada em uma série de outros princípios.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida conforme Sarlet¹¹.

Retornando-se ao tema dos bens jurídicos da vida e do patrimônio, a doutrina reconhece a existência de mandados de criminalização que são hipóteses que o legislador tem a obrigação, e não a faculdade, de criminalizar condutas apontadas pela Constituição como fundamentais para a realização da Justiça Social.

O mandato de criminalização não define a conduta criminada, conforme Feldens¹²:

O mandado constitucional não define a conduta incriminada, menos ainda estabelecer-lhe sanção, mas tão somente, e de forma nem sempre específica, a conduta por incriminar. Daí por que centra-se, a princípio, em uma obrigação de caráter positivo dirigida ao legislador, para que edifique a norma incriminadora, ou, quando esta já existe, em uma obrigação

10 PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 81.

11 WOLFGANG SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

12 FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 75.

negativa, no sentido de que se lhe é vedado retirar, pela via legislativa, a proteção já existente.

Mandados de criminalização podem ser expressos na Constituição Federal, como no caso do racismo (artigo 5º, XLII), tortura, tráfico de drogas e terrorismo (artigo 5º, XLIII), ação de grupos armados contra a ordem constitucional (artigo 5º, XLIV), crime de retenção dolosa de salário (artigo 7º, X), crimes ambientais (artigo 225, § 3º) e crimes de abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente (artigo 227, § 4º).

Além dos mandados explícitos, há os mandados implícitos de criminalização que foram aceitos pela primeira vez em 1975, em que o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu a inconstitucionalidade da norma que permitia a interrupção da gravidez nos três primeiros meses de gestação.

A decisão do Tribunal Constitucional Alemão, ao reconhecer os mandados implícitos de criminalização, decidiu que os valores constitucionais podem se converter em bens jurídicos que exigem a proteção por meio de normas penais que não podem ser deficientes.

Entende-se, portanto, que a vida e o patrimônio exigem a proteção por meio do Direito Penal como hipótese de mandado implícito de criminalização que não pode ter a sua proteção deficiente ou em excesso.

Feldens¹³, por sua vez, acolhe tal pensamento, pois entende que há os mandados implícitos de criminalização em razão da necessidade de estabelecimento de uma relação de coerência interna ou orgânica a nortear o ordenamento jurídico-penal para afastar o excesso e a insuficiência de tutela de bens jurídicos.

Sob o termo de proporcionalidade, Ponte¹⁴ discorre sobre a proibição do excesso e da proteção deficiente:

A proporcionalidade não se limita à proibição de excessos, mas socorre também a obrigatoriedade de proteção suficiente a determinados bens eleitos pela Constituição em atenção aos mandados explícitos e implícitos de criminalização, e a observância a uma pauta mínima de Direitos Humanos.

13 FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117.

14 PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

Nesse diapasão, Streck¹⁵ discorre sobre a proporcionalidade e a proibição da proteção deficiente:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de Excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado de sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão de do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

Já Barroso¹⁶ reconhece a possibilidade do princípio da proibição da proteção deficiente:

O Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não-tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência.

Sarlet¹⁷ contribui, também, mencionando que, em relação ao princípio da proibição da proteção deficiente, há uma carência doutrinária:

No que diz com a proibição da insuficiência, verifica-se a ausência (pelo menos ainda) de uma elaboração dogmática tão sofisticada e desenvolvida quanto a registrada no âmbito do princípio da proporcionalidade compreendido como proibição do excesso, o que encontra sua explicação, tanto no caráter mais recente da utilização – especialmente no plano jurisprudencial – de noção de proibição de

15 STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista Ajuris*, Ano XXXII, nº 97, março 2005, p. 180.

16 BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 381.

17 SARLET, Ingo. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org). *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 125.

insuficiência (que, em termos gerais e evidentemente simplistas, pode ser encarada com um desdobramento da ideia de proporcionalidade tomada em sentido amplo), quanto pelas resistências encontradas em sede doutrinária, já que ainda elevado o grau de ceticismo em relação à construção teórica da vedação da insuficiência.

Conforme lição de Bonfim¹⁸, o Estado deve assegurar não apenas a garantia do cidadão contra o excesso do Estado na restrição dos direitos fundamentais, por meio da proibição de excesso, a chamada proteção vertical, mas também a garantia do cidadão contra agressões de terceiros, denominada proteção horizontal, na qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões, tutelando de forma eficaz o valor segurança, garantindo constitucionalmente ou punindo os agressores.

No plano de decisões judiciais, no julgamento sobre aborto (BverfGE 88, 203), de 28 de maio de 1993, o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu o princípio da proteção deficiente conforme menção dada por Schwabe¹⁹:

O Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem – considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição da insuficiência). Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva. A proibição da insuficiência não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal e do efeito de proteção da vida humana dele decorrente. Para que a proibição de insuficiência não seja violada, a conformação da proteção pelo ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas.

A Procuradoria-Geral da República, com base no princípio da proteção deficiente e princípio da dignidade da pessoa humana, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4301/DF, em que questionou parte do artigo 225 do Código Penal com a redação dada pela Lei Federal nº 12.015/09, que dispunha que, nos casos de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, deveria se proceder a ação penal pública condicionada à

18 BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104.

19 SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução de Beatriz Henning et al. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 208.

representação, e não por meio de ação penal pública incondicionada, como era antes e preconizava a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

No Recurso Extraordinário nº 418.376, o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da proibição da proteção deficiente, pois o recurso visava à extinção da punibilidade com base no artigo 107, VIII, do Código Penal, que foi revogado pela Lei Federal nº 11.106/05 na hipótese de casamento da vítima com o acusado de estupro e/ou atentado violento ao pudor em favor do réu que convivía com a vítima que tinha apenas nove anos de idade. O recurso não foi acolhido, tendo em vista a violação ao princípio da proporcionalidade em razão da proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o princípio da proibição da proteção deficiente:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ESTABELECER OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIS. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE.

A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, susta o curso da prescrição da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal.

A suspensão de processamento prevista no §5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la.

Aplica-se o §5º do art. 1.035 do CPC aos processos penais, uma vez que o recurso extraordinário, independentemente da natureza do processo originário, possui índole essencialmente constitucional, sendo esta, em consequência, a natureza do instituto da repercussão geral àquele aplicável.

A suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida.

A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais.

O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do Parquet e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do *due process of law*.

O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; *in casu*, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal.

A interpretação conforme a Constituição, segundo os limites reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se preservada, uma vez que a exegese proposta não implica violação à expressão literal do texto infraconstitucional, tampouco, à vontade do legislador, considerando a opção legislativa que previu todas as hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva previstas no ordenamento jurídico nacional, qual

seja, a superveniência de fato impeditivo da atuação do Estado-acusador.

O sobrestamento de processos penais determinado em razão da adoção da sistemática da repercussão geral não abrange: a) inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público; b) ações penais em que haja réu preso provisoriamente.

Em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, poderá o juízo de piso, a partir de aplicação analógica do disposto no art. 92, caput, do CPP, autorizar, no curso da suspensão, a produção de provas e atos de natureza urgente. Questão de ordem acolhida ante a necessidade de manutenção da harmonia e sistematicidade do ordenamento jurídico penal.

(Supremo Tribunal Federal. RE 966177 RG-QO, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2017, processo eletrônico DJe-019 DIVULG 31-01-2019).

A quantidade da pena a ser prevista no preceito secundário do tipo incriminador deve ser levada em conta pelo legislador conforme o bem jurídico tutelado, sendo que Greco²⁰ entende que a pena de homicídio deve ser maior que a pena de roubo: “A proteção à vida, por exemplo, deve ser feita com uma ameaça de pena mais severa do que aquela prevista para resguardar o patrimônio”.

Para efeito de comparação, vale a pena destacar que a legislação penal de Portugal determina para o crime de homicídio em seu tipo simples, no artigo 131, a pena mínima de oito anos²¹.

Por sua vez, a legislação penal da Espanha dispõe para o crime de homicídio simples, em seu artigo 138, a pena mínima de dez anos²².

Fica claro que a pena mínima de seis anos está aquém quando comparado com as penas para homicídio simples nos países ibéricos, devendo haver a modificação para o aumento da pena.

O STF já reconheceu que é cabível o reconhecimento de omissão inconstitucional legislativa em Ação Direta de Inconstitucionalidade por

20 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 9. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 31.

21 DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>>. Acesso em: 15 maio 2023.

22 AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em: 15 maio 2023.

Omissão em razão de não edição de lei protetiva, o que permitiu, diante da mora legislativa, que o Supremo Tribunal Federal adote parâmetro como lei penal enquanto não houver a edição da lei específica por parte do Congresso Nacional, conforme Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26²³ e Mandado de Injunção 4733²⁴.

CONCLUSÃO

Chega-se, facilmente, à conclusão que a pena mínima do crime de homicídio, quando comparada com a pena do crime de roubo com emprego de arma de fogo, conforme o Código Penal brasileiro, ou comparada à pena mínima em relação à pena mínima de homicídio em seu tipo simples na legislação penal de Portugal e Espanha, está abaixo dos paradigmas expostos, o que configura, diante do princípio da vedação da proteção deficiente, a omissão inconstitucional legislativa por não editar lei estipulando pena compatível com a importância do bem jurídico da vida, o que demanda a possibilidade do manejo de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para que o STF, diante da omissão legislativa, fixe parâmetro da pena mínima para o crime de homicídio enquanto perdurar a inércia legislativa preferencialmente com semelhança aos fixados em Portugal e Espanha, sendo que Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão pode ser ajuizada pelo Ministério Público conforme previsão no artigo 103, VI, da Constituição Federal²⁵.

23 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 15 maio 2023.

24 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>>. Acesso em: 15 maio 2023.

25 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2023.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos do Direito Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

LUIZI, Luiz. **Princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de . **Curso de direito administrativo.** 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Parte Geral.** 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). **Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica.** Salvador: Juspodivm, 2010.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão.** Tradução de Beatriz Henning et al. Montevídeu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista Ajuris**, ano XXXII, n. 97, mar. 2005.