

Marco Antonio Marques da Silva: um jurista da mesma origem do povo brasileiro

Antonio Rulli Junior¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Falar da origem do povo brasileiro é falar daquela brava gente que lutou corajosamente para daqui expulsar, em 1640, o exército holandês, a mais bem treinada e poderosa armada da Europa.

Foi a raiz do nosso primeiro exército, foi a origem do povo brasileiro, que nascia com aquela brava gente, formada pelas três raças: o índio, o português e o negro.

Não é demais lembrar as figuras do índio *Poty*, nascido no Rio Grande do Norte, batizado com o nome de Felipe Camarão; do branco André Vidal de Negreiros, filho de portugueses, nascido na Paraíba, e do negro Henrique Dias, filho de negros, nascido em engenho de açúcar, em Pernambuco, tendo, desde logo, Henrique Dias se notabilizado como um grande comandante das forças brasileiras, derrotando, na famosa batalha de Porto Calvo, com seu bravo povo, as excepcionais Armas de Holanda (*Vieira, Sermão "Pelo bom sucesso das Armas de Portugal contra as de Holanda"*, pregado na Igreja de Nossa Senhora da Ajuda, Bahia, em 1640, sermão considerado obra-prima universal pela força das ideias e veemência das palavras). Durante a Batalha de Porto Calvo, Henrique Dias foi atingido por um tiro de bacamarte na mão, que lhe inutilizou um dos braços. A vitória de Porto Calvo foi decisiva para a Batalha Final dos Guararapes.

Mas quem é Marco Antonio Marques da Silva?

Marco Antonio Marques da Silva nasceu em Itapetininga, interior do Estado de São Paulo, no dia 31 de dezembro de 1958. Filho de Benedito (eletricista) e Ce-

¹ Professor titular de Direito Constitucional, da Cidadania e de Direitos Humanos do Curso de Direito da UNIFMU, diretor da Escola Paulista da Magistratura e presidente do Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura (Copedem).

lina (professora primária), é o mais novo de três irmãos e desde cedo aprendeu a importância do estudo e do trabalho em virtude das vicissitudes que teve na vida.

No ano de 1964 morre seu genitor, quando ele e seus irmãos passam a ser criados por sua mãe, tendo uma infância com muitas dificuldades.

Aprendeu logo cedo com Gonçalves Dias que *“a vida é combate que aos fracos abate, aos bravos e aos fortes só pode exaltar”*.

Estudou em escola pública no curso primário, no ginásio e no colegial em sua cidade natal, trabalhando desde os 12 anos para ajudar na manutenção da casa, em diversas ocupações: engraxate, boia-fria, entregador de jornal e ajudante no comércio.

Embora não tenha feito curso preparatório para o vestibular, em 1977, Marco Antonio ingressa na Faculdade de Direito da PUC/SP, onde vem a se formar bacharel em Direito no ano de 1981, aos 23 anos de idade. Durante a graduação, trabalha desde o 1º ano para se sustentar em São Paulo, dividindo moradia com outros cinco amigos. Além do trabalho, faz estágios complementares para melhor aprender, passando o dia e parte da noite entre o trabalho e os estudos.

Durante a graduação, ainda contou com bolsa de estudos (crédito educativo), que foi por ele paga, integralmente, após a conclusão do curso.

Ao se formar, mercê de seus esforços, é aprovado no exame da OAB/SP e trabalha com ilustres Advogados, embora ainda de forma não estável.

Presta concurso e é aprovado como magistrado do Estado de São Paulo no ano de 1983, aos 25 anos de idade, vindo a ser Juiz Substituto da Comarca de São Carlos, trabalhando depois na Comarca da Capital, nas Comarcas de Mogi das Cruzes e de Diadema. É promovido a Juiz Titular da longínqua Comarca de Palmeira D’Oeste, onde um dia os nossos passos se cruzaram; Comarcas de Monte Alto, de Diadema, Juiz Auxiliar da Comarca da Capital e Juiz Titular da 3ª Vara Criminal Central de São Paulo; foi Juiz Convocado junto ao Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, por mais de três anos, Juiz Assessor da Corregedoria Geral da Justiça, da 1ª Vice-Presidência e da Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em virtude de suas qualidades, Marco Antonio Marques da Silva foi o primeiro e ainda é o único juiz a ter sido convocado para funcionar junto a um Tribunal Superior, o que ocorreu no ano de 1994, como Juiz Assessor da Corregedoria Geral Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral em Brasília, convocação feita pelo então Corregedor do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Cid Flaquer Scartezini.

É Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na área da docência, Marco Antonio Marques da Silva é Professor Titular em Direito Processual Penal na PUC/SP, assumindo a cadeira deixada pelo Professor Doutor José Frederico Marques, onde realizou os cursos de Mestrado, Doutorado e Livre-Docência, Pós-Doutorado em Coimbra, lecionando há mais de 20 anos.

Em virtude de convite recebido, esteve por mais de quatro meses na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, onde fez curso de pós-doutorado em Direito Penal Econômico e Europeu, obtendo o grau “muito bom”, maior índice de aprovação previsto naquela tradicional Universidade.

É autor de mais de 25 artigos e oito livros, inclusive versando sobre “Processo Penal e Constituição Federal” e também o “Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito”, este último resultado de sua livre-docência e prefaciado pelo Ministro Carlos Velloso, então Presidente do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Destaca-se ainda a obra internacional, "Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira", coordenada pelo nosso ilustre homenageado, juntamente com o Professor Doutor José de Faria Costa, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, reunindo mais de 40 juristas do Brasil e de Portugal, que foi lançada em São Paulo (em junho de 2006) e em Lisboa (em novembro de 2006). E mais recentemente, "Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana", coordenação de Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, lançado pela Quartier Latin, em 2008, em São Paulo e em Lisboa.

Além disso, é Coordenador-geral Pedagógico da Escola Paulista de Magistrados, Diretor Cultural e de Eventos da Academia Paulista de Magistrados, Diretor Adjunto de Assuntos Legislativos da Associação Paulista de Magistrados, Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo (categoria sócio-colaborador), Membro da Academia Paulista de Direito e Presidente da Academia Brasileira de Direito Criminal, entre outras.

Marco Antonio é pessoa que acredita no trabalho e na oportunidade para todos, embora muitas vezes tenha sido preterido por não ter "nome" ou "sobrenome", já que é um "SILVA", como muitos brasileiros; de família humilde, sendo sua avó materna uma das primeiras professoras primárias de cor negra na região, enquanto seu avô era artesão em couro.

Do lado paterno, sua avó era dona de casa, filha de índios, e seu avô um pequeno lavrador.

Agora, todos se lembram de Henrique Dias, aquele negro que com o nosso povo, o índio e o branco, derrotou as poderosas Armas de Holanda e que, ao ser questionado por André Vidal de Negreiros, se lutaria em Guararapes, pois perdera um dos braços em Porto Calvo, respondeu de pronto que iria para a batalha final, tendo afirmado: "*Dois braços eu tivera, os dois eu daria pelo Brasil*".

Marco Antonio é dessa estirpe de gente, de povo brasileiro. Tem a mesma origem do povo brasileiro. Carrega o legado deixado por Castro Alves, amando o auriverde pendão da nossa terra: "*... que a brisa do Brasil beija e balança...*"

Sempre amou com orgulho e confiança a terra que o gerou: "*animo erecto atque fidenti diligam terram quem te peperisti...*" (Olavo Bilac).

Marco Antonio Marques da Silva passou diversas dificuldades, mas nunca desanimou ou deixou de ajudar o semelhante, inclusive por sua formação moral e católica, almejando sempre a construção de um mundo mais humano e justo.

Exemplo de mobilidade social, nunca se esqueceu de suas origens, dentro da humildade e do seu jeito sempre simples de ser o Magistrado, de ser o Professor, o que é a marca indelével de sua personalidade e que o caracteriza como cidadão exemplar.

É um lutador daqueles muitos ideais da Magistratura, é um lutador daqueles muitos ideais do Magistério, dos ideais de um homem justo que tira da jurisdição a ética do viver honestamente e do magistério todo o rigor científico e acadêmico, a força para ajudar os cidadãos desta terra, que tanto ama e que vem caracterizando a sua cultura invulgar e a inteligência viva e afiada de alguém, sempre tudo querendo fazer mais e mais pelo povo de nossa terra e sentindo-se sempre em débito, faz lembrar Martins Fontes, ao pensar em sua querida terra natal: "*Incapaz de servi-la como devo, quero ao menos amá-la como posso*".

Este é o perfil de Marco Antonio Marques da Silva, o homem das virtudes intelectuais, éticas e cívicas no exercício do magistério e da magistratura, por sua cultura jurídica e erudição, plasmadas pelo rigor científico de vivência acadêmica sempre trilhada pela honestidade e pelo justo. Jurista, com certeza, com origem na brava gente brasileira.

Uma interpretação de duvidosa dignidade

Vicente Greco Filho¹
Professor de Direito

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e outros dispositivos, substituindo a antiga denominação de “Crimes contra os costumes” para “Crimes contra a dignidade sexual”.

145

Como toda lei nova suscitará interpretações inusitadas, inclusive para o legislador, porque, como dizia o saudoso Ewelson Soares Pinto, “a Lei é como o samba do malandro: veste uma camisa listrada e sai por aí”, libertando-se da vontade do legislador. O que deve ser buscado é a vontade da lei, na sua realidade e seu contexto, mediante a aplicação de métodos técnicos, mas, antes ou mais que tudo, mediante o respeito à sua razão de ser no mundo jurídico.

Neste momento nacional, de violência de todas as formas, de preocupação de respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia e à violência sexual, em especial, a reforma empreendida pela lei somente pode ser interpretada com esses componentes.

Ameaça-se, contudo, uma interpretação que os nega e prestigia a violência sexual, a dignidade da criança e da mulher, especialmente, e, mais que tudo, afronta o bom-senso e o princípio do respeito à proporcionalidade e preventividade do Direito Penal.

Entre as modificações da lei, houve alteração do art. 213, com incorporação do artigo 214 (atentado violento), desaparecendo a referência à mulher como sujeito passivo.

Ficou assim redigido:

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**“TÍTULO VI
DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

**CAPÍTULO I
DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL**

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

.....”

Como se vê, o antigo atentado violento ao pudor passou a ser modalidade do estupro. E a razão foi simples: apesar da equiparação da pena, deixar claro que há práticas de atos libidinosos de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal e que a vítima pode não ser mulher.

A interpretação que se está querendo entrujar é a de que, tendo sido revogado o art. 214, deixou de existir o crime de atentado violento ao pudor, cuja lei é mais branda e, portanto, retroage para beneficiar os condenados por atentado violento ao pudor em concurso com o estupro, para que se entenda que o crime é único, de estupro, ainda que mais de uma agressão sexual à mesma vítima tenha sido praticada em momentos diferentes e sob diversas formas. O estupro na forma de conjunção carnal absorveria as demais condutas.

A situação fática poderia ser, exemplificativamente, a seguinte: “A” mantém “B” (no caso mulher) em cativo e a submete, mediante violência ou grave ameaça e a própria condição do sequestro, a conjunção carnal, coito anal, penetração de objetos e outras práticas.

Segundo a tese sugerida, haveria somente uma incidência do art. 213, vigente e retroativo, porque mais benéfico.

A interpretação é absurda, viola o espírito da lei e viola o princípio da juridicidade.

Dissemos, em outra oportunidade, quanto aos crimes de ação múltipla, que, segundo a doutrina alemã, que primeiro estudou a matéria, os dispositivos que hipotizam mais de uma conduta são chamados de *Mischgesetze* (leis misturadas ou mistas), aos quais correspondem os *Mischtatbestande* (tipos misturados ou mistos).

Delogu e Santoro, para denominá-los, usam a expressão “normas penais conjuntas”, que, a nosso ver, exprime melhor a ideia da reunião, num mesmo artigo, de mais de uma conduta que determinaria a incidência penal.

Os tipos, mistos ou conjuntos, de acordo com o ensinamento de Binding, Wertheimer, Mezger etc., podem ser de duas espécies: alternativos, quando a violação de uma ou várias condutas previstas importa sempre no cometimento de um único delito; cumulativos, quando há, na verdade, a previsão de mais de um delito distinto, de modo que cada violação determina a aplicação de uma pena, dando causa a um concurso de crimes (material, formal, crime continuado).

Delogu (Le norme penali congiunte, in *Annali*, 1936, p. 521) nega a existência de tipos conjuntos alternativos, porque admiti-los equivaleria a aceitar que algumas violações devam ficar impunidas, ou seja, que para o legislador é indiferente que um interesse penalmente tutelado seja lesado uma ou mais vezes. Haveria, outrossim, desprezo ao princípio segundo o qual a cada violação deve corresponder uma sanção.

Delogu parte do princípio, portanto, de que a conjugação de normas é unicamente fruto de considerações de técnica legislativa, devendo ser consideradas como normas autônomas. Todavia, segundo o mesmo autor, também em relação a normas conjuntas pode ocorrer o fenômeno do concurso aparente de normas, em que os princípios da consunção, subsidiariedade e especialidade impedem o *bis in idem* e excluem a aplicação de outras hipóteses igualmente adequadas ao caso.

Massimo Punzo (*Reato continuato*, p. 74), em relação à teoria de Delogu, alerta que, ao se recorrer ao princípio da consunção para explicar a existência de um delito único em normas conjuntas, há implicitamente o reconhecimento de que existem normas conjuntas alternativas, porque estas existem segundo a doutrina alemã quando um determinado comportamento, que realiza mais de um tipo hipotizado conjuntamente, é punido com uma única sanção, por se tratar de um único delito.

Não se pode negar que o legislador, ao punir de forma equiparada atos preparatórios ou atos de execução, já previu que a consumação representa a violação, também, das incriminações anteriores, daí ter previsto normas conjuntas alternativas. Mas Delogu tem razão quando vê, nos princípios da solução do concurso aparente de normas, as regras para o crucial problema da identificação das hipóteses de normas conjuntas alternativas ou cumulativas.

O problema é agravado em virtude da precariedade da técnica legislativa; muitas vezes um mesmo tipo é, em algumas hipóteses, cumulativo e, em outras, alternativo e, por exemplo, num parágrafo vamos encontrar, ora uma norma alternativa porque poderia ser contida no *caput* em outra incriminação, ora normas de aplicação independente.

Assim, a tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão.

Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos, então, delitos autônomos.

Por outro lado, pergunta-se: as normas conjuntas admitem o delito continuado?

Massimo Punzo (op. cit., p. 83) resume a solução do problema em três itens, válidos para o nosso estudo:

1) a continuação é possível entre tipos conjuntos representando violações da mesma norma, sempre que a realização dos tipos singularmente seja consequência de uma ação distinta e não de um ou mais atos da mesma ação, porque, neste caso, o delito seria único;

2) a continuação não é possível em relação aos tipos conjuntos alternativos, porque a realização das figuras, em tal caso, dá vida a um único delito. Entende-se que é possível um delito continuado composto de vários tipos cumulativos alternativos cometidos em execução de um mesmo desígnio criminoso (note-se

que no Direito brasileiro a unidade de desígnio não é requisito do crime continuado, bastando a homogeneidade das circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras);

3) a continuação não é possível entre as figuras de um tipo conjunto cumulativo, porque a realização de cada uma delas representa a violação de um diverso preceito primário, ou seja, de uma disposição de lei diferente.

Em outras palavras, se houver repetição de condutas em circunstâncias de tempo e lugar semelhantes, poderá configurar-se o delito continuado, mas não haverá delito continuado entre figuras consideradas cumulativas.

Aplicando-se esses conceitos ao exemplo trazido como paradigma em face do atual art. 213 a interpretação, *data venia*, única correta é a seguinte.

Se, durante o cativo, houve mais de uma vez a conjunção carnal, pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos, etc., cada um desses caracteriza crime diferente, cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnis. A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido.

Não houve, pois, *abolitio criminis*, ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art. 214 cumulativamente; agora, seria condenado, também, cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo.

Por todos esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive, respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplicar-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou a prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos.