

# As novas leis penais do Brasil

Professor **BENJAMIN MORAES**

Com a revogação do Código Penal de 1969, no governo passado, coube ao atual Ministro da Justiça, Deputado **IBRAHIM ABI-ACKEL**, a iniciativa de modernizar toda a nossa legislação penal. Logo no início de sua gestão, designou uma comissão de juristas que elaborou um bem cuidado Código de Processo Penal. Continuando em vigor o Código Penal de 1940, com diversas reformas, principalmente pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, impunha-se uma modernização da nossa lei básica penal, pelas muitas novidades jurídicas trazidas pelos conclave internacionais e já incorporadas em diversos diplomas penais de importantes países do mundo.

Instalando em sua gestão o Conselho Nacional de Política Penitenciária, previsto no Decreto nº 76.387, de 2 de outubro de 1975, mas somente instalado em 26 de junho de 1980, o Ministro **ABI-ACKEL**, que sempre exerceu a advocacia criminal, fez questão de dar prioridade à elaboração das novas leis criminais, dando grande realce a dois fatos: criação das novas penas substitutivas da tradicional pena de prisão, e criação de uma moderna lei de execuções penais, sob o grande pressuposto de que não basta um novo e excelente Código Penal e um moderno Código de Processo Penal, se a execução da pena continuar como está, em todo o Brasil, amontoando os presos em penitenciárias e prisões, que mais parecem depósitos humanos, onde o tratamento é deficiente, ou mesmo não existe, e onde os sentenciados, ao invés de qualquer processo recuperatório, se aperfeiçoam na prática dos delitos, pelo convívio promíscuo com os criminosos de toda espécie, como dão testemunho diário todos os meios modernos de comunicação social.

Através da atuação do Conselho Nacional de Política Penitenciária, e do seu próprio Gabinete, o Ministro da Justiça constituiu uma comissão (Portaria nº 1.043/80), integrada pelos Professores **FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO**, Presidente, **FRANCISCO DE ASSIS SERRANO NEVES**, **HÉLIO FONSECA**, **MIGUEL REALE JÚNIOR**, **RENÉ ARIEL DOTTI**, **RICARDO ANTUNES ANDREUCCI** e **ROGÉRIO LAURIA TUCCI**, com a incumbência

de elaborar um anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940.

Esta comissão acaba de entregar ao Ministro o resultado dos seus trabalhos que, uma vez publicados no **Diário Oficial** da União, devem receber as críticas e sugestões de todos os estudiosos do País, a fim de redigir-se o projeto final, que será enviado ao Congresso Nacional ainda no corrente ano, para sua aprovação final.

Ao lado dessa comissão, foi designada outra, incumbida da elaboração da nova Lei de Execuções Penais, integrada pelo Prof. RENE ARIEL DOTTI, Presidente, HÉLIO FONSECA e BENJAMIN MORAES, Relator. Esta comissão, que conta com a presença do Prof. F. A. TOLEDO, na qualidade de coordenador geral dos novos diplomas penais, já teve sua primeira reunião, no dia 6 de março de 1981, na Faculdade de Direito da UFRJ, iniciando os estudos da futura Lei de Execuções. Colaboraram nesse trabalho inicial o juiz de Execuções Criminais do Estado do Rio, Dr. FRANCISCO HORTA, o Diretor do Departamento do Sistema Penitenciário do mesmo Estado, Prof. ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JÚNIOR, e os Professores MICHEL CHEADI, ESTER KOSOVSKI, SERRANO NEVES, além do Procurador CARLOS DODSWORTH MACHADO, do Rio de Janeiro.

A parte fundamental de todos esses trabalhos é, sem dúvida, a modificação do Código Penal, pois, do elenco das penas ali previstas é que se parte para reforma do Código do Processo Penal e elaboração da Lei de Execuções Penais.

Nossa análise, portanto, inicia-se com o exame do anteprojeto de lei, modificativo da Parte Geral do Código Penal, já apresentado ao Ministério da Justiça.

Em linhas gerais, a comissão elaboradora procurou ater-se às diretrizes básicas do Código de 1940, mantendo, tanto quanto possível, a mesma linguagem deste diploma legal, concentrando as modificações propostas dentro dos 120 artigos daquele Código, para que a Parte Especial continuasse começando com o art. 121, que trata do homicídio.

Todavia, não foi mera cópia do Código ainda em vigor. Em diversos artigos, pequenas modificações ou acréscimos revelam a preocupação de modernizar a doutrina esposada em 1940. A introdução de capítulos inteiramente novos, especialmente no tocante às penas, traz elevada gama de modificações que podemos dizer substanciais.

Vamos chamar a atenção para as principais modificações.

No tocante à teoria do erro, introduziu-se o art. 20, declarando que "o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas

permite a punição por fato culposos, se prevista em lei". O antigo "erro de fato" aparece agora no § 1º do art. 20, estabelecendo: "Aplica-se o disposto neste artigo, quando o agente, por erro plenamente justificado, comete o crime supondo situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima."

A epígrafe do Título IV, que era "Da Co-Autoria", passa a ser "Concurso de Pessoas", devendo-se assinalar a introdução de dois parágrafos: o § 1º permitindo a diminuição da pena, de um sexto a um terço, se a participação for de menor importância; e o § 2º prevendo que "se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste, aumentada de até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave".

O anteprojeto muda a epígrafe do título relativo à responsabilidade para "Da Imputabilidade Penal", como NELSON HUNGRIA fixou no revogado Código Penal de 1969.

A parte, talvez, mais importante, neste tópico da imputabilidade é que se encontra nas suas conseqüências penais: no caso de semi-imputabilidade, foi extinto o chamado **duplo binário**, em que o agente recebia uma pena reduzida e também uma medida de segurança. Adotou-se aqui a mesma solução, proposta por HUNGRIA no Código de 1969, do **sistema vicariante**: ou a pena, embora reduzida, se aplicará, caso o condenado a suporte, ou, se este necessitar de especial tratamento curativo, terá sua pena privativa de liberdade substituída pela internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário, ou ao estabelecimento penal, ou em seção especial de um ou de outro (art. 98).

É, todavia, no Título V, que trata das penas, que se verificaram as maiores modificações.

De acordo com o art. 32, são três as espécies de penas: privativas de liberdade, restritivas de direitos e patrimoniais.

As privativas de liberdade, embora continuem sendo denominadas "reclusão" e "detenção", somente vão oferecer alguma distinção, quando objeto de alternatividade com outras penas criadas pelo anteprojeto. Embora neste esteja feita uma diferença em razão do estabelecimento onde serão cumpridas, haverá aí modificações em virtude de esta parte referir-se aos problemas da execução penal, prevista em lei especial.

Acompanhando o que foi estabelecido pela Lei nº 6.416, permitir-se-á ao condenado a pena privativa de liberdade o trabalho externo, desde que tomadas as cautelas contra fuga e em favor da disciplina (art. 34, § 3º). A comissão já concordou com sugestão nossa de ampliar o trabalho externo, que está limitado a "serviços ou obras públicas", para admitir também que o

seja em obras particulares, visto que os governos federal e estaduais estão ampliando a realização de suas obras em contratos com empresas privadas, através de licitações e convênios. Desde que haja cautela contra a fuga, nada impede que se permita ao preso trabalhar em obras realizadas por empresas particulares.

Refere-se o anteprojeto ao **exame de classificação**, a que o condenado será submetido no início do cumprimento da pena, para fins de individualização da execução. Chama-o, impropriamente, de **exame criminológico**, que é matéria muito mais ampla, investigando as causas sociais e até físicas dos delitos, quando o que se pretende é o estudo da personalidade do delinquente, para sua classificação e tratamento no estabelecimento prisional. Estamos propondo à comissão elaboradora a modificação da nomenclatura, como sugerida pelos órgãos das Nações Unidas.

Nestas penas privativas de liberdade, estão admitidos os regimes fechado, semi-aberto e aberto, como já os previa a Lei nº 6.416, estendendo-se às mulheres os mesmos direitos conferidos aos homens.

Quanto ao trabalho do preso, será ele, de acordo com o novo art. 39, sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

No art. 42, regula-se o tempo computável na duração da pena. Já o Código de 1940 estabelecia, no art. 34, que se computaria na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio. No Código de 1969, incluiu-se também o chamado "excesso de execução", dizendo, no art. 42, que também se computaria "o excesso de tempo, reconhecido em decisão judicial irrecurável, no cumprimento da pena por outro crime, desde que a **decisão seja posterior** ao crime de que se trata". Agora, o novo anteprojeto manda, no parágrafo único do art. 42, que se compute igualmente "o tempo indevidamente cumprido, relativo à condenação por **crime posterior**, invalidada em decisão judicial irrecurável". Chama-lhe **detração**, que, por sua origem latina, significa ação de separar, cortar, suprimir, subtrair, pois visa a cortar de uma pena o tempo indevidamente cumprido em outro crime. Entendemos que a redação do Código de 1969 era melhor, pois, embora o crime pudesse ser anterior àquele cuja pena estava sendo cumprida, não criaria o "crédito de pena", tão condenável, uma vez que a decisão judicial seria posterior ao crime de que se tratasse.

As penas restritivas de direitos são de três espécies: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e aprendizado compulsório.

São elas substitutivas das penas privativas da liberdade, quando ao crime seja a reclusão ou detenção cominada até três anos. Para que tal substituição se opere, é indispensável que o réu não seja reincidente em crime doloso e que as circunstâncias e os motivos determinantes, os antecedentes, a personalidade e a conduta social do condenado indiquem que essas modalidades de pena sejam suficientes e necessárias. Por exemplo, se um médico, num incidente de rua, pratica uma lesão leve em alguém, e seja condenado a um ano de detenção, poderá ter sua pena privativa de liberdade substituída pela obrigação de prestar um serviço gratuito à comunidade, como dar consultas grátis, duas horas por dia, a pessoas necessitadas, durante o tempo que o juiz fixar. É claro que deve ser primário e sua personalidade indique que isso basta para puni-lo do seu crime. Falamos do exemplo de um médico. Mas pode tratar-se de qualquer profissional. Note-se que, pelo parágrafo único do art. 46, as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas aos sábados, domingos e feriados, ou, nos dias úteis, por duas horas, durante o tempo fixado.

Entre as restritivas de direitos, incluem-se as de interdição temporária de direitos que, em geral, eram capituladas como “penas acessórias” no Código de 1940. São de três tipos: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, ou de mandato eletivo, proibição do exercício de profissão ou atividade que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público e, em terceiro lugar, cassação de licença de habilitação para dirigir veículo.

O terceiro grupo das penas restritivas de direitos consiste no chamado “aprendizado compulsório”, que consiste, conforme o disposto no art. 48, na “frequência a curso ou ciclo de palestras, no qual o condenado por crime culposos venha a adquirir conhecimentos necessários a evitar a ocorrência de nova infração e a estimular o dever social de cuidado”. Pode ela ser aplicada isolada ou cumulativamente com outra pena, como a interdição temporária de direitos ou prestação de serviços à comunidade. Isoladamente, só poderá ser aplicada nos crimes culposos cuja pena máxima cominada não seja superior a um ano. São exemplos de aplicação de tal aprendizado os casos dos crimes do automóvel, quando culposos.

Conforme tivemos oportunidade de enunciar, além das penas privativas de liberdade e das restritivas de direitos, o anteprojeto admite também as penas patrimoniais.

São elas de duas espécies: multa penitenciária e multa reparatória. A primeira tem essa designação, porque consistirá no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença; nos detalhes da execução não difere muito da atual pena de multa prevista no Código de 1940.

Novidade maior no direito penal brasileiro é a introdução da multa reparatória, que, nos termos do art. 53, consiste no pagamento, mediante depósito judicial, em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no art. 49 e seu parágrafo, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

O art. 49 estabelece que as penas patrimoniais serão calculadas em dias-multa. Esta noção já vinha do Código Penal de 1969; agora, porém, tem avaliação e métodos próprios de contagem. A pena terá no mínimo dez dias-multa e trezentos, no máximo. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário.

Assim, no mês de março de 1981, quando o salário mínimo maior no Brasil é de Cr\$ 5.788,80, poderá o juiz fixar o dia-multa nessa importância multiplicada por 5, isto é, Cr\$ 28.944,00. Como o máximo permitido pelo art. 49 é de 300 dias-multa, o total da pena pecuniária poderá atingir a importância de Cr\$ 8.683.200,00. Como, porém, o parágrafo do art. 60 declara que a multa penitenciária pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo, temos ainda a possibilidade de elevar o total da multa a Cr\$ 26.049.600,00.

A multa reparatória deverá corresponder, no seu máximo, ao valor do prejuízo demonstrado no processo. Será ela ordenada pelo juiz criminal, independentemente de recurso ao juiz do cível. Se a vítima entender que o valor arbitrado no juízo criminal não satisfaz os danos sofridos, poderá ainda recorrer ao juízo cível, para obter a diferença. Entretanto, crê-se que se contentará com o calculado no juízo penal, não precisando gastar tempo nem dinheiro para obter a reparação do dano sofrido. Além do mais, o pagamento da pena de multa reparatória precederá ao da multa penitenciária, o que claramente beneficia a vítima ou seus sucessores.

Outro fato importante, que merece registro, no tocante às penas de multa, é que estas podem substituir a pena de detenção até seis meses, se o réu for primário e sua personalidade preencher os requisitos estabelecidos para as penas restritivas de direitos (art. 54).

Para não modificar artigo por artigo da Parte Especial do Código, quando se comina a pena de multa, o anteprojeto estabelece que "são canceladas, na parte especial do Código Penal, nas leis especiais e em todas as normas penais, quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão multa de por multa penitenciária".

Ponto da alta importância, que merece citação neste estudo, são os requisitos que a nova lei estabelecerá para a concessão do livramento condicional. O Código vigente exige o cumprimento de mais da metade da pena para o réu primário, e mais de três quartos, se reincidente.

O novo anteprojeto estabelece, no art. 83, que bastará o cumprimento de mais de um terço para o primário, e mais de metade, se reincidente. Em ambos os casos, deve haver bom comportamento durante a execução da pena e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

Ora, combinando-se esse princípio com o estabelecido no art. 75 e seus parágrafos, vê-se o maior benefício que o futuro Código vai trazer à nova política penitenciária. Por este art. 75, o tempo de cumprimento das penas privativas da liberdade não pode ser superior a trinta anos. Mesmo que o agente seja condenado a penas privativas da liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender o limite máximo fixado. E ainda que sobrevenha nova condenação por fato posterior à unificação, repetir-se-á o trabalho de unificação, computando-se para esse efeito o tempo restante da pena estabelecida.

Assim sendo, se um réu for condenado a 60 anos, por dois crimes de homicídio (30 anos cada um), haverá a nova unificação, a fim de que ele possa, cumprida mais da metade do total (15 anos e um dia), requerer e obter o livramento condicional, se provar bom comportamento carcerário. O tempo de prisão anterior a essa nova unificação estará perdido para o réu, que, assim, começará a cumprir novo prazo de trinta anos. Mas sempre poderá obter o livramento condicional após 15 anos de cumprimento de sua pena privativa de liberdade.

A suspensão condicional da pena, os efeitos da condenação, a reabilitação, a ação penal e a extinção da punibilidade seguem, em suas linhas gerais, o disposto no Código de 1940.

No tocante às medidas de segurança, extinguem-se as detentivas para os réus considerados normais. A internação só é prevista para os infratores anormais ou semi-imputáveis (manicômio judiciário e anexo psiquiátrico). Neste particular, o anteprojeto seguiu as linhas do Código de 1969.

Cabe, finalmente, uma referência à futura Lei de Execuções Penais. Já o Ministro IBRAHIM ABI-ACKEL, como Relator do Parecer da Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de estudo e parecer sobre projetos de leis modificadoras da nossa legislação penal, afirmava, em 27 de abril de 1977, que "são acentuadamente críticos os mais importantes setores da execução penal", buscando reajustá-los à realidade social contemporânea, através de equilibradas soluções.

Aludiu S. Ex<sup>a</sup> à pressão dos índices de criminalidade, à necessidade de novas modalidades de pena, para substituir a de privação da liberdade, à impossibilidade de encarcerar todos os condenados e ao drama da impunidade em que muitos condenados ficam, no meio social, pela impossibilidade de dar cumprimento às dezenas de milhares de mandados de prisão já expedidos.

Por estas e outras razões, expostas em seu profundo parecer, é que, agora, feito Ministro da Justiça, tomou a seu cargo criar as penas alternativas e elaborar uma Lei de Execuções Penais, a vigorar em todo o Brasil, com força bastante para coibir as monstruosidades carcerárias hoje existentes e dar às penas, além do seu caráter punitivo, um sentido eminentemente recuperativo, aplicando-se aos condenados todas as modernas regras do direito penal executivo, ditadas pela ONU, em seus congressos universais, com pronunciamentos claros que dão novo sentido às penas criminais e respeitam todos os direitos do condenado.

No anteprojeto que estamos elaborando, definimos, além da Finalidade da Execução, os Órgãos incumbidos dela, como a Autoridade Judiciária, a Autoridade Administrativa e o Conselho Penitenciário. Como Órgãos Supervisores, temos o Conselho Nacional de Política Penitenciária, o Departamento Penitenciário Nacional e os órgãos estaduais de supervisão, que estarão diretamente ligados aos órgãos federais. Define-se o Sistema Penal e estabelecem-se os Regimes Penais, que visam ao Tratamento Penal, contendo os capítulos referentes à Assistência, à Educação, ao Trabalho e à Disciplina dos sentenciados. Um título especial cuida das Prerrogativas, Deveres, Direitos e Regalias do sentenciado. Vêm, a seguir, as formas e espécies da execução penal, abrangendo as Penas Privativas de Liberdade, as Restritivas de Direitos e as Patrimoniais. Cuida, depois, do cumprimento das Medidas de Segurança, do Incidente do Excesso de Execução, da Suspensão Condicional da Pena e do Livramento Condicional, nos novos termos estabelecidos na reforma da Parte Geral do Código Penal. Regula depois a aplicação dos decretos de Anistia, do Indulto e da Comutação de penas. Termina com a disciplina dos Recursos e com as indispensáveis Disposições Gerais.

Todas estas mudanças na nossa legislação penal farão do Brasil não somente o país de mais avançadas conquistas legislativas na matéria, mas principalmente o mais adiantado na visão do delinqüente como um ser humano, irmão nosso, com o qual Cristo se identificou ao aprovar o gesto daqueles que foram ao cárcere, não para matar o criminoso, mas para levar-lhe o conforto de sua assistência: "Estive preso e fostes ver-me!" (Ev. de S. Mateus 25:36).