

Código Penal de 1984

Antecedentes. Ideologia.

Princípios. Orientação. Finalidade.

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Professor da Universidade de Brasília

Há mais de vinte anos, o Governo iniciou estudos para elaboração de novo Código Penal. É notória a dificuldade de levar a tarefa a bom termo.

O Ministro de Estado da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, elegeu como prioridade a reforma de todo o sistema, abrangendo também a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal.

As Comissões foram presididas pelo ilustre Professor Francisco de Assis Toledo. Na fase de elaboração do anteprojeto do Código Penal atuaram: Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Jr., Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti; o Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo prestou valiosa colaboração; na revisão, além do Coordenador, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Jr. A Secretaria esteve confiada à Dr^a Lucinda Lemos dos Santos Rocha.

A remessa do projeto de lei ao Congresso Nacional foi precedida de ampla divulgação e democraticamente debatido. Transformou-se na Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, cuja vigência principiou aos 13 de janeiro de 1985.

A presente análise busca registrar os princípios que orientaram a reforma, entre os quais atualizar às exigências da sociedade brasileira, ajustá-la às doutrinas modernas e realizar a justiça material.

1 – Introdução

O Código Penal revogado datava de 1942. Daquela época para cá, a sociedade brasileira sentiu profunda transformação; fatores internos, de um lado, e externos, de outro, confluíram para que hoje apresente feições diferentes, muitas vezes em desarmonia com a anterior. As ciências desenvolveram-se, muitos valores adquiriram novas roupagens, impondo ao homem padrões de conduta também novos.

O direito, fenômeno cultural para a realização de valores, sentiria os reflexos das transformações. Vai ficando longe a concepção do direito como expressão normativa meramente formal. A interpretação deixa de ser considerada simplesmente declaratória; confere-se ao intérprete a dignidade de expressar o significado histórico da norma. Da lógica formal passou-se à lógica existencial. Em sendo assim, a legislação teria que ser sensível aos reclamos para não sacrificar a sua eficácia.

Nesse meio tempo, a ciência penal, mais que nunca, preocupada com o homem, desenvolveu teorias, buscando atualizar conceitos, debatendo também o significado do próprio direito penal. A concepção de crime, delinqüente, pena, sem olvidar a vítima, reclamaria atenção do legislador a fim de o texto legal não restar em mora com a realidade nacional.

Daí a idéia de revisão do Código Penal. O Código reúne princípios; em assim sendo, deve ser substituído quando superado, incompatível com a sociedade, tal como aconteceu com o Código Criminal do Império; urgia afastar-se as Ordenações Filipinas; as idéias liberais resultantes da vitória da Revolução francesa repeliam o absolutismo decadente; as garantias do direito de liberdade impunham novo direito penal, consagrando o *nullum crimen nulla poena sine lege* e absorvendo os postulados da Escola Clássica.

Hoje, a situação é diferente. Tradicionais princípios continuam vigentes: o princípio da reserva legal; o princípio da personalidade da pena; o princípio da anterioridade da lei penal; o princípio de lei penal mais benigna; o princípio da individualização; o princípio do *nullum crimen sine culpa*.

Tais princípios, insista-se, estão consagrados na legislação brasileira, contudo, o diploma em vigor necessita de modificações a fim de institutos dele decorrentes receberem o tratamento reclamado em nossos dias. Cumpre banir de modo intransigente a responsabilidade objetiva, rever a hipócrita presunção do conhecimento da ilicitude, redimensionar o sistema de penas, situar as medidas de segurança conforme a realidade brasileira e utilizar a sanção como medida de reprovação político-jurídica do delinqüente, e meio de utilidade social; para isso, o condenado não pode ser visto somente no conceito normativo de alguém que haja cometido um delito, mas, antes de tudo, ser humano, impondo-se a realização do exame

de personalidade; caso contrário, a pena continuará vazia de utilidade, e imposta sem exata compreensão dos fatores criminógenos. A infração penal é expressão da personalidade; esta, por seu turno, como modo de ser, resulta de fatores antropológicos, psicológicos e sociais, que explicam a conduta de indisciplina social. A constatação desses fatores em geral, e dos fatores preponderantes, no caso concreto, só será possível com o estudo minucioso do delinqüente, a fim de ser executada a pena de modo a debelar a causa do comportamento proibido.

Essa visão panorâmica projeta de corpo inteiro a necessidade da reforma, de modo que o Código Penal, no plano científico, reproduza as melhores concepções doutrinárias e, vinculado à nossa cultura, seja dotado da eficácia indispensável às normas jurídicas.

CPI do Sistema Penitenciário

2. Cumpre assinalar o momento mais significativo da tomada de posição concreta para despertar consciências para a necessidade da reforma legislativa, isto é, o Relatório e Conclusões de Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a proceder ao levantamento da situação penitenciária do País, publicados no *Diário do Congresso Nacional*, elaborados pelos Deputados José Bonifácio Netto, Presidente, e Ibrahim Abi-Ackel, Relator, no dia 4 de junho de 1976 (Suplemento ao nº 61). Aí ficou expresso que se tornava mister "a elaboração de um novo sistema de penas, com substitutivos à pena de prisão, nos casos adequados, tais como: ampliação do instituto da suspensão condicional da pena, de forma a ensejar sua aplicação com maior largueza; prescrição da reincidência dentro do prazo de cinco anos, uma vez cumprida a pena; repetição da suspensão condicional da pena, confiado ao juiz o arbítrio para concedê-la nos casos em que se convença da inexistência da periculosidade; ampliação do elenco de casos de substituição da pena de reclusão pela de detenção ou multa; adoção da pena domiciliar, restritiva dos direitos de locomoção do imputado; adoção da prisão albergue domiciliar, como semente do "probation" (fiscalização); interdição de direitos, dentre os quais, a suspensão ou a cassação do direito ao exercício de profissão; suspensão ou cassação da carteira de habilitação para dirigir veículos". No tocante à execução penal concluíram:

"As penas de reclusão e de detenção, bem como as imposições penais prévias não se distinguem para a grande maioria dos presos, cumpridas que são em cárceres promiscuos; a individualização da pena é obstaculada pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupos e sua lotação em estabelecimentos distintos; grande parte da população carcerária vive em ociosidade, sob a influência corruptora da subcultura criminal; esse tipo de prisão acentua o caráter criminógeno do cárcere e antes serve à difusão e ao aperfeiçoamento

do crime do que à defesa da sociedade... Preconiza-se novo sistema de penas, dotado de substitutivos à pena de prisão, revestidos de eficácia pedagógica, de forma a restringir a privação da liberdade a crimes graves e delinquentes perigosos. A busca de outras sanções para criminosos sem periculosidade diminuirá a ação criminógena do cárcere e atuará como fator de despopulação das prisões... O exame da personalidade do sentenciado, tendo em vista a natureza do crime, é que determinará sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena."

Nesse quadro, tornava-se imperiosa a revisão da legislação penal, em parte reestruturada pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

Ideologia

3. A Comissão elaboradora não teve preocupação de filiar-se ortodoxamente a uma Escola; preferiu valer-se da larga experiência de seus membros, que, com sensibilidade, tocou nas partes necessárias para o trabalho alcançar o escopo pretendido: conservar o que a doutrina e a jurisprudência aplaudiram nesses quarenta anos, e reelaborar os institutos de maneira que o Código Penal se tornasse instrumento hábil a prevenir a criminalidade e ressocializar o delincente. E o fez sensível à realidade nacional, ciente de que o transplante de institutos, esquecendo-se as diferenças entre sociedades, é inócuo, senão contraproducente. O texto legislativo não é um repositório literário, mas, antes de tudo, meio de realização de interesses coletivos, conjugado com a função pedagógica do direito. As transformações foram profundas, afetando elementos constitutivos do delito e completa reformulação do sistema de penas. E mais, preocupou-se ainda com a situação da vítima, a grande esquecida após o impacto da prática da infração penal. O Código, embora em harmonia com idéias divulgadas no Sexto Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente (Caracas, Venezuela, de 25 de agosto aos 5 de setembro de 1980) e selecionados antecedentes de outras legislações, sem perder a originalidade, volta-se para a experiência brasileira. Há uma consciência maciça de limitar ao máximo a pena de prisão, buscando-se medidas alternativas. Daí a troca de idéias em encontros nacionais e internacionais, convergindo entendimentos de que são exemplos as recomendações do Congresso de Kyoto, no Japão, em 1970, cuja política foi adotada, entre nós, pela Lei nº 6.416/77, que recebeu entusiásticos aplausos. ANDREUCCI observou: A consciência de todos, não apenas dos juristas, continha a premência da mudança, enquanto que os penalistas já razonavam soluções, porque o dilema penal não mais suportava retardamentos. O anteprojeto de 1981 decorreu desta tendência nascida não dos reclamos teóricos, mas da criminalidade crescente e da contundente realidade carcerária. À reformulação, porém, não pode ser creditada a

missão isolada de alterar os padrões atuais, já que o todo é um conjunto e não uma parcela (1). DOTI realçou a preocupação de situar o homem como a meta de maior importância: "O destino da reforma do sistema de penas, portanto, deve constituir um fenômeno vertido para a comunidade, encarnada pelo Estado que respeita os princípios fundamentais de um pacto garantidor das relações entre os indivíduos e o poder público" (2). ZAFFARONI, depois de qualificar o anteprojeto, como o melhor latino-americano dos últimos anos, acentua:

"En el anteproyecto creo ver claramente un rumbo, un imagen de hombre. Queda totalmente superada la ambivalencia del código vigente en el que el neo-idealismo de GIOVANNI GENTILE, llegado al derecho penal con la obra legislativa de ROCCO, reúne lo peor del positivismo ferriano con lo peor del idealismo penal. En el proyecto se arrumba definitivamente el "embuste de las etiquetas" de KOHLRAUSCH y se encara la realidad de un hombre responsable, siempre de una circunstancia — como que jamás puede ser de otra manera — capaz de una elección que funda su *culpabilidad* penal... proyecto que considero que tiene un elevadísimo nivel técnico y que constituye un modelo de instrumento legal, concebido conforme a cánones de una política criminal moderna, dinámica y realista, alejado de la tecnocracia del llamado "código tipo" y de los peligrosos ensayos positivistas, expresiones ambas de un momento político penal superado" (3).

Anterioridade da lei penal

4. O princípio da reserva legal foi mantido na sua integralidade. Não faria sentido bani-lo, ou enfraquecê-lo. É tradicional em nossa legislação, consagrado na Constituição do Império, repetido em todas as congêneres, como esteve presente no Código Criminal de 1830 e nos editados no período republicano. Nosso direito penal é ainda um direito penal liberal, que situa o direito de liberdade em plano proeminente. As razões políticas que justificaram sua introdução na Declaração dos Direitos do Homem, na França, confirmadas na Declaração dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, ainda são atuais. *Nullum crimen, nulla poena sine proevia lege* é marco da consciência universal, reverente ao direito de liberdade, cuja defesa não pode ser descurada, como veementemente proclama CHAVES (4).

(1) ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Fundamentos da Reforma Penal. (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981.)

(2) DOTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*, p. 234.

(3) ZAFFARONI, Eugênio Raul. Missiva ao Prof. Sérgio de Moraes Pitombo. Buenos Aires, 2 de maio de 1981.

(4) CHAVES, Raul. *Advocacia e Reforma Penal*. (Conferência Nacional da OAB, Salvador, 1979.)

Lei penal no tempo

5. A redação do art. 2º, parágrafo único, sofreu alteração, sufragando, como no *caput*, o princípio da lei penal mais favorável; aperfeiçoado, a fim de adaptá-lo, no sentido literal, à Constituição da República que determina, incondicionalmente, a aplicação da lei mais benéfica ao réu (art. 153, § 16). É certo, a interpretação considerou, após a Constituição federal de 1946, revogada a restrição do parágrafo único do art. 2º, que limitara a incidência da lei posterior menos severa, que, por outro modo, que não a *abolitio criminis*, favorecesse o agente, ao "fato não definitivamente julgado". Não faria sentido manter o texto anterior e, agora, enunciá-lo com vício de inconstitucionalidade. Assim, seja quando houver supressão do tipo, como, de qualquer outro modo, quando a lei posterior favorecer o agente, "aplica-se aos fatos anteriores, mesmo que já julgados". Afetaria até o princípio da isonomia o Estado tratar diferentemente os delinquentes porque as condenações ocorreram em épocas diferentes. Se o Estado retira a censura penal de uma conduta, ou ameniza o tratamento, não se justifica o rigor inicial.

Todavia, para não enfraquecer a repressão criminal, a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência. Aqui, a situação é diversa: não há sucessão de leis no tempo, e o término da vigência não se confunde com a *abolitio criminis*. Não foi retirada a censurabilidade ao agente, o fato não deixou de ser relevante; somente se escoara o tempo de vigência, ou modificadas as circunstâncias que a recomendaram.

Lei penal no espaço

6. Os arts. 5º a 9º tratam da lei penal no espaço. O princípio da territorialidade é a regra geral, expressão da própria soberania, enunciando também o conceito jurídico de território, o § 1º do art. 5º, para alcançar os locais onde a repercussão do fato recomenda a punição do agente. Embora cometidos no estrangeiro, a importância do bem jurídico preservado, ou a pessoa ofendida, ficam sujeitos à lei brasileira os crimes mencionados nos incisos I e II do art. 7º. Aderiu-se, pois, a princípios da extraterritorialidade. Supriu-se, com adesão dos penalistas, como ilustra VIEIRA DA SILVA (5) uma lacuna da lei vigente, introduzindo-se o princípio da representação, a fim de alcançar crimes "praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados" (art. 7º, II, c). Hoje, o crime cometido naqueles meios de transporte, se o avião estiver sobrevoando território estrangeiro, ou não fizer pouso, não incide a lei brasileira,

(5) VIEIRA DA SILVA, Alberto José Tavares. *Aplicação da Lei Penal*. (Seminarário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1961.)

se o autor ou a vítima não forem brasileiros; diga-se o mesmo em relação a embarcações que saem de território estrangeiro e não retornam aos portos de origem.

Relação de causalidade

7. O crime é fenômeno que se projeta na sociedade; CARRARA, o corifeu da Escola Clássica, na definição de delito, com propriedade, inclui a característica de ser “politicamente danoso”. O crime é ação, provocando sempre um resultado no sentido jurídico do termo, ou seja, dano, ou perigo ao bem tutelado pelo direito. No período da grande influência das ciências positivas nas ciências humanas, conferiu-se especial atenção à relação de causalidade, porque os fenômenos só obtinham explicação definitiva quando demonstrado o vínculo de causa-e-efeito. Hoje, o estudo do crime não se fixa com tanto afincos nesse pormenor, embora não possa ser descurado, eis que somente será justo imputar o resultado a quem o praticou. O tema tem suas raízes na Constituição da República, que, no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, inscreveu o princípio da personalidade da responsabilidade penal (art. 153, § 13). Está superado o período da responsabilidade pelo fato de outrem, que ocasionou tantas injustiças, impondo sanções, até capitais, a alguém porque da família, grei, ou tribo do criminoso.

O art. 13 – *Relação de causalidade* – trata o instituto com mais precisão e melhor técnica. Não traduz mais idéia de descrição do fenômeno apenas no plano fático; foi além para conceituar que o delito é, antes de tudo, produção de evento contrário ao dever jurídico. O resultado, com a nova redação, é enunciado no sentido jurídico, e não como acontecimento simplesmente físico. Nessa linha, a boa doutrina, como acentuou MUNHOZ NETTO (*). Daí a referência de que a ação “causa” o crime, no sentido de modificar o mundo físico, e de que a omissão “não o impede”, isto é, o agente, com a inação, deixa que o mundo físico se modifique. Em ambos os casos, o ponto de referência é o dever jurídico. O agente, em suma, faz o que não devia fazer, ou não faz o que devia fazer, em face do preceito da norma jurídico-penal. E mais, um resultado ou outro é sempre causado pelo autor com seu comportamento contrário ao dever jurídico. Em face disso, a norma do § 1º do art. 13 – *Superveniência de causa independente* – deve ser entendida em conexão lógica com o disposto no *caput* para alcançar a interferência de causa superveniente à conduta do réu, provocando o resultado, por si só. Evidentemente, não se imputará o evento a uma pessoa, se a sua conduta, comissiva ou omissiva, não for a causa eficiente do mesmo. Daí a menção a causa “relativamente” independente. Caso contrário, retornar-se-ia à responsabilidade por fato de outrem, ou forças da natureza. Visa o dispositivo a evitar qualquer dúvida de interpretação, a fim de manter intocável o princípio de que a infração

(*) MUNHOZ NETTO, Alcides. O Título II do Anteprojeto do Código Penal. (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981.)

penal só pode ser imputada ao sujeito da conduta e na medida da projeção do respectivo resultado. Não será justo alguém responder por um delito se outra causa, que não a sua ação, foi o antecedente fático; pouco importa que tenha havido confluência de concausas; importante e decisivo é excluir a imputação, quando outro fator, por si só, provocou o resultado. Evidentemente, os fatos anteriores à causa superveniente, porque produzidos pelo agente, a ele serão imputados.

O Código, ao contrário do direito anterior, deixa expressa a relevância da omissão e arrola as suas espécies. O direito penal moderno, preocupado com o homem, a fim de, através da pena, emitir, como dito, a medida político-jurídica da reprovabilidade, volta-se para o seu comportamento, que se manifesta não só agindo, como deixando de fazê-lo, quando o preceito da norma lhe impõe um modo de atuar; evidentemente, a norma no sentido amplo do termo não se restringe somente à lei. E o dever de agir incumbe a quem: "a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado". Dessa forma, o estatuído no art. 13, § 2º, cobre toda a área de comportamentos exigíveis, resultantes da lei, da manifestação de vontade, ou de situação de risco provocado pelo agente. Não se compreende que alguém fique inerte, deixando de cumprir sua obrigação, ou não evite resultados decorrentes de comportamento seu. A omissão é relevante quando o omissente devia e podia agir para evitar o resultado, expressão do princípio de não haver delito sem culpabilidade.

Consumação e tentativa

8. O Código manteve os conceitos de crime consumado e tentativa, de fácil compreensão e que não trouxeram dificuldade de interpretação. A pena da tentativa obedece também ao mesmo critério; embora haja sugestões para ser a mesma cominada à consumação, a fim de atender casos de excepcional gravidade, cujas conseqüências se equiparam à própria consumação, é melhor a disciplina adotada, a fim de manter coerência com o sistema vigente. É sabido, nossa legislação adota o critério do bem jurídico para classificar as infrações penais e considera a relevância do mesmo, como um dos critérios para dosar a cominação das penas, sendo as mais graves reservadas para os delitos relativos aos valores de maior significação. A pena está vinculada ao binômio agente-fato, cumprindo, por coerência lógica, tratar diferentemente a consumação e o início de execução sem realizar, porém, a *meta optata*.

Arrependimento após o crime

9. O art. 16 introduz inovação na Parte Geral — *Arrependimento posterior*. É notória a tendência do direito penal de, na individualização da pena, considerar todos os pormenores do fato e a personalidade do autor, examinando, por isso, a conduta delituosa e o comportamento do agente

anterior e subsequente ao crime. O Código se preocupa com a vítima, o que repercutiu no sistema de penas; busca ensejar a reparação do prejuízo causado pelo delito; por isso, se o dano for reparado por ato espontâneo do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. Acentue-se, porém, o ressarcimento não poderá ser instrumento de enfraquecimento da repressão penal, nem converter-se em meio de estímulo à criminalidade, às pessoas abastadas, o que motivou vedar-se a substituição da pena privativa de liberdade pela sanção pecuniária. Ao contrário, deve revelar-se útil à constante preocupação do texto: prevenir o crime e ensejar a recuperação social do delinqüente. Nessa linha, não poderia transigir também com agentes de crimes que se valem da violência, ou de grave ameaça à pessoa, meios de extrema gravidade, que preocupam sobremaneira todos os países atualmente. Sem dúvida, hoje, estamos vivendo momentos da criminalidade violenta, que, por isso, deve ser combatida e não estimulada. O dispositivo tem o mérito de abreviar a reparação à vítima e enriquecer o esquema de individualização da pena. Não seria justo, afetando a filosofia de cálculo da sanção *in concreto*, desprezar o pormenor. O comportamento *post delictum* de reparação espontânea do dano, ou a restituição do objeto material do delito, repercute no juízo de censurabilidade.

Nullum crimen sine culpa

10. O Código filiou-se intransigentemente ao princípio *nullum crimen sine culpa*. Acompanha, com isso, não só a vanguarda da doutrina penal moderna, como se ajusta ao conceito contemporâneo do princípio da personalidade; hoje, é entendido, como explica eruditamente MÁRIO SPASARI (7), não só ninguém pode sofrer sanção penal pela conduta de outrem, como ainda ela só se justifica como resposta a uma conduta, isto é, a determinado comportamento. O crime é o homem em ação; sua conduta precisa ser valorada normativamente, e só quando negativa, ingressará na economia do crime. Ultrapassada a fase da responsabilidade objetiva, notada, em seguida, a insuficiência da teoria psicológica da culpabilidade, satisfazendo-se com o vínculo moral entre o sujeito e o resultado, o passo seguinte coube à doutrina germânica com a teoria normativa da culpabilidade, acrescentando a exigência de que, além do aspecto psíquico, é necessário que a conduta seja reprovável, afastando-se sua caracterização quando, apesar do agir, em virtude das circunstâncias, não há censurabilidade, inaugurando-se a teoria da inexigibilidade de conduta diversa. Posteriormente, a teoria finalista de HANS WELZEL deslocaria os elementos anímicos para o núcleo da ação; ao conceito de que o dolo e a culpa são elementos da culpabilidade, deixou-se incidível a ação, não separados os elementos, objetivo e subjetivo, e bem distintos da renovação ao agente porque sua conduta é axiologicamente negativa. A culpabilidade adquire, então, contornos bem definidos, inconfundíveis com a tipicidade e a anti-juridicidade; enquanto a primeira estabelece correspondência do fato à

(7) SPASARI, Mário. *Diritto Costituzionale Penale*. Padova, Cedam.

descrição da norma, a segunda o relaciona com a reprovação em tese do direito, a culpabilidade é a relação de censura pessoal ao agente, em função do caso concreto. Esta reprovação, por seu turno, admite graus de intensidade.

O art. 19 expressa norma que reafirma a adesão ao princípio *nullum crimen sine culpa*, como, de outro lado, corta cerce a polêmica doutrinária, com repercussões ainda não solucionadas na jurisprudência, a respeito da estrutura dos crimes qualificados pelo resultado, como dizem os alemães, ou crimes preterdolosos, denominação mais a gosto dos autores italianos.

O crime, reafirmou-se, do ponto de vista subjetivo, é doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; e culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência, ou imperícia. E, por não ser supérflua, reeditou a advertência: salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime senão quando o pratica dolosamente.

O art. 19, de clareza incontestada, declaratória, deixa incontroverso não bastar a mera relação de causalidade material entre a ação e o resultado; cumpre agregar-se o momento subjetivo para constatar, pelo menos a culpa *stricto sensu*, entre o resultado querido e o acontecido. Somente com essa precaução, estar-se-á em condições de censurar alguém por um evento que esteve, pelo menos, no âmbito da previsibilidade. Não se pode reprovar uma pessoa se o resultado se situava no campo da imprevisibilidade, terreno incompatível com o direito penal da culpa, cujas sanções expressam o grau de reprovação pessoal ao agente. O Código, na esteira do direito penal moderno, banuiu qualquer hipótese de responsabilidade objetiva.

Erro

11. O art. 20 encerra alteração vertical e acompanha conceituada teoria sobre o — erro. O Código revogado agasalhara o princípio — *ignorantia legis neminem excusat* — fruto do positivismo ortodoxo, que reduzia o direito à lei. Orientações jusnaturalistas se insurgiram contra o farisaísmo da presunção. Não é esta a realidade; as máximas da experiência apontam conclusão oposta; a maioria dos homens não acompanha a publicação dos textos legais, sem falar-se nos analfabetos ou pessoas que não conhecem o idioma nacional; de outro lado, a perfeita interpretação não é unânime, provocando, muitas vezes, acirrados debates dos juristas. Hoje, não mais impressiona o argumento *ad terrorem* de ser a única garantia de eficácia da norma jurídica, ou, como se expressara a Exposição de Motivos de 1942, “o *error juris nocet* é, antes de tudo, uma exigência de política criminal. Se fosse possível invocar como excusa a ignorância da lei, estaria seriamente embaraçada a ação social contra o crime, pois ter-se-ia criado para os malfetores um pretexto elástico e dificilmente contestável” (nº 14). Essa postura é inconciliável com a idéia de que o direito busca a verdade material, não se contentando com a verdade formal. Não se concebe atual-

mente presunção de justiça, reclama-se a justiça mesma. Demais, superada a concepção psicológica da culpabilidade para ser entendida como reprovação pessoal ao agente, é intuitivo definir com exatidão — e não por presunção — a colocação do homem diante do direito e dos fatos. Nem mesmo a distinção entre erro de direito penal e erro de direito extrapenal, tentativa da teoria tradicional para sustentar-se diante das críticas acerbas, foi bastante para responder, com vantagem, as restrições generalizadas. Urgia elaborar reformulação do instituto, o que tem atraído a atenção da literatura brasileira, como notícia FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO. A doutrina germânica, a erro de direito e erro de fato, preferiu referir-se a erro de tipo e erro de proibição, sempre com o intuito de refletir uma situação real e não hipotética.

O agente deve conhecer o significado jurídico de sua ação, do resultado e da relação causal; com isso, retrata-os perante o direito, ou seja, nos aspectos normativo e fático. Só será punido por furto o sujeito que, ao subtrair alguma coisa, saiba que ela é móvel e alheia; o autor do crime de violência arbitrária deve saber que reúne as condições de fato para o exercício de função pública.

Esse conhecimento abrange todos os elementos do tipo: subjetivos, descritivos e normativos. Todavia, não se exige o conhecimento técnico dos juristas especializados; costuma-se repetir a advertência de MEZGER de que é uma “valorização paralela na esfera do profano”. Com isso, ajusta-se a crítica ao agente, em face do conhecimento que tinha de sua própria ação. Advirta-se, a vida em sociedade revela normas de cultura, que os homens vão apreendendo e compreendendo nos embates diários. Todos nós, como regra geral, sem prévia leitura do texto legal, sabemos o que é permitido e o que é proibido. É a escola da vida que nos ensina. Quem rouba, estupra, ou calunia pode não saber que tais condutas estão definidas nos arts. 157, 213, ou 138 do Código Penal, mas, desde o instante em que adquire desenvolvimento mental capaz de distinguir o que é consentido, ou vedado na vida de relação, sabe, sente, tem consciência da ilicitude de sua conduta. O que conta não é o conhecimento do artigo de lei, mas de que o direito não referenda aquela conduta. E atuando nessas circunstâncias, projeta o dolo, ou a culpa, próprios da infração penal. Na hipótese oposta, no entanto, haverá a exclusão da culpabilidade; atuou imaginando que sua ação não ingressava na proibição penal. Estar-se-á diante do *erro de tipo*, se o engano incidir em elemento constitutivo da descrição legal; se for relativo à licitude ou não da prática do fato naquelas circunstâncias — *erro de proibição*. O primeiro, repita-se, afasta o dolo, ao passo que o segundo impede o juízo de reprovabilidade. Nessa linha doutrinária, como o elemento subjetivo é integrante da ação e está definido no tipo, ter-se-á atipicidade, enquanto, afastada a reprovação, não se caracteriza a culpabilidade, afetando, em ambos os casos, a economia do delito.

O art. 20 cautelarmente se refere a *erro sobre elemento constitutivo do tipo legal*; com isso, registra importante qualificação. Elemento consti-

tutivo é o integrante do tipo. E somente quando o erro recair sobre ele, estará excluído o dolo. *Mutatis mutandis*, corresponde ao erro essencial da doutrina clássica. Tome-se ainda o furto para ilustração. Se o erro é quanto à propriedade alheia, afeta elemento essencial, porque esse delito só se constitui se a coisa subtraída for alheia; será, porém, irrelevante, se o agente imaginar pertencer a Caio e não a Mévio; neste caso, de qualquer forma, seria alheia, não afetando, pois, elemento essencial do tipo. Em outros termos estaria presente a vontade de subtrair coisa alheia, e a quem ela pertence, diante do art. 155, é meramente accidental.

Ainda que excluído o dolo, estará configurado o crime, se a conduta for informada pela culpa *stricto sensu*, devendo, nesse caso, em obediência ao sistema adotado, haver prévia descrição da modalidade culposa.

Sob o *nomen iuris* — *Discriminantes putativas* — o Código, no art. 20, § 1º, adotou opção doutrinária. Faz-se imprescindível, para a exata compreensão da norma, registrar a evolução da literatura especializada.

A história do direito penal está ligada ao conceito de culpabilidade, que, de outro lado, representa o mais significativo elemento do crime para afastar-se a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A idéia de culpabilidade, como reprovação pessoal ao agente, confere à pena caráter retributivo, mas impede que alguém seja condenado se não entender o significado jurídico de sua conduta, ou não demonstrar condições de autodeterminação. Não se pode emitir juízo de reprovação ao agente que não sabia nem tinha possibilidade de saber o significado do que fez.

Nessa linha de pensamento, toca-se o instituto do erro jurídico-penal. A concepção da culpabilidade normativa colocaria em crise as modalidades de erro de direito e erro de fato, pois, não mais se aceitaria a incensurabilidade do primeiro para reivindicar a indeclinabilidade da consciência da ilicitude. A respeito, TOLEDO registra que tal consciência é uma valoração paralela do agente na esfera do profano (MEZGER), bastando, para que seja atingida, que cada um reflita sobre os valores ético-sociais fundamentais da vida comunitária de seu próprio meio (WELZEL). Pode ser atual ou potencial. Assim, não aproveita ao agente a falta de consciência da ilicitude quando: a) teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência, e com os conhecimentos havidos da vida comunitária de seu próprio meio; b) propositadamente (*ignorantia affectata* do direito canônico), recusa-se a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida; c) não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas (8).

Conseqüentemente, a problemática do erro exigiria revisão, superando a antiga idéia de erro de direito (tendo por objeto a norma) e erro de

(8) TOLEDO, Francisco de Assis. *O Erro no Direito Penal*. São Paulo, Saraiva, 1977.

fato (tendo por objeto o fenômeno histórico). Na realidade, o erro recai sobre elementos ou circunstâncias integrantes do tipo de crime (fáticos, ou normativos), ou sobre a ilicitude da conduta. No primeiro caso, ocorre *erro de tipo*, no segundo, *erro de proibição*. O autor citado acentua: não se trata de uma substituição meramente terminológica, como se o erro de fato passasse a denominar-se erro de tipo, e o de direito, erro de proibição. É muito mais do que isso, pois o erro de tipo abrange situações que, antes, eram classificadas ora como erro de fato, ora como de direito. O erro de proibição, por sua vez, além de incluir situações novas, abarca uma série de hipóteses antes classificadas como erro de direito.

E mais, o erro de tipo essencial (recai sobre elemento constitutivo do delito); se escusável quanto ao crime doloso, dependerá ainda de ser evitável ou não, vencível, ou invencível; o não evitar o evitável é, em tese, conduta culposa. Daí, ser permitida a punição por fato culposos, havendo definição legal.

A escusabilidade, por seu turno, só se configura quando o erro for inevitável, pois, sendo o erro de proibição o resultado de um atuar sem a consciência da ilicitude, será aceitável quando também o for a falta de consciência da ilicitude.

Logicamente, o estudo das *discriminantes putativas* também seria reelaborado. Tais discriminantes (erro sobre uma causa de justificação) não se limitam às hipóteses de exclusão do dolo; apresentam-se, por vezes, como excludentes da culpabilidade. O erro sobre uma causa de justificação pode recair sobre os pressupostos fáticos ("supor situação de fato"), como também sobre os limites, ou mesmo sobre a própria existência da justificação (supor autorizado).

O art. 17, parte final, e seu § 1º do Código de 1940, só trataram da primeira hipótese, ou seja, "supor situação de fato que tornaria a ação legítima". Evidencia-se a insuficiência, notadamente diante da culpabilidade, devendo, repita-se, ser afastada a responsabilidade objetiva, no segundo caso, isto é, quando o agente "supõe estar autorizado".

O Código de 1984, sufragando a teoria limitada da culpabilidade, conduz a resultados diversos, conforme se trate de erro de tipo, ou erro de proibição.

A teoria tradicional — minoritária na doutrina — nega eficácia ao erro de proibição, partindo da distinção entre erro de direito e erro de fato, excetuando a hipótese de justificativa putativa. Essa postura não satisfaz os anseios da moderna ciência do direito penal.

Para a teoria extrema do dolo, o erro de proibição inevitável exclui o dolo e a culpa, excluindo, por consequência, a infração penal; de outro lado, o erro de proibição evitável só elimina o dolo, deixando subsistente a culpa do agente, que, podendo agir segundo os padrões da licitude, não o faz por erro que poderia superar.

De outro lado, a teoria limitada do dolo, pretendendo contornar dificuldades decorrentes da doutrina anterior, conclui que o erro de proibição inevitável exclui o dolo, remanescendo a culpa, salvo se o autor demonstrar "especial cegueira jurídica", em cuja hipótese é punido como se houvesse atuado dolosamente.

A concepção finalista da ação provocaria o surgimento da teoria extrema da culpabilidade. O dolo passa a ser livre de valoração, tendo assento no núcleo do tipo. O conhecimento do injusto (dada a autonomia da culpabilidade, isenta de elementos anímicos) situa-se no âmbito da culpabilidade mesma. Em vista disso, e logicamente, o erro de proibição não influi sobre o dolo, que existe ou não independente daquele. Conseqüentemente, o erro de proibição inevitável não afeta o dolo, mas não permite, de outro lado, a configuração da culpabilidade. E, na mesma linha de pensamento, como a culpabilidade se satisfaz com o conhecimento potencial do injusto, o erro de proibição evitável autoriza a condenação a título de dolo ou culpa, conforme o elemento subjetivo da conduta.

Por fim, a teoria limitada da culpabilidade aceita a solução decorrente da teoria extrema, mas entende que o erro sobre a concorrência das circunstâncias de fato, caracterizadoras de uma causa de justificação, deve ser, como foi exposto anteriormente, entendido como erro de tipo, visto incidir em um elemento fático da definição do delito.

Erro determinado por terceiro e erro sobre a pessoa

12. O erro determinado por terceiro e o erro sobre a pessoa reeditam a disciplina do Código anterior, tratamento conferido por outras legislações e que não acarretou polêmica jurisprudencial. Se a pessoa é levada à prática da ação em virtude de erro causado por outrem, a responsabilidade será debitada a quem determinou o erro. Nesse quadrante, guarda-se perfeita fidelidade ao princípio do *nullem crimen sine culpa*, sem deixar de impor a pena a quem, culposamente, ocasiona a prática de conduta proibida.

De outro lado, o erro sobre a pessoa é irrelevante porque não afeta elemento substancial do crime. O direito não defende A ou B como objeto material do comportamento ilícito. Ao contrário, protege-os indistintamente. Não importa a vítima para a existência da infração penal. Todavia, o pormenor é relevante para a fixação da pena, notadamente no âmbito do princípio da individualização. Nesse caso, as condições e qualidades da vítima avultam de importância, devendo, porém, em virtude do erro, serem consideradas somente as características da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. Com isso, reflete-se o grau de culpabilidade, aferível também na relação sujeito ativo-sujeito passivo, podendo estar presentes deveres morais, que, relegados pelo agente, acarretam maior índice de reprovação, que persiste, não obstante o erro de identidade da vítima.

Exclusão de ilicitude

13. O *nomen iuris* do art. 23 — *Exclusão de ilicitude* — expressa com maior precisão técnica o significado do vocábulo tedesco “*Rechtswidrigkeit*”, traduzido em língua italiana “*antigiuridicità*” e daí — antijuridicidade. A teoria geral do direito não renega que o crime seja fato jurídico. Não mais prospera a distinção de que o jurídico é o conforme ao direito e antijurídico aquilo que se lhe opõe. Jurídico é tudo quanto, resultante da conduta, ou fenômeno da natureza, seja relevante para o direito. Em face disso, melhor e mais apropriado distinguir — lícito e ilícito — o fato consentido, ou vedado juridicamente. A infração penal é fato jurídico enquanto ocasiona conseqüências no mundo do direito, mas ilícito, eis que proibido por afrontar o que é permitido. Dessa forma, *exclusão de ilicitude* indica com precisão o conceito das excludentes objetivas da criminalidade; o comportamento, ainda que acarrete dano ou perigo a bem juridicamente protegido, é autorizado por norma jurídica e, como o direito é sistema, não admite contradição lógica, não se forma a ilicitude, isto é, a relação entre o preceito que proíbe e o fato proibido, pois esta não se configura.

O artigo reproduz os institutos do antigo art. 19; após arrolar três espécies — estado de necessidade, *legítima defesa* e *estrito cumprimento do dever legal* —, faz a indicação genérica — *exercício regular de direito*. Com isso, são mencionados todos os casos que impedem a caracterização do ilícito, dado envolver as hipóteses que se conformam ao juridicamente consentido.

De outro lado, o parágrafo único do art. 23 — *Excesso punível* — é de coerência sistemática. O Código anterior dava a impressão de que o excesso é restrito à legítima defesa. Isso não acontece, como abonam os escritores. A ultrapassagem dos limites das discriminantes é compatível com qualquer de suas modalidades; recomenda-se, por isso, norma genérica, abrangente de todos os casos. É lógico, o excesso poderá resultar de dolo, ou culpa, configurando a respectiva infração penal.

Os conceitos normativos de estado de necessidade e legítima defesa foram mantidos; mostraram-se eficientes, sem provocar maiores dúvidas de interpretação.

Imputabilidade penal

14. A imputabilidade penal recebeu o mesmo tratamento do Código de 1940, a teor do Livro I, Título III. Corrigiu-se, no entanto, a imprecisão terminológica do *nomen iuris* do art. 22. Em vez de *irresponsáveis*, o vocábulo *inimputáveis* ressumbra com vantagem.

A imputabilidade é a aptidão *in concreto* para responder pelas conseqüências penais da conduta. A responsabilidade, por seu turno, a efetivação das conseqüências penais. Em face disso, inimputável é quem, no momento da ação ou da omissão, não tinha capacidade de entendimento

do caráter ilícito do fato, ou de autodeterminação, de acordo com esse entendimento.

O Código, também nessa passagem, ao indicar “ausência de culpabilidade”, vale-se da expressão “é isento de pena”.

O parágrafo único do art. 26 – *Redução de pena* – trata dos semi-imputáveis, mas não se limita a reproduzir a lei revogada; a fim de ampliar os substitutivos de pena, é autorizada a substituição da privativa do exercício do direito de liberdade pela internação, ou sujeição a tratamento ambulatorial, nos termos do disposto no art. 98. Note-se, o Código enseja o tratamento aconselhável, buscando sempre evitar a reincidência. Se o agente necessitar de tratamento psiquiátrico, ou de orientação psicológica, e as circunstâncias demonstraram serem mais úteis que a imposição da pena, terá o juiz o meio legal de, segundo o poder discricionário, optar pelo que se mostrar aconselhável. Já está ficando para a história do direito penal a idéia da inderrogabilidade de pena, como se expressa KANT, definindo-a como imperativo categórico.

Menores de dezoito anos

15. O Código mantém a idade de dezoito anos para o início da capacidade penal ou, como se expressam alguns autores, a *imputabilidade*, no sentido de que, a partir dessa faixa etária, é presumido que o homem entende o caráter ilícito do fato e é capaz de determinar-se segundo esse entendimento. Daí, também aqui, com maior pureza técnica, preferir-se “inimputáveis” a “irresponsáveis”.

Não se desconhece que a chamada delinquência juvenil está em expansão. Não é aconselhável, contudo, ser reduzida a idade, como, na primeira redação fizera o Código Penal de 1969 e optou o Código Penal Militar, admitindo a imputabilidade a partir dos 16 anos, se revelado suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento.

A sanção penal conserva ainda o caráter retributivo, no entanto, não deve retribuir só por retribuir. Para a formação da personalidade do jovem não é aconselhável, antes dos dezoito anos, sofrer sanções penais, seja pelo significado jurídico, como pela repercussão social negativa. É preferível dirigir-lhes sem desviar-se das normas de conduta eleitas pela sociedade; com isso, o Estado orienta, prevenindo a delinquência. As legislações modernas dedicam aos inimputáveis disciplina diferente a fim de alcançar esse objetivo. Não impressiona o fato de alguns países adotarem idade menor, a fundamento de robustecer a coação social.

Emoção e paixão

16. O art. 28 também supera tecnicamente a redação do texto passado; com isso, guarda coerência com o *nomen iuris* do Título III – *Da Imputabilidade Penal*, como o disposto no art. 90 do Código Penal italiano.

A norma do art. 24 do Código anterior foi interpretada, por alguns autores, como expressão de responsabilidade objetiva, a fundamento de que a presunção de que a emoção, ou a paixão, bem como a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, sendo absoluta, não permitiria investigar a realidade, ou seja, se efetivamente, nessas circunstâncias, teria suprimida a capacidade de entendimento do caráter delituoso do fato, ou de determinar-se segundo esse entendimento.

A posição do Código não infirma o princípio *nullum crimen sine culpa*. O art. 28 visa a definir normativamente uma situação de fato, obediente às máximas da experiência. Como bem acentua MARCELLO GALLO, arredo às presunções nessa matéria, a imputabilidade existe, ou não existe, não podendo decorrer de definição legal. É antes, uma situação fática a ser constatada pelo Juiz. Urge entender-se bem o significado e a extensão da norma, chamando-se a atenção para esta particularidade, ponto de partida para a interpretação exata: a presunção de imputabilidade não se confunde com a presunção de culpabilidade, nem mesmo com presunção do elemento subjetivo. Aquela é garantia de eficiência da aplicação da lei penal, as outras, no entanto, inconcebíveis em sistema que afasta, de modo absoluto, a responsabilidade objetiva e, o que é mais grave, a responsabilidade por fato de outrem.

A imputabilidade é suposta *ex lege*, mas o elemento subjetivo (dolo ou culpa) deve ser constatado *in concreto*; dessa forma, a postura psicológica do agente é analisada efetivamente, havendo de ser constatada relação entre a vontade do sujeito ativo e o resultado. Daí, a possibilidade de ser dirigida a reprovação pessoal ao agente, calcada em elementos constatados e não considerados por mera presunção de lei.

Dessa forma, o art. 28 continua na esteira do Código que, repita-se, elegeu a culpa como base do sistema penal.

Concurso de pessoas

17. O Título IV – *Concurso de pessoas* – trata da co-autoria e da participação. E aqui, foi promovida modificação reclamada pela doutrina e jurisprudência intransigentes no preservar a responsabilidade subjetiva.

O Código continua a adotar a teoria monista, porém atenuada, considerando *autores* tantos quantos, “de qualquer modo”, concorrem para o crime; para a definição do crime, de nenhuma importância a distinção entre participação principal e secundária, autor intelectual ou material, cabeça ou cúmplice. A participação de qualquer modo no *iter criminis* vincula os agentes como co-autores, identificando-se a infração penal.

O sistema anterior, todavia, demonstrava inconvenientes, levando à injustiça, o que não se coaduna com o direito que, entre outros valores, busca realizar a Justiça.

O legislador deve ter a sensibilidade para ressaltar pormenores, a fim de que uma das garantias constitucionais relativas ao direito penal não seja olvidada, isto é, a individualização da pena, que, para ser exata, não poderá identificar situações diferentes.

Daí a mitigação do sistema anterior, adotado como corolário da teoria da equivalência das causas, sufragada no art. 11.

O art. 29 introduziu — “na medida de sua culpabilidade”. Essa norma é ajustada ao sistema do Código.

A infração penal não se esgota no aspecto objetivo da conduta; impõe-se não esquecer o plano subjetivo, que orienta e define a vontade na modificação do mundo físico. Além disso, a culpabilidade participa da ontologia do delito. Se assim o é, evidentemente, não poderá ser desprezada; caso contrário, definir-se-á o crime apenas objetivamente.

O art. 29 não é regra somente de aplicação da pena, mas, antes de tudo, de definição de criminalidade. Somente estará configurada a co-autoria, e por isso, a unidade de crime com pluralidade eventual de agentes, se houver identificação do elemento subjetivo daqueles que deram causa ao evento.

O Código, além de suprimir o parágrafo único do art. 48 do Código revogado, que estatuirá que a pena não será “inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”, reproduzido do art. 116 do Código Penal da Itália, normas que, tanto aqui, como lá, sofreram recriminação dos escritores porque, em última análise, albergam hipóteses de responsabilidade pelo fato de outrem, proclama, para ser coerente, que a unidade de crime só ocorre havendo homogeneidade do elemento subjetivo. Note-se, não só homogeneidade no tocante às respectivas espécies (dolo com dolo, culpa com culpa) como, e aqui a importância da nova posição, desde que próprios do mesmo ilícito penal. Com isso, não haverá o risco de identificação de situações diferentes. Se A e B combinam a prática de furto, mas, no desenvolver dos atos executórios, um deles pratica roubo, ou desiste voluntariamente da consumação, mas o companheiro leva a termo o plano arquitetado, o princípio *nullum crimen sine culpa* impõe romper-se a unidade inicial, porque, ao meio, bifurcou-se a empresa delituosa, e cada um dos agentes seguiu rumos diferentes. Em outros termos, cada qual responderá por sua conduta, que, de comum, só teve a idéia inicial e parte da fase executória. A identificação do resultado é meramente física, não ocorrendo o mesmo do ponto de vista normativo. Não será justo punir ambos por roubo, ou deixar de conceder tratamento mais benigno a quem deixou de prosseguir a execução, podendo agir de modo contrário. A não ser assim, descambar-se-á no campo da responsabilidade pelo fato de outrem, remetendo ao oblívio a culpabilidade como elemento da estrutura de infração penal. Está ultrapassada a teoria causal de que MEZGER foi o último representante, atribuindo a autoria a quem intervesse causalmente na produção do resultado, como ainda não satisfaz a teoria formal de BELING: é autor quem executa uma parte qualquer do tipo. O embate

das doutrinas projetou a teoria do domínio do ato, identificada com o **finalismo**, definindo como autor somente quem atua com vontade e possa comandar (domínio final) a produção do resultado. Em outros termos, a co-autoria só estará caracterizada se os agentes convergiram (não há necessidade de *pactum sceleris*) a vontade para o mesmo evento, e este esteja nos limites do controle dos autores. Se um deles não puder controlar, no sentido de adrir ao evento procurado pelo outro, não se lhe poderá imputar a prática desse resultado típico, eis que, subjetivamente não se identificam os referidos comportamentos.

Com essa orientação, afastar-se-ão situações insustentáveis, realçando o aspecto objetivo do delito em detrimento do momento subjetivo, ingrediente indispensável à infração penal.

Sempre preocupado em distinguir os agentes, a fim de a resposta jurídica ser adaptada a cada hipótese, como a pena é a medida da censurabilidade, estatui o § 1º do art. 29 que a sanção pode ser diminuída de um sexto a um terço, se a participação for de menor importância.

O § 2º, por seu turno, constitui regra especial à norma do *caput*. Não é definição genérica de crime culposo, bastante que é para isso o disposto no parágrafo único do art. 14. Visa a afastar, mais uma vez, a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. Sem dúvida, como no delito qualificado pelo resultado, o evento é mais grave do que o eleito pelo agente; porque a vontade se dirigia ao resultado menos grave, o autor sofrerá a pena da infração correspondente; todavia, desde que o evento mais grave esteja na faixa da previsibilidade, incidindo reprovação pessoal, é lógico e justo que a sanção seja exacerbada para a perfeita individualização. Com isso, harmonizam-se duas normas: em primeiro lugar, a que define o crime culposo; e em segundo lugar a que veda a aplicação da pena somente porque configurada a relação de causalidade material entre a ação e o resultado.

Essa orientação traz o aval da melhor doutrina e supera a objeção de ser impossível uma ação ser, ao mesmo tempo, dolosa e culposa. Esse entendimento só prosperou para quem divisa no comportamento delituoso fenômeno meramente físico, esquecendo-se de que deve ser analisado como instituto jurídico. O direito penal, autônomo, originário e constitutivo, reelabora conceitos, amoldando-os aos seus princípios. Normativamente, há dois aspectos relevantes: o resultado desejado pelo agente, e o evento resultante da mesma ação. Se o primeiro está vinculado ao dolo, o segundo não pode receber a mesma qualificação. Conseqüentemente, situações diferentes, que não comportam o mesmo tratamento, desde que confira importância ao elemento subjetivo, e principalmente se a culpabilidade compõe a estrutura do crime e constitui fator de realce na aplicação da pena. Querer o resultado não pode ser tratado da mesma forma que dar causa ao resultado. DORTI, a respeito, expressou-se com as seguintes

palavras: Não é preciso dizer muito sobre a importância da inovação de sua perfeita sintonia com o direito penal da culpa. A propósito, convém lembrar que também no projeto de reforma portuguesa (Proposta de Lei nº 221/1) se consigna preceito de igual natureza: "Cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente de punição ou do grau de culpa dos outros participantes" (art. 29). Igualmente o Código Penal da República Federal Alemã declara que cada um dos partícipes será punido na medida de sua própria culpa sem considerar a sanção correspondente aos demais (art. 29). E o Código Penal Tipo para a América Latina consagra o princípio através do art. 37 afirmando que cada partícipe "responderá na medida de sua culpabilidade" (9). CERNICCHIARO escreveu: Observa-se com facilidade que o Código Penal alemão foi a inspiração do novo texto. É sabido, por outro lado, que a lei germânica adotou o chamado princípio da acessoriedade, que faz distinção entre os agentes que executam o fato típico e os que se limitam a participar do *iter criminis*. Todavia, se o autor agir sem culpabilidade, os instigadores ou cúmplices serão punidos segundo a respectiva culpabilidade. Assim é porque a culpabilidade tem caráter pessoal e individualizador. ESPINOLA (*Código Penal Alemán*, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 89) observa que o instigador responderá penalmente ainda que o instigado atue amparado por uma causa de justificação que o exima de culpa... Em se projetando essas considerações para o art. 29 do anteprojeto, urge afirmar que, se no código tedesco a redação visou a definir o tema no âmbito do princípio da acessoriedade limitada, entre nós, em razão da teoria monista, exerce outra função, isto é, separar o tratamento penal segundo a culpabilidade de cada agente, repercutindo não só no *quantum* da pena como na eventual descaracterização da co-autoria se inexistir culpabilidade de todos... Tomada a palavra segundo as concepções psicológica e normativa, evidentemente, na ausência de dolo, ou culpa, faltará elemento essencial do delito; de outro lado, se o termo for entendido conforme o enunciado da teoria finalista, distinto será do dolo e da culpa, porque elementos anímicos. O particular avulta de interesse com a explícita adesão ao erro sobre elemento do tipo (art. 20). Dessa forma, o anteprojeto subscreveu o entendimento de só atuar culposamente quem, no momento de executar a ação, tinha efetiva possibilidade de conhecer o injusto de sua conduta... De qualquer forma, para efeito de caracterização do crime, a falta de dolo, ou culpa, ou a inexistência de culpabilidade, no sentido de não-censurabilidade, representa a carência de elemento substancial, afetando a configuração do delito (10).

O § 2º do art. 29 é decorrência lógica, e por isso coerente, da norma constante do *caput*. A co-autoria em crime doloso impõe que o concorrente

(9) DOTTI, René Ariel. O Concurso de Pessoas. (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981.)

(10) CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Concurso de Pessoas. (I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1981.)

haja, pelo menos, assumido o risco de produzir ou colaborar para o resultado (dolo eventual). Estará afastado o instituto se a ação for culposa *stricto sensu*, em virtude da dissonância do elemento subjetivo. Se o agente quis participar de um crime (dolo direto), no entanto teve previsibilidade (culpa inconsciente) de concorrer para a produção de outro mais grave, caracterizar-se-á o delito pretendido, cuja pena será majorada em razão de parcialmente haver atuado no *iter criminis* da outra infração penal. A natureza jurídica dessa hipótese é causa especial de aumento de pena, em harmonia com o disposto no art. 19. Só assim, chegar-se-á à perfeita interpretação: Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Das penas

18. O ponto principal da reforma é o sistema de penas. De nada valerá instituir um código perfeito em sua estrutura lógica, se a pena não realizar a missão histórica reclamada: punir, prevenir a delinquência e transformar o condenado em pessoa ajustada às exigências de conduta social. Cumpre repetir a observação de JESCHECK a respeito da reforma da Parte Geral do Código Penal alemão: A tendência geral pode definir-se com este lema: apliquem-se unicamente as penas necessárias e preste-se tanta assistência social quanto possível (11).

A pena privativa do exercício do direito de liberdade representa momento significativo no quadro das idéias e instituições penais; constitui instante, em relação à situação anterior, de vingança indiscriminada, tentativa de, através do isolamento, ensejando contemplação ao condenado, que poderia meditar sobre o crime, para não repeti-lo, uma forma para substituir a pena de morte.

Hoje, no entanto, não satisfaz, em face da finalidade que se empresta à sanção penal. Não se busca expiação espiritual, não se segrega simplesmente. Almeja-se, antes de tudo, que seja instrumento de utilidade social. Todavia, ainda não se imaginou instituto capaz de substituir a pena privativa de liberdade, diante de uma realidade que ninguém contesta: certos indivíduos, por seu comportamento rebelde, muitas vezes reiterado, constituem perigo constante, ofendendo bens e interesses juridicamente tutelados. Urge, por isso, afastá-los do convívio social, única maneira segura de impedi-los de repetir a conduta proibida. Chega-se a uma conclusão, analisada teoricamente, mas, antes de tudo, de eficiência prática: conciliar essa espécie de pena com a ideologia moderna da sanção. A segregação, nesse quadrante, é meio e não fim. De qualquer forma, insuficiente, precisando a lei elaborar leque de substitutivos penais, orientada pela descriminalização e despenalização, que representam a preo-

(11) JESCHECK, Hans Heinrich. *Reforma del Derecho Penal en Alemania* (Parte General). Buenos Aires, Depalma, 1976.

cupação de utilidade e eficiência da aplicação da pena. O crime é expressão da personalidade; esta se projeta de variadas formas; cada delinqüente reage à sua maneira; para alguns, revela-se desnecessária, pois o delito em si mesmo gera aversão ao agente, desestimulando-o à prática de outro ilícito; no lado oposto, todas as espécies de sanções aventadas não produzem o menor efeito, continuando o autor com a mesma insensibilidade anterior; predomina, porém, a hipótese intermediária, isto é, da necessidade da pena e que provoca efeito no delinqüente. Confiante nesse raciocínio, a Comissão manteve as penas de reclusão e detenção, aperfeiçoando-as, ao mesmo tempo que, no mesmo plano, arrolou as restritivas de direitos e a patrimonial. As penas de segregação do condenado do convívio social, no entanto, foram cominadas com muita parcimônia. Evitou-se, além disso, em atenção à experiência negativa, a aplicação das penas privativas da liberdade de curta duração. Daí a amplitude dos substitutivos capazes de fornecer ao magistrado a possibilidade de, segundo o seu poder discricionário, fixar a sanção adaptada a quem vai cumpri-la.

O quadro abaixo retrata o novo sistema:

As penas são:

- I – privativas de liberdade;
- II – restritivas de direitos;
- III – multa.

As penas privativas de liberdade – reclusão e detenção –, embora conservem a nomenclatura do texto anterior, são disciplinadas de maneira diferente, de modo que atinjam a sua finalidade. Tônica do título – *Das Penas* – é a grande flexibilidade, visando a ser útil às inúmeras manifestações humanas.

Ambas as modalidades conservam íntima aproximação, podendo-se dizer que praticamente foram unificadas, distinguindo-se no pormenor de a reclusão contemplar também o regime fechado, só excepcionalmente imposto ao detento.

Tais são os regimes, correspondendo a modalidades da execução: regime fechado, semi-aberto e aberto, bem distintos quanto ao local destinado ao delinqüente, ou seja, respectivamente, em “estabelecimento de segurança máxima, ou média”, em “colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar” e em “casa de albergado ou estabelecimento adequado”.

A segregação do homem não é, em si mesma, meio eficiente para incrementar a prática de condutas reclamadas pela sociedade, pois não se aprende a conviver, vivendo isoladamente. Ao recluso e ao detento deve ser proporcionado ambiente próprio para que, ao retornar à sociedade, esteja em condições de pautar a conduta de modo a não molestar outrem

nas relações intersubjetivas. Daí a adoção do sistema progressivo, partindo de regime mais severo para, pouco a pouco, e através de estágios, o condenado, submetido a outros menos rigorosos, alcançar a liberdade. Importante no critério eleito é que o trânsito de um estágio para outro não está sujeito a normas rígidas, ou formais, que acabariam por tornar inócua a individualização da pena na fase executiva. Preferiu-se como ponto de referência o próprio condenado, examinando-o em suas reações, indicadoras de sua sociabilidade, preocupação maior e constante do sistema. O disposto no art. 33, § 2º, menciona que "as penas privativas da liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado". Apesar da ampliação do poder discricionário conferido aos responsáveis pela execução da pena, registraram-se regras básicas, tomando-se como parâmetro a pena aplicada.

A individualização da pena se desenvolve em três momentos: a) legislativo, obediente a imperativo constitucional — *nulla poena sine lege*; b) judiciário, quando, dentre os limites da cominação legal, o Juiz, atendendo às particularidades do fato e do agente, fixa a espécie e a quantidade necessárias e recomendadas para que ela alcance a sua finalidade; c) executivo, ou administrativo, instante de grande importância, em que, com a garantia constitucional, o condenado é submetido ao tratamento adequado.

O critério para a cominação da pena tem desafiado a argúcia dos escritores; desde o simplista de arrolar as infrações penais obedecendo a ordem das letras do alfabeto, até a complexas indagações criminológicas.

No direito brasileiro, como nas demais legislações, é tradicional considerar-se como referência a ofensa aos bens juridicamente tutelados, que encontra explicação também na natureza jurídica da sanção penal. Esta é medida da resposta jurídica à conduta do agente; conseqüentemente, o resultado deve ser levado em consideração porque danifica, ou coloca em perigo, valores protegidos pelo direito, que, por sua vez, são dispostos em escala que poderíamos chamar hierárquica, porque, indiscutível, uns mais significativos que outros.

Não se justificaria uma das infrações mais graves — o homicídio — ser punido como a lesão corporal. Ninguém contesta que a severidade ao primeiro deve ser mais exacerbada. É até imperativo de justiça! Não se trata, porém, de critério meramente objetivo. O direito penal moderno volta sua atenção para a pessoa do delinqüente; seus antecedentes, a dinâmica da execução do delito, seu comportamento posterior ao crime, enfim, sua personalidade, são ponderados para a fixação da pena *in concreto*. Conjugando-se, pois, também dados subjetivos, para extrair-se, a quantidade da pena é condicionada às características do fato e do agente.

Em face do exposto, o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; o condenado, não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não excede a oito, poderá,

desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; o condenado, não reincidente, se a sanção for igual, ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, ser submetido a regime aberto.

Note-se, no primeiro caso, a lei impõe ao magistrado a forma de início de cumprimento da pena — regime fechado, utilizado para tanto o imperativo “deverá começar”. O mesmo não acontece relativamente às duas outras hipóteses, pois, a fase inicial é remetida ao poder discricionário do Juiz que, atento às características do condenado, elegerá o procedimento próprio.

A forma progressiva, ensejando a passagem de um regime para outro, com o que o condenado, segundo seu próprio esforço, vai ganhando a confiança, garantindo o abrandamento do programa a que está submetido, no instante em que conduta negativa o recomendar, poderá ter cancelados os benefícios e retornar a situações anteriores. Com isso, a execução deixa de ser estática; ganha dinâmica, comandada pelas regras específicas a cada modalidade de regime, como adiante será exposto.

As regras do *regime fechado* constam do disposto no art. 34, que introduz a obrigatoriedade do exame criminológico. O Código se coloca entre as legislações que imprimem à pena preocupação de torná-la instrumento de utilidade, a fim de amoldar-se à personalidade do delinqüente.

O Relatório da CPI *Sistema Penitenciário*, mencionado, com absoluto acerto deixou expresso: “Nenhuma instituição penitenciária justifica sua existência, se não dispensa tratamento penal adequado. Se não o faz, antes serve à difusão e ao aperfeiçoamento do crime do que à defesa da sociedade. Por outro lado, nenhum tratamento penal pode ser considerado adequado se não se baseia no exame criminológico da personalidade. . . Além de um novo sistema de penas com alternativas à sanção privativa de liberdade, dotadas de eficiente valor pedagógico, o exame da personalidade, no início da execução, pode também funcionar como fator de desenclausuramento da prisão. . . não há, porém, dentre quantos se dedicam ao estudo da ciência penal, quem subestime os exames da personalidade como requisito para a eficácia do tratamento”.

O estudo moderno do delinqüente considera que a sua personalidade é um todo incidível, como DI TULLIO sempre repete, necessitando considerar os aspectos morfológicos, funcionais e psíquicos, sendo útil, e a observação é ainda do mestre da Universidade de Roma, recorrer aos métodos da antropologia diferencial (VERDUN), ou evolutiva (GRAPIN), da biotipologia (PENDE, SCHNEIDER, SNODGRASSE, HOOTON, SHELDON, SOULE), da ciência da pessoa humana (PENDE, CARREL, ANILE), da medicina psicológica (KRETSCHMEN) e da psicologia geral e diferencial (GEMELLI, CANEPI, LAGACHE, DE GREEF). E para completar a investigação, procede-se ao exame anamnético-biográfico e social; ter-se-á o conhecimento integral do homem, definindo-se-lhe como foi e prognosticando como será. Sem essa cuidadosa análise, a pena não atenderá às particularidades de

cada pessoa, reduzindo-se ao aspecto meramente retributivo, que não satisfaz, na expressão moderna, ao direito penal e à criminologia.

Além disso, do modo como colocou a matéria, o Código não gera o inconveniente que se tornou o ponto de maior polêmica no Congresso de Roma de 1960, isto é, de que o exame da personalidade, antes da sentença condenatória transitada em julgado, constituiria indevida intromissão na privacidade; examinar-se-á o indivíduo, indagando seus antecedentes, pormenores da vida particular, submetendo-o a interrogatórios de fatos íntimos, podendo, a seguir, ser absolvido. Ter-se-ia, então, submetido uma pessoa inutilmente ao constrangimento de verdadeira devassa em sua intimidade. O inconveniente não acontecerá, pois o exame será promovido no início do cumprimento da pena para classificar e individualizar a execução.

Alcançar-se-ão pela primeira vez no Brasil, no regime penitenciário, os reclamos da ciência, deixando de manter em promiscuidade os mais variados delinquentes, conduzindo-os à ociosidade, para determinar a inserção do condenado no grupo com o qual conviverá durante a execução, bem como adaptando o tratamento à sua personalidade.

Na Itália, a Lei nº 354, de 26 de julho de 1975 (legislação penitenciária e sobre a execução das medidas privativas e restritivas da liberdade), estatui que o tratamento penitenciário deve corresponder às necessidades da personalidade de cada pessoa (art. 13) e os estabelecimentos para a execução organizados segundo as características dos detentos e a necessidade de tratamento individual ou de grupo (art. 64).

Nossa sociedade elegeu o trabalho como dever social; cada um contribui para o interesse coletivo. Em vista disso, o trabalho é posto como uma das preocupações do sistema penitenciário, estimulando a quem o exerce, ou habilitando ao seu exercício aqueles sem profissão. Também aqui, o Código se mostra vantajoso. O trabalho a que faz menção não é a atividade eventual, ou a ministração de técnica de mera atividade artesanal, que, inofensivo à dignidade do condenado, não traz nenhuma utilidade, de modo que, ao retornar à vida livre, possa desenvolvê-lo de maneira a garantir a subsistência própria e da família, e, o que é de suma importância, conferindo *status* para garantir-lhe o respeito no grupo social. Visa-se a manter ou a criar o profissional a fim de que a sociedade carcerária se aproxime ao máximo possível do estilo de vida em sociedade. Cumpre, sem deixar de inculcar o senso de responsabilidade e de evidenciar a censura a quem cometa infração penal, eliminar do presídio o sentido de subcultura, decorrência natural do período em que a sanção era meramente retributiva.

O trabalho será comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, compatíveis com o objetivo da pena. Essa norma programática conjuga duas preocupações: não afrontar a dignidade do delinquentes e buscar a realização da finali-

dade da pena. E demonstrando o propósito de concretizar reinserção progressiva na sociedade, para que, como hoje, o egresso não se sinta desambientado, o que constitui um dos mais sérios fatores criminógenos, é facultado o trabalho externo "em serviços ou obras públicas".

As regras do *regime aberto* também impõem a obrigatoriedade do exame criminológico, constituindo faculdade visando à classificação e individualização da execução. Comparadas com as normas do *regime fechado*, revelam tratamento menos rigoroso, dispensando o isolamento durante o repouso noturno. Todavia, da mesma forma, o trabalho é obrigatório, executado em comum, durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Alternativamente, o trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Evidentemente, o § 2º do art. 35 não exclui o aprendizado de primeiro grau, ministrado no próprio estabelecimento.

O *regime aberto*, introduzido na legislação brasileira pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, demonstra a sua eficiência. É o regime ideal e capaz de conferir à pena o significado de meio para extrair-se a utilidade social; baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade. O condenado, pelas características do delito e de sua personalidade, mostra ser pessoa merecedora de confiança, acreditando-se que a infração tenha sido fato ocasional, ou que não se repetirá; em vista disso, ao constrangimento físico, limitativo do exercício do direito de liberdade, é preferível a adoção de medidas de conteúdo moral, de efeito mais intenso nas pessoas sem tendência à indisciplina jurídica, ou à habitualidade da prática delituosa. Este regime é decorrência lógica do próprio sistema do Código, que se propôs a fornecer esquema de grande envergadura a fim de alcançar as mutações da personalidade. A pena não pode ser como a cama de Procusto; ao contrário, precisa propiciar pluralidade de soluções para superar o sentido meramente formal da aplicação da pena.

No regime aberto, a execução é feita sem vigilância. Confia-se no homem, devendo, porém, fora do estabelecimento, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada. Dessa forma, começa, ou permanece no exercício de atividade juridicamente permitida, sem que haja hiato, muitas vezes, e é a experiência que nos ensina que jamais se interrompe, fazendo com que a condenação, por delito de pouca monta, conduza o delinqüente ao desamparo, à prática reiterada de infrações, quase sempre, contra o patrimônio, em virtude da carência de recursos de manutenção. Aos menos avisados, ou pouco afeitos aos problemas da criminalidade, pode parecer que o sistema, reestruturando o rigor penitenciário, constituirá estímulo à própria criminalidade. Engano. O regime aberto não é sentimentalismo piegas, nem expediente para diminuir a superpopulação dos presídios. Ao contrário, pretende evitar a segregação quando não for necessária, e impedir a reunião heterogênea de personalidades. Um ponto deve ser acentuado: as sanções jurídicas de conteú-

do também moral, para as pessoas que têm a disciplina como norma de conduta, havendo excepcionalmente incidido na senda delituosa, por confluência ocasional de fatores, repercutem com intensidade maior do que a segregação celular.

O permanecer "recolhido durante o período noturno e nos dias de folga" (art. 36, § 1º), do ponto de vista moral, atua eficientemente e com acentuada significação, precisando o condenado explicar a terceiros, entre os quais, seus familiares, a causa desse recolhimento. Reedita-se, dessa forma, confiança na casa do albergado, implantada por Provimento da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo e consagrada legislativamente em 1977. PIMENTEL (12) uniu sua atividade intelectual de professor de direito penal, magistrado e Secretário de Justiça de São Paulo; com ampla experiência, mostra com dados extraídos do sistema penitenciário paulista a baixa, quase insignificante, percentagem de fugas. A prisão albergue tem o mérito de energeticamente ser uma conceituação à não-reincidência e substitui, com vantagem, a pena privativa de liberdade, notadamente as de curta duração e imposta a indivíduos com senso de responsabilidade. O bom êxito da execução da pena repousa especialmente em dois fatores: a certeza de sua aplicação e ser apropriada à personalidade do condenado. É certo, a confiança outorgada persistirá enquanto o delinqüente demonstrar ser digno do crédito concedido. Se, com seu comportamento, mostrar não estar em condições de conviver sem infringir normas de conduta, ser-lhe-á imposto outro regime; da mesma forma, se não cumprir as obrigações registradas na sentença condenatória; será, então, transferido do regime aberto, se praticar outro crime, se frustrar os fins da execução, ou se não pagar, injustificadamente, pena patrimonial cumulativamente aplicada.

O sistema de penas do Código, antes de tudo, é flexível, no sentido de que, na aplicação progressiva do tratamento mais rigoroso, passa para outro menos severo, sem descurar, no entanto, de retornar à situação anterior ou revogação de benefícios, sempre com intuito de obter a adaptação do condenado aos padrões de conduta considerados razoáveis. Nessa linha de raciocínio, em atenção às peculiaridades naturais, as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal.

Direitos do preso

19. O Código teve outra preocupação, atento ao sentido moderno de tratamento do delinqüente: em havendo deixado de ser mero objeto, conservando a dignidade de pessoa, as restrições a serem impostas no exercício de direitos são exclusivamente as decorrentes da pena aplicada, não

(12) PIMENTEL, Manoel Pedro. Algumas Considerações a respeito do Sistema de Penas no Anteprojeto do Código Penal. (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981.)

podendo padecer efeitos colaterais, isto é, restrições à sua condição humana. Harmoniza-se com a Constituição da República, que no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário (art. 153, § 14). Nessa linha, é categórico o art. 38: "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral."

Trabalho do preso

20. O trabalho do preso não pode ser entendido conforme era aplicado, no sistema penitenciário brasileiro, reduzido a mera atividade, esporadicamente ministrada, alheio a um critério que habilitasse o condenado ao exercício de profissão e que o capacitasse a auferir o necessário para o sustento próprio e da família. E mais, constituindo meio de realização de vocações. Em virtude disso, há de ser contínuo, dignificante e adaptado às demandas da sociedade. Só assim, será útil, preparando o delinqüente para o retorno à convivência.

Acentue-se, por suas peculiaridades, tanto a definição dos direitos, como o trabalho do preso necessitam de legislação especial, o que é previsto no art. 40, editada, para isso, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984).

Superveniência de doença mental

21. A superveniência de doença mental, no período de cumprimento da pena privativa de liberdade, acarreta a transferência do condenado a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à sua falta, a outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurado o recolhimento. Essa posição é decorrência do sistema que imprime à pena, na sua execução, sentido pedagógico, visando à adaptação do condenado às normas de convivência. Ao doente mental, sem condições para apreender o significado da medida restritiva do exercício do direito de liberdade, não faria sentido continuar submetido a esse regime; aconselhável seu internamento à casa de cura, onde receberá a assistência especializada.

Detração

22. O Código introduz instituto recomendado pela Justiça. A sanção criminal, e esta é uma de suas características, só pode ser aplicada jurisdicionalmente, conquista paulatina e sofrida, de que a cultura atual não abre mão. E mais, com a garantia do contraditório, como dispõe a Constituição da República (art. 153, § 15). Antes disso, o fato delituoso pode acarretar restrições ao direito de liberdade, seja a título de prisão cautelar, também chamada processual, como a denominada prisão administrativa. Não seria justo que o período que antecedeu ao início do cumprimento

da pena não fosse computado para abater do *quantum* da condenação. Acrescente-se, a *detração* alcança o tempo de prisão provisória cumprida no Brasil, ou no estrangeiro.

A internação em estabelecimentos registrados no item anterior, embora não se confunda com a sanção penal, do ponto de vista material, constitui restrição ao direito de liberdade. Praticamente, produz os mesmos efeitos da condenação, sendo de recomendar-se o mesmo tratamento.

Das penas restritivas de direitos

23. A prisão, foi acentuado, como única sanção penal, não satisfaz às exigências da ciência penal. É tendência que está se refletindo nas legislações e encontra respaldo nos debates doutrinários, de que são exemplos os XII Congresso de Direito Penal e Penitenciário, realizado em Haia, em 1950, e o Seminário Latino-Americano sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, que expediram manifestações a favor da prisão aberta.

A partir dos anos 60, acentuou-se a preocupação de sugerir e implantar medidas substitutivas da pena privativa do exercício do direito de liberdade. REALE JR⁽¹³⁾ lembra as mais significativas reformas legislativas. Em 1963, na Bélgica, instituiu-se a prisão de fim de semana, a semidetenção e a semiliberdade, consistente a primeira no recolhimento ao estabelecimento penal, das 14 horas de sábado às 6 horas da manhã de segunda-feira. Na França, em 1970 e 1973, implantou-se a semiliberdade, consistente na possibilidade de o condenado exercer profissão ou outra atividade, ensino ou estudo, fora do estabelecimento, ao qual deve retornar, todo dia, esgotado o tempo necessário ao desempenho do trabalho ou atividade. Em 1975, foi modificado o Código Penal, introduzindo-se novas medidas substitutivas: a dispensa da pena, ou adiamento do cumprimento da pena e a retirada de licença para dirigir. Na Alemanha, o Código Penal, vigente desde 1975, estatui no art. 47 que a pena privativa do exercício do direito de liberdade inferior a seis meses só será aplicada "quando circunstâncias especiais, vinculadas ao fato ou ao autor, tornam indispensável a imposição da pena". Deve ser substituída por multa. Demais, o art. 59 substitui a multa por uma admoestação, desde que se possa esperar do condenado que não venha a cometer novos delitos. Na Itália, em 1975, foi instituído o regime de semiliberdade, pelo qual o condenado passa o dia fora do instituto, trabalhando ou estudando. São beneficiários os condenados à pena não superior a 6 meses (Lei nº 354, de 26 de julho de 1975, art. 50), se o condenado não estiver entregue à supervisão do serviço social, medida também preconizada (art. 47), similar à "probation", pois o condenado à pena inferior a dois anos e meio fica sujeito à supervisão do serviço especial por período igual ao tempo da pena imposta. Na

(13) REALE JR., Miguel. *Penas Restritivas de Direitos*. (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981.)

Inglaterra, a "Community Service Order", implantada pelo "Criminal Justice Act", de 1972, seção 15, consiste na obrigação de, durante os períodos de descanso, o condenado dedicar algumas horas a um trabalho não remunerado, em favor de uma causa de interesse comum. Na União Soviética, o Código Penal de 1960 estatui, no art. 27, a pena de trabalhos correcionais, sem privação de liberdade, a ser cumprida no domicílio do condenado, pelo prazo de um mês a um ano, com redução de 5% a 20% do salário em favor do Estado, sendo que o respectivo período não é computado para efeitos de férias ou promoções. Adotam o mesmo sistema o Código Penal da Bulgária (art. 24); o Código Penal da Tchecoslováquia e o Código Penal da Polônia (art. 33). Em Portugal, projeto de lei, encaminhado à Assembléia em 1977, consagra a substituição da prisão por multa (art. 44). No art. 45, instituiu-se a prisão por dias livres, quando não for caso de conversão em multa. A prisão por dias livres consiste na prisão de fim de semana. No art. 61 é prevista a pena de trabalho em favor da comunidade, aplicável às sanções até três meses, consistente na obrigação de "prestar serviços gratuitos, durante períodos não compreendidos nas horas normais de trabalho, ao Estado, a outras pessoas coletivas de direito público ou entidades privadas que o tribunal considera de interesse para a comunidade". Na Espanha, em 1980, foi encaminhado ao Parlamento projeto de lei de novo Código Penal, preconizando várias penas privativas do exercício do direito de liberdade, entre as quais, a prisão de fim de semana (art. 99), desde que a pena de prisão não seja superior a um ano. No Brasil, em 1966, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, pelo Provimento nº XXV, instituiu a prisão albergue. A Moção de Friburgo (I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários) chamava a atenção para a necessidade de alternativas para as penas privativas do exercício do direito de liberdade. No mesmo sentido, em 1973, a Moção de Goiânia, recomendando "a introdução de medidas humanísticas conducentes à reintegração social do condenado como: ampliação do perdão judicial, do "sursis" e do livramento condicional, além de outras medidas substitutivas da pena de prisão". De outro lado, a Lei nº 6.016, de 1973, e a Lei nº 6.416/77 consagraram a prisão albergue. No ano passado, no VI Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Caracas, acentuou-se a preocupação, que encontrou agasalho também no Japão, Suécia, Finlândia e Romênia.

As informações do direito comparado visaram a acentuar a tendência legislativa, coincidindo com preocupações que dia a dia se manifestam entre nós. O Código, em vista disso, não poderia ser insensível ao problema, a fim de modificar a situação encontrada, ou seja, bastando ao condenado praticamente conservar uma situação passiva, aguardando o transcurso do tempo da condenação, e, em seguida, retornar à liberdade; substancialmente, era exigido apenas bom comportamento para não perder o benefício do "sursis" e obter a concessão do livramento condicional. Impõe-se que o

condenado desenvolva atividade, cujo exercício traduza o significado da retribuição jurídica da pena, inculcando-lhe o senso de responsabilidade, e lhe seja útil para ajustar-se às exigências de conduta impostas pela sociedade.

O Código arrola como *penas restritivas de direito* a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.

Eliminou-se a clássica distinção entre penas principais e penas acessórias, como será analisado no Capítulo dos Efeitos da Condenação.

Acentue-se, as penas restritivas de direitos são admitidas às infrações sem abalo social, nem extremamente grave o dano ao bem juridicamente tutelado e desde que o réu não seja reincidente.

O art. 44, além de acentuar que são autônomas e substitutivas das privativas de liberdade, estabelece que serão aplicadas desde que: I — a pena privativa de liberdade aplicada seja inferior a um ano, ou o crime seja culposos; II — o réu não seja reincidente; III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que essa substituição seja suficiente.

Se o condenado desmerecer a confiança que lhe foi outorgada, qual seja, injustificado descumprimento da pena restritiva do exercício de direitos, será convertida em pena privativa do exercício do direito de liberdade, pelo tempo da pena aplicada. No mesmo sentido, se sobrevier condenação, por outro crime, cuja pena privativa de liberdade não tenha sido superior.

A *prestação de serviços à comunidade* consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

A gratuidade é da essência dessa modalidade sancionatória; caso contrário, o crime passaria a ensejar lucro, contrariando o sentido retributivo da pena. De outro lado, sobre ser legal, está compreendida no dever de punir, que pode até restringir o exercício do direito de liberdade. O Código estatui que as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, cumpridas aos sábados, domingos e feriados, ou nos dias úteis, durante oito horas semanais, sem prejudicar a jornada normal de trabalho. O condenado desempenhará atividade de interesse coletivo, em particular, assistencial; reporá, em parte, o dano social decorrente do crime e, de modo efetivo, sentirá a retribuição, desempenhando serviço que, sem afrontar a sua personalidade, e de maneira digna, inculcar-lhe-á o senso de responsabilidade para desestimulá-lo a retornar à criminalidade. A sensibilidade dos responsáveis pelo programa a ser desenvolvido pelo condenado ajustará também à natureza da infração, impedindo que a pena seja vazia de

conteúdo. A preocupação de fazer sentir ao delinqüente que praticou conduta reprovável e não deva ser repetida tem estimulado os escritores e vigoroso é o sentido da jurisprudência. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por várias vezes, nas condições de concessão do "sursis", tem imposto que o condenado por crimes de trânsito freqüente estabelecimentos de traumatismos físicos. Assistindo ao sofrimento das vítimas e às conseqüências de acidentes de carro, o agente, no futuro, ao conduzir o veículo, abster-se-á de fazê-lo de modo imprudente ou negligente. O Código vai além, estabelecendo que desenvolva tarefas capazes de inspirar ao condenado o sentido negativo do comportamento delituoso.

As penas de *interdição temporária de direitos* são: I — proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II — proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público; III — suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

O direito é um dos esquemas de conveniência social ou, como se expressam PETER STEIN e JOHN SHAND (14) o direito pode ser visto como forma de engenharia social harmonizada às exigências específicas de uma certa sociedade em momento determinado; direito como conjunto de convenções, desenvolvendo em correspondência às condições próprias de uma sociedade, que refletem a história, os critérios morais e o agir social.

Em sendo assim, as condutas ilícitas não podem ser toleradas, nem ensejada oportunidade para a sua prática. Urge reprimi-las e impedi-las. Além disso, a dignidade de algumas atividades impede que o respectivo exercício seja promovido por quem não se mostre atento aos parâmetros recomendados, como no caso da atividade pública, ou o desempenho de mandato popular.

De outro lado, a vedação de profissão ou atividades que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público, evita que o respectivo exercício seja desenvolvido por qualquer pessoa. Dá-se o encontro do direito penal com o direito administrativo. A habilitação especial procura preservar bens, impedindo que indivíduos, sem a qualificação específica, pratiquem atos que exijam preparo específico e impedir que a imperícia seja causa de danos a objetos jurídicos. Coerentemente, legitimar o exercício de direitos, ou conferi-los segundo critério de oportunidade e conveniência. Nessas hipóteses, urge conjugar o interesse individual com o interesse público, o que explica a restrição anotada no Código.

O veículo é resultante do progresso e da ampliação industrial, todavia, ninguém nega, constitui reconhecido perigo, repetindo-se, em número crescente, os acidentes com sacrifício de vidas. O seu uso deve merecer a

(14) STEIN, Peter e SHAND, John. *I Valori Giuridici della Civiltà Occidentale*. Milano, Giuffrè, 1981.

atenção do Estado. Não se justifica permitir pessoas negligentes, imprudentes, ou sem o conhecimento técnico de seu manejo, continuarem a conduzi-lo. Impõe-se suspender a licença, preservando-se interesse da coletividade. A medida, embora radical, é indispensável, mesmo em se tratando de profissional do volante. As profissões são regulamentadas no sentido de favorecerem a sociedade, e não para prejudicá-la. O motorista não foge a essa regra. Não vingam o argumento de que a sanção impedirá o exercício da profissão, acarretando danos econômicos. A crítica não resiste à análise, eis que o seu impedimento é causado pelo abuso do exercício do direito, que evidencia a ilicitude.

A *limitação de fim de semana* consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Constitui restrição de grande efeito moral, capaz de fazer sentir ao condenado a resposta pelo crime cometido. O tempo consignado, sem retirar a eficiência da pena, facilita a execução, não sendo necessário ao Estado preocupar-se com a alimentação, que encareceria sobremaneira a sanção. A permanência nos referidos locais apresenta outro aspecto positivo. O condenado não terá contato, por isso, impedida a convivência, com delinquentes de delitos mais graves e rebeldes. Trata-se de pena eminentemente pedagógica e para evitar a ociosidade, sempre contraproducente, poderão ser ministrados cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas ao condenado. Essa inovação, como em outros países que a experimentaram, no Brasil, sem dúvida, trará efeitos positivos.

Pena patrimonial

24. Também nesta parte o Código introduziu modificação. A pena patrimonial consiste em quantidade de dinheiro a ser paga pelo condenado ao fundo penitenciário.

A sanção pecuniária, forma de punir notadamente cominada aos crimes contra o patrimônio, busca ser sensível ao que o delinqüente dá grande valor: os bens materiais. A *multa*, embora corresponda à pena do Código Penal de 1940, obedece a outro critério. A modificação do valor substancial da moeda, dadas as naturais dificuldades de alteração legislativa, enfraquece, pouco a pouco, o significado dessa sanção penal. Preferiu-se o chamado sistema escandinavo do dia-multa, idealizado por THYREN, inspirado em preceito do Código português de 1852 e adotado pelos códigos da Dinamarca, da Finlândia e do Peru. Generaliza-se o que, entre nós, é especial, sendo exemplo a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

A pena oscila entre o mínimo de dez, e o máximo de trezentos e sessenta dias-multa e, como dispõe o parágrafo primeiro do art. 49, o res-

pectivo valor 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.

A Comissão reputou necessário delimitar também o teto, a fim de reforçar o direito do réu contra os conhecidos perigos e inconvenientes da pena indeterminada. Esta, em tese, é o ideal, todavia, exemplos históricos não aconselham a sua adoção. Demais, nenhuma restrição se divisa, pois o dia-multa pode corresponder ao quádruplo do salário mínimo. Com isso, nem mesmo a classe economicamente mais favorecida sentirá estímulo para delinquir, dado ser significativo o vulto da condenação. E mais. A multa pode ser aumentada até o triplo, se o Juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo (art. 60, § 1º). O pagamento deve ser efetuado dentro de dez dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Antes disso, a decisão ainda não é executável para esse efeito. A regra é que o recolhimento da verba seja feito de uma só vez; entretanto, o magistrado, valendo-se de seu poder discricionário, mediante requerimento do condenado, poderá permitir que o pagamento seja parcelado e segundo as forças econômico-financeiras do devedor.

A fim de facilitar o recolhimento do *quantum* da condenação, é possível desconto na folha de vencimentos, ou do salário do condenado. Essa forma de cobrança também é decidida pelo Juiz, que vela pelo efetivo cumprimento da sentença, atento à seriedade do processo penal. Se, de um lado, é facilitado o pagamento, inclusive mediante rateio, o Estado deve se precaver contra a malícia de condenados solventes.

Acentue-se ainda, houve sensibilidade com o condenado, cujo patrimônio não seja bastante para suportar o ônus, sem afetar o indispensável para o sustento seu e da família. Mais uma vez, cumpre fazer o equilíbrio entre o interesse público e o individual. A carência econômica, embora não seja a única, é, sem dúvida, causa de criminalidade, particularmente contra o patrimônio; por razões de política criminal, cumpre balancear os valores e preservar os mais significativos. Entre o interesse de executar a sentença "tout court" e resguardar a proteção da família e desenvolver atividade preventiva da criminalidade, é lógico, propende-se para a segunda hipótese.

A multa, no âmbito penal, tem característica própria, apesar da sinonímia encontrada em outras áreas da dogmática jurídica. E o ponto de distinção é a possibilidade de ser convertida em privativa do exercício do direito de liberdade, além de ordem processual, só imposta com a garantia jurisdicional, respeitado o princípio do contraditório. Essa conversão, observa BETTIOL⁽¹⁵⁾, confere à multa a característica de verdadeira e própria pena afliativa. *Qui non habet in aere luat in corpore*.

(15) BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. 9ª ed., Padova, Cedam, 1976.

No particular, o Código inova mais uma vez. No texto anterior, fazia-se a conversão da pena pecuniária em detenção “quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança”. Configurada a reincidência, e só por isso, ainda que insolvente, o condenado sofreria o tratamento mais rigoroso.

A Comissão elaboradora modificou a orientação; em primeiro lugar, porque não se justifica a disciplina intransigente com o reincidente, amenizada pela Lei nº 6.416/77 e cuja linha, em termos gerais, é subscrita no Código; depois, por motivo de justiça, referência que o legislador jamais poderá olvidar, atrita aos sentimentos de igualdade equiparar o devedor insolvente ao que frustra o pagamento, impondo-lhe o mesmo tratamento, em flagrante contraste com a justiça distributiva. Num caso, há impossibilidade de honrar a obrigação, no outro, malícia de quem, podendo pagar, não o faz. A Corte Constitucional da Itália, em 1979, reconheceu estar revogada a norma que inspirou o art. 38 do Código Penal, por contrariar a Constituição de 1948.

O Código, dessa forma, melhor se adapta ao sistema nacional, cuja Lei Maior registra o princípio de igualdade, impedindo que lei ordinária confira efeitos diferentes quando a causa das relações jurídicas for o mesmo fato histórico. Em outros termos, rejeita a conversão pela insolvência (ausência de malícia), ainda que reincidente o condenado, se também não obrou com má fé. A reincidência não é indispensável, nem influi, como tal, no não-pagamento. Este decorre da impossibilidade de sua satisfação. Daí o estatuído no art. 51, ao determinar a conversão “quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução”.

Na conversão, a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano. O limite, por si só, se justifica.

A conversão é meio coativo para compelir o condenado a efetuar o pagamento; realizada a finalidade, não se justifica continuar a impedir o exercício do direito de liberdade. Ainda que moralmente reprovável a conduta do condenado, foi satisfeita a obrigação jurídica.

Atente-se ainda para outra distinção do Código neste ponto, mais parcimonioso, só revogando a conversão, se a multa for paga (art. 51, § 2º). A lei anterior acrescentava: se o condenado “assegura o pagamento mediante caução real ou fidejussória” (art. 40).

A nova postura é recomendável. Não se justifica o Estado promover execução forçada para receber o valor da multa quando o condenado tem patrimônio, podendo, por isso, alienar bens a fim de obter o numerário suficiente. Não o fazendo, sendo-lhe viável, revela intuito de não pagar, devendo sofrer as respectivas conseqüências. Observa MARQUES⁽¹⁶⁾ não ser possível cobrar a multa garantida através de caução real ou fidejussó-

(16) MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. III, São Paulo, Saraiva, 1966.

ria, após a morte do condenado. Com o falecimento deste, a punibilidade se extingue e a caução, por isso mesmo, desaparece.

Em sobrevindo ao condenado doença mental, é suspensa a execução da pena de multa. A pena privativa de liberdade não superior a seis meses pode ser substituída pela de multa, desde que o réu não seja reincidente e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

O *quantum* é da pena aplicada; quando o Código se refere à pena cominada, di-lo expressamente.

Uma das linhas do Código é o amplo poder discricionário conferido ao Juiz criminal, a fim de ser aplicada a sanção recomendável ao caso concreto. Coerentemente, como os delitos a que é cominada a detenção não causam repúdio ou indignação, e de outro lado, a pena privativa do exercício do direito de liberdade só deve incidir quando as demais se revelarem inadequadas ou insuficientes, o magistrado poderá preferir manter o condenado no convívio social, sem que a sanção aplicada deixe de exercer efeito pedagógico, no sentido de impedir a repetição da indisciplina social.

De outro canto, vem de encontro às recomendações criminológicas consagradas legislativamente de incentivar o ressarcimento do dano. O Código, sempre atento a esse particular, não poderia olvidá-lo.

Da cominação das penas

25. O Código atribui ao Capítulo II, do Título V, o *nomen iuris* — *Da Cominação das Penas*, introduzindo outra inovação.

Com efeito, o Código Penal de 1940 se restringia a enunciar no art. 1º o princípio da reserva legal, mantendo tradição de nosso direito. O Código, ao contrário, explicita o critério de definição das penas, preferindo, ao lado da cominação específica, estabelecê-la genericamente, através de normas de extensão.

As penas, para esse fim reúnem-se em dois grupos:

a) penas, cuja cominação tem limites estabelecidos em cada tipo legal de crime, conservando, pois, o sistema do texto anterior; penas privativas de liberdade (art. 53) e multa (art. 58).

A multa é cominada, como as privativas de liberdade, especificamente.

O limite registrado no art. 49 e seus parágrafos é, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa; por seu turno, essa unidade não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes, podendo

ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo (art. 60 § 1º);

b) penas, cuja cominação não é elaborada tipo por tipo, compondo a nova orientação: penas restritivas de direito (art. 54).

As penas restritivas de direito, além da autonomia (art. 44), substituem as privativas de liberdade, nas condições indicadas nos incisos do art. 44, têm a mesma duração da pena substituída, desde que esta seja fixada em quantidade inferior a um ano, ou nos crimes culposos (art. 54). As espécies apresentam as características que seguem.

As penas de *interdição temporária de direitos*, previstas no art. 47, I e II, são cominadas para todo crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes (art. 56). Por sua vez, a prevista no art. 47, III — suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo — é imposta aos agentes de crimes culposos de trânsito (art. 57). Além de definição prévia das hipóteses, tais penas são certas e determinadas no tempo.

Da aplicação da pena

26. Momento de singular importância na individualização da pena é a sua aplicação. Também reconhecida como fixação jurisdicional. É, sem dúvida, o grande momento de concreção do direito penal, não sendo exagero dizer que é a parte mais importante de um código penal.

O Código registra bem definida postura jusfilosófica, que, acentue-se, resultou do confronto da Escola Clássica com a Escola Positiva, todavia, consoante as atuais exigências da melhor orientação doutrinária.

A pena visa à reprobção e à prevenção do crime (art. 59). Nessa linha, seguem as legislações em dia com as mais recentes conquistas da ciência penal. Além disso, guarda fiel coerência com o princípio do *nullum crimen sine culpa*, acolhido em toda plenitude pelo Código. Nunca é demais insistir na intransigência com a responsabilidade objetiva e com a responsabilidade por fato de outrem. PETTOELLO-MANTOVANI⁽¹⁷⁾ escreve que “civilisticamente” basta determinar que o sujeito agiu, enquanto, “penalisticamente”, ao contrário, em todas as hipóteses, requisito indispensável é determinar “como” o sujeito agiu e tenha se comportado no caso concreto... Nesse sentido, a exigência de uma responsabilidade penal subjetivamente orientada se contrapõe, relativamente a todos os tipos, a uma responsabilidade civil meramente objetiva ou por fato de outrem. No mesmo sentido, considerações de JESCHECK relativamente à reforma alemã. O novo direito assinala que uma pena, cujo fundamento não seja compatível com o princípio da culpabilidade, não corresponde à lei.

(17) PETTOELLO MANTOVANI, *Responsabilità per Fatto Altrui*. Milano, Giuffrè, 1962.

Advirta-se, porém, o Código acrescenta exigência a fim de não ser desconsiderada pelo juiz, visando a que o trabalho não seja parcial. A individualização da pena pressupõe análise exaustiva dos fatores e circunstâncias relacionadas com o fato delituoso, dentre os quais não podem ser olvidados o agente e a vítima, protagonistas do crime.

Três, e não mais dois, são os objetivos materiais que o Juiz deve considerar no delicado labor de aplicação da pena: o fato, o agente e a vítima.

Historicamente, de início, só interessava sobremaneira o fato, dado ser a modificação no mundo exterior; assim ocorreu com os clássicos que conceberam o crime como mero ente jurídico; os postulados da Escola Positiva provocariam modificação nesse panorama, preocupados com os fatores antropológicos, sociológicos e psicológicos da criminalidade, sustentando que o delito é fato humano e social. Daí a exclamação de FERRU de que o delinqüente não poderia ser visto como manequim a que se aplicaria um número. Mais recentemente, penalistas e criminólogos voltam a atenção para outro aspecto, não menos importante e de observação necessária — a vítima. Daí o surgimento da vitimologia que procura ressaltar a colaboração do sujeito passivo, verdadeiro estímulo na projeção do ilícito penal. DELOGU, no prefácio do livro de STEPHEN SCHAFER, *Teorie in Criminologia* (18) a respeito da correspondência do direito penal com a criminologia, salienta que ambos têm seus conteúdos, seus escopos e seus limites, mas um só brilha integralmente quando aceita os reflexos luminosos do outro.

Na primeira fase das idéias e instituições penais, no chamado período da vingança privada, a vítima exercia o papel saliente de tomar a iniciativa e determinar a reação ao delinqüente. Posteriormente, o talião e a composição amenizaram a resposta sem limite e delimitaram o então ilimitado. Em fase sucessiva, por razões políticas, os efeitos jurídicos são diversos, conforme a qualidade social da vítima, mesmo depois da Revolução francesa e da declaração solene dos direitos do homem, em 1918, pelas Nações Unidas. De qualquer modo, a vítima sempre desempenhou papel de relevo no contexto da criminalidade. Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, como sublinha VERSELE (19), o tema foi colocado em seus aspectos reais, ou seja, “a vítima estudada como tal”, segundo as características de sua personalidade, da relação psicológica com o autor do fato e sua participação ativa no processo criminoso e como estímulo da ação delituosa. Desde então se desenvolveram os estudos, cuja primeira sistematização foi elaborada por HANS VON HENTING, em particular no 4º capítulo do *The Criminal and his Victim*, em 1948. Como acentua o magistrado e professor belga, o significado tradicional de vítima, isto é, sujeito passivo do crime, ganha novos coloridos e importância, valendo-se

(18) DELOGU, Tullio. Prefácio ao livro *Teorie in Criminologia*, de STEPHEN SCHAFER, Roma, Bulzoni, 1976.

(19) VERSELE. *La Scuola Positiva. Appunti di Diritto e Criminologia*, 1962.

destas palavras: a concepção antropológica do par formado pelo autor e vítima realça o erro secular do "jurisdicismo" porque esta concepção se funda no fato demonstrado de que a vítima pode intervir positivamente na maturação da idéia criminosa, e suscitar freqüentemente, ou por fato determinado ou atitude marcante, a realização da ação, da qual sofrerá as conseqüências. O conceito criminológico de vítima tem perfil necessariamente existencial, enquanto há importância o fato de quem se sente vítima e de quem se quer vítima, ou o fato de quem tem a consciência de fazer uma vítima. O problema é, pois, sobretudo psicológico, senão propriamente psicanalítico, e os sujeitos são considerados na relação dinâmica entre o autor e a sua vítima. Tais considerações, exemplificativamente, se concretizam na eutanásia, no suicídio a dois, no suicídio liberador, em alguns delitos sexuais, no estelionato, particularmente quando existente a fraude bilateral, nos furtos de automóveis, cujos proprietários são negligentes em proteger o seu patrimônio, nos acidentes de trânsito, e tantos outros.

O Código, dessa forma, não poderia estar alheio à evolução científica.

Hoje, os Juizes mais cuidadosos ponderam a participação da vítima, embora quase sempre, e esta conclusão resulta da experiência judiciária, com a preocupação de excluir a culpa do réu, mostrando que o foi exclusiva da vítima. Impõe-se estudo mais amplo e profundo, relacionando o comportamento do sujeito passivo aos antecedentes do fato delituoso.

O Código tem o mérito de tornar obrigatória a crítica da conduta da vítima. Só assim a individualização se completa.

O fato e o agente, de outro lado, devem ser apreendidos em toda relevância penal. O crime não é fato bruto, mas juridicamente significativo.

TOLEDO⁽²⁰⁾ menciona: O direito penal moderno é, basicamente, um direito penal do fato. Está construído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato. Demonstra a veracidade dessa afirmação a estrutura da grande maioria dos tipos penais que, segundo as exigências do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, descrevem um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico de autor. As exceções são raras (rufianismo, vadiagem etc.) e, pois, não infirmam a regra.

Efetivamente, fracassou a tentativa nacional-socialista alemã de castigar o delinqüente pelo que ele é, e não pelo que praticou. A idéia enseja fácil descaminho para a arbitrariedade. Não há como aceitar a "culpabilidade do autor", aferível da "personalidade total do agente".

De outro lado, a fim de guardar coerência com o novo sistema, além de individualizar a qualidade e a quantidade da pena, incumbe ao Juiz estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa da

(20) TOLEDO, Francisco de Assis. *Enciclopédia Saraiva*, verbete — Culpabilidade de Autor.

liberdade para, em seguida, começar a fase executória do processo criminal. Demais, substituir a pena privativa de liberdade por outra, se cabível.

Critério especial foi registrado para a pena patrimonial, com o intuito de preservar a sua eficácia, ou seja, exercer efeito psicológico no condenado. De nada valeria a sanção pecuniária, constituindo fator criminógeno, se o seu valor fosse insuficiente para a situação econômica do réu. O *quantum* não deve ser tão baixo que seja desprezado pelo condenado, como não pode ser tão elevado que ultrapasse as forças patrimoniais do delinquent. Daí, o amplo poder discricionário do Juiz, propiciando que a multa possa ser aumentada até o triplo, se, em virtude da situação econômica do réu, for ineficaz, embora aplicada no máximo.

As *circunstâncias agravantes e atenuantes*, de modo geral, reproduzem a legislação anterior.

No tocante às *circunstâncias atenuantes*, tornou-se explícito que a idade do agente deve ser considerada na data do fato, quando menor de vinte e um anos, ou na data da sentença, se maior de setenta anos. Com isso, consagra-se a jurisprudência que, com interpretação benigna, confere tratamento de igualdade com esteio em sentimentos de justiça.

De outro canto, ajustando-se à nova sistemática do erro, menciona “o desconhecimento da lei”, que, como dispõe o art. 21, não é discriminante, visto não se confundir com a falta de consciência da ilicitude do fato; entretanto, se aceitável, poderá ensejar tratamento penal mais benigno para o condenado.

Acrescentou-se como atenuante a circunstância de o crime haver sido cometido no cumprimento de ordem de superior hierárquico, desde que não caracterizada a excludente de culpabilidade. Coloca-se a hipótese em igualdade de tratamento de quem pratica o delito sob coação a que poderia resistir, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

O art. 66 do Código é outra inovação, registrando o que, na doutrina, se denomina circunstâncias judiciais, adotadas agora como circunstâncias legais.

As circunstâncias, como se expressava SALGADO MARTINS, dão a modelagem do crime, ou seja, revelam-no em seus pormenores, projetando todas as suas marcas. Evidentemente, essa norma, como as circunstâncias pela função que exercem — majorando ou diminuindo a pena —, constituem tipos de culpabilidade, traduzindo normativamente o grau de reprovação jurídica ao agente. Evidentemente, por isso, estão implícitas no ordenamento. No entanto, além da função programática que encerra, interpretação sistemática conduz à conclusão, e com isso, exclui qualquer dúvida, que só as circunstâncias agravantes legais são específica e exaustivamente enumeradas na lei.

As atenuantes legais serão de duas espécies: específicas (art. 65) e genéricas (art. 66). Atende-se, conseqüentemente, à moderna orientação da ciência penal, confiando na sensibilidade do magistrado para que a sanção imposta não seja meramente formal.

A distinção de disciplina das agravantes e atenuantes resulta do princípio da reserva legal e do corolário da proibição da analogia *in malam partem*. BETTIOL, (21) subscreve que a contestação é instituto voltado para a salvaguarda do direito de defesa; significa que o imputado deve estar em condições de conhecer o fato e todos os elementos essenciais (momento constitutivo do delito) e acidentais (circunstâncias) de que possa decorrer averiguação de responsabilidade ou de maior responsabilidade. Não basta, pois, contestar em processo de homicídio o fato de haver causado a morte de um homem, mas, em se tratando de homicídio agravado, deve contestar também, por exemplo, o uso do meio insidioso ou de veneno (art. 576, nº 2, CP) para que a defesa esteja em condições de apreender o tema da acusação, em toda extensão, para contrastar ou repelir a tese adversa. Não é necessário, no entanto, indicar as circunstâncias atenuantes ou que diminuam de qualquer modo o peso da acusação, podendo o juiz considerar tudo o que amenize a posição do imputado independentemente de conhecimento do mesmo.

O Código reproduz as agravantes no caso de concurso de agentes, embora, com maior precisão técnica, haja preferido o *nomen iuris*: — *agravantes no caso de concurso de pessoas*. Com efeito, a norma não considera apenas agentes no sentido estrito do termo, mas também indivíduos que somente do ponto de vista material contribuem para a produção do resultado delituoso. Demais, acrescenta o induzimento à execução material do crime como agravante especial, dado que a hipótese, nessa passagem, não era considerada pelo Código revogado. Se coagir é alguém impor sua vontade a outrem, mediante violência ou grave ameaça, induzir significa o captar a adesão de outra pessoa, convencendo-a da oportunidade ou conveniência da prática da infração penal. Em termos de juízo de reprovabilidade, não raro, o segundo caso retrata agente mais frio e sempre calculista.

A *reincidência* reproduz o conceito do Código de 1940, que, diga-se, por sua clareza não ensejou maiores dúvidas de interpretação, tanto na doutrina como na jurisprudência. Todavia, reedita as alterações introduzidas pela Lei nº 6.416/77, presumindo não constituir personalidade voltada para a delinquência, se entre o cumprimento ou execução da pena e o crime posterior decorrer período superior a cinco anos. Afasta-se a injustiça de recrudescer o tratamento penal a pessoas que, ocasionalmente, tenham praticado delitos. Além disso, dada a significativa distinção de personalidade de autores de crimes e dos denominados propriamente mi-

(21) BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*. Padova, Cedam, 1973.

litar e político, sempre com referência à culpabilidade, os últimos não são considerados para o efeito dessa espécie de circunstância agravante. Cumprida, porém, dirimir a perplexidade que a norma causara aos escritores e Tribunais, ou seja, o não prevalecimento da condenação anterior “se entre a data do cumprimento da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos”. Dispõe, por isso, o Código: “... computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

O *concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes* não sofreu modificação dada a sua harmonia com o princípio *nullum crimen sine culpa*.

No tocante à *fixação da pena*, o Código, sensível à divergência decorrente da forma enunciada pelo texto anterior, formando-se duas correntes que se tornaram conhecidas como entendimento de ROBERTO LYRA (duas etapas) e de NELSON HUNGRIA (três etapas) e com discrepância também na jurisprudência, preferiu descrever as fases do procedimento, de modo a cortar radicalmente qualquer dúvida, dispondo no art. 68: “A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas especiais de diminuição e de aumento”. O tema não se reduz a mera questão de redação; amplia a garantia da defesa, que, dessa forma, conhecerá explicitamente a repercussão de cada pormenor no *quantum da sanção*. Em caso de recurso, eventual eliminação de um desses fatores em 2ª Instância, com segurança e facilidade, o Tribunal fará, com precisão, a respectiva diminuição. Evidente, pois, o aperfeiçoamento do texto.

Repetem-se os conceitos de *concurso material*, *concurso formal* e *crime continuado*. Tais institutos revelaram-se úteis e não ensejaram polêmica de modo a tornar inconciliáveis as divergências. Conserva-se, de outro lado, a tradição do nosso direito penal. Evidentemente, no tocante ao primeiro, no cálculo da sanção, apesar de mantido o critério do cúmulo aritmético, houve necessidade de adaptá-lo ao novo sistema de penas. Em face disso, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais, será incabível a restritiva de direitos; aplicadas penas restritivas de direitos diversos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

Em relação ao *concurso formal*, a fim de evitar iniquidade, podendo, eventualmente, o cúmulo jurídico ocasionar pena superior se aplicada a soma aritmética, expressamente, é disposto que, na espécie, em nenhuma hipótese, a sanção poderá exceder a que seria imposta se fosse caso de concurso material. A explicação é lógica porque a recriminação pela prática de uma ação embora dela decorra pluralidade de infrações, é menor do que se ocorrer pluralidade de ações (art. 70, parágrafo único).

O *crime continuado* conserva a estrutura originária, decorrente da responsabilidade de BARTOLO e FARINACCIO. A teoria objetiva pura, com vantagem, rebate a postura da concepção de identidade de desígnios, notadamente para evitar que o agente calculista, afeito à criminalidade, dela fazendo o *modus vivendi*, repetindo, pois, constantemente, senão em seqüência, condutas delituosas, venha a ser beneficiado com tratamento benigno, o que compromete a seriedade do direito penal. O instituto, sem dúvida, está ligado ao sentimento de humanidade, para impedir a pena de morte ao agente de três furtos. Note-se, inspirou-se em caso de excepcional gravidade e tomada de posição a respeito da discutida sanção capital.

A Comissão elaboradora ponderou longamente as várias sugestões doutrinárias do crime continuado. A "unidade de desígnio" com o aval de CARRARA e do Código Penal da Itália (art. 81). A doutrina que admite a existência de delito continuado quando haja diversidade de sujeitos passivos, restringindo porém quando os bens jurídicos ofendidos sejam personalíssimos, como a vida, a integridade corporal (MEZGER, MIRTO). Entre nós, a divergência se mostra insuperável na doutrina e na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal tem oscilado a orientação; atualmente, admite a continuação no roubo porque qualificado entre os crimes contra o patrimônio, apesar da violência, ou grave ameaça à pessoa, rejeitando-a, no entanto, quando o objeto jurídico for personalíssimo. Não se olvidou o filão doutrinário que remete ao poder discricionário do Juiz, em face da personalidade do agente e das características do fato, a aplicação do crime continuado, como entende EDUARDO CORREA que, no Brasil, era acompanhado por ALCIDES MUNHOZ NETTO.

Na perspectiva do direito penal que tem como viga mestra o princípio do *nullum crimen sine culpa*, a solução deve ser atenta à culpabilidade, remetendo-se para plano secundário a natureza do bem ofendido. Este, sem dúvida, é importante e não pode ser desprezado. Todavia, isoladamente, não é decisivo; cumpre observar, ademais, que distinguir a espécie do objeto jurídico não é decorrência da estrutura do crime continuado, mas resultante de critérios de oportunidade e conveniência da política criminal. Modernamente, o instituto deve ser analisado como meio para o direito penal realizar sua finalidade; urge afastar-se a preocupação da pena de morte, inexistente em nossa legislação comum, e atentar para o seguinte ponto: O crime continuado não poderá incentivar a criminalidade que, em nossos dias, notadamente nos grandes centros urbanos, assume proporções inquietantes. Em razão disso, leve-se em conta o grau de culpabilidade, conjugado, é evidente, com a espécie do crime e as circunstâncias de sua execução, a fim de o benefício não ser utilizado como afrouxamento do Código. Introduziu-se, e de maneira original, sem precedente legislativo, o seguinte parágrafo único ao art. 71: "Nos crimes dolosos contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos

e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.” Essa norma concilia a tradição do crime continuado com o rigor que a lei deve revelar em face de tipos de criminalidade que aumentam nos dias atuais. O magistrado gozará da faculdade de recrudescer a pena, se particularidades do agente e do fato recomendarem sanção mais severa. De outro lado, soluciona-se, com a mesma cautela, a divergência dos escritores quanto à compatibilidade da continuação de crimes que ofendam bens personalíssimos de sujeitos passivos diferentes. O Código tomou posição no sentido de admiti-la, decorrência lógica da teoria objetiva pura, reafirmada no art. 71, que se contenta com a identificação das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, sem ponderar o liame subjetivo entre as infrações. No capítulo da *Aplicação da Pena* o Código trata ainda do erro na execução (*aberratio ictus*) e do resultado diverso do pretendido (*aberratio delicti*).

A Comissão preferiu a sistemática do Código Penal de 1940 à do texto de 1969; tais institutos compõem a categoria do erro causal em sentido amplo, que não se confunde com o erro de tipo.

Tanto no caso do art. 73, como do art. 74, o erro do agente é irrelevante, restrito, respectivamente, ao objeto material e ao objeto jurídico. Em ambos os casos, porém, seja ofensa causada ao mesmo, ou diferente bem protegido pelo direito, o crime se projeta em todos os seus elementos. Como se continua a dizer, não é a pessoa de A, ou de B que merece o amparo jurídico, mas qualquer que ela seja. De outro lado, todos os bens jurídicos penalmente relevantes, não obstante a relevância maior de alguns, são dignos de proteção.

O erro causal *stricto sensu*, ou seja, a produção do resultado por curso causal diverso do eleito pelo agente, por sua estrutura é solucionado no art. 13 — *relação de causalidade* — o sujeito ativo, apesar do desvio causal, por sua ação, provocou o evento. Pouco importa, invocando-se o exemplo clássico, que o agente tenha querido matar o desafeto por asfixia mediante afogamento, lançando-o da ponte, porém a vítima vem a falecer porque, antes de cair na água, bate com a cabeça em uma pedra, sofre fratura craniana e, por isso, morte instantânea. De qualquer maneira está presente a relação de causa-e-efeito entre a conduta e o evento típico.

No erro de execução, em face da consagrada e constante medida da censurabilidade do agente, para a fixação da pena, não serão consideradas as condições ou qualidades da vítima, mas as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. É sabido, as características do sujeito passivo, muitas vezes, são relevantes para a aplicação da pena; exemplificativamente, se o delito é praticado contra ascendente, descendente, cônjuge ou irmão (art. 61, II, e). Em virtude de maior recriação inci-

dir nesses casos, é secundário que estranho tenha sido atingido, quando o propósito do agente era alcançar uma daquelas pessoas. A relevância penal sobrepairá ao resultado meramente físico. Da mesma forma, não se justificaria recrudescer a sanção se a vontade era cometer o delito contra quem não está a ele vinculado por relação de parentesco, ou de especial dever de afeto.

Nos casos de *erro na execução*, como no de *resultado diverso do pretendido*, pode ser ainda atingida a pessoa que o agente pretendia ofender. Nessas hipóteses, apesar da pluralidade de resultados, a ação é única, recomendando-se o tratamento de concurso formal.

Na *aberratio delicti*, sempre em atenção ao princípio *nullum crimen sine culpa*, o crime diverso do pretendido só ocorrerá porque não se dispensa o elemento subjetivo, se caracterizada, pelo menos, a culpa *stricto sensu*, e o fato for previsto como tal.

O Código mantém a orientação do Código Penal da Itália no tocante ao erro na execução, a tradicional teoria da "unidade substancial do delito", vale dizer, da irrelevância do erro accidental. Em outras palavras, caracteriza-se um só crime doloso, considerados indiferentes o desvio da cadeia causal e a diversidade do sujeito ofendido. Se o agente atira, em A, mas atinge somente B, matando-o, será relevante somente o crime de homicídio consumado, desprezada a tentativa de eliminar a outra pessoa, absorvida pela consumação.

O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos (art. 75). A Comissão reputou útil incluir norma referente à unificação e fixar limite máximo de execução. Em primeiro lugar, para impedir que, na prática, ocorresse a pena perpétua, constitucionalmente vedada (CF, art. 153, § 11). Depois, para não se desvincular de sua finalidade, buscando sempre ensejar ao condenado a esperança de retorno à liberdade. Condenações excessivamente longas provocam efeito contrário e negativo, estimulando o recluso a novas infrações no estabelecimento prisional, visto que a soma de outros anos de condenação nada representa, dado que a média de vida do brasileiro a torna supérflua e sem sentido. É lógico, e mais uma vez é bom sublinhar, nenhuma norma deve estimular a criminalidade. A unificação não pode, por seu turno, ser garantia da impunidade, ou gerar a certeza de que crimes posteriores não seriam debitados ao seu autor. Dessa forma, "quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo" (art. 75, § 1º). "Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido" (art. 75, § 2º). Assim, o condenado resgatará, no máximo, trinta anos de pena privativa de liberdade, descontando-se o período já cumprido, caso haja unificações posteriores.

Suspensão condicional da pena

27. A pena restritiva da liberdade, acentuou-se, só deve ser aplicada quando impossível, ou inconveniente uma das hipóteses de substituição. Essa preocupação se acentua nas chamadas "penas de curta duração", que ocasionam efeitos negativos, colocando em promiscuidade pessoas de condutas heterogêneas, negativas para agentes de delitos de pequena monta, ou que eventualmente hajam praticado o ilícito.

A suspensão condicional de execução da pena tem o mérito de impedir os malefícios apontados, e reconhecidos por todos quantos tratam da matéria. Demais a experiência recomenda a manutenção do instituto, em virtude do que o Código o conservou. Todavia, registre-se, com alterações a fim de os resultados positivos serem ampliados e preservados. Assinale-se, o condenado não deve ser passivo, no sentido de pura e simplesmente aguardar o transcorrer do tempo da pena; cumpre-lhe desenvolver atividade individual e socialmente relevante, o que justifica o Estado suspender a execução; com isso, não há a retirada da pessoa do convívio social; lembre-se, o ensinar a conviver deve ser ministrado na sociedade que exige comportamento segundo normas de conduta por ela impostas, que se assimila participando de sua cultura. O "sursis" não se estende às penas restritivas de direito nem a patrimonial; de outro lado, a condenação da pena privativa de liberdade não poderá ser superior a dois anos. Até aqui, há coincidência com a legislação atual, consoante a redação da Lei nº 6.416/77. Não foram, no entanto, esquecidos os requisitos de ordem subjetiva, vale dizer, características pessoais; em primeiro lugar, o beneficiário não será reincidente em crime doloso, a não ser que ocorra uma das hipóteses que o próprio Código exclui, a relevância da pluralidade de condenações para o efeito da recidiva discriminada no art. 64. Só alcançará sua finalidade, se as circunstâncias, os motivos determinantes, os antecedentes, a personalidade e conduta social do condenado autorizarem a concessão do benefício. Caso contrário, sobre ser inócuo o benefício, constituir-se-ia em fator criminógeno, incentivo à criminalidade. A condenação anterior à pena de multa não impede a concessão do benefício (art. 77, § 1º).

A suspensão, segundo o poder discricionário do magistrado, será por dois a quatro anos, em cujo período de prova, o condenado deverá prestar serviços à comunidade, conforme dispõe o art. 46, ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48), a não ser que o Juiz, desde que o condenado seja primário e haja reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, considere aconselhável substituir aquelas tarefas por uma das seguintes condições: proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da Comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Observa-se, a suspensão condicional da execução da pena não é liberalidade oca, mas forma séria e eficiente de modo a repercutir no condenado, fazendo-o sentir a pena, através das condições impostas. Pode-se dizer, é liberdade com responsabilidade. Em virtude de a personalidade do condenado ser analisada pelo Juiz, torna-se impossível relacionar exaustivamente as condições aconselháveis a cada caso; por isso, além das discriminadas, outras poderão ser impostas, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado. A criatividade do magistrado será de grande importância, a fim de apreender as características de cada condenado, adaptando-as às exigências da disciplina social.

A suspensão, por ser condicional, será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário for condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso, ou frustrar, embora solvente, a execução da pena de multa, ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano, ou descumprir a condição do art. 78, § 1º, isto é, a prestação de serviços à comunidade, ou a limitação de fim de semana. De outro lado, haverá revogação facultativa se o condenado não cumprir outra condição imposta, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direito. Neste caso, em vez de revogar o benefício, o Juiz poderá prorrogar o período de prova até o máximo, se não foi este o fixado. De outro lado, se o beneficiário estiver sendo processado por outro crime, considera-se prorrogado o prazo até o julgamento definitivo. Expirado o prazo, sem revogação, será declarada extinta a pena privativa de liberdade.

Livramento condicional

28. O livramento condicional tem a ideologia da suspensão condicional da execução da pena.

Restrito à pena privativa de liberdade, igual ou superior a dois anos, observados requisitos objetivos e subjetivos (cumprimento de mais de um terço da pena, se o réu for primário em crime doloso e de bons antecedentes; mais da metade, se reincidente em crime doloso, comprovação de bom comportamento, durante a execução da pena, aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto e reparação do dano causado pela infração, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo).

O livramento condicional, ao contrário da suspensão condicional da pena, pressupõe cumprimento de parte da condenação, submetendo-se o condenado a período de prova em contato direto com a sociedade em que vai viver.

Com o intuito de facilitar a concessão do instituto, somam-se as penas dos delitos cometidos.

A sentença concessiva estabelecerá as condições a que fica subordinado o livramento, remetendo-se à criteriosa discricção do juiz a sua espe-

cificação, visando a que o condenado demonstre sua adaptação às normas de conduta.

O Código, mais uma vez preocupado com a criminalidade violenta, já em proporções que inquietam todos os países, introduziu condição especial para a concessão do benefício para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 83, parágrafo único), isto é, a verificação da cessação das causas que o levaram a delinquir vale dizer, constatação do desaparecimento dos fatores que atuaram para que a pessoa cometesse o crime. Exemplificativamente, se o agente pertence a um grupo organizado para a prática de delitos e ainda não foi dissolvido, ou outras causas, mesmo de natureza antropológica ou econômica.

Evidentemente, por sua estrutura, o instituto é revogável. O Código, porém, com o intuito de assegurar o equilíbrio entre o interesse social e o individual, estabelece apenas um caso de revogação compulsória, ou seja, se o liberado vier a ser condenado à pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício, ou por crime anterior, observado o disposto no art. 84. A revogação será facultativa se a condenação, com trânsito em julgado, impuser pena que não seja privativa de liberdade, ou liberado deixar de cumprir qualquer das condições impostas.

Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido. A razão se evidencia: o liberado, com seu comportamento, dá eloquente demonstração de não estar em condições de retornar ao convívio social. Não se descontinuará, porém, na pena o tempo em que o condenado esteve solto; caso contrário, a revogação seria praticamente inócua, estimulando a criminalidade. É evidente, o mesmo raciocínio não se aplica se a revogação resultar de condenação por crime cometido anteriormente à concessão do benefício.

A extinção da pena será declarada se, até o término do período de prova, o benefício não for revogado, com uma exceção, isto é, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento.

Efeitos da condenação

29. O Capítulo – Dos efeitos da condenação – apresenta outra estrutura, doutrinariamente mais perfeita. O Código suprimiu o capítulo que no Código vigente tem o *nomen iuris* – Das Penas Acessórias. CERNICCHIARO⁽²²⁾ observou que a literatura ainda não se demorou no tema a fim de, com precisão, retratar a natureza jurídica do instituto. Não revela as características de sanção penal, dada a impossibilidade de ajustá-las, em sua maioria, aos princípios constitucionais, ressaltando-se a individual-

(22) CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Penas Acessórias. *Ciência Penal*, nº 2, 1979.

lização da pena, que não atua, por exemplo, na perda de função pública, resultante da qualidade e quantidade da pena e na publicação da sentença, cujo pressuposto é o interesse público, nada influenciando as características do agente. Substancialmente, são efeitos da sentença condenatória, de natureza civil, administrativa ou política, que não se descaracterizam porque indicados no Código Penal. A Comissão elaboradora transferiu para o rol de penas o que o texto vigente denomina "interdições de direito" e conferiu o *nomen iuris* exato ao instituto.

O Código distingue efeitos genéricos e específicos. Os primeiros reproduzem o Código atual, ou seja, I — tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II — a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Os outros arrolados no art. 92 correspondem à inovação, acolhendo hipóteses que hoje são chamadas "penas acessórias", ajustadas sempre ao princípio *nullum crimen sine culpa*, que acarreta permanente preocupação de análise do grau de reprovabilidade ao delinqüente. A relação é a seguinte: I — a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a quatro anos; II — a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III — a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Registre-se, e é importante, os efeitos específicos não são automáticos, vale dizer, resultantes da aplicação da pena; só ocorrerão se forem recomendados, tendo em vista os pormenores do fato e do sujeito ativo, em razão do que estatui o disposto no parágrafo único do art. 92, "devendo ser motivadamente declarados na sentença". Nunca é demais repetir, o Código tem como linha de princípio eliminar qualquer pena que seja meramente formal.

Reabilitação

30. A reabilitação, no Código anterior estava arrolada entre as causas de extinção da punibilidade (art. 108, VI). A redação inicial estatuiu que extinguirá a pena de interdição de direito, concedida após o decurso de quatro anos, contados do dia em que terminava a execução da pena principal, ou da medida de segurança detentiva. Adotara o modelo suíço-italiano, benefício que, nas palavras da Exposição de Motivos era concedido ao condenado que, depois de recuperada a liberdade, revelasse constância de boa conduta e houvesse reparado o dano causado pelo crime. Os efeitos operam-se *ex nunc*, conforme o método tradicional, e não

conforme sugerira DELAQUIS, *ex tunc*, apagando, além disso, todas as conseqüências da condenação.

A Lei nº 5.467, de 5 de julho de 1968, conferiu disciplina diferente, ampliando o campo de incidência e deu ao art. 119, *caput*, a seguinte redação: "A reabilitação alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva". E o art. 748 do Código de Processo Penal explicita o seu efeito, isto é, a condenação não ser mencionada na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitada por Juiz criminal.

JAIR LEONARDO LOPES (23) estudioso do instituto, acentuou as injustiças que a disciplina de 1940 acarretava, assinalando que eram favorecidos os que sofriam penas mais severas e prejudicados os que recebessem sanções mais brandas. Exemplificou com a hipótese do reincidente condenado a dez anos de reclusão e declarado, por doze anos, incapacitado para investidura em função pública; reabilitar-se-ia cumpridas as condições legais, extinguindo-se a interdição, e em conseqüência, nenhuma notícia do ilícito criminal seria considerada em sua folha de antecedentes e respectivas certidões. Outro, porém, o tratamento a reincidente condenado à pena de detenção, prisão simples ou de multa, se não sofresse interdição de direito, isto é, não seria reabilitado; a condenação sempre constaria em certidões, permanecendo na folha de antecedentes. E mais. Os beneficiários do "sursis" e do livramento condicional estavam à margem do benefício, mesmo que imposta interdição de direitos.

A Lei nº 5.467/68 corrigiu, em parte, essas anomalias, dispondo que a reabilitação poderá ser requerida decorridos cinco anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar sua execução e do dia em que terminar o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional. Mantido, no entanto, o seu efeito.

O Código registra tratamento diferente e o art. 93 dispõe *in verbis*:

"A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação."

Evidencia-se, não leva o destino de mero cancelamento de anotações na folha de antecedentes e a proibição de serem expedidas certidões registrando o delito. A compreensão da norma impõe atenção ao que reza o parágrafo único do mencionado artigo:

"A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92, deste código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo."

(23) LOPES, Jair Leonardo. *Da Reabilitação*. (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981.)

Em face do novo sistema, a reabilitação deve ser analisada quanto às penas e aos efeitos da condenação.

A *extinção* no caso não significa o cancelamento jurídico dos antecedentes criminais, mas poderá atingir também os efeitos da condenação com exceção de dois. A reabilitação, todavia, está sujeita a uma condição: desde que não seja revogada, que ocorrerá de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, se a pessoa reabilitada for condenada, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa (art. 95). Nesse ponto, continua a ser seguido o modelo italiano, vez que não extingue o crime nem a pena, mas é um obstáculo a efeitos da condenação, acrescentando-se o sigilo de que trata o art. 93. Em virtude de não ser causa de extinção da punibilidade, foi retirada do Capítulo em que estava no texto revogado, posta agora em lugar adequado, ou seja, no Título V — Das Penas. O instituto só poderá ser deferido após dois anos de extinta a pena, ou terminada a sua execução, atendidas as exigências dos incisos do art. 94.

O Código, cautelosamente, impõe que o condenado demonstre com seu comportamento posterior ao cumprimento da pena, ou de sua extinção, estar adaptado às exigências sociais de conduta. Só isso justifica o tratamento diferente e de indiscutíveis benefícios.

De outro lado, a fim de favorecer o beneficiado com o “*sursis*” e o livramento condicional, concedidos porque circunstâncias demonstram a conveniência de o réu não ser recolhido para o cumprimento da pena privativa de liberdade, ou de o condenado haver demonstrado estar em condições de retornar ao convívio social, a contagem do tempo para a postulação do benefício inclui também o período de prova da suspensão condicional e do livramento condicional, se não sobrevier revogação. Caso assim não fosse, ocorreria odiosa desigualdade. Se duas pessoas fossem condenadas a um ano de pena restritiva de liberdade, e uma, porque não satisfizesse as condições do “*sursis*”, cumprisse a pena, e a outra, beneficiada com a suspensão pelo prazo de dois anos, aconteceria o seguinte: o prazo para a reabilitação, no primeiro caso, fluiria após um ano da condenação, ao passo que, no segundo, depois de vinte e quatro meses. Haveria contradição: o condenado de melhor comportamento teria que esperar mais tempo para pleitear o benefício!

As condições para a concessão estão relacionadas: domicílio no país, no período de prova; demonstração, durante esse tempo, de efetivo e constante bom comportamento público e privado; ressarcimento do dano causado, salvo absoluta impossibilidade de fazê-lo até o dia do pedido, ou comprovação de renúncia da vítima ou novação da dívida.

Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Das medidas de segurança

31. As medidas de segurança constituem uma das contribuições da Escola Positiva e adotadas como conciliação no Código ROCCO, que tanta influência exerceu nas legislações modernas. Ao lado da pena, cujo pressuposto é a culpabilidade, foram adotadas, tendo como antecedente a periculosidade. Notadamente o duplo binário ganhou adeptos, e o Código Penal de 1940, entre nós, promoveu a consagração legislativa.

Não se despreza a experiência jurídica na elaboração de leis. Esta advertência é particularmente sensível às medidas de segurança. Até hoje não se implantaram as condições físicas para a sua aplicação integral. De outro lado, e esta observação também importa, as presunções fáticas, cada vez mais, são rejeitadas pelos penalistas, e com veemência, as relativas à probabilidade de alguém cometer infração penal. Periculosidade não se presume, ao contrário, é estado que existe, ou não. O Código suprimiu as hipóteses de presunção de periculosidade dos imputáveis e reelaborou verticalmente a sistemática do instituto; retirou sua aplicação ao imputável. Somente os inimputáveis que hajam cometido fato definido como crime serão submetidos às medidas de segurança, com exame específico de averiguação da periculosidade, que se evidencia pela conduta, formalmente ilícito penal, não havendo a aplicação da pena em virtude das características pessoais do agente; constitui a resposta jurídica a quem incide no campo da ilicitude, entretanto, sem cunho retributivo, marcadamente terapêutica e pedagógica. Aqui, impõe-se um registro: se ao fato for cominada pena de detenção, poderá o Juiz determinar, em vez de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, sujeição a tratamento ambulatorial (art. 97). Ao contrário do que sucedia, eis que no Código de 40, o quase crime (ajuste, determinação ou instigação e o auxílio, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado — art. 27) e o crime impossível (art. 14) ensejavam a imposição de medida de segurança, o novo Código só a aplica *post delictum* (exceto o caso de conduta de inimputável).

A matéria é regida pelo princípio da legalidade; embora as medidas de segurança não tenham o cunho de retribuição, praticamente restringem o exercício do direito de liberdade, recomendando-se, por isso, parcimônia na aplicação do instituto. Restringiu-se o respectivo rol, reduzido a duas modalidades — internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado e a sujeição a tratamento ambulatorial.

As medidas de segurança, por suas características, devem ser impostas por prazo indeterminado, durando enquanto persistirem as causas que a recomendaram, cujo mínimo, todavia, será fixado entre um e três anos. Evidentemente, ainda que seja, nesse período, averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, serão suspensas imediatamente. A fim de resguardar o direito do internado, estatui o disposto no art. 97,

§ 2º: "A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida, de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o Juiz da execução". E a desinternação, ou liberação, é sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior, se o agente, antes do decurso de um ano, praticar fato indicativo de persistência da periculosidade (§ 3º do art. 97).

Há, no art. 99, proclamação de direitos do internado, recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares, onde será submetido a tratamento.

Da ação penal

32. A Comissão redatora opinou pela manutenção do tema — Ação Penal. Há respeitáveis vozes que, após a nítida separação entre o direito material e o direito instrumental, postulam a sua retirada, deixando-a apenas à disciplina do Código de Processo Penal, de que é exemplo ROGÉRIO LAURIA TUCCI. Não só razões históricas recomendam a manutenção; além de não constituir mera repetição, eis que não se volta para o procedimento, o instituto é repetidamente referido na lei penal, eis que casos há em que a lei exige a representação do ofendido, a requisição do Ministro da Justiça, ou a promoção da queixa, discriminação que não é elaborada pelas leis processuais.

O Código fundamentalmente mantém o sistema revogado, que, diga-se, reflete orientação de outros países; todavia, corrigiu anomalia técnica, herdada do Código Criminal de 1830, como observa CANUTO MENDES DE ALMEIDA, em cuja época se apresentava a distinção entre crimes públicos e crimes particulares, e outra de nível processual, conforme fosse ou não permitido o exercício do direito de ação ao Estado, ou a qualquer pessoa. É sabido, e LEONE disserta com autoridade, dado o caráter publicístico do processo e a ação como direito público subjetivo, não se justifica a classificação entre ação penal pública e ação penal privada. Toda ação é pública, o que se distingue é a iniciativa de seu exercício, promovida pelo Estado-Administrativo (Ministério Público e excepcionalmente a autoridade policial, nas contravenções penais e consoante o disposto na Lei nº 4.611/65), ou pelo ofendido ou seu representante legal. Em face disso, faz-se a correção com o registro de ação pública, e ação pública de iniciativa privada.

Não se agasalhou a opinião de se deixar ao critério da vítima a perseguição do delinqüente, dado o direito penal proteger valores no interesse da coletividade, e só indiretamente o próprio ofendido. Em perspectiva lógico-formal procede o argumento, contudo razões de política criminal recomendam a distinção. Muitas vezes, o Estado, em atenção a valores de relevo, renuncia ao exercício do *ius perseguendi*, de que são exemplos várias causas extintivas, ou de exclusão de punibilidade. Na mesma linha de raciocínio, a preservação da privacidade, ou do pudor,

cada vez mais reconhecida como direito. Em atenção a tais particularidades e outras semelhantes, cumpre sacrificar-se a justiça material. O respeito ao homem exige também restrição ao poder de punir.

Em outro terreno polêmico, o Código manifestou opção, ou seja, quanto à ação pública de iniciativa privada subsidiária. Trata-se de salutar controle externo ao Ministério Público, se não oferecida a denúncia no prazo legal. Essa orientação fora conservada no anteprojeto TORNAGHI, não seguida no projeto FREDERICO MARQUES. O instituto é distinto da recusa de oferecimento de denúncia; neste caso, o órgão da acusação não se mantém inerte, deixando, porém, de reconhecer os elementos necessários para imputar a infração a alguém.

Outro ponto deve ser ressaltado: não foi contemplado o chamado procedimento *ex officio*. Cumpre fazer-se nítida distinção entre a acusação (Poder Executivo) e o julgador (Poder Judiciário). Não é de boa técnica, nem recomendável o órgão judiciário tomar a iniciativa de promover a ação penal, bem como que tal atribuição seja própria do Ministério Público.

A ação pública de iniciativa privada é direito do ofendido, de seu representante legal, e no caso de morte da vítima, ou se declarada ausente por decisão judicial, transfere-se ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

A redação da norma referente à ação penal no crime complexo, que tanta celeuma causou no Código anterior, é simples e precisa, *in verbis*: “Quando a lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público” (art. 101).

O crime complexo é unidade jurídica, cujos componentes, vistos isoladamente, são definidos como infração penal. Nesse caso, se em relação a qualquer deles, fosse mantida a autonomia, atuaria o Ministério Público como *dominus litis*, dado que a ação penal, como regra, é pública incondicionada. O estupro serve de ilustração, com a autoridade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; em havendo lesão corporal grave, em razão de violência, como a ofensa à integridade física é crime de livre atuação do Ministério Público, também aquela o será.

Na ação penal pública condicionada, isto é, dependente seu exercício da requisição do Ministro da Justiça, ou representação do ofendido, uma vez que o particular haja solicitado a atuação do órgão da acusação, será irretratável “depois de oferecida a denúncia”. Com essa redação evitam-se os longos e tortuosos debates provocados pelo Código Penal de 1940 que, no art. 104, estabelece que a irretratabilidade ocorre depois de iniciada a ação. Simplifica-se sobremaneira o entendimento da lei, tomando-se como referência dado meramente cronológico.

O prazo da decadência do direito de queixa ou de representação foi mantido — seis meses —, contados do dia em que o respectivo titular souber quem é o autor do crime, ou, no caso de ação penal de iniciativa privada subsidiária, da data em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

De igual modo, são mantidas as normas que regem a renúncia do direito de queixa e o perdão do ofendido. A primeira ocorre quando houver prática de ato (expresso ou tácito) incompatível com a vontade de exercer a queixa. O segundo pressupõe ação penal em curso, cujo prosseguimento é obstado por comportamento (expresso ou tácito) do querelante de dar seqüência ao processo. É a fim de impedir malícia da vítima, que poderá chegar à extorção, o perdão concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita, mas, se concedido por um dos ofendidos (querelante), não prejudica o direito dos outros. Todavia, não produzirá efeito se o querelado o recusar.

Observe-se, a disponibilidade da ação penal de iniciativa privada, ou do prosseguimento da mesma, só é admissível até à sentença condenatória. A execução é sempre pública incondicionada.

Por derradeiro, dada a diferença dos efeitos penais e civis decorrentes do delito, há ressalva expressa de que o recebimento da indenização do dano causado pelo crime não implica renúncia do direito de oferecer queixa e logicamente também não traduz o *animus* do perdão.

Extinção da punibilidade

33. A *extinção da punibilidade*, em linhas gerais, obedece ao sistema do Código de 1940. Inicialmente, aprimorou-se a redação do art. 108, substituindo-se o vocábulo "ofendida" (incisos VIII e IX) por "vítima". Tecnicamente é apropriado, sabido que alguns crimes contra os costumes admitem o homem como sujeito passivo; emprega termo abrangente de ambos os sexos, ensinando que a expressão literal expresse nitidamente a extensão da norma. Em segundo lugar, atento à finalidade de extinguir-se a punibilidade pelo casamento da vítima com terceiro, se o crime for cometido sem violência ou grave ameaça, que é o resguardo da pessoa ofendida, não só a ação penal deve ser encerrada, mas ainda o prosseguimento do inquérito policial, pois o que se visa é o término de qualquer investigação do fato, se não houver interesse da vítima. De outro lado, arrolou-se perdão judicial entre as causas discriminadas no art. 107. Deslocou-se para o *caput* do art. 108 o parágrafo único do art. 108 do texto anterior.

A *prescrição* segue a disciplina do Código de 1940, operando-se "antes de transitar em julgado a sentença final" (art. 109), ou "depois de transitar em julgado a sentença condenatória" (art. 110), ressalvada a hipótese de "sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusa-

ção, ou depois de improvido seu recurso" (art. 110, § 1º). No primeiro caso, é regulada pelo "máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime" (art. 109), e nos demais, "pela pena aplicada" (art. 110 e § 1º). A distinção do marco de referência atende aos motivos de existência da própria prescrição, isto é, do fato até o início do processo criminal, ou da decisão jurisdicional não deve decorrer tempo tão longo, que faça desaparecer o interesse de punir, seja pela cessação do clamor público do delito, ou a presunção de que o agente não repetirá a conduta vedada; enquanto não definida a sanção concreta, a pena cominada serve de parâmetro, contudo, promovida a fixação, esta, e não mais aquela, será a referência para a extinção da punibilidade. A primeira é genérica, ao passo que a segunda própria e específica à imputação. A prescrição com base na pena *in concreto* é a principal, e a baseada na pena *in abstracto* subsidiária, vale dizer, prevalece enquanto não for definida a outra. Essa ilação se apóia não só no confronto da natureza dos institutos, como também no § 1º do art. 110: "A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada". Tais considerações buscam registrar que o *quantum* da condenação serve de referência para o cálculo da integridade do direito de punir, que fenece por não haver sido promovida a ação criminal, ou não encerrado o processo entre duas causas interruptivas da prescrição, valendo como referência da quantidade da condenação. Daí alguns autores denominarem essa modalidade "prescrição retroativa", isto é, computado o tempo decorrido entre o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e a última data de interrupção da prescrição. Em verdade, a sentença fixa a pena aplicável ao fato *sub iudice*, entretanto, prolatada quando já alcançado pela prescrição o direito de punir.

Os prazos são comuns (art. 109), aumentados de um terço, se o condenado for reincidente, na hipótese de prescrição depois do trânsito em julgado da sentença condenatória. Tais prazos aplicam-se ainda às penas restritivas de direito (art. 109, parágrafo único). Ocorrem duas exceções: quanto à multa, que se opera em dois anos, se for a única cominada, só ela aplicada, ou ainda não cumprida (art. 114), e no caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, cujo período é o restante da pena (art. 113). Reduzidos de metade se o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou maior de setenta, na data da sentença (art. 115).

Assinale-se, o Anteprojeto, tomando posição em divergência doutrinária, com o intuito de impedir dúvidas de interpretação, não admitia que a prescrição tivesse por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. Emenda, na Câmara dos Deputados, no entanto, conferiu a redação do § 2º do art. 110. Consagrou-se jurisprudência, há alguns anos, esboçada no Supremo Tribunal Federal, admitindo o referido termo *a quo*.

Os termos iniciais da prescrição, coerentes com a natureza do instituto são: o dia em que o crime se consumou; no caso de tentativa, de quando cessou a atividade criminosa; nos crimes permanentes, da cessação da permanência; nos de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido (art. 111).

A interrupção e a suspensão são próprias do instituto, pontos, note-se, distintivos da decadência. As respectivas causas, conforme estatuem os arts. 116 e 117, são as mesmas do Código Penal de 1940, entretanto, corrige uma omissão, isto é, não só a reincidência impede que a interrupção produza efeito relativamente a todos os autores do crime, mas também o "início ou continuação do cumprimento da pena" (art. 117, § 1º), porque, na pluralidade de condenados, a hipótese pode ser própria de um só ou de alguns, o que evidentemente, não poderá prejudicar os demais.

A absorção das penas mais leves também foi reproduzida (art. 118).

O art. 119 é novidade: agasalhou jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, determinando, com acerto, que, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um isoladamente. A norma é lógica; caso fosse considerado o total da condenação, acarretaria prejuízo para o réu, transformando o favorecimento em prejuízo. O Verbete nº 497 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dispõe: "Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação".

O *perdão judicial* há muito vem sendo pleiteado para figurar como causa geral de extinção da punibilidade, como, entre nós, já se manifestaram ESTHER FIGUEIREDO FERRAZ, RAUL CHAVES, CERNICCHIARO, JAIR LEONARDO LOPES. Adotado pelo Código Penal de 1969 (art. 107, V), que deixou, porém, de declarar os seus efeitos, restringindo-se a respectiva Exposição de Motivos a explicar: "não se julgou necessário esclarecer que, no caso de perdão, deve o Juiz abster-se de condenar, julgando presentes os pressupostos da condenação; abstém-se neste caso o Juiz de proferi-la, declarando extinta a punibilidade pelo perdão" (nº 36).

A Comissão Revisora reputou conveniente, em face da polêmica da doutrina, seja quanto à natureza jurídica da sentença (declaratória, ou condenatória), bem como se o Juiz deve aplicar a pena, afirmando a extinção a seguir, ou reconhecer o crime, sem se preocupar com a *sanctio iuris*. O tema não é meramente acadêmico, repercutindo, entre outros aspectos, na primariedade.

Adotou-se a melhor orientação. O perdão é do crime, ou seja, o Estado, em virtude das peculiaridades do fato e do agente, por política criminal, prefere, na espécie, não conferir relevância jurídico-penal ao caso. Todavia, como só se perdoa a quem haja cometido o ilícito, a anti-

juridicidade da conduta precisa ser averiguada a fim de concluir se verdadeira a imputação. Não se perdoa o inocente. Demais, o réu tem direito à sentença de mérito, que poderá reconhecer a absolvição plena, preferível e que deve anteceder a qualquer espécie de extinção da punibilidade.

Artigo 2º

34. O art. 2º do Código harmoniza a redação da parte especial do Código Penal e as leis especiais ao sistema da pena de multa, determinando cancelar qualquer referência a valores de multa, substituindo, de outro lado, a expressão “multa de” por “multa”.

Artigo 3º

35. Todas as leis devem ser eficazes; urge aos Estados, Distrito Federal e Territórios, dentro de um ano, tomar as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direitos. Não faz sentido alterar-se a legislação sem que seja cumprida; é preciso unir o normativo ao fático.

O Código não poderia deixar de prever todas as hipóteses de aplicação, até mesmo eventual dificuldade de implantação do novo sistema. Daí o parágrafo único do art. 3º: “Nas Comarcas onde ainda não for possível a execução das penas previstas nos incisos I e III do art. 43 do Código Penal, poderá o Juiz, até o vencimento do prazo de que trata este artigo, optar pela concessão da suspensão condicional, observado, no que couber, o disposto nos arts. 77 a 82 do mesmo Código.

Artigo 4º

36. O Poder Executivo fará publicar o Código Penal com seu texto atualizado.

Artigo 5º

37. A *vacatio legis* foi fixada em seis meses, prazo bastante para o conhecimento do novo Código Penal. O Código, mais do que qualquer outro congêneres, foi democrática e amplamente debatido em Universidades, Tribunais, Institutos e Associações de Advogados, Magistrados, Membros do Ministério Público, na Escola Superior da Magistratura, amplamente analisado na imprensa e revistas especializadas e em inúmeros encontros de professores, entre os quais, exemplificativamente, merecem registro: 1º Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária (Brasília), Seminário sobre a Reforma Penal (Goiânia), (Belo Horizonte), Reforma do Sistema Criminal Brasileiro (Campo Grande), I Jornada Maranhense de Direito Penal (São Luís) e I COMAGO (Anápolis).