

A REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Heitor Costa Junior

Observamos um indevido ceticismo quando se fala da necessária reforma do sistema penal vigente em nosso país. Apesar desta haver começado há 20 anos — com o Projeto Hungria de 1963 — existe uma tendência emocional no sentido de defender-se o Código de 1940, excelente, sem dúvida, em seu tempo. Critica-se a reforma penal, esquecendo-se de que o direito como produto cultural não se pode afastar de seu momento histórico. Não pode permanecer estático sob pena de sua completa fossilização.

A nossa codificação punitiva em vigor é um direito de Estado Novo fundado em modelos europeus do início do século. Não devemos nos surpreender, assim, com a reforma penal brasileira. Vivemos, não só aqui, mas em todo mundo um momento de grandes modificações legislativas. Isto porque as normas de cultura constituem o pressuposto do Direito Penal e refletem a situação sócio-cultural de um povo, como ensina Mayer. No âmbito da América Latina, observam-se significativas modificações nas leis penais. Aí estão os Códigos da Colômbia, do Equador, Costa Rica, Bolívia, Venezuela e Cuba, para não se falar no Código Penal Tipo. Temos no velho mundo o exemplo da Alemanha Ocidental, da Áustria de 75, Portugal, Suíça (a revisão de 1971) além dos países socialistas, na década de 60, o que levou Jescheck a dizer que vive o mundo um movimento internacional de reforma de maneira tão intensa sem semelhante na história, fruto da liberalização e humanização do Direito Penal iniciado a partir de 1950.

Devemos ter presente ser o conhecimento científico, sempre, a reforma de uma ilusão. Não há ciência sem renovação, sem retificação. Chiovenda, lembrado na exposição de motivos do Código de Processo Civil brasileiro, também recente, adverte: ou se faz uma reforma fundamental ou se renuncia à esperança de um sério progresso. Hungria afirmava ser o mal das reformas parciais a transformação do Código num mosaico. Na Espanha, assinala Cuelo Callon: "A medida que passam os dias se sente com mais força a necessidade de uma reforma penal, não parcial, não limitada, de mera superfície como até agora realizada, mas uma renovação profunda e completa que assente sobre novas bases o nosso ordenamento positivo".

O ilustre prof. Francisco de Assis Toledo, presidente da Comissão encarregada da reforma penal, também lembrou ser o Direito Penal fenômeno histórico submetido a interminável processo de ajustamento às exigências de uma sociedade em constante mutação. Por estas razões afirmei que não devemos nos surpreender com os movimentos de reforma legislativa daqui e de outros países. É simples-

mente natural e inevitável que isto ocorra, sendo verdadeira, como nos parece, aquela feliz afirmação de *Juan Del Rosal* no sentido de que o "penalista vive no centro da significação histórica do acontecimento da vida". Desta forma, tem plena e absoluta razão o autor da exposição de motivos do novo Código Penal: "nossa legislação criminal continua inadequada às exigências da sociedade brasileira".

De 1940 a nossos dias ocorreram profundas modificações no pensamento penal ditadas pela evolução da política criminal. Repensou-se o sistema, não só inadequado à realidade brasileira mas também às conquistas universais da ciência penal. Isto aliás é natural pois "toda codificação se inspira e faz prevalecer uma corrente de idéias, uma filosofia, sem apresentar, por vezes, um sistema filosófico em sua inteireza. No código napoleônico temos o ideário da ilustração. No Código Penal austríaco o sistema kantiano, no Projeto Bernardo Vasconcellos prevaleceu o utilitarismo de *Bentham*. O Código Civil de Bevilacqua seguiu a concepção individualista de *Spencer*" (cf. "Filosofia do Novo Código Penal", in "Rev. Brasileira de Filosofia"). O Código Penal italiano de 1931 está orientado pelo "racionalismo liberalizante, a dialética hegeliana e a filosofia do autoritarismo" (cf. *Bettiol*, "R.D.R.", 15/16). O Código Penal alemão de 1870 respirava, segundo ensinamento de *Maurach*, a filosofia hegeliana ("Os caminhos do DP alemão, no projeto de 1960", in *Estudos de Direito em homenagem a N. Hungria*).

A verdade é que o Direito Penal clássico agoniza. Não estamos mais no século XIX, no qual, como já se disse, "a cientificidade do Direito Penal se baseava nas idéias antropológicas do positivismo que supervalorizava o conceito de periculosidade". A imputabilidade penal suportava o sistema fundado na idéia do livre arbítrio, desvinculado de qualquer influência ou circunstância, quer social, quer psicológica, o que desembocava no idealismo penal também e tão criticável quanto o materialismo biológico, segundo *Zaffaroni*. Não se duvida hoje que a autodeterminação humana está limitada pelas circunstâncias. Na célebre lição de *Ortega y Gasset* "eu sou eu e as minhas circunstâncias".

Uma sociologia alternativa opondo-se à concepção estrutural funcionalista, nega a utopia do consenso, a integração e o equilíbrio da ordem social. Diversamente do que muitos sustentam a sociedade não é uma estrutura bem integrada e não se baseia no consenso daqueles que a integram. Define-se, pois, o delito como "produto essencial de nossa organização social" (*Taylor*).

Uma nova criminologia abandonando a análise biopsicológica vê a conduta desviante em relação de funcionalidade ou disfuncionalidade na estrutura social. Não mais se olha o homem criminoso como "diferente", "diverso" dos indivíduos normais. O desenvolvimento da criminologia possibilita a compreensão de que a criminalidade não se limita a determinados grupos marginais da sociedade — vide a elo-

qüente demonstraco disto na cifra negra e nos crimes do colarinho branco — achando-se muito mais amplamente difundida do que se crê.

Observa-se, com toda correção, contudo que, no processo de seleção de delinqüentes, determinados grupos e classes figuram odiosamente em excesso, enquanto outros não estão sequer representados no sistema da justia penal. É a negação insofismável, lembrada por *Baratta*, do mito da igualdade no Direito Penal proveniente de uma ciência crítica do direito repressivo.

Para a Criminologia radical o crime é visto como conseqüência das contradições existentes na estrutura das relações sociais. Saliante-se a natureza delitativa do capitalismo como sistema, mostra-se que a criminalidade é condicionada pelo poder, enfim, é produto de nossa injusta estrutura social e instrumento do Estado para manter a ordem social vigente. Cientistas sociais como *Merton*, mesmo não intgrando esta corrente de pensamento, demonstram o desencontro entre objetos culturalmente definidos e os meios institucionalizados para alcan-los. Tem, atualmente, a criminologia, assim, segundo *Baratta*, a função de subministrar os conhecimentos antropológicos e sociológicos necessários a uma fundamentação ontológica e naturalista do crime, a tarefa de construção conceitual e sistematização que partindo da lei penal positiva leve a cabo a dogmática.

O movimento de política criminal

Se não se pode analisar nenhuma produção jurídica fora do contexto histórico em que se realiza, vejamos, rapidamente, que influências receberam os penalistas brasileiros de nossos dias: a partir dos anos cinqüenta ressurge na Europa a política criminal redescoberta em função da crise da dogmática. Reestuda-se *Von Liszt* — para quem o Direito Penal é o termmetro da liberdade política. *Roxin*, recentemente, com grande brilhantismo, aponta a crise da dogmática e lembra que os problemas político-criminais formam parte do conteúdo da teoria do delito, advertindo: para que serve a solução de um problema jurídico se do ponto de vista político-criminal ela é errnea? *Marc Ancel* v a justia criminal como ação social de proteção e prevenção, opondo-se, também, ao dogmatismo acrítico.

Novoa, *Grammatica*, *Ordeig*, e entre nós *Roberto Lyra Filho*, preocupam-se, dentre outros, com os mesmos problemas. Prega-se até a total abolição do Direito Penal como fizera *Merkel*. O sistema clássico de *Carrara* e *Rossi* que sustentava a teoria absoluta da pena — o imperativo categorico na concepção kantiana — agoniza.

Fala-se de um novo Direito Penal, de um Direito Penal anticriminal de justia social. Sustenta-se um direito-dever de defesa social e o total abandono do Direito Penal tradicional (*Marc Ancel* e *Graven*).

O XI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste em 1974, proclama que o sistema tradicional de repressão

e retribuição é cada vez mais criticável não se podendo evitar a procura de métodos e meios para organização da reação anticriminal, superando-se a abordagem meramente formal dos problemas do crime.

A crença na modificação dos delinquentes e a possibilidade de recolocá-los na vida social, após internamento, desaparecem, reinando grande ceticismo em relação a tal crença, face aos escassos resultados alcançados pelos conhecidos processos de ressocialização.

Observa-se que o "*princípio da intervenção mínima*" do Estado constitui para o legislador verdadeira exigência ética. Adverte-se de que, historicamente, abusou-se do Direito Penal sem que fosse dada atenção às formas de controle social não penal. Insiste-se na afirmação de que toda mudança no sistema penal deve respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais da pessoa. A manutenção da ordem, salienta o sociólogo *Bottomore*, "depende do clima moral da sociedade. A eficácia da regulamentação jamais depende apenas das sanções físicas, mas de uma atitude geral de respeito à lei e para isto é preciso que o direito seja aprovado moralmente pelo povo".

A imposição da pena — resposta dada pelo século XVII a uma crise econômica que afeta o mundo ocidental, segundo *Foucault* — somente se legitima quando seja materialmente impossível suprimir-se determinada perturbação social através de medidas menos duras de política criminal (*Roxin*).

A pena criminal é definida como "*uma amarga necessidade em uma comunidade de seres imperfeitos*", como está dito expressamente em famosa passagem do Projeto Alternativo Alemão de 1966. Repete-se, como *Beccaria* e *Montesquieu*, que a certeza da inexorabilidade da aplicação da lei é mais temida do que a sua gravidade. O grande mal, realmente, é a impunidade, aí estando os crimes do colarinho branco a demonstrá-lo.

Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena privativa de liberdade como forma quase exclusiva de controle social. Adota-se o conceito de pena necessária de *V. Liszt*. Mostra-se a função da pena, da culpabilidade e a problemática do autor. Isto representa a humanização do Direito Penal. É a sua inevitável e necessária secularização. Deve ele visar apenas objetivos de fundo social. Sai, assim, o Direito Penal, simplesmente da esfera da moral, transformando-se em instrumento de controle social. Isto se dá porque se toma consciência de que a aplicação do Direito Penal provoca enormes conseqüências negativas no plano social. Ele se impõe, somente, como *ultima ratio*, dando possibilidade de medidas outras de controle social mais moderadas e menos onerosas sempre que se apresentem como suficientes à proteção da sociedade: é o *princípio da intervenção mínima*. Por sua vez, a sociedade aparece, também, como responsável pelo delito e a

culpabilidade como princípio básico da política criminal. A discriminação entra em evidência. O centro de gravidade das reformas se coloca nas sanções, na reação penal. Luta-se contra as penas de curta duração. Medidas substitutivas e alternativas propostas desde a escola sociológica de V. Liszt são repensadas. A pena pecuniária ganha grande importância. A medida de segurança é vista como sanção autônoma alternativa à pena privativa de liberdade. Tenta-se evitar a responsabilidade objetiva especialmente nos crimes qualificados pelo resultado e no erro de proibição. Adota-se a concepção pessoal do ilícito penal. Questiona-se a eficácia da pena. Não se renuncia à pena privativa de liberdade, mas sente-se a necessidade de racionalizar-se a sua execução.

Quantas e quão significativas as novas orientações recolhidas pela Comissão redatora do novo Código. Tentaremos extrair dele alguns princípios que presidiram a reforma. Lembramos que esta rápida e despreziosa análise será feita apenas em relação a alguns aspectos da Parte Geral, a única até agora elaborada e inegavelmente a mais importante na medida em que nela aparecem, como lembra *Pietro Nuvolone*, as posições assumidas pelo legislador sobre os grandes problemas do pensamento jurídico penal. Vejamos tais princípios: legalidade, princípio do fato ou da exterioridade (contra o direito penal do autor), bem jurídico, culpabilidade ou responsabilidade subjetiva (contra o D. P. da vontade que não se contenta em punir apenas o resultado); retribuição (princípio da personalidade e responsabilidade penal) e prevenção que não é incompatível com aquela; sistema progressivo na aplicação da pena; sistema vicariante para medidas de segurança; critério biopsicológico para imputabilidade ou imputação psicológica do fato ao agente, culpabilidade normativa, sistema escandinavo nos dias-multa, que, de passagem deve ser dito, já constava de nosso Código Imperial.

Deixaremos de lado o 1.º Capítulo cujas modificações são mínimas, criticando, somente, o não reconhecimento do princípio da reserva legal para aplicação nas medidas de segurança como observado no Projeto Alternativo, no novo Código Penal Austríaco e no Português. Como se sabe, no C. Penal em vigor as medidas de segurança estão submetidas ao princípio da reserva legal no sentido da anterioridade do fato, regendo-se pela lei vigente ao tempo da sentença. Se diversa, prevalecerá a lei do tempo da execução o que tem sido apontado como incorreto, face ao caráter aflagrante de tais medidas. Tem razão aqui *Mourullo*: o Estado não pode ter um ilimitado poder de reprimir. Ainda neste Capítulo, adequando-se ao texto constitucional, o novo Código amplia a garantia da aplicação da *lex mitior* que retroagirá, sem exceções, mesmo frente à coisa julgada. Neste sentido expressamente determina o parágrafo único do artigo 2.º: "A lei posterior, que de *qualquer modo* favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

No Título II, o Projeto de 1981 não havia conceituado a causalidade como fizera o legislador de 1940, restabelecendo esta definição, ementa apresentada na Câmara com evidente retrocesso na técnica legislativa. Bem melhor, a nosso ver, a redação do art. 13 do Projeto de 1983 que, inclusive, esclarecia a inexistência de causalidade na omissão. Adotaram-se, superando-se grave lacuna do Código em vigor, os critérios da posição de garantidor nos crimes impróprios por omissão na linha dos códigos mais recentes. Que categoria de pessoas estreitamente vinculadas ao bem jurídico são garantidores? O Código de 1940 não esclarecia. A fundamentação deste dever de agir deflui da obrigação de cuidado, proteção ou vigilância imposta pela lei, a livre assunção da responsabilidade de impedir o resultado e a conduta precedente perigosa. Como os crimes impróprios por omissão não estão tipificados plenamente, pois são tipos abertos, esta disposição era necessária. Já era, no entanto, evidentemente do conhecimento da doutrina brasileira, a posição de garantidor tema de grande complexidade.

Como consignado na Exposição de Motivos do Projeto 83, dirimiu-se a dúvida no que concerne à superveniência de causa independente, incluindo-se no § 1.º do art. 13 a palavra "relativamente".

Manteve-se a redação do crime consumado e tentado, prevalecendo a *teoria objetiva*. No tratamento da desistência voluntária, o Projeto 81 reproduziu o Código de 1940. O Projeto de 1983 não mais se referiu, como o novo Código Penal, a "desiste da consumação", mas usa a expressão "desiste de prosseguir na execução", sugestão que fizéramos em debate realizado sobre o Projeto no Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro. Não custa lembrar que o Direito Penal liberal está fundado, como ensina *Soler*, na existência de lesão. Temos aí o Direito Penal do fato a exigir um comportamento concreto do autor do ilícito penal. O desvalor do ânimo, ensina *Mourullo*, só adquire significação penal quando associado à criação de lesão ou perigo ao bem jurídico.

Infelizmente foram mantidos os conceitos de dolo e culpa constantes do Código em vigor em dissonância com o atual desenvolvimento doutrinário da matéria. Não se discrimina, no conceito do dolo, a representação, mas apenas o dado volitivo, nem a inobservância, na culpa *stricto sensu*, do dever objetivo de cuidado exigível. Havíamos sugerido, no mencionado relatório do Instituto de Ciências Penais, a técnica empregada no então Projeto Eduardo Correia ou a do Código Penal Tipo para América Latina, para o dolo direto e para o eventual a forma adotada no Código Penal Cubano de 1969. Em relação aos crimes culposos, já encontrávamos técnica mais precisa desde o Código Penal de 1969, como também no Código Penal Tipo. Tais diplomas legais enfatizam a violação do indeclinável dever de cuidado.

O Novo Código cria a figura do arrependimento posterior à consumação do crime como causa obrigatória de redução da pena de

1 a 2/3 nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa até o recebimento da denúncia ou da queixa por ato voluntário do agente. Observe-se que no Projeto de 83 a redução de 1 a 2/3 era apenas facultativa. A nosso ver, o que há, aqui, não é arrependimento posterior, mas reparação do dano a que se atribui grande relevância. Entendemos as razões de política criminal que inspiraram e determinaram esta norma legal, mas sem dúvida alguma, ela se torna perigosa e por demais abrangente. Os grandes crimes contra a administração pública, os delitos do colarinho branco persistirão em total impunidade. Ademais, como já afirmado no parecer elaborado no Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, o local apropriado para tal dispositivo seria o título dedicado às penas. Em emendas apresentadas ao então Projeto de reforma o M. Público brasileiro, através da CONAMP, entendeu ser elitista tal dispositivo e sugeriu fosse limitado aos crimes contra o patrimônio praticados sem violência ou grave ameaça.

Grande e feliz novidade é a que traz o art. 19 ao disciplinar a agravação pelo resultado. O agente só responde pelo resultado agravador quando o houver causado, no mínimo, com culpa. O código em vigor era omissivo a respeito, o que não ocorria com o anteprojeto Hungria, nosso C.P. 69, o Código Alemão e o Italiano. A regra, como assinalado na Exposição de Motivos, se estende a todas as causas de aumento situadas no desdobramento criminal da ação. Nota-se a preocupação com o princípio da culpabilidade, eliminando-se o resultado agravador da responsabilidade objetiva.

No que concerne ao instituto do erro, o Código acertadamente abandona a antiga concepção romana, erro de direito e de fato, dando relevância, o que é louvável, ao erro de proibição se inevitável. Adota-se, porém, a teoria limitada da culpabilidade à qual podem ser feitas sérias restrições. Vinculam-se as causas de justificação putativa ao erro de tipo, o que não nos parece ser a melhor solução doutrinária.

Segundo a *teoria limitada da culpabilidade*, tão criticada na doutrina alemã por *Welzel* e *Maurach*, se há uma causa putativa de justificação, teremos erro de tipo excludente do dolo, podendo-se punir a forma culposa. Por sua vez, o erro sobre os limites das causas de justificação figura como erro de proibição, exculpando, se escusável o erro, ou atenuando a sanção, se evitável. Parece-nos ser, em relação ao problema, melhor a solução proposta pela teoria extrema da culpabilidade. Segundo esta, a consciência da ilicitude não integra o dolo, mas faz parte da culpabilidade. *Cordoba Roda* afirma que a teoria da culpabilidade revitaliza a superada distinção entre erro de fato e de direito. São contundentes, também, as críticas de *Maurach* a esta teoria que permite diverso tratamento ao erro, punindo-se na forma negligente, caso ocorra erro sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação. Mas o dolo não se exclui por ocorrência do erro de proibição e por isto as causas putativas de justificação

não deveriam ter sido tratadas como espécie de erro de tipo. A adoção da teoria limitada gera a aceitação da exclusão do dolo nas causas putativas de justificação e por isto se aproxima da teoria extrema do dolo na qual a consciência da ilicitude a integra. *Welzel* critica asperamente a teoria adotada pelo legislador brasileiro, dizendo ser um equívoco transformar-se o desconhecimento reprovável de uma realização típica antijurídica em um crime culposo e que tal posição gera inadmissíveis lacunas na punibilidade. Enfim, observa-se que nas descriminantes putativas permanece o tratamento dado pelo legislador de 40. Se o erro do agente não for escusável pune-se a forma culposa evidentemente, desde que seja ela típica. Caso contrário, resta a referida lacuna apontada por *Welzel*. Não se pode negar, contudo, que a teoria limitada da culpabilidade prevalece na jurisprudência alemã sendo lá sustentada, também, por grandes doutrinadores.

Observamos, ainda, que o Código não coloca as causas de exclusão em apenas um artigo, como sistematicamente seria necessário e como já fizera o Código de 69. A coação irresistível, seja física ou moral, está inserida no mesmo artigo, ao lado da obediência hierárquica, com conseqüências técnicas diversas.

Entre as causas de exclusão de antijuridicidade não se elencou o consentimento do ofendido, ampliando-se o excesso doloso ou culposo a todas as excludentes. Não se cuidou do excesso intensivo por escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo como previsto no § 1.º do art. 30 do C.P. 69.

No Título III mantém-se a imputabilidade penal a partir dos 18 anos. "O reajustamento do processo de formação de caráter deve ser cometido à educação e não à pena criminal" (Exposição de Motivos, item 22).

Adotou-se o critério biopsicológico introduzindo-se o *sistema vicariante* para o semi-imputável, abolindo-se, em conseqüência, as medidas de segurança para o imputável. Realmente o sistema da *double via* que nascera como complemento à insuficiência da sanção retributiva não é mais recomendável. A medida de segurança para imputáveis constitui verdadeira pena. Aplicá-las, na atualidade, seria um erro. Pena e medida de segurança devem ser consideradas em conjunto. As medidas de segurança ferem o princípio básico do Estado de Direito. O duplo binário já fora excluído do Projeto Hungria de 63 e do Código Penal de 69. Neste último está dito: medidas de segurança detentivas constituem verdadeiras penas, face a seu caráter aflitivo. Aliás, diversos autores já advertiram, como por exemplo, *Grispigni*, que pena e medida de segurança se confundem. O "momento histórico" em que surgem as primeiras concepções sobre a periculosidade social, segundo *Tosca Hernandez*, "fundamento das medidas de segurança corresponde ao final do Século XIX e início do século XX Europa", "quando o sistema capitalista liberal alcançava seu apogeu e as crises começaram a manifestar-se". Foi, segun-

do o mesmo autor, "adicionada à responsabilidade moral do Direito Penal clássico a responsabilidade pela periculosidade social geradora de medidas pré e pós-delituais, prescindindo-se de qualquer juízo de valor (*Ideologização dos delitos e das penas*, p. 19). Entre nós, *Andreucci* afirmou: "a idéia de reeducar termina por sujeitar o condenado ao Estado por tempo incerto e portanto ao arbítrio, motivo pelo qual os totalitarismos sempre optaram pela defesa social e não pela retribuição".

Não se acatou, o que louvamos, a categoria dos criminosos habituais ou por tendência, nem a pena indeterminada do C.P. de 69.

Como disse o eminente prof. *Francisco de Assis Toledo*, o Código adotou o "Direito Penal do fato do agente, contudo não descarta do agente do fato" e compatibiliza este princípio com a culpabilidade pela conduta de vida, dando prevalência ao Direito Penal do fato concreto, singular. Não se substitui a culpa pela periculosidade social, nem se consideram as condições pessoais do agente na aplicação da pena como na agravação pela reincidência. Na mesma linha de pensamento a lição de *Juan del Rosal*: "autor é autor de um fato. Fato é fato de um autor". Pelo princípio da culpabilidade deve-se reprovar ao agente um injusto para que se lhe aplique uma sanção penal. O desvalor do ânimo que é o conteúdo da culpabilidade se expressa no fato, como lembra *Wessels*.

No "concurso de pessoas" deu-se tratamento tradicional. Infelizmente deixou-se de distinguir o autor direto, do mediato e os co-autores, dos instigadores e cúmplices. Não se legislou acerca do conhecimento, pelos partícipes, das circunstâncias comunicáveis, exigência impostergável do Direito Penal da culpabilidade. As circunstâncias ou condições de caráter pessoal, menos as elementares ao crime, devem ser conhecidas pelo partícipe, o que aliás foi objeto de sugestão de *Nilo Batista* inserida no parecer do Instituto de Ciências Penais remetido ao Ministro da Justiça em abril de 1981 e do trabalho, sugerindo emendas, apresentado pelo Ministério Público, através da CONAMP, do qual tivemos a honra de participar.

Manteve-se o princípio vigente no Direito Penal brasileiro de que as sociedades, as organizações não podem delinquir, regra que está necessitando de urgente revisão como pensam *Von Liszt*, *Jescheck*, *C. Callon*, *Hafter*, *Mezger*, além de autores italianos e franceses. Deveríamos, talvez, ter assimilado a experiência do direito anglo-americano neste sentido, como fizeram o legislador português de 1982 e o alemão, ao cuidarem no concurso de agentes da "atuação em nome de outrem". Sabe-se hoje que os danos causados pelos crimes das organizações são infinitamente maiores do que o da criminalidade convencional. É preciso que se enfrente esta grave questão. Não precisaremos chegar à violação do princípio da culpabilidade. Uma solução tecnicamente satisfatória seria, como sugerido por *J. Gotti*, colocar-se o empresário autor de ilícitos penais na posição de garantidor. Além dos crimes omissivos poder-se-iam criar tipos culposos.

Pena

A feliz influência da Política Criminal fez com que as principais transformações no novo Código sejam encontradas no Título V, dedicado às penas. Aqui está a sua parte mais criativa. Restringe-se a pena privativa de liberdade. Esta só será aplicada quando dela não se puder prescindir. A necessidade é o fundamento de sua aplicação. As medidas alternativas, por muitos temidas, não têm, como lembra *Tartaglione*, realmente nada de revolucionário. Desenvolvem-se sobre a influência do filão ideológico que, partindo do iluminismo, do positivismo, tornam-se expressões da Defesa Social" (*in Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*).

Sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos. O preso tem um código de valores diverso daquele da sociedade. É o fenômeno da prisonização tão bem estudado por *Goffmann*. Em unísono, já se afirma, acerca da pena privativa de liberdade, ser ela ineficaz e apresentar resultados secundários indesejáveis. Não mais se justificam as expectativas preventivas da sanção criminal. Caminha-se, portanto, na busca de alternativas à prisão. Neste sentido, algumas penas, até então acessórias, passaram a principais ou a efeitos da condenação.

A privação da liberdade ficará, doravante, reservada, somente, aos crimes mais graves. Maior rigor é observado nos delitos praticados com violência à pessoa e se percebe, também, maior preocupação com a vítima. Exemplo disto é o relevo dado à espontânea reparação do dano. Neste sentido, também, o novo Código representa grande avanço em relação ao Código em vigor, modificado pela Lei 6.416, de 1977, na qual se reconhecia a superlotação e a promiscuidade nas prisões brasileiras, o que levava "grande número de condenados, inclusive perigosos, a permanecerem em liberdade, não sendo possível cumprir-se os respectivos mandados de captura, por não haver onde recolhê-los" (Exposição de Motivos da Lei 6.416).

As maiores opções concedidas ao juiz na aplicação da pena são realmente um acerto. Adota-se o critério das três fases prestigiado pelo *Supremo Tribunal Federal*: pena-base, circunstâncias atenuantes e agravantes e causas de aumento e diminuição. A pena privativa de liberdade não superior a seis meses pode ser substituída pela de multa (art. 60, § 2.º) não sendo o réu reincidente e desde que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, além dos motivos e as circunstâncias, indicarem que seja suficiente essa substituição.

Lembre-se, a propósito, a lição de *Bentham*: "A pena deve ser análoga ao delito. Se a pena tem uma característica com o crime, imprime-se mais profundamente, entranha-se na imaginação com viveza".

A atenuante da menoridade é aferida na data do fato e a velhice na data da sentença. Na linha de maior poder discricionário concedido ao juiz na aplicação da pena cria-se a atenuante genérica facultativa — art. 66 — em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

A nova Lei de Execução Penal consigna, por sua vez, que aos presos são assegurados os direitos não atingidos pela sentença e que a execução penal visa a integração social do condenado. No que concerne à reincidência, conforme lembrado pela contribuição do Ministério Público do País, através da Confederação de suas Associações de classe, em sugestões de emendas apresentadas ao Projeto 83, não se fixou, como na legislação vigente, o termo inicial da contagem do prazo que exclui a reincidência nos casos em que é concedido perdão judicial. Propôs-se a inclusão no art. 64 da seguinte frase: “ou do trânsito em julgado da sentença que concede o perdão judicial”. Propôs-se, outrossim, a supressão do art. 120 do Projeto, o que não foi aceito.

As penas restritivas de direito são a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Vale ressaltar que o aprendizado compulsório do Projeto 81 não permanece no Código de 84. As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, mesmo quando não previstas na parte especial em substituição à pena privativa da liberdade fixada em *quantum* inferior a um ano ou quando o crime for culposo, desde que o réu não seja reincidente, atendendo-se a seus antecedentes, culpabilidade e a sua conduta social. É possível, contudo, a conversão daquelas nestas, pelo mesmo tempo da pena aplicada, desde que sobrevenha condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa e ocorra, injustificadamente, o descumprimento da restrição imposta. Como espécie do gênero interdição temporária, temos a proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública ou de profissão que dependa de habilitação do poder público e a suspensão da possibilidade de dirigir veículos. A limitação de fim de semana consiste na obrigatoriedade de permanecer em casa aos sábados e domingos por 5 horas, em casa de albergado ou outro estabelecimento. Não há referência à prisão-albergue domiciliar.

As penas acessórias foram, com esta denominação, extintas, transformando-se em principais, como a interdição temporária de direitos ou em efeito da condenação. Não se acolheram a repreensão e a admoestação judiciais como pena criminal. Revalorizou-se a pena de multa substitutiva. A condenação inferior a 6 meses pode ser convertida em multa. O valor da multa será de no mínimo dez e no máximo 360 dias-multa e o valor do dia-multa não pode ser inferior a 1/30 do salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 vezes este salário.

Com referência ao crime continuado, admite-se a continuação fundada na teoria objetiva pura, na hipótese de bens jurídicos personalíssimos mesmo sendo diversos os sujeitos passivos — art. 71. Possibilita-se, contudo, o aumento de pena de um só dos crimes se idêntica, ou a mais grave, se diversas, exasperada até o triplo.

No *sursis* não se adotou o sistema belgo-francês, nem o da *probation*. O primeiro não considera reincidente o réu que a cumprir e o segundo suspende a própria condenação. Ficamos com o sistema alemão. Reduziu-se o limite máximo no regime de prova do *sursis*. Para que o instituto não propicie a impunidade, instituíram-se as condições mais eficazes. Além das condições atuais, há prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

Refere-se o legislador a condenado não reincidente. Permite-se, portanto, a concessão do benefício do *sursis* àquele que já sofreu condenação anterior, mesmo ao condenado a crimes mais graves, face à regra da reincidência do art. 63, segundo a qual não prevalece a reincidência se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 anos. Mas o *sursis* é mais severo do que as penas restritivas de direito porquanto duas destas (prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana) foram colocadas como suas condições, salvo as hipóteses do § 2.º do artigo 78. Acrescentou-se ao artigo 77 do Projeto 83 um parágrafo, a saber: a execução da pena privativa de liberdade não superior a quatro anos poderá ser suspensa, por quatro a seis, desde que o condenado seja maior de 70 anos.

Amplia-se o arbítrio judicial no livramento condicional, pois reduziu-se o prazo para concessão do benefício (cumprimento de 1/3 da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes).

Os efeitos da condenação têm como conseqüência inovadora a perda do cargo, função ou mandato eletivo, ou incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela e inabilitação para dirigir veículo. Eles não são automáticos e devem ser motivadamente declarados na sentença.

O instituto da reabilitação sai do capítulo da extinção da punibilidade e pode ser requerido 2 anos após o cumprimento da pena. Medida correta e correta a sua fundamentação. A reabilitação, como declarado na Exposição de Motivos, não extingue mas somente suspende alguns efeitos penais da sentença condenatória, visto que revogada a reabilitação se restabelece o estado anterior. Já as causas extintivas da punibilidade operam efeitos irrevogáveis cessando a pretensão punitiva ou executória.

As medidas de segurança não detentivas desaparecem. Já afirmamos que o novo Código abandona o sistema do duplo binário, adotando o sistema vicariante para os fronteiriços. Não mais se aplica medida de segurança ao imputável. Só ao inimputável cuja peri-

culosidade se presume no artigo 97 diversamente do que determina o Projeto 81. Para os fronteiriços cria-se o tratamento ambulatorial, se o fato previsto como crime foi apenado com detenção. É uma faculdade concedida ao juiz. Há, ainda, a internação em hospital de custódia ou psiquiátrico e tratamento ambulatorial.

Desgraçadamente mantém-se a ação penal privada subsidiária da pública. Opinou o Ministério Público brasileiro pela supressão do artigo 100, § 3.º do Projeto onde esta vem legislada. Em caso de eventual inércia de um membro do Ministério Público a reclamação ao Procurador-Geral da Justiça sanaria qualquer problema quanto ao atraso no oferecimento da denúncia.

O perdão judicial figura entre as causas de extinção da punibilidade, esclarecendo-se que a sentença que o concede não gera reincidência (art. 120), o que era bastante discutível. Só pode ser concedido o perdão nos casos expressamente previstos em lei. Os autores do Código não seguiram a norma do artigo 60 do Código Penal Alemão já constante da Parte Especial do diploma penal em vigor em relação ao homicídio e lesão, ou seja, a possibilidade de prescindir-se da pena quando as conseqüências do fato hajam alcançado gravemente o autor do crime. Exclui-se reparação do dano no peculato culposo do elenco das causas de extinção de punibilidade.

O Projeto 83, no § 2.º do artigo 110 previa: a prescrição de que trata o parágrafo anterior não pode, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. No novo Código permite-se, na hipótese de prescrição após o trânsito em julgado para acusação, ou improvido seu recurso, que a prescrição tenha por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. Temos, portanto, agora, prescrição da chamada pretensão punitiva. No Código em vigor, de 40, o § 2.º do artigo 110 com a reforma da Lei 6.416/77, esclarece que a regra do § 1.º do mesmo artigo importa somente em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal (persistindo, pois, os demais efeitos da condenação) não podendo em hipótese alguma ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.

A Emenda da Câmara alargou a prescrição retroativa não dirimindo as conhecidas questões que a Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal suscitou. A redação do Código ao instituto da prescrição pode trazer problemas, gerando a impunidade, pois devemos considerar que o projeto de Código de Processo Penal — art. 17 — determina que a sentença condenatória não transita em julgado sem intimação pessoal do acusado, se este foi citado por edital. O referido projeto, em seu artigo 364, torna obrigatório o recurso sempre que o defensor for dativo.

O prazo da prescrição em crime continuado tem tratamento diverso do Código em vigor. Seu termo inicial não será a data em que cessa a continuação. Segundo o artigo 119, em caso de concurso de

crimes, a extinção de punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente, como lembraram os colegas do Ministério Público de São Paulo.

Salientamos, finalmente, algumas lacunas: não se legislou sobre o concurso aparente de normas, não se adotou a teoria diferenciadora no estado de necessidade, não se fez referência à responsabilidade penal das pessoas jurídicas como aconselhava o XII Congresso Internacional de Direito Penal. Mas isto, de forma alguma, não nos impede de reconhecer que o novo Código é, inegavelmente, um sistema moderno à altura das tradições do Direito Penal brasileiro e recolhe as concepções liberalizantes do pensamento penal de nossos dias.

Aguardemos a Parte Especial em consonância com o contexto cultural de nosso País sempre atentos a que o Direito Penal "integra a política social do Estado e que por isso o Direito Penal do Estado de Direito (*Mouruilo*) deve garantir a liberdade moral e política, tornando possível, em uma sociedade pluralista, o exercício de todas as liberdades reconhecidas nos demais ramos do Direito", tudo fazendo para que seja, em um mundo tão violento, onde mais se pensa em segurança do que em justiça, garantido o valor supremo de respeito ao ser humano.