

João Baptista de Oliveira Figueiredo
Presidente da República

José Carlos Freire
Diretor-Geral do Departamento Administrativo do Serviço Públíco – DASP

Jackson Guedes
Presidente da Fundação Centro de Formação do Servidor Públíco – FUNCEP.

Revista do

SERVIÇO PÚBLICO

Edited pela Fundação Centro de Formação do Servidor Públíco –
FUNCEP, registrada no cadastro da Divisão de Censura de Diversões
Públícas do Departamento de Polícia Federal sob o número 2.326,
p. 209/73.

Redação, Administração e Comercialização
Setor de Áreas Isoladas Sul – Telefone (061) 244-7488
70610 – Brasília, Distrito Federal

Conselho Editorial

Alvaro da Costa Franco
Corina Pessoa de Abreu Jardim
Glauco Lessa de Abreu e Silva
Guilherme Marcos de La Penha
Henrique Fonseca de Araújo
Jarbas Passarinho
José Guilherme Merquior
José Maria dos Santos Araújo Cavalcanti
Leyla Castello Branco Rangel
Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque
Luiz Viana Filho
Marcílio Marques Moreira
Roberto Cavalcanti de Albuquerque
Roberto Lyra Filho

Editora chefe

Corina Pessoa de Abreu Jardim

Coordenador editorial

Cícero Silva Júnior

Copidescação e revisão

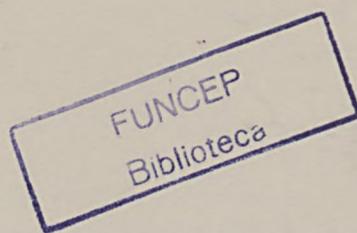
José Carlos Campanha

Diagramação e arte

Lavoisier Salmon da Silva Neiva

Os conceitos emitidos nos artigos são da exclusiva responsabilidade
dos autores. É permitida a reprodução da matéria aqui publicada,
desde que citada a fonte.

Sumário



Carta do editor	3
Relevância processual da reforma penal <i>Rogério Lauria Tucci</i>	5
Aspectos gerais da reforma penal brasileira <i>Francisco de Assis Toledo</i>	15
O crime e seu resultado na reforma penal <i>Jair Leonardo Lopes</i>	23
O <i>sursis</i> e o livramento condicional nos projetos de reforma do sistema <i>René Ariel Dotti</i>	31
O despacho saneador no projeto de <i>Código de processo penal</i> <i>José Frederico Marques</i>	41
Suspensão condicional do procedimento <i>Weber Martins Batista</i>	45
O sistema de penas na reforma penal <i>Paulo Ladeira de Carvalho</i>	53
Justa causa na reforma processual penal brasileira <i>Plínio de Oliveira Corrêa</i>	59
Documentos	
Exposição de motivos nº 211 – <i>Código penal</i>	65
Exposição de motivos nº 212 – <i>Código de processo penal</i>	75
Exposição de motivos nº 213 – <i>Código de execução penal</i>	85
Resumos	103

Sumário

SERVIÇO PÚBLICO

REVISTA DO SERVIÇO PÚBLICO, Ano 1- n.1-
nov. 1937-1974, Brasília, DASP; 1981- Brasília, FUNCEP.
v. trimestral.

De 1937 a 1974, periodicidade irregular e editada pelo DASP. Publicada no Rio de Janeiro até 1959.

ISSN: 0034-9240

CDD: 350.0005
CDU: 35(05)

Carta do editor

O Instituto dos Advogados Brasileiros realizou, recentemente, em sua sede, sob a coordenação do professor Rogério Lauria Tucci, um Ciclo de Conferências sobre a Reforma Penal. Dele participaram o professor Francisco de Assis Toledo, coordenador das Comissões encarregadas da revisão dos projetos da Parte Geral do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, bem como os professores Jair Leonardo Lopes, René Ariel Dotti, José Frederico Marques, Weber Martins Batista, Paulo La-

deira de Carvalho e Plínio de Oliveira Corrêa, além do próprio coordenador do Ciclo, professor Rogério Lauria Tucci.

Tendo sido remetidos os projetos de Reforma Penal ao Congresso Nacional decidiu a *Revista do Serviço Público* editar as conferências cedidas pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, por julgar que sua divulgação concorrerá para expandir o debate sobre reforma de interesse nacional.

Rogério Lauria Tucci, professor das Faculdades de Direito Metropolitanas Unidas, do Instituto Mackenzie, de São Paulo, doutor em direito (Universidade de São Paulo – USP); professor de direito processual penal dos cursos de pós-graduação da Universidade de São Paulo – USP.

Rogério Lauria Tucci

Relevância processual da reforma penal

I – Prolegômenos

1. Considerações iniciais

Antes de proceder à exposição do tema que devo abordar — Relevância processual da reforma penal —, desejo expressar minha grande satisfação e correlato reconhecimento pela designação como coordenador e conferencista deste I Ciclo de Estudos sobre Direito e Processo Penal (Reforma Penal), idealizado pelo caro amigo Laércio da Costa Pellegrino, ilustre e atuante presidente deste prestigioso Instituto dos Advogados Brasileiros, assim como agradecer as generosas palavras de saudação com que fui cumulado, nesta oportunidade.

Isso expresso, no trato da matéria em referência deve ter-se presente, de logo, a necessidade de perquirição da importância das modificações alvitradas relativamente ao processo penal, no âmbito da reforma projetada. Ao objetivá-la, é com real alegria e orgulho que, como membro das comissões elaboradora e revisora do Anteprojeto de Código de Processo Penal (agora Projeto prestes a ser enviado ao Congresso Nacional pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República), a afirmo manifesta. Tal afirmação, aliás, quer no tempo quer no espaço, não constitui novidade.

Na aguda observação de João Mendes de Almeida Júnior, em *O processo criminal brasileiro*, 4^a ed., Rio de Janeiro, 1959, vol. I, p. 13, nº 3, sintetizando o entendimento corrente na doutrina processual penal universal, "As leis do processo são o com-

plemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixadas ao critério das partes ou à discreção dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos árbitrios, seria uma ocasião constante de desconfianças e surpresas. É essa a razão pela qual, se os legisladores puderam, em algumas épocas, deixar as penas ao árbitrio dos juízes, nunca deixaram ao mesmo árbitrio as formalidades de suas decisões".

Daí a indispensabilidade de grande prudência nos respectivos trabalhos de elaboração legislativa. Até porque, no dizer de M. Faustin Hélie — *Traité de l'instruction criminelle*, Bruxelas, 1863, ed. ampliada por J.S.G. Nypels e M. Léopold Hanssens, tomo I, p. 2, nº 1 —, com a atenção voltada para o estudo do processo penal, se a 'ação judiciária' apresentar-se embaraçada por excessivas precauções e formas complicadas, ou, pelo contrário, com regras concessivas de exagerada liberdade à atuação judicial, incompletas ou indefinidas, "a justiça deixará de ser justiça".

Além disso, a imprescindibilidade, também, de que as leis processuais penais sejam, realmente, bem elaboradas, de sorte a propiciarem investigação segura e integral da verdade material em prol do justo resultado do processo, com a asseguração de *ius libertatis* do inocente e a infilção ao culpado da pena cominada ao crime ou contravenção cuja prática lhe é imputada.

2. Orientação dos trabalhos de elaboração legislativa

Essa, dúplice, foi por certo a preocupação dos integrantes, tanto da comissão elaboradora, como da revisora, do Anteprojeto de Código Penal de 1981.

Tiveram elas em vista, sobretudo, a necessidade de agilização do procedimento penal, mediante a regulamentação de um sistema procedural tecnicamente estruturado segundo a moderna ciência processual penal e os ditames da realidade brasileira, posta em território imenso no qual se colocam situações diversificadas de progresso, comunicação, ambiência e costumes.

Atreladas, outrossim, ao consenso universal de índole do processo penal como garante da liberdade jurídica do membro da comunhão social tido como indigitado autor de infração a preceito penal normativo, bem como da imprestabilidade atual da pena privativa de liberdade, exceto no tocante aos denominados prisioneiros residuais, procuraram minimizar os efeitos da instauração e complementação da *persecutio criminis* em relação aos indiciados e acusados primários, de bons antecedentes e ocasionais.

Correlata e coerentemente, impuseram tratamentos rigoroso aos delinqüentes perigosos, cuidando de coibir, tanto quanto possível, a criminalidade violenta que grassa em toda parte, especialmente nos grandes centros.

Demais, reforçando a conformação técnica e a utilização prática de institutos de grande relevância e expressividade, como o *habeas corpus*, a revisão criminal e a prisão provisória, procuraram simplificar ao máximo todos os tipos procedimentais estatuídos, de sorte a possibilitar a realidade de um processo penal como instrumento — que deve ser — de segura aplicação do direito e de pronta realização de justiça.

3. Principais inovações introduzidas

De certa forma, tudo isso encontra-se sintetizado na Apresentação com que o mencionado Anteprojeto de Código de Processo Penal foi submetido à apreciação da intelectualidade jurídica brasileira pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel.

Houve por bem, então, Sua Excelência, traduzindo com a reclamada fidelidade a orientação imprimida à fase inicial dos trabalhos de elaboração da projetada codificação processual penal, enfatizar que, dentre “as inovações introduzidas nessa fase de atualização do Projeto” (nº 633, de 1975; retirado do Congresso Nacional pela Presidência da Re-

pública, no governo Geisel), fazem por merecer destaque as seguintes: “a) simplificação dos procedimentos, designadamente do recursal; b) instituição de procedimento sumaríssimo, com dispensa de inquérito policial, para pronto julgamento das causas penais de menor importância e das referentes aos denominados delitos de trânsito; c) introdução do uso de gravação sonora, ou meio equivalente, onde seja possível e conveniente; d) introdução de medidas alternativas à prisão provisória, de acordo com as recomendações da Organização das Nações Unidas — ONU —, em recente Congresso, realizado em Caracas, sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente; e) criação de órgão colegiado de primeiro grau, para julgamento, em grau de recurso, das causas processadas em rito sumaríssimo, para desafogo dos trabalhos dos tribunais; f) simplificação do procedimento relativo aos processos de competência do tribunal do júri, particularmente no tocante à formulação de quesitos; g) deslocação do exame criminológico para o processo de execução como incidente deste; h) fortalecimento do instituto da prisão preventiva com referência ao delinqüente perigoso, nos casos de crimes de roubo, latrocínio, extorsão, seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto não consensual, quadrilha ou bando e tráfico de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica, a fim de melhor aparelhar a justiça penal para o combate à criminalidade violenta”.

A elas podem ser acrescentadas, ainda, em enumeração longe de ser exaustiva, as respeitantes à determinação rigorosamente científica do posicionamento dos sujeitos processuais — agente do Poder Judiciário (juiz ou tribunal) e partes em sentido processual — e aos contornos dos institutos do *habeas corpus* e da modalidade de prisão provisória denominada prisão temporária.

II — Análises das inovações projetadas

4. Simplificação dos procedimentos

a) Generalidades

Sendo manifestamente escasso o tempo disponível para a apreciação dessas novidades e reformulações, procurarei ater-me, nesse ensejo, ao exemplo sucinto das mesmas.

Seguindo em primeiro lugar, em linha de princípio, a ordem seqüencial *supra* estabelecida, devo abordar a propalada simplificação dos procedimentos.

À evidência que se cogita da simplificação dos procedimentos do processo de conhecimento, que se dividem, como é sabido — e a própria regulamentação projetada estabelece — em comum e especiais.

Estes, peculiarizados cada qual pelas características do direito material que os reclamam, exigem uma série de normas específicas, implicativas de sua destinação exclusiva a determinado tipo de conflito de interesses submetido à apreciação do órgão jurisdicional.

Por isso que, devendo ser estatuídos em menor número possível, ficaram reduzidos a três: procedimento por crimes contra a propriedade imaterial, procedimento penal falimentar e procedimento relativo a causas da competência do tribunal do júri.

Aliás, especial por inteiro é apenas o último, de que falarei mais adiante (*in* número 9, *infra*).

Os outros, nas ações penais referentes a crimes contra a propriedade imaterial ou falimentares, não obstante a especificação inicial, ainda quando da formação do processo assumem o rito ordinário ou sumário, igualando-se, portanto, ao comum.

Já o apontado por último — comum — subdivide-se em 'ordinário' e 'sumário', espécie em que entra sumaríssimo.

Contemplados os três, a adoção de cada um deles, como sempre aconteceu em nosso direito, determina-se, em regra, pela qualidade e quantidade da sanção estabelecida para a infração penal que constitui objeto do processo.

Assim é que, tratando-se de contravenção, crime de ação penal pública a que cominada pena de detenção até um ano ou do denominado delito de trânsito, o procedimento que cabe é o sumaríssimo: crime a que cominada pena de detenção superior a um ano ou de ação penal de iniciativa privada, o procedimento é o sumário; e crime a que cominada pena de reclusão, o procedimento é o ordinário (cujas regras se aplicam, subsidiariamente, aos outros).

Ademais, em qualquer procedimento do tipo comum reclama-se efetiva atuação defensiva do acusado, mediante a resposta à acusação, precedendo a fase postulatória ao recebimento da denúncia ou da queixa — tudo com amplitude de defesa facilmente perceptível e de sorte a coarctar inútil prosseguimento do feito para a colheita de prova desnecessária.

É que, estatuído, a par do saneamento, o julgamento conforme o estado do processo, facultase ao juiz, por ocasião da fase saneadora, proferir julgamento segundo o estado dos autos (a que corresponde a extinção do processo sem julgamento do

mérito) ou julgamento antecipado da causa penal (equivalente ao do *meritum causae*).

b) Procedimento sumaríssimo

Deve ser ressaltado, outrossim, que o procedimento sumaríssimo, bem mais simplificado, como de mister, do que o sumário (conforme Adroaldo Furtado Fabrício, *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*, Porto Alegre, 1977, p. 23, nº 4: "O superlativo deve indicar o grau máximo de sumariedade formal"), constitui, indubidousamente, uma inovação deveras original. Tem-se em vista, com a sua implantação, a realização de julgamento da causa em imediata seqüência à prática da infração penal.

Assim é que se dispensa, em casos que tais, a efetuação de inquérito, incumbindo à autoridade policial apenas registrar o fato — mediante, certamente, a lavratura de boletim de ocorrência —, ordenar a realização de exames de corpo de delito e outros que se façam necessários, e encaminhar os papéis que os documentam ao juiz competente.

Essa apresentação deve ser feita imediatamente ao juiz em exercício nos denominados juizados especiais, onde tiverem sido instalados e com funcionamento previsto para até 24 horas diárias — inclusive em sábados, domingos e feriados — ou no momento inicial do expediente do primeiro dia útil subsequente, ao juiz de vara criminal da comarca.

E ao ensejo o órgão jurisdicional deve dar vista dos aludidos documentos ao promotor público oficial, e também necessariamente presente, para: a) promover o arquivamento das peças de informação; b) solicitar a adoção do rito sumário, quando houver vários acusados, concursos de crimes, crime continuado ou a complexidade dos fatos exigir procedimento mais amplo (modificação, aliás, igualmente possível, de procedimento sumário a ordinário); ou c) oferecer denúncia.

A acusação efetua-se então oralmente, reduzindo-a o escrivão a termo, do qual deve constar, também, a designação da audiência de instrução e julgamento dentro de, no máximo, dez dias, e a ordem de citação, que se concretiza com a entrega de cópia ao acusado.

A realização da audiência é inadiável, podendo ocorrer em qualquer das 24 horas do dia, nos juizados especiais, e no horário do expediente forense nos demais juízos.

Ao acusado, além da atuação defensiva propriamente dita (por defensor constituído ou público), concede-se a possibilidade de aquiescência à acusação (instituto previsto para as infrações a que cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, correspondente ao pagamento de determina-

da quantia, uma só vez, em especificadas circunstâncias, e sem qualquer resquício no tocante à primariedade), que propicia a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Não acontecendo isso, e recebida a acusação, procede-se à instrução e ao debate, não havendo lugar para a suspensão dos trabalhos, em hipótese alguma: a audiência deve terminar, sendo permitido apenas que, não se encontrando o juiz habilitado a proferir sentença, desde logo, a publique no prazo de cinco dias.

Exige-se, como visto, o máximo de concentração e oralidade, que tem como corolários óbvios, além daquela, o imediatismo e a identidade física do juiz, num procedimento oral por excelência (conforme José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, 2. ed.; Rio de Janeiro - São Paulo, 1965, vol. I, p. 67, nº 37; com lastro em doutrinação de Luiz Machado Guimarães e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo — Ricardo Levene).

c) Órgão colegiado de primeira instância

Outra novidade especial da reforma projetada, relativamente, ainda, às causas de procedimentos sumaríssimos, é a instituição do denominado órgão colegiado de primeira instância.

Visando ao desafogo dos trabalhos dos órgãos jurisdicionais de segundo grau de jurisdição, a criação, onde possível e conveniente, de colegiado competente para o julgamento dos recursos contra os atos decisórios proferidos pelo juiz singular (e, obviamente, pleitos e incidente correlatos) presta-se, outrossim, à concretização do ideal de celeridade na prestação jurisdicional, que domina o processo moderno (conforme, a respeito, de nossa autoria: *Do julgamento conforme o estado do processo*, 2. ed., São Paulo, 1982, p. 44, nº 20).

Com ela, objetiva-se — como a denominação deixa entrever — a composição de corpo julgador por juízes de primeiro grau, em exercício nas varas dos juizados especiais ou de comarcas da mesma circunscrição judiciária nas quais estes não sejam instalados, para a reapreciação das mencionadas causas, havendo recurso, bem como para o exame de pedidos que lhes sejam conexos ou incidentais.

Como expressa dispositivo que lhe diz respeito, e especificado aos recursos, "Os processos de competência recursal de Órgão colegiado de primeira instância continuarão, em sua tramitação, no juízo de origem, incumbindo ao escrivão encaminhar os autos ao órgão do Ministério Pùblico oficiante no recurso e, sucessivamente, ao juiz que deva atuar como relator, de acordo com o disposto na legislação local de organização judiciária, que deve estabelecer, também, a composição, a direção e o funcio-

namento do órgão, bem como o local e o número de sessões de julgamento".

Facilita-se a percepção, de resto, mediante a simples leitura do texto transscrito, de que à legislação local de organização judiciária se deixa a complementação da estrutura e da disciplina da atuação do órgão colegiado de primeira instância, cuja utilidade a prática forense encarregar-se-á de mostrar em não muito largo tempo.

d) Aditamento da denúncia

Referentemente, já agora, aos procedimentos ordinário e sumário, deve ser anotada inovação de acentuada relevância no tocante ao aditamento da denúncia.

Estabelecida a regra genérica da ordenação procedural, segundo a classificação legal do fato tido como infração penal, de sorte a fixar-se, de logo, o conteúdo da acusação, quando do proferimento do ato decisório de saneamento do processo, somente ao final da instrução torna-se possível aditar a denúncia.

É preciso lembrar, a tal propósito, que, no sistema procedural projetado, ao sanear o processo, recebendo a proposição acusatória, o juiz deve designar data e hora para a realização da audiência de instrução e julgamento. Nesta, única e una, há lugar para a produção de todas as provas faltantes, a saber: interrogatório do acusado, esclarecimentos dos peritos, declarações do ofendido, inquirição das testemunhas arroladas na acusação e na defesa, acareações, reconhecimento de pessoa e de coisa, e outras inferidas como necessárias pelo juiz.

Finda a instrução, é dado ao ministério público pedir vista dos autos para aditar a denúncia, mediante termo imediatamente lavrado. Essa providência, admitindo que seja o aditamento da denúncia, implica a interrupção dos trabalhos da audiência, por tornar-se imprescindível a oportunidade de complementação da atuação defensiva do acusado, inclusive com novo interrogatório e inquirição de outras testemunhas que venham a ser arroladas, em subsequente momento processual (ver a respeito, Eduardo Espínola Filho, *Código de processo penal brasileiro anotado*, 3. ed., Rio de Janeiro, 1955, vol. IV, p. 96 e segs., nº 757).

Caso contrário, não havendo aditamento ou sendo ele rejeitado, prossegue-se na realização da audiência, com o debate e o julgamento ou, quando a causa apresentar questões complexas, de fato e de direito, com o deferimento a outra oportunidade da apresentação de alegações escritas e da pronúncia da sentença de mérito.

5. Procedimento recursal

Por outro lado, deve-se dar destaque particular à simplificação do procedimento recursal. É que, em consonância com a exigência de atendimento à verificação dos pressupostos objetivos do recurso em geral, se coloca diante dos trabalhos de reformulação legislativa a indispensabilidade de adequação da impugnativa ao ato decisório recorrível. Ora, com técnica símila à do *Código de processo civil* – CPC – em vigor, dos atos decisórios prescritos – sentenças, decisões interlocutórias e despachos –, estes são irrecorríveis; e, enquanto da sentença cabe apelação, a decisão interlocutória desfavorável reclama agravo de instrumento para a sua revogação ou reforma.

Reduzem-se, destarte, a dois os recursos admissíveis contra atos decisórios proferidos no procedimento em primeiro grau de jurisdição – o agravo de instrumento (aqui também, o propriamente dito e o retido) e a apelação. Até porque, não sendo realmente recurso, os embargos de declaração encontram-se regulamentados, de acordo com a natureza jurídica que ostentam, como incidente de complementação de julgamento carente da clarificação (ver nosso *Curso de direito processual – processo civil de conhecimento*, II, São Paulo, 1976, p. 333-334, nº 1; e, no mesmo sentido, Hélio Tornaghi, *Curso de processo penal*, São Paulo, 1980, vol. II, p. 352-353).

Já num plano superior, três são os recursos cabíveis contra acórdãos de órgãos colegiados: embargos infringentes, recurso ordinário constitucional e recurso extraordinário. Os embargos infringentes apresentam-se algo diferenciados dos previstos atualmente. Sua admissibilidade restringe-se aos julgados não unânimes, em grau de apelação ou em revisão criminal. Além disso, não mais são pertinentes, tão-só, ao acusado, podendo opô-los também o ministério público quando, por votação majoritária, o acórdão da apelação reformar a sentença condonatória, em benefício do acusado.

O ‘recurso ordinário’ constitucional e o ‘recurso extraordinário’, cuja admissibilidade resulta de preceituções constitucionais, prestam-se a seu turno – como é notório – para enfrentar respectivamente ato decisório denegatório de *habeas corpus*, proferido por tribunais federais ou estaduais, e acórdão lavrado em única ou última instância pelos órgãos colegiados de segundo grau, nas circunstâncias estabelecidas no artigo 119, inciso III, da *Constituição da República* (com a redação da Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969).

A legislação projetada cuida, apenas, como de mister, da complementação legislativa dos preceitos constitucionais em que instituídos ambos os recur-

sos, quanto ao processamento no juízo de origem, já que no Supremo Tribunal Federal o procedimento é regulamentado pelo seu regimento interno (conforme, ainda, a Carta Magna do país, artigo 119, § 3º, letra c, com a redação da Emenda constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977; e, *in genere*, José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. IV, p. 316, nº 1.133, e 324, nº 1.138).

6. Utilização de gravação sonora ou equivalente

Preocupado também, em diversificado aspecto, com a morosidade e o obsoletismo dos meios empregados atualmente na realização das audiências, em especial quanto à colheita da prova oral, o examinado lavor de elaboração legislativa introduz, onde possível e conveniente, a utilização do sistema de gravação sonora, ou equivalente. Nesse caso, devem ser observadas as seguintes regras genéricas:

a) reproduzir por escrito o conteúdo da gravação e essa transcrição deve ser juntada aos autos do processo, no prazo de cinco dias; b) nos cinco dias subsequentes, qualquer das partes pode requerer a conferência dessa transcrição com a gravação, em sua presença e no prazo máximo de 15 dias; c) a gravação deve ser conservada em cartório até o dia em que a sentença transitar em julgado; d) sendo esta proferida em audiência, o prazo para recorrer iniciase na data da juntada da transcrição da gravação aos autos do processo; e) havendo retificação da transcrição, em virtude da conferência procedida, facultase ao requerente o aditamento das razões de recurso, no prazo de cinco dias.

Torna-se, por certo, desnecessário enfatizar as vantagens do uso dos modernos processos eletrônicos com a finalidade de agilizar, também, os trabalhos das audiências. É isso, principalmente, quando se tenha presente a igualmente estatuída determinação de que as perguntas das partes e do assistente do ministério público sejam feitas, diretamente, ao inquirido, sob a fiscalização do juiz.

Coibida assim, aliás, qualquer prática abusiva do integrante do processo, colaborador da justiça penal e submisso, sempre, à supervisão do magistrado dirigente do procedimento, fica por terra, *concessa venia*, a conhecida objeção de que os inquiridos venham a exprimir as palavras desejadas pelo inquiridor.

Além do que, longe de representarem resultado de atuação incorreta, os depoimentos gravados apresentam-se, inegavelmente, fiéis às informações prestadas pelo depoente, eis que expressas por suas próprias palavras (o que, como é notório, e infelizmente, muitas vezes não acontece na atualidade...).

7. Medidas alternativas à prisão provisória

No tocante ao também ‘novíssimo’ poder de aplicação, pelo juiz, de medidas alternativas à prisão provisória, resulta ele, a exemplo do que acontece com a implantação de novo sistema de penas; especialmente as restritivas de direitos, na parte geral do *Código penal*, das recomendações da Organização das Nações Unidas, em Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado em 1980 em Caracas, Venezuela.

Como clarificado pelo eminentíssimo professor Francisco de Assis Toledo, coordenador da reforma penal – em excelente artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1981, vol. 544, p. 471 e segs., sob o título “Prevenção do crime e tratamento do delinquente” –, dentre as medidas a serem empregadas no combate à criminalidade coloca-se a ‘desinstitucionalização’ do ‘sistema correcional’ existente, assim explicada: “Consiste ela na substituição – da privação da liberdade, nas fases pré-judicial, judicial e pós-judicial, para todo acusado ou condenado que não esteja, por ausência de periculosidade, a exigir essa medida extrema, dispendiosa, prejudicial à família e ao Estado e já desacreditada. No documento de trabalho anteriormente referido (A/CONF. 87/7), catalogou a Secretaria da ONU extenso rol de medidas, igualmente punitivas, que poderiam, com enorme vantagem, substituir a privação da liberdade, para certos delinqüentes. Essa desinstitucionalização, que não pode ser simplesmente importada – de outros países, é concebida, basicamente, como parte expressiva de um programa de reforma penal, a ser elaborado segundo critérios que se ajustem à realidade cultural de cada país”.

Evidente é, outrossim, que a nossa reforma penal encampa essa criteriosa idéia. Estabelecendo na parte geral do *Código penal* as penas restritivas de direitos, autônomas, destinadas a substituir as privativas de liberdade e de três espécies (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos a limitação de fim de semana), prevê igualmente no *Código de processo penal* – CPP – as medidas alternativas à prisão provisória. Estas, em enumeração não taxativa, são as seguintes:

a) proibição de ausentar-se da comarca, do domicílio ou da residência; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) obrigação de comparecer às audiências e atos do processo; d) prestação de assistência material à vítima ou a seus dependentes, se o indiciado ou acusado voluntariamente apresentar proposta nesse sentido; e) obrigação de submeter-se a tratamento médico ou psiquiátrico; f) interdição provisória de certos direitos; g) obrigação de prestar determinados serviços não remune-

rados à comunidade quando possível, fora do horário de trabalho normal, se o indiciado ou acusado voluntariamente apresentar proposta nesse sentido; e h) obrigação de apresentar-se periodicamente ao juiz, em dia e hora por este estabelecidos.

Esclarecido, ainda, que, operando-se a substituição da prisão provisória por qualquer delas – aplicáveis, aliás, também cumulativamente –, despicando afigura-se enfatizar sua importância e conveniência relativamente à evitação de encarceramento do indiciado ou acusado que dele não necessite para a sua recuperação.

8. Reprimenda à criminalidade violenta

Este, mesmo provisoriamente, deve ser destinado aos denominados prisioneiros residuais, em especial criminosos violentos.

Prevê-se, com efeito, o “fortalecimento do instituto da prisão preventiva com referência ao delinquente perigoso, nos casos dos crimes de roubo, latrocínio, extorsão, seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto não consensual, quadrilha ou bando, e tráfico de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica”.

Da mesma maneira, estabelece-se a prisão temporária, sobretudo para os autores de qualquer das infrações penais apontadas. Essa nova modalidade de prisão provisória, por sua vez, introduz-se com a finalidade de preencher o espaço vazio que se põe entre a inexistência de prisão em flagrante delito e a inadmissibilidade, dada a falta de concorrência dos respectivos requisitos, de decretação da prisão preventiva.

Sua determinação, uma só vez, é da competência de autoridade judiciária, em conformidade com o disposto no artigo 153, § 12, da *Constituição federal* (com a redação da Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969), e o prazo, improrrogável, de apenas cinco dias.

Prestando-se, ainda, para a legalização do encarceramento provisório, de sorte a obviar conhecida e corrente prática afrontosa da lei, pelas autoridades policiais, tais vantagens dessa espécie de prisão cautelar foram já patenteadas em livro de nossa autoria, intitulado *Persecução penal, prisão e liberdade*, São Paulo, 1980, p. 256-257, nº 8, em que veementizada a conciliação de duas situações que se apresentam, absoluta e necessariamente, reclamantes de urgentes soluções a saber: “Por um lado, bem é de ver, não se pode protelar mais a dotação de eficácia maior, considerável, sob qualquer angulação, no combate à criminalidade, principalmente à carac-

terizada pela violência de certos agentes de ilícito penal...

Por outro lado, não se violentará, de modo algum, o direito de liberdade do cidadão cuja imaginada ou verificada prática criminosa se esteja apurando, já que permanecerá a garantia de não ser preso senão em flagrante delito ou em razão de ordem escrita de autoridade competente (como, aliás, e corretamente, determinado, a idêntico propósito, no § 4º do art. 99 do *Código de menores* – lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979).

Preservada, como de mister, a sua liberdade jurídica, estar-se-á atingindo, também, a finalidade do processo penal, cujo mais relevante dado é a apuração da verdade material; e isto, ao mesmo tempo em que se estará provendo, quando exigível, à garantia da ordem pública, ou à conveniência da instrução criminal ou, ainda, à aplicação da lei penal (conforme art. 312 do *Código de processo penal* – CPP, com a redação dada pela lei nº 5.349, de 3 de setembro de 1967)".

Dúvida alguma pode haver, portanto, segundo me parece, acerca da validade e da utilidade da adoção do instituto da prisão temporária, em nosso processo penal.

9. Procedimento nas causas de competência do tribunal do júri

Arraigado à consciência do nosso povo, o tribunal do júri tem competência, definida no artigo 153, § 18, da Carta Magna da República (com a redação da *Emenda constitucional* nº 1, de 17 de outubro de 1969), para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Como antes frisado, dadas as características das causas penais a estes referentes, especial, na expressão da palavra, apresenta-se o respectivo procedimento; e igualmente deveras simplificado.

Assim é que, em primeiro lugar, em virtude da estruturação da denúncia, peculiarizada à proposição do julgamento do acusado pelo tribunal do júri, desnecessária torna-se a manutenção do libelo-crime acusatório, por isso suprimido.

Por outro lado, a conformação do ato decisório de saneamento do processo, no sistema procedimental delineado – inclusive com a fixação da classificação legal do fato e do conteúdo da acusação – implica a singeleza da decisão da pronúncia, que prescinde de motivação (exceto se for o caso de revelia ou de outra circunstância determinante da prisão preventiva do acusado).

As regras atinentes ao julgamento também o simplificam no todo, salientando-se a referente à formulação de quesitos, genericamente prescritos para que haja uniformidade de atuação nos mais diferentes rincões do Brasil.

De resto – e para não alongar ainda mais esta já demorada exposição –, ganha relevo a regionalização do tribunal do júri, a ser especificada pela legislação local de organização judiciária e cujas vantagens imergem da simples lembrança da possibilidade maior de julgamento imparcial, por isso mesmo que justo.

10. Exame criminológico

Polêmico por excelência, o exame criminológico vê-se deslocado para o seu local apropriado, ou seja, para o processo de execução. Passa, portanto, a ser regulamentado pela lei de execução penal.

Com efeito, o momento processual adequado para a verificação dos elementos marcantes da personalidade do infrator da lei penal, como se encontra ela estruturada e de que modo se desenvolve – assim também as razões do comportamento do agente, em confronto com os dados circunstanciais da prática criminosa –, é o correspondente ao da execução da pena privativa de liberdade.

É que aludido exame somente deve ser admitido após a declaração da culpa ou da periculosidade do acusado, mediante sentença proferida ao final do processo de conhecimento.

E assim, distinto do exame da personalidade, com o qual guarda relação de espécie a gênero, faz-se obrigatório obviamente para os condenados a pena privativa de liberdade em regime fechado, com a determinação de seu enquadramento nas diversas categorias da coletividade penitenciária.

11. Posicionamento dos sujeitos do processo penal

Incontroverso é, além disso, que a *apuração da verdade material* constitui dado relevante do escopo precípua do processo penal, cujo fundamental imediato, como acentuado, é a liberdade jurídica do acusado.

Assim também que tal finalidade só pode ser atingida mediante a atribuição de inquisitividade à atuação dos agentes de persecução penal e, especialmente, do poder direcional do órgão jurisdicional durante o desenrolar da segunda fase desta: a verdade deve ser perseguida incessantemente, de

modo que se preserve a liberdade do inocente e se imponha a sanção adequada à infração penal cometida, isto é, à punição merecida pelo culpado (conforme José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal* cit., vol. I, p. 130, nº 67; e de nossa autoria, *Persecução penal, prisão e liberdade* cit., p. 207, nº 4, c.).

Joaquim Canuto Mendes de Almeida, em *Processo penal, ação e jurisdição*, São Paulo, 1975, p. 193-194, nºs 74 e 75, explicando a diferença entre o procedimento *ex officio* — em que se consubstancia o processo penal inquisitório — e a inquisitoriedade ínsita à *persecutio criminis* (infeliz e correntemente confundidos pela doutrina e pela jurisprudência pátria...), veementiza que o nosso “juízo criminal é inquisitório até nas ações exclusivamente privadas”.

De fato, o processo penal moderno delineia-se inquisitório, na sua essencialidade, substancialmente, quer na fase pré-processual, quer na da instrução criminal. Esta, outrossim, para atendimento da necessidade do contraditório indisponível que a caracteriza (inclusive por força de preceituação constitucional, qual seja a do artigo 153, § 16, da Lei das leis, com a redação da *Emenda constitucional* nº 1, de 17 de outubro de 1969), realiza-se sob a forma acusatória, assemelhando-se a um processo de partes (conforme Júlio B. J. Maier, *La investigación penal preparatoria del ministerio público*, Buenos Aires-Córdoba, 1975, p. 13 e segs., nº 1). Vale dizer, na fase da ação penal o processo faz-se, formalmente, no tocante ao procedimento — acusatório.

Aludida peculiaridade, marcante, reclama em primeiro lugar que os órgãos de acusação e de defesa se apresentem como colaboradores do agente do Poder Judiciário na perquirição da verdade material. E, noutro aspecto, que, no regime de contradição recíproca determinante de sua atuação, assim que aclarada a realidade o órgão do ministério público se poste em consonância com ela, quer pleiteando a absolvição do denunciado, quer apelando de sentença condenatória ou, até, segundo entendimento que tenho propagado, impetrando *habeas corpus* em favor do indiciado ou acusado.

Isso tudo mostra como distinto do processo civil é o processo penal. Mas não deixa, também, de conotar a necessidade de posicionamento rigorosamente técnico dos sujeitos deste.

Atendendo-a, as comissões elaboradora e revisora do Anteprojeto do *Código de processo penal* conferem ao órgão jurisdicional o poder de decisão, com exclusividade, como de mister.

Já o ministério público, também com exclusividade, e como agente estatal da *persecutio criminis*, assume a titularidade da ação penal dita públ-

ica, abolido que se encontra, de vez, o procedimento de ofício.

Finalmente, ao cidadão às voltas com a justiça criminal confere-se atuação multifária em prol da asseguração de sua liberdade jurídica, tanto no âmbito de ação penal de natureza condenatória, como pela utilização de ações e medidas tendentes a resguardá-la.

12. Regulamentação mais expressiva do *habeas corpus*

Dentre estas, avulta indubiosamente o *habeas corpus*, garantia constitucional mediante a qual se protege a liberdade física do indivíduo (conforme Pontes de Miranda, *História e prática do habeas corpus*, 4. ed., Rio de Janeiro, 1962, p. 249, nº 1; Vicente Sabino Júnior, *O habeas corpus e a liberdade pessoal*, São Paulo, 1964, p. 4, nº 1; Constituição federal, artigo 153, § 20, com a redação dada pela *Emenda constitucional* nº 1, de 17 de outubro de 1969. Tal, aliás, é a sua importância que se o equipara à própria liberdade que visa a amparar.

Como acentua Pontes de Miranda, *in op. et loc. cit.*, “Sem a liberdade de ir, permanecer e vir, não há, nem pode haver, por mais que se sofisme, as demais liberdades. É tipicamente, a liberdade-condição, sem a qual não se podem exercer cargos públicos ou particulares, funções honoríficas ou políticas. É o próprio homem, porque é sua vida moral, a base de todo o seu desenvolvimento e perfeição, a condição do gozo de sua inteligência e vontade, o meio de perfazer os seus destinos; e salvaguarda de todos os outros direitos, dizia Pimenta Bueno...”

Daí a indispensabilidade de alargar os horizontes do *habeas corpus*, concretizada na legislação projetada, com a especificação de número bem mais alentado de casos de cabimento, como quando, e.g., o cerceamento da liberdade for ordenado ou efetuado sem as formalidades legais ou a sentença não se conformar com a imputação.

Assim também a concessão de liminar, quando a demora no deferimento da ordem puder torná-la ineficaz; o processamento sumaríssimo da impeachment e a inclusão de dispositivo, excludente de qualquer dúvida, a respeito da legitimidade do ministério público para impetrar *habeas corpus* em favor de membro da comunhão social.

Tudo, enfim — até mesmo a utilíssima intervenção do ministério público no processo de *habeas corpus* impetrado perante tribunais —, alvitrado para que o instituto ganhe a dimensão que a sua expressividade exige da legislação ordinária, complementar da constitucional.

III – Conclusão

13. Derradeiras observações

Estas são, na mais restrita síntese possível, as principais informações reclamadas pelo estudo su-
cinto da relevância processual da reforma penal.

Demais, dado o incontornável alongamento da

exposição, penitencio-me com a expressão de Vieira, pedindo escusas “por não ter tido tempo de ser breve”...

Agradeço, outrossim, a atenção que me foi dis-
pensada pelos distintos ouvintes e fico na expecta-
tiva de outra oportunidade em que possamos aqui
debater, mais concretamente, os mais importantes
aspectos da nova Codificação processual penal
brasileira.

*Aspectos gerais da reforma
penal brasileira*

Francisco de Assis Toledo, professor da Faculdade de Direito do Distrito Federal — CEUB, é subprocurador geral da República junto ao Supremo Tribunal Federal.

Francisco de Assis Toledo

Aspectos gerais da reforma penal brasileira

1. Em julho de 1980, logo no início dos trabalhos da primeira comissão de reforma — a de processo penal — tomamos a iniciativa de, através do Dr. Laércio Pellegrino, propor ao Instituto dos Advogados Brasileiros fossem abertos aqui, sob os auspícios desta tradicional instituição, os debates públicos em torno da reforma projetada. E isso de fato se fez, conforme está registrado nos anais desta casa e na apresentação do ministro da Justiça ao Anteprojeto de Código de Processo Penal de 1981. Lembro-me de que, na mesma ocasião, tomava posse, como membro efetivo do Instituto, um dos mais operosos participes das comissões reformadoras, o professor Rogério Lauria Tucci. No dia seguinte, outra concorrida reunião de debates realizava-se no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. E assim começava a ganhar corpo, publicamente, o mais recente movimento de reforma do sistema penal e processual penal brasileiro, com três anteprojetos de lei publicados, amplamente debatidos em todo o país, e com os respectivos projetos definitivos elaborados, com acolhimento de inúmeras críticas, e já entregues às autoridades governamentais.

Não foi por mero acaso a escolha desta casa para o início dos debates sobre a reforma. Advertidos pelo adágio segundo o qual *ex nihilo nihil*, ou seja, do nada nada se extrai, animou-nos o pensamento de que deveríamos procurar um lugar como este, repositório de tradições e de cultura, onde desde o Império se reúnem as figuras mais expressivas de nossa cultura jurídica, sem distinção de escolas ou de procedência, e, principalmente, onde o espírito generoso dos advogados nunca regateou quan-

do se trata de trabalhar para o aperfeiçoamento de nossas instituições. Em um lugar como este — frise-se — ser-nos-ia fácil encontrar a colaboração desinteressada e o alento para empreender a tarefa, quase impossível, de unir, em um amplo projeto de reforma, o velho ao novo, o passado ao presente, o presente ao futuro.

Não erramos na escolha. Os fatos supervenientes o atestam. Por isso é que, de novo — e com o ânimo de quem ainda se propõe a discutir o que se fez — comparecemos a este auditório para dizer alguma coisa sobre alguns aspectos da reforma projetada, dada a impossibilidade física de examiná-la detalhadamente em uma única conferência.

A crise da justiça criminal brasileira e de nossos presídios resulta, ao que tudo indica, de um complexo de fatores. Não seria correto, pois, procurar-se atribuir a uma causa única todos os problemas que nos afligem nessa área. A carência de maiores recursos materiais, a falta de especialização dos magistrados designados para as varas e câmaras criminais, o número insuficiente deles, a falta de continuidade na edificação de novos estabelecimentos penais, o despreparo dos servidores e agentes lotados nesses estabelecimentos, tudo isso, é certo, não poderia deixar de ser computado, com outros fatores, em qualquer levantamento que se fizesse sobre as origens da crise inicialmente referida. Todavia, parece igualmente certo que se pretendéssemos suprir essas falhas só com o emprego de novos e maiores recursos financeiros no aperfeiçoamento daqueles órgãos, sem uma significativa mudança nos rumos da política criminal que informa o

conjunto da legislação penal e processual penal editada nos anos 1940, entraríamos em um beco sem saída. É que, nesse caso, dentro de um sistema de caráter nitidamente repressivo, com a pena de prisão profusamente cominada, até para fatos insignificantes, a exigência de maiores recursos para a edificação de presídios, penitenciárias e para a respectiva manutenção cresceria numa diabólica progressão geométrica em relação à multiplicação de novas condenações proferidas por uma justiça ampliada, melhor aparelhada, mais rápida e mais eficiente. Isso só não aconteceria, dentro dessa perspectiva, se a pena de prisão deixasse de ser executada, ficando como letra morta no papel, ou se o Estado se dispusesse a desviar recursos substanciais de outros setores para a construção de estabelecimentos penais.

Assim, aos que pretendem ver solucionado o problema criminal brasileiro com o só reaparelhamento dos órgãos da repressão penal, seguido da construção de novos estabelecimentos de segregação social de acusados e de condenados, poderíamos endereçar a seguinte observação: preparem-se, então, para transformar as condenações penais em pura ficção, em letra morta no papel, em algo não muito sério, ou seja, sentenças inexequíveis, como já vem ocorrendo em certas capitais, com grande número delas, ou — o que seria pior — preparem-se para transferir recursos, muito importantes e expressivos, das áreas de habitação, saúde, saneamento, educação, transportes etc., para a construção de um número cada vez maior de cadeias públicas e de penitenciárias, num círculo vicioso interminável e insuperável.

Será isso o que deseja a sociedade brasileira? A resposta afigura-se-nos evidentemente negativa.

Essas considerações, de ordem prática, que, por si sós, já conduziriam a se ter que repensar o sistema vigente do direito criminal brasileiro, não são, porém, as únicas nem as mais importantes. Estas — as mais importantes — situam-se em um plano histórico irreversível, do qual não poderão fugir os países do mundo democrático e civilizado. Refiro-me ao curso ascendente do movimento internacional de reforma do direito penal que, no dizer de Jescheck, desenvolve-se presentemente de modo tão intenso que não encontra símile na história, visto como tal movimento "constitui um signo da mudança espiritual que se produziu, a partir da metade deste século, na atitude frente a criminalidade e diante das possibilidades e métodos para combatê-la".²

Note-se que não se trata de um movimento romântico, utópico ou pánfletário, pois já produziu importantes efeitos. A Organização das Nações Unidas — ONU —, em documento que fez circular no último Congresso de Caracas, registrou, textualmen-

te, experiências significativas de várias nações, a saber: "...Na maior parte dos casos [refere-se o documento às mais recentes reformas legislativas], a nova legislação prevê penas não privativas da liberdade (medidas diferentes da reclusão). Em vários países, em 90% ou mais de todas as sentenças proferidas pelos tribunais, impuseram-se multas baseadas nas rendas ou no patrimônio do delinquente. Em um número cada vez maior de países estão sendo aplicados sistemas de indenização ou de compensação em favor das vítimas. A liberdade vigiada, a suspensão de sentenças, a prestação de serviços à comunidade, por ordem judicial, e outras soluções estão contribuindo para reduzir a reclusão, especialmente no caso do delinquente primário. Na Romênia, por exemplo, depois da promulgação da nova lei de 1977, segundo a qual as penas de reclusão até cinco anos podem ser substituídas por penas de trabalho, sem privação da liberdade, a proporção de condenados à reclusão caiu de 66%, em 1976, para 29,4%, em 1979. Na Áustria, a porcentagem de condenações à reclusão diminui de 40%, em 1971, para 23% de todas as sentenças, em 1977. No Japão, em 1977, a proporção de penas de prisão era de 5,9%, ao passo que as de outra índole (não privativas da liberdade) atingiam a cifra de 97,1%. Na Inglaterra, um relatório do conselho consultivo sobre reforma penal inclinou-se para redução da duração das penas de prisão em favor das condenações de breve e média duração, tendo em vista que isso não desprezaría o efeito suasório da reclusão. Uma atitude similar foi adotada na Suécia e na Finlândia, cujo comitê de peritos sobre reforma penal concluiu que quanto mais energicas eram as medidas da sociedade contra o delinquente tanto maiores eram as probabilidades de reincidência, no futuro" ...³

No Brasil, esse movimento está presente e já tem aflorado em inúmeras ocasiões, deixando marcas indeléveis de uma firme tendência evolutiva, o que se constata, por exemplo, com as moções de Goiânia de setembro de 1973 e de junho de 1981, com as conclusões da CPI da situação penitenciária, de 1976, com a tentativa frustrada de edição de um novo código em 1969, com a edição da lei 6416, de 1977, e com as inúmeras e freqüentes manifestações reformistas por parte dos mais expressivos penalistas pátrios. Não é possível, pois, a essa altura, retardar por mais tempo a reforma do ordenamento jurídico penal brasileiro.

Por outro lado, parece também correto dizer-se que, presentemente, com o desenvolvimento das pesquisas criminológicas e sociológicas, só uma imperdoável ingenuidade poderia levar a supor que o controle do fenômeno do crime possa ser levado a bom termo com o emprego exclusivo de clássicas medidas de ordem jurídico-repressivas. Não obstan-

te, só uma outra ingenuidade ainda maior poderá igualmente conduzir à crença de que, em algum lugar, algum dia, será possível abolirem-se aqueles instrumentos jurídicos, por que se terá atingido o ideal — se é que isso possa ser considerado um verdadeiro ideal — de uma sociedade composta só de homens e mulheres bem comportados, espécies de automatos ou de robôs sobrevivendo em um 'admirável mundo novo'.

2. Postos esses limites extremos, mais ou menos evidentes, e feita abstração de detalhes, construiu-se, nos últimos tempos, um pensamento bastante simples, que assim se poderia enunciar: a) as medidas de controle do fenômeno do crime não podem ser exclusivamente jurídicas, devendo situar-se dentro de uma estratégia global de prevenção que envolva também — e principalmente — medidas de caráter extrapenal, sem excluir, é claro, as de caráter penal, reputadas indispensáveis como última razão do Estado;⁴ b) os órgãos da repressão penal (polícia, ministério público e justiça criminal) devem concentrar sua atividade preferentemente sobre a criminalidade mais grave, deixando os fatos de pequena monta para procedimentos sumários, com previsão de imposição de sanções diferentes da pena de prisão, dando-se ênfase às penas pecuniárias, restritivas de direitos e a outras semelhantes (assim Jescheck, *op. e loc.cit.*); c) a prevenção, e não a repressão, deve ser o objetivo mais importante a ser alcançado, dentro daquela estratégia global.

A partir desse pensamento, que, como se vê, é extremamente simples e claro, quase cartesiano, poder-se-á deduzir todo um sistema inteiramente novo e diverso daquele que se edificou sobre a crença exagerada nas virtudes da pena de prisão e no poder de intimidação ou de regeneração do cárcere, da pena como penitência — crença esta hoje em dia em franco declínio, se é que ainda existe.

Confinando-se, assim, o sistema criminal dentro de um conjunto mais amplo de medidas de controle da criminalidade, chega-se, sem muito esforço, a uma concepção simples e pragmática do referido sistema e também do objetivo que se busca alcançar com a reforma projetada, se acolhidos forem os projetos tal como elaborados pelas três comissões revisoras: um sistema criminal do direito brasileiro, que não pretenda inutilmente ser panacéia ineficaz para todos os males e dificuldades de nossa sociedade; que não pretenda, em razão disso, ser o único instrumento de controle e contenção da criminalidade, que, por outro lado, não se mostre omisso e ineficiente quando o interesse social e da segurança da paz pública e do indivíduo esteja a exigir a segregação e o confinamento de perigosos delinqüentes, por terem falhado os demais métodos de controle ou de reação extrapenais; que finalmente,

apesar de tudo, procure humanizar de modo efetivo, e não puramente retórico, a execução das penas criminais, notadamente a de privação da liberdade sempre que esta não puder ser substituída por outras formas de sanção.

Como atingir-se tal objetivo? Dada a limitação do tempo de que dispomos, recorreremos a alguns poucos exemplos.

3. Previu-se a criação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Esse órgão, que deverá ser integrado, segundo se espera, por especialistas de notável saber a experiência, nomeados pelo presidente da República, terá a incumbência de elaborar as diretrizes de um política criminal e penitenciária a ser observada em todo o país, guardadas as peculiaridades regionais. Será um órgão normativo e de fiscalização, cabendo-lhe, ainda, contribuir de modo direto e efetivo para a implementação das determinações e recomendações que fizer, com vistas à realização dos fins da reforma penal e penitenciária.

Pretende-se, com a criação desse conselho, retirar do empirismo em que se encontra, no Brasil, a formulação de critérios diretivos no âmbito da prevenção e repressão do crime e na esfera da organização penitenciária, evitando-se soluções de continuidade, contradições e os conhecimentos altos e baixos. Preservou-se, contudo, a autonomia das unidades federativas, atuando o conselho precipuamente na faixa reservada à esfera de atribuições dos órgãos da União.

Em suma, o referido conselho irá contribuir, como tarefa fundamental, para a elaboração, por parte do governo, de um plano amplo e bem coordenado de controle do fenômeno da criminalidade.

4. Na área processual, entre outras muitas inovações previu-se a criação de juizados especiais com competência privativa para julgamento, em procedimento sumaríssimo, puramente oral, dos crimes punidos com detenção até um ano, das contravenções penais e dos crimes de homicídio culposo e de lesão corporal culposa, qualquer que seja a pena. Paralelamente previu-se a criação de órgão colegiado de primeira instância para julgamento dos recursos interpostos naqueles processos. Tais propostas já constavam do Anteprojeto publicado pela Imprensa Nacional em 1981. São providências que, a nosso ver, significarão uma completa reformulação da justiça criminal de primeira instância e permitirão com a dispensa do inquérito policial, no referido procedimento sumaríssimo, alcançarem-se, a um só tempo, as seguintes metas: a) desafogar as atuais varas criminais que, com a descentralização da grande massa de causas de menor importância, poderão concentrar sua atividade sobre os processos re-

lativos aos crimes mais graves e aos delinqüentes mais perigosos; b) desafogar desses mesmos processos os tribunais; c) liberar as delegacias de polícia de uma apreciável sobrecarga de trabalho que, a partir da reforma, será realizada, de modo mais simples, diretamente pelos promotores e juízes, nos denominados juizados especiais; d) aproximar a justiça criminal dos seus jurisdicionados, de sorte que as lides de menor importância possam ser decididas de maneira rápida, próxima ao local do fato e com o devido senso de justiça e eqüidade.

Note-se que, na redação do projeto definitivo, assegurou-se no mencionado procedimento sumaríssimo ampla defesa aos acusados, através de advogado constituído ou dativo, dentro da melhor tradição do direito brasileiro. E ensejaram-se os prazos necessários para que essa ampla defesa possa realmente desenvolver-se.

Com isso, espera-se que a polícia, o ministério público e a justiça criminal possam concentrar-se, de modo mais eficiente, sobre a criminalidade mais grave, deixando os fatos de pequena monta para os juizados especiais que, nos grandes centros urbanos, poderão funcionar em regime de plantão, se necessário, e caso assim disponha a respectiva legislação de organização judiciária.

É uma experiência digna de ser tentada, pela primeira vez, no Brasil. Acredito, sinceramente, que, com as cautelas e com a prudência com que tais inovações foram projetadas, dessa tentativa só poderão resultar benefícios, nunca resultados piores do que aqueles que nos têm sido oferecidos pelo antigo sistema vigente.

5. É claro que as inovações do projeto de *Código de processo penal* e do da *Lei de execução penal* não se limitam aos aspectos antes citados exemplificativamente. São muito mais extensas e profundas, conforme tiveram oportunidade de revelar aos ouvintes os inúmeros expositores que me precederam neste ciclo de estudos. Destaquei, entretanto, apenas aquelas que me pareceram bem expressivas de uma tendência que marca a atual reforma penal brasileira. Não prosseguiremos nessa exemplificação porque desejamos dedicar o tópico final desta palestra a alguns aspectos do problema penal, isto é, a certos tópicos da reforma do direito penal.

6. Sobre a reforma penal, já tivemos a oportunidade de dizer que, presentemente, como em outras épocas, decorre ela de uma exigência histórica. Transformando-se a sociedade, mudam-se certas regras de comportamento. Isso é inevitável. E que a fisionomia da sociedade contemporânea não é a mesma daquela época para a qual se editaram as leis penais vigentes, é coisa que não deixa margem a dúvidas. A inteligência do homem contemporâneo pa-

rece, cada vez mais, compreender que a sociedade humana não está implacavelmente dividida entre o bem e o mal, entre homens bons e maus — embora os haja. Mas sim parece estar predominantemente mesclada de pessoas que, por motivos vários, observam com maior ou menor fidelidade as regras estabelecidas por uma certa cultura, e de pessoas que, com maior ou menor freqüência, contrariam essas mesmas regras. Não há dúvida, porém, que tanto os primeiros como os últimos fazem parte, dentro de uma visão mais ampla, de um certo modo de ser e de viver prevalecente em determinada época, modo esse que talvez explique, senão todos, pelo menos um bom número de desvios de comportamento. Um importante teólogo, para justificar o fim não exclusivamente retributivo da pena, chega a fazer a seguinte afirmação: "Quase sempre a culpa do delinquente é o resultado de uma forma conjunta de viver e das relações com o mundo que o rodeia; fracassos próprios e alheios se entrelaçam aí de maneira incrível. Por isso não se pode evitar que o delinquente, quando é castigado, faça também penitência e reparação pela culpa dos outros. Quando se tem em conta a obrigação da comunidade torna-se mais clara para se esforçar mais a mais pela reaceitação e reincorporação do delinquente (e da sua parte por uma reparação). Por isso a comunidade não tem apenas o direito de castigar, mas até o dever de realizar o castigo de tal maneira que não impeça uma ressocialização."⁵

Se essa consideração estiver correta — e acreditamos que sim — a pena justa será somente a pena necessária e, não mais, dentro de um retributivismo kantiano superado, a pena-compensação do mal pelo mal, segundo o velho princípio do talião. Ora, o conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como o modo de sua execução. Assim, dentro de um rol de penas previstas, se uma certa pena apresentar-se como apta aos fins da prevenção e da preparação do infrator para o retorno ao convívio pacífico na comunidade de homens livres, não estará justificada a aplicação de outra pena mais grave, que resulte em maiores ônus para o condenado. O mesmo se diga em relação à execução da pena. Se o cumprimento da pena em regime de semiliberdade for suficiente para aqueles fins de prevenção e de reintegração social, o regime fechado será um exagero e um ônus injustificado. E assim por diante.

Contudo, como é fácil de perceber, para a aplicação desses novos princípios, será imprescindível, em um direito penal democrático, apoiado no princípio da legalidade dos delitos e das penas, que a legislação penal reconstrua uma gama variada de penas criminais dispostas em escala crescente de gravidade, a fim de que o juiz, segundo certos critérios,

possa escolher a pena justa para o crime e seu agente. Igualmente, as formas de execução da pena privativa da liberdade, quando esta tiver de ser aplicada, deverão desdobrar-se em etapas progressivas e regressivas, para ensejar maior ou menor intensidade na sua aplicação, bem como maior ou menor velocidade na caminhada do condenado rumo à liberdade. E assim terá que ser para cumprirem-se as diretrizes da individualização. Nenhuma pena terá, pois, um período rígido de segregação social. Os limites da sentença condenatória passam a ser limites máximos, não mais limites certos. A pena passa a ser, pois, uma pena programática.

Por fim, a mais grave das penas — a privação da liberdade em regime fechado — deverá ser executada de modo adequado, enquanto durar, em celas individuais, assegurando-se ao condenado o trabalho interno remunerado, higiene, educação e outras formas de assistência.

Creio que os projetos de reforma penal e da lei de execução penal respondem a essas exigências, de modo cauteloso, dentro do possível e de uma certa realidade brasileira. Elaborou-se um rol de penas que vão desde a multa e a simples restrição de certos direitos até a privação da liberdade em regime fechado. Estabeleceu-se a escala de aplicação dessas penas, reservando-se as não privativas da liberdade para as infrações de menor importância, as privativas da liberdade para os crimes mais graves e para os delinqüentes perigosos ou que não se adaptam, por rebeldia, às outras modalidades de pena. Dentre as penas não privativas da liberdade, acolheu o Projeto as seguintes: multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana. Não vingou, entretanto, na comissão revisora, contra meu voto — diga-se de passagem — a multa reparatória do Anteprojeto de 1981, devido às sérias críticas apresentadas a essa inovação.

Penso, portanto, que nos projetos já encaminhados ao ministro Ibrahim Abi-Ackel, a pena criminal adquire, para o direito brasileiro, um novo sentido, ao qual estará indissoluvelmente ligada a mencionada exigência de ‘necessidade de pena’, ou de ‘necessidade de uma certa pena’, com as significativas consequências daí decorrentes.

Mas não é só.

7. Adotou-se, igualmente, sem as restrições e as reservas do passado, o princípio da culpabilidade. Assim, na reforma penal proposta, não se admitirá a aplicação de pena sem que se verifique a culpabilidade do agente por fato doloso ou pelo menos por fato culposo. E dessa tomada de posição, extraíram-se as devidas consequências: aboliu-se a medida de segurança para o imputável; diversifi-

FUNCEP
Biblioteca

cou-se o tratamento dos principais, no concurso de pessoas; admitiu-se a excusabilidade da falta de consciência da ilicitude, sem contudo confundir a última com a mera *ignorantia legis*; extirparam-se os vários resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente nos crimes qualificados pelo resultado.

Com isso, conforme tivemos oportunidade de afirmar⁶, adotou-se um direito penal do fato-do-agente que não descura o agente-do-fato, num esforço de compatibilização, nos limites do possível, entre as teorias da culpabilidade pela condução de vida e da culpabilidade pelo fato singular, dando-se, não obstante, nítida prevalência à segunda corrente — ou seja, àquela que se traduz em um direito penal do fato.

O resultado dessa tomada de posição aponta em duas direções, com importantes consequências.

A primeira delas revela a dupla função limitadora do princípio da culpabilidade: uma com poder de despenalização, ou seja, excluindo de pena os fatos típicos não censuráveis ao agente; outra com renovado poder sobre a dosimetria da pena, estabelecendo que o limite máximo daquela não possa ultrapassar o grau de culpabilidade do agente. Julgamos desnecessário justificar o evidente significado prático da adoção desses princípios. Considere-se, porém, que, em um direito penal assim concebido, a aplicação da pena criminal restringir-se-á aos casos em que a exijam a necessidade de proteção da comunidade (prevenção) e a necessidade de preparação do infrator para uma razoável convivência pacífica no mundo social (ressocialização).⁷

A segunda direção, de maior importância, envolve-se com as três colunas de sustentação de um direito penal de índole democrática, a que nos referimos em nosso último livro, *in verbis*: “Na culpabilidade pelo fato... é o fato que dará os concretos e definitivos limites para a atuação do Estado na esfera penal. Franz von Liszt percebeu bem isso quando afirmava que, em sua opinião, por paradoxal que pudesse parecer, ‘o código penal é a Magna Carta do delinquente’, protegendo não a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se rebela, ao garantir-lhe o direito de ser castigado só quando ocorrerem os pressupostos legais e dentro dos limites legais. Ora, esses pressupostos e limites muito pouco valeriam se estivessem referidos a conceitos variáveis, pouco seguros, e não a características objetivas que só podem ser oferecidas pelo fato. Daí a já mencionada tipologia de fatos, não de autores. E aqui tocamos, com a lembrança da conhecida passagem de Von Liszt, o fundo da questão. O direito penal moderno está moldado segundo princípios liberais, elaborados, lenta e penosamente, através dos séculos. E, até hoje, não se conseguiu encontrar al-

go melhor para substituí-los. Tentativas e experiências nesse sentido têm sido desastrosas. Dentro desse quadro, o *nullum crimen nulla poena sine lege*, o direito penal do fato e a culpabilidade do fato alinharam-se imponentemente, numa perfeita seqüência e implicação lógicas, como colunas de sustentação de um sistema indissoluvelmente ligado ao direito penal de índole democrática. Por isso merecem ser preservados. Assim, apesar do crescimento dos índices de criminalidade e — o que é pior — do recrudescimento do crime atroz, violento, ao lado do aparecimento de novas formas delinqüenciais que se valem dos próprios instrumentos da técnica e do progresso, parece-nos que a procura de instrumental mais adequado de combate ao crime deve ser feita com muito engenho e arte, para não se pôr em risco o que já constitui valiosa conquista da humanidade".

8. Para concluir, duas palavras sobre as medidas de segurança, tema hoje bastante polêmico, diante das soluções contraditórias adotadas pela maioria dos estatutos penais vigentes, com a conhecida fórmula híbrida do duplo binário.

9. As medidas de segurança, introduzidas na lei penal brasileira pelo Código vigente, são consideradas 'medidas de prevenção e assistência' pela exposição de motivos do ministro Francisco Campos (item 33). A experiência brasileira, contudo, não se revelou muito feliz na aplicação de tais medidas. Levantamento feito nos estabelecimentos penais do estado de São Paulo, em 25 de agosto de 1981, encaminhado à comissão revisora pelo desembargador Italo Galli, em nome de comissão de desembargadores, revela os seguintes dados:

Quadro A

a — condenados cumprindo medida de segurança.....	240
b — condenados aguardando cumprimento de medida de segurança.....	1.594
c — condenados a penas superiores a 30 anos.....	840
d — condenados a penas superiores a 30 anos, que já tinham cumprido mais de 15 anos.....	23

Entre os condenados referidos na letra a (em cumprimento de medida de segurança), somente sete, portanto aproximadamente 3%, tinham sido declarados portadores de periculosidade real; os restantes, em número de 233, aproximadamente 97%, sofreram imposição de medida de segurança por periculosidade presumida. Entre os que aguardavam o momento oportuno para cumprimento da medida (não foram fornecidos dados completos nesse particular), predominava elevado índice dos que receberam a medida por periculosidade presumida.

Na grande maioria dos condenados que receberam medida de segurança, o crime imputado era de roubo e furto (arts. 157 e §§ e 155 e §§), registrando-se número menor de homicídio e cifras inexpressivas em relação a outros delitos, tais como: estupro, estelionato, lesões corporais, entorpecentes, receptação, dano e seqüestro.

Na penitenciária do estado de São Paulo, que possuía o maior contingente de condenados aguardando cumprimento de medida de segurança, a situação era a seguinte, em 29 de junho de 1981:

Quadro B

Condenados com medida de segurança não cumprida:

— roubo (incluindo 80 casos de latrocínio)	370
— furto	28
— homicídio	49
— entorpecente	7
— estelionato	5
— estupro	2
— lesão corporal	1
— segurança nacional	1
Total	463

Condenados a mais de 30 anos:

— roubo (incluindo 69 casos de latrocínio)	274
— furto	5
— homicídio	33
— entorpecente	—
— estelionato	2
— estupro	—
— lesão corporal	—
— segurança nacional	—
Total	315

Condenados a mais de 30 anos que, em 29 de junho de 1981, haviam cumprido mais de 15 anos de pena:

— roubo (incluindo 5 casos de latrocínio)	9
— homicídio	1
Total	10

Os condenados, em número de 240, que cumpriram efetivamente medida de segurança, no estado de São Paulo, assim se distribuíam:

Quadro C

Presídio de São Vicente

Periculosidade presumida	1
Periculosidade real	1

Penitenciária de P. Wenceslau

Periculosidade presumida	1
Periculosidade real	0

Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté

Periculosidade presumida	99
Periculosidade real	1

<i>Instituto de Reeducação de Tremembé</i>	
Periculosidade presumida	131
Periculosidade real	2
<i>Instituto Penal Agrícola Dr. Javert de Andrade</i>	
Periculosidade presumida	1
Periculosidade real	0
<i>Penitenciária Feminina da Capital</i>	
Periculosidade presumida	0
Periculosidade real	2
<i>Penitenciária de Pirajuí</i>	
Periculosidade presumida	0
Periculosidade real	1
Total	240

10. Embora a prudência mande que não se extraiam conclusões apressadas e definitivas, é possível dizer-se que esses dados, pelo menos, não enfraquecem a orientação da comissão no sentido de extinguir-se a medida de segurança para os agentes imputáveis.

Com efeito, o quadro A faz supor que um bom número de delinqüentes que, além da pena receberam imposição de medida de segurança, não necessitariam dessa última por já estarem condenados a mais de trinta anos de prisão, tempo mais que suficiente para qualquer trabalho de 'prevenção e assistência', perfeitamente realizável durante o cumprimento da pena. Ou pretender-se-á realizar a 'prevenção e assistência', neste caso, após a extinção da pena, isto é, na velhice ou *post mortem*?

O quadro B induz-nos a pensar que o roubo (incluído o latrocínio) comanda as hipóteses de imposição de medida de segurança, mas comanda igualmente as condenações apenas superiores a trinta anos. E isso é explicável diante do fato incontestável de que o ladrão que age com violência ou grave ameaça à pessoa, além de sujeito à pena elevada, é quase sempre reinciente, dificilmente fica no primeiro crime. Por outro lado, sugere o mesmo quadro B que, com alguma ampliação na possibilidade de agravamento de pena para os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, teria o legislador 'absorvido' na pena do sistema atual — dentro do que seria razoavelmente necessário para a pretendida 'assistência e prevenção' — quase todas as demais hipóteses de cumprimento efetivo de medida de segurança, ficando de fora o furto, o entorpecente e o estelionato. Como os crimes de tráfico de entorpecentes, assim como os cometidos contra a Segurança Nacional, são objeto de legislação especial, não revogada pela reforma, projetada (art. 12 do Projeto), sobrariam apenas o furto e o estelionato, os quais, evidentemente, não justificariam, por si sós, a acolhida no sistema de um corpo estranho, qual seja a medida de segurança para o

agente culpável e já punido com pena de longa duração.

11. Excluiu-se, portanto, do sistema proposto pela reforma a medida de segurança para o imputável, fazendo-se com que a pena criminal absorvesse a função de 'prevenção e assistência' antes conferida à primeira. Para que isso fosse possível, reformularam-se os institutos do crime continuado e do livramento condicional, além de estabelecerem-se novas regras sobre unificação da pena. Por outro lado, deu-se maior maleabilidade à execução da pena, conforme salientamos anteriormente, de modo que o tempo de permanência no regime fechado possa ser alterado no curso do cumprimento da pena, segundo o mérito ou o demérito do condenado.

Com essas diretrizes, o Projeto de reforma penal brasileiro, longe de retornar a fórmulas clássicas, dá um passo adiante, com solução original e coerente para o sério problema do agente imputável que já se tenha revelado um delinqüente habitual ou por tendência, sem necessidade de recorrer-se a pena totalmente indeterminada ou a fórmula do duplo binário que, como se viu, não foi bem assimilada pela experiência brasileira. Por outro lado, os interesses da sociedade, da manutenção da paz social e da prevenção do crime são preservados com a possibilidade de aplicação de penas de longa duração para os delinqüentes que, na terminologia atual, seriam considerados 'perigosos'.

12. Dissemos, há pouco, que "a procura de instrumental mais adequado de combate ao crime deve ser feita com muito engenho e arte, para não se pôr em risco o que já constitui valiosa conquista da humanidade".

A intenção dos autores dos projetos de reforma foi essa, sem nenhuma dúvida. Se atuaram, ou não, com engenho e arte, dirão um dia os senhores, e de modo certamente implacável e inapelável.

Notas

1. Conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, em 18 de abril de 1983.

2. RASGOS fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal. In: *La reforma del derecho penal*, Barcelona, Universidade Autônoma de Barcelona, 1980. p.9

3. VI CONGRESSO SOBRE PREVENÇÃO DO CRIME E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. Caracas, ONU, 1980. A/CONF. 87/7, 9/7, p.4.

4. TOLEDO, Francisco de Assis. Prevenção do crime e tratamento do delinqüente, *Revista dos Tribunais*, 544: 471.

5. GRÜNDL, Johanes. *Temas atuais de teologia moral*. Pe- trópolis, s.d. p.232.

6. PERSPECTIVAS do direito penal brasileiro. In: Jornadas de estudo do Ministério Público, Anais... Porto Alegre, 1981. p. 194.

7. ROXIN, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Sevilha, Universidad de Sevilha, s.d. p. 48-9.

8. PRINCIPIOS básicos de derecho penal, São Paulo, Sarai-va, s.d. p.57-8.

O crime e seu resultado na reforma penal

Honrado com o convite do professor Rogério Lauria Tucci para participar, como conferencista, deste I Ciclo de Estudos sobre o Direito e Processo Penal, que se realiza sob os auspícios do Instituto dos Advogados Brasileiros, cumpria-me escolher um tema acerca da reforma penal. Cada um de nós, que nos dedicamos ao estudo de determinado ramo da ciência jurídica, temos às vezes fixação intelectual em certos assuntos, que se transformam, não raro, em verdadeiras idéias obsessivas. Tais idéias, como se fossem travessos duendes, assaltam o nosso espírito, a cada momento, no correr de nossas leituras ou na vivência profissional dos casos concretos. Desde muito tempo, e foi a propósito de um caso concreto, o problema do resultado, em nosso direito penal, vem sendo objeto de minhas reflexões.

Vou descrever o caso concreto como ponto de partida para discussão da matéria. Aliás, o método do caso — muito adotado pelos americanos — vem sendo também utilizado por penalistas alemães, como Baumann e Wessels, este, como sabemos, já traduzido para o nosso idioma, graças aos serviços prestados à nossa cultura jurídica por este jovem e brilhante penalista, que é Juarez Tavares.

A dogmática deve servir à lógica, mas para ser útil deve solucionar os casos concretos. Por mais perfeita que seja uma construção lógica, se não servir à vida, não servirá também ao direito, por mais agradável que possa ser aos espíritos meramente especulativos.

Vamos ao caso.

Na comarca de Congonhas do Campo, nos

idos de 1965, fora denunciado e condenado por crime de curandeirismo (art. 284 do *Código penal*) José Pedro de Freitas, mais conhecido por Zé Arigó. Constou da sentença condenatória, dentre outras afirmações sobre a constância das práticas atribuídas ao réu, a de que "cerca de dois milhões de enfermos já foram atendidos por Arigó nesses últimos doze anos".

Ao lado dessa afirmação do juiz, despertou-me a atenção a circunstância de, a despeito da ampla publicidade realizada sobre o caso pela imprensa falada, escrita e televisionada, não ter aparecido qualquer vítima de dano à sua saúde em razão de atendimento pelo réu. Contudo, contra ele dizia-se que o crime imputado era de 'perigo abstrato' e que, em tais crimes, não se cogita do dano, nem se exige prova do perigo, porque este se presume em caráter absoluto.

O crime de 'perigo abstrato' seria, então, um crime sem resultado, assim como o chamado 'crime de mera conduta', que, segundo alguns, também não depende de resultado.

Esta colocação nunca satisfez ao meu espírito. Afinal, em face da sistemática de nosso *Código*, haverá mesmo crime sem resultado? Esta a indagação, que passei a fazer a mim mesmo, tendo em vista, inclusive, a doutrina segundo a qual o dano ao bem jurídico ou a sua exposição a perigo constitui elemento essencial ao aperfeiçoamento da conduta típica.

Por isso, pareceu-me que caberia também indagar se foi feliz a comissão revisora do Anteproje-

to de lei modificativo da parte geral do *Código penal* de 40, quando resolveu mudar o tempo do verbo 'depender' no art. 13 do Anteprojeto, fazendo constar "o resultado, de que dependa a existência do crime", em lugar de "o resultado, de que depende a existência do crime", ... redação primitiva e que reproduzia, nesta parte, a do art. 11 do *Código penal* vigente.

O Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, que deu à comissão revisora uma das mais relevantes contribuições, fazendo-lhe diversas sugestões, propôs, como também o Dr. Sílvio Teixeira Moreira, a redação adotada, isto é, a modificação do tempo do verbo, ao argumento de que nem todo crime depende de resultado.

Outros, porém, sugeriram a manutenção do artigo 13, lembrando-me, dentre esses, o Dr. Menna Barreto e, dentre órgãos, que mandaram sugestões, a Procuradoria Geral de São Paulo e a Universidade Federal de Mato Grosso.

Everardo da Cunha Luna, (autor da tese de concurso intitulada *O resultado no direito penal*. São Paulo, Bushatsky, 1976), em excelente trabalho intitulado *O crime*, no Projeto de lei de 1981, publicado na *Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, 18 (43), opinara que mais correta era a redação primitiva do art. 13, embora seja dos que entendem que há crime sem resultado. Contudo, fazia aquela opção dando razões de ordem lingüística e referentes à própria inspiração do texto do direito pâtrio no art. 40 do *Código italiano*, que emprega a expressão 'da cui dipende' ao invés de 'dipenda'. E chegou a supor que afastada não estivesse "a possibilidade de um erro datilográfico, que passou despercebido aos eminentes membros da Comissão".

Em verdade, não houve erro datilográfico, a comissão revisora, por maioria, resolveu mesmo mudar o tempo do verbo 'depender', considerando melhor a forma adotada, ao argumento de que há, também, crime sem resultado.

A primeira vista, pode parecer sem importância a controvérsia sobre a existência, ou não, de crime sem resultado. Entretanto, quando se aprofunda na análise do fato punível e no estudo da sistematica do nosso *Código penal*, chega-se à conclusão, como observa Everardo na obra citada, que o resultado "mantém relações com todos os institutos jurídico-penais. Relações, como vimos nos capítulos antecedentes – diz ele – , com o problema da aplicação da lei penal, no tempo e no espaço; com o conceito do crime e a classificação das infrações penais; com a injuridicidade, a tipicidade e o bem jurídico; com os elementos materiais do crime, a ação e a omissão, a causalidade, o instrumento, o tempo, o lugar; com os elementos subjetivos do

crime, o dolo, a culpa, o motivo, o fim, a consciência do ilícito. Mantém relações, também, o problema do resultado, com as circunstâncias e as formas do crime" (p. 101).

Por sua vez, Manoel Pedro Pimentel (*Crimes de mera conduta*. 2. ed. São Paulo, Ed. Revista do Tribunais/Ed. Universidade de São Paulo, 1968. p. 45), após referir-se à "oposição entre evento jurídico e evento natural", observa que "A disputa que se trava entre os penalistas, situados em cada uma destas duas posições antagônicas, não é nova. Nem se há de supor que a discussão seja meramente acadêmica. Todos os que trataram do assunto com certa profundidade confessam que este problema é o centro de gravitação de todo o Direito Penal". "Pensamos – diz o professor paulista – que não há exagero nesta afirmativa, bastando dizer que a conceituação do evento interessa diretamente à própria teoria geral do crime e regula a função preventiva da pena, relacionando-se, deste modo, também à Política Criminal."

Mas, afinal, o que se deve entender por resultado, do ponto de vista jurídico-penal? A elaboração de um conceito jurídico, ainda que tenha como suporte um fato do mundo físico, está sujeita à valoração própria do mundo do dever ser. Daí, não poder o conceito de resultado ser um conceito naturalístico, já que situado no plano normativo do tipo, que é a técnica de proteção de bens ou valores, mediante a descrição daquelas ações ou omissões, que possam vir a lesar ou expor a perigo o objeto da proteção, sujeitando à pena os seus autores.

Para mim, o conceito de resultado deve ser buscado no direito positivo em vigor. Con quanto possa, às vezes, ter um suporte fático no mundo físico, trata-se de um conceito normativo, cuja elaboração pertence à dogmática jurídico-penal e esta se constrói sobre o direito positivo vigente em cada país.

Não é por acaso que os alemães, em suas obras, à exceção de Jescheck, restringem a bibliografia aos seus próprios compatriotas. Isso levou Soler, no prefácio da tradução da obra de Beling, a fazer sobre os tratadistas alemães a seguinte observação: "Só uma censura grave se lhes pode formular seu provincialismo; seu total desconhecimento da produção estrangeira, pois parecem desconhecer até a existência de figuras tão egrégias como a de, Carraras."

Entre nós, Lydio Machado Bandeira de Mello, a propósito do Tratado de Von Liszt, diz ser "uma exposição objetiva do direito penal alemão em vigor no tempo em que o escreveu" e que "não cita autores estrangeiros no texto da obra"; sendo que, ao tratar da legítima defesa, "não cita um penólogo es-

trangeiro". E continua o mestre mineiro, ironicamente, "expõe o assunto todo, como se a Legítima Defesa fosse uma descoberta da Alemanha e só existisse em seu país"; acabando por aconselhar: "Pois então façamos o mesmo, professores e alunos de Direito no Brasil: sistematizemos o nosso Direito Penal (que, unido ao Português, é o mais belo e interessante do Mundo) e criemos uma ciência e uma arte (ou jurisprudência) penais genuinamente brasileiras" (*Manual de direito penal*. Belo Horizonte, 1953. v. 1, p. 169).

A meu ver, a atitude dos penalistas germânicos talvez possa justificar-se, em parte, pela fidelidade ao método próprio da ciência penal, cujo objeto de estudo, como ensinou o nosso Aníbal Bruno, é uma norma de comportamento, a norma jurídico-penal. Partindo das normas legais vigentes, para sobre elas construir um corpo de doutrina, descobrindo e formulando conceitos, organizando-os, dando-lhes unidade, a dogmática só tem um caminho natural, que é o lógico (*Direito penal*. t. 1, p. 41).

E este caminho há de ser percorrido sobre a legislação de cada país, o que não exclui, naturalmente, a obra de comparação e mesmo os subsídios da doutrina estrangeira, sobretudo quando, nos textos da legislação alienígena, são encontradas as fontes do próprio direito nacional ou normas iguais às nossas.

Segundo o art. 11 do *Código penal* vigente, "O resultado, de que depende a existência do crime, sómente é imputável a quem lhe deu causa". Ora, se a existência do crime depende do resultado, há uma relação necessária entre a existência do crime e o resultado, de tal modo que aquele não pode existir sem este, sob pena de desfazer-se a relação de dependência.

Aliás, esta interpretação condiz com a sistemática do nosso *Código* que tanto considera o resultado essencial ao crime, que não pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta improriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (art. 14 do *Código penal* e 17 do Anteprojeto). Por outro lado, exige-se, para configuração do dolo, que o agente tenha querido o resultado (art. 15, do CP e 18 do Anteprojeto) e, para a configuração da culpa, que por imprudência, negligência ou imperícia, tenha dado causa ao resultado (art. 15, II, do CP e 18, II, do Anteprojeto).

Na construção legal da tentativa, está implícita a idéia do resultado, pois só com ele verifica-se a consumação tanto que se o agente voluntariamente "impede que o resultado se produza", só responde pelos atos já praticados (art. 13, do *Código penal* e 15 do Anteprojeto). Além disso, a impunibili-

dade do "ajuste, de determinação ou da instigação e o auxílio, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado", a meu ver, também se explica pela ausência do resultado (art. 27 do CP e 31 do Anteprojeto).

Na fixação do lugar do crime, recorre-se à idéia do resultado (art. 4º do *Código penal* e 6º do Anteprojeto revisto), sendo que o Anteprojeto se vale do resultado na definição do "tempo do crime" (art. 6º do Anteprojeto e 4º do Anteprojeto revisto) e no art. 19, ao afastar os casos de responsabilidade objetiva, só permitindo a agravação especial da pena pelo resultado quando o agente o houver causado, pelo menos, culposamente.

No erro de execução, pode determinar-se a responsabilidade por culpa ou por dolo em razão do resultado alcançado pelo agente (art. 54 do *Código penal* e 74 do Anteprojeto).

Segundo Heleno Cláudio Fragoso, tendo em vista as disposições contidas no direito italiano e no direito brasileiro, há ainda um valioso argumento a reforçar o entendimento de que não há crime sem resultado. Os artigos 40 e 43 do *Código Rocco* e os artigos 11 e 15 de nosso vigente diploma penal, ao tratarem da relação de causalidade e da culpabilidade, parecem deixar claro que a todo crime é necessário um resultado ou um acontecimento exterior à conduta. A Exposição de Motivos de nosso *Código* (§ 13) — diz Heleno — esclarece o pensamento do legislador a respeito, de forma a excluir qualquer dúvida" (*Conduta punível*. São Paulo, Bushatsky, 1961. p. 71-3, n. 26).

De fato, conforme a Exposição de Motivos, "O projeto acolhe o conceito de que 'não há crime sem resultado.' Não existe crime sem que ocorra, pelo menos, um perigo de dano e sendo o perigo um 'trecho da realidade' (um 'estado de fato' que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo), não pode deixar de ser considerado, objetivamente, como 'resultado', pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida, cronologicamente, com a ação ou omissão" (item 13 da Exposição do ministro da Justiça).

Nelson Hungria, o mais autorizado comentarista do nosso *Código penal*, diz que: "Segundo a teoria realística, decididamente aceita pelo nosso *Código*, não é concebível o crime sem que haja uma atuação voluntária, acarretando, pelo menos, uma situação de perigo, uma probabilidade de dano a um bem jurídico penalmente protegido" (*Comentários ao código penal*. v. 1, t. 2, p. 71, n. 62).

No meu entender, segundo a natureza do resultado, os crimes podem ser de dano ou de perigo. O crime de dano ocorre quando a ação acarreta a perda, a diminuição ou a restrição de um bem ou

valor jurídico. O crime é de perigo quando a ação cria a probabilidade de dano a um bem ou valor protegido pela norma.

O professor Basileu Garcia, quando analisa o evento integrante do elemento objetivo da infração, diz referindo-se aos delitos "há os que se consumam desde que determinem um perigo, ainda que não advenha a lesão. Outros, entretanto, se perfazem através da ofensa positiva a um bem jurídico ou a um interesse legalmente protegido" (*Instituições de direito penal*. v. 1, t.2, p. 203, n. 64).

Não é outra a lição de Aníbal Bruno, a saber: "O resultado que integra a ação ou omissão criminosa pode apresentar-se sob a forma de um dano ou de um perigo. Os 'crimes de dano' só se consideram consumados quando ocorre uma lesão efetiva de um bem ou interesse jurídico. Nessa categoria se incluem a maioria dos fatos delituosos — o homicídio, as lesões corporais, o furto, o roubo, o dano. Os 'crimes de perigo' não reclamam para que se julguem perfeitos um dano efetivo. Basta para configurá-los a probabilidade de dano. Nessa probabilidade de dano está a definição de perigo" (*Direito penal*. s.l., Ed. Nacional de Direito, 956. t.2, p. 602).

Galdino Siqueira afirma que "todo crime exige, pois, um resultado no mundo exterior, e, por isso, falar em crime sem resultado é uma *contradicção in adjecto*". E explica o antigo mestre que foi preconizada na Alemanha a distinção entre crimes que produzem um resultado e meros crimes ou delitos de atividade, que não produzem resultado nenhum. Substancialmente, é a mesma distinção assinalada por outros entre crimes materiais e crimes formais. (*Tratado de direito penal*). São Paulo, José Konfino, 1947. v. 1, p. 273).

João Mestieri situa muito bem o problema quando escreve que "Alguns autores relacionando o conceito de resultado ao de realização material, de câmbio no mundo exterior, inclinaram-se no sentido de admitir delitos sem resultado, delitos de simples atividade. Sem razão. Nesses delitos, o desenvolvimento da própria ação incriminada é suficiente para o cumprimento do tipo. O momento consumativo situa-se, então, naquele instante em que a conduta incriminada se perfaz, não se fazendo necessário qualquer evento externo. Mas ainda nestes casos há resultado, no sentido jurídico. Veremos ao tratarmos do tipo penal (adiante § 18) que o legislador ao atribuir a determinado injusto o caráter de criminal, descrevendo-o, e distinguindo-o de outros ilícitos, fá-lo a fim de proteger determinado bem ou interesse do dano efetivo ou mesmo de simples estado de periclitacão" (*Teoria elementar do direito criminal*. Rio de Janeiro, 1971. t.1, p. 232, § 13).

Entre os autores italianos, em cujo *Código penal* (art. 40) o nosso legislador foi buscar inspiração, predomina o ponto de vista de que não há crime sem resultado. Maggiore considera "absurdo falar de delitos sem resultado. Somente existem delitos com resultado imediato ou mediato, próximo ou remoto, que têm por conseguinte um *iter fracionável* e um *iter que*, pela estreita adesão entre a causa e o efeito, aparece como não divisível". E mais adiante acrescenta o mesmo penalista: "Outra questão que se tem convertido entre os penalistas em uma espécie de 'campo de Agramante' é a seguinte: existem delitos sem resultados? Na dogmática alemã prevalece a resposta afirmativa" — diz ele. "Ao lado dos delitos com resultado reconhecem a categoria dos delitos chamados de ação ou delitos de pura atividade. Exigir-se-ia nos primeiros, além do movimento corporal, a verificação do resultado exterior em que se realiza o delito-tipo; nos segundos bastaria o simples movimento corporal, em que se esgota o delito-tipo, sem depender da modificação do mundo exterior; tais seriam, principalmente, os delitos chamados de palavra (falso testemunho, júamento em falso, calúnia, injúria, etc). Na literatura jurídico-penal italiana, a opinião dominante tem-se mostrado contra a categoria dos delitos sem resultado, ao admitir que este, ainda que não seja concebível de uma maneira natural, sempre existe em sentido jurídico". Conclui o mestre de Palermo, com certa ponta de malícia, que se tem "excogitado — para reforçar a teoria dos delitos sem resultado — uma suposta classe de delitos inofensivos, tais que seu resultado não ofende nenhum bem nem interesse, nem constitui dano nem perigo. Francamente, se existesse em realidade este gênero de delitos inócuos, mereceria ser castigado com penas... inofensivas!" (*Derecho penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1954. v. 1, p. 361-3).

No mesmo sentido, Giulio Battaglini, para quem "não há delito sem evento. No sistema do direito positivo italiano, não se concebe conclusão diversa; isso porque o artigo 40 do *Código penal* condiciona a existência de qualquer crime a um evento material, danoso ou perigoso, devendo, por conseguinte, basear-se sobre esta concepção a construção da teoria do delito. Somos, portanto, contrários de *jure conditio*, à admissão de delitos denominados de 'mera conduta ou sem evento'.

O citado penalista peninsular enfrenta a questão dos crimes omissivos, escrevendo: "Sustentou-se faltar no delito omissivo próprio" (v. g. omissão ou recusa de ato oficial: artigo 328, do *Código penal italiano*; omissão de comunicação de crime de ação pública por parte de quem exerce profissão sanitária: artigo 365 do mesmo diploma legal), um resultado: vale dizer, segundo nossa concepção, um

evento em sentido formal. Tal não nos parece exato. Realmente, até na pura omissão existe resultado: um resultado negativo. Este também constitui um *quid novi* no mundo externo, ou seja, uma modificação anteriormente inexistente. De outra parte não padece dúvida de que o delito de pura omissão, assim como o de ação, implique em investida contra interesses juridicamente tutelados (evento substancial). (*Direito penal*. Trad. de Paulo José da Costa Júnior e Ada Pelegrini Grinover. São Paulo, Saravá, 1964. p. 175).

A propósito do crime omissivo, Alcidez Munhoz Netto, em recente comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal, apresentada no Colóquio de Direito Penal do Rio de Janeiro, assim discorreu: "Não é em função da mera desobediência à vontade estatal que certas omissões são penalmente sancionadas; são incriminadas à vista da preocupação da ordem jurídica em conjurar situações de que possa advir o sacrifício de determinados valores. Em princípio, a omissão só incide em pena criminal quando objetivamente se reúnam condições de alta probabilidade de lesão ao bem jurídico merecedor de tutela penal. Tal situação de perigo é que legitima a imposição do dever de agir. Com efeito, a impossibilidade do incapaz, quando exposto à própria sorte, de defender-se dos riscos para a sua saúde, é que determina o dever de não abandoná-lo; da parte de quem sobre o mesmo exerce autoridade ou está incumbido de sua guarda ou cuidado (art. 133); o encontrar-se a criança abandonada, a criança extraviada, a pessoa inválida ou a pessoa ferida, ao desamparo ou em grave ou iminente perigo, é que acarreta o dever de prestar-lhes assistência (art. 135). Portanto, a tipicidade dos crimes omissivos próprios requer a ocorrência de fatos de que deflui o dever de agir. Tal dever é, assim, imposto em função do perigo ao bem jurídico. Tanto isto é certo, que a omissão só é típica se o omitente possuía o poder de fato de atuar evitando a lesão. Se faltar a possibilidade de realizar uma ação que impeça a lesão, não haverá omissão adequada ao tipo penal. Não são, por conseguinte, de simples desobediência, os crimes omissivos próprios. Constituem-se, antes, em crimes de perigo, incriminados em função do objetivo de preservar bens jurídicos fundamentais."

Parece que nem mesmo entre os alemães, que preconizaram a distinção entre crimes com resultado e crimes sem resultado, alguém negue que "o crime, para aperfeiçoar-se, exija um dano ou a sua probabilidade. Evidentemente, o dano ou a sua probabilidade não pode ser consequência de forças da natureza não desencadeadas por ação humana. Entretanto, não se pode enfatizar o 'desvalor da ação', como se fosse independente do 'desvalor do resulta-

do'. Como ensina Jescheck, "na conduta que põe em perigo o objeto do ataque radica 'o desvalor da ação' do fato punível. O direito penal leva a cabo a proteção de bens jurídicos procurando fazer com que a vontade dos cidadãos se ajuste às exigências do ordenamento jurídico" (*Tratado de derecho penal*. Trad. de F. Muñoz Conde. Barcelona, Bosch, 1981. v. 1, p. 10-1, n.2, § 1).

No mesmo sentido, Johannes Wessels, para quem "a tarefa do Direito Penal consiste em proteger os valores elementares da vida comunitária no âmbito da ordem social e garantir a manutenção da paz jurídica. Como ordenamento protetor e pacificador serve o Direito Penal à 'proteção dos bens jurídicos e à manutenção da paz pública'. 'Por bens jurídicos' — continua o mesmo penalista — "designam-se os bens vitais, os valores sociais e os interesses juridicamente reconhecidos do indivíduo ou da coletividade, que, em virtude de seu especial significado para a sociedade, requerem proteção jurídica. Bens jurídicos do indivíduo são, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a honra, a propriedade, o patrimônio, etc. (= bens jurídicos individuais). Bens jurídicos da coletividade são, por exemplo, a constituição do Estado e sua ordem democrática e liberal, a conservação dos segredos de Estado, administração da justiça, a incorruptibilidade dos funcionários, a segurança do tráfego monetário, a fidelidade dos documentos na relação jurídica, etc. (= bens jurídicos universais). (*Direito penal*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre, 1976. Parte geral, p.3, § 1-1-2).

No particular, a posição de Claus Roxin não é diferente, pois diz "que em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam em uma série de condições valiosas, das quais, a vida, a integridade corporal, a liberdade de atuação ou a propriedade, todo o mundo as tem presentes; em uma palavra: os chamados bens jurídicos; e o Direito Penal tem que assegurar estes bens jurídicos punindo sua lesão em determinadas condições" (*Problemas básicos del derecho penal*. Trad. de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, Reus. S.A., 1976. p. 21).

Entretanto, onde parece-me residir a contradição na doutrina é no admitir-se que não pode haver crime sem o dano ao bem jurídico ou a sua exposição a perigo e, em seguida, dizer-se que há crime sem resultado.

Como se chamaria, então, a esse dano ou a essa probabilidade de dano ao bem jurídico, senão resultado? O professor Everardo da Cunha Luna alude a um dano real e a um dano ideal, o dano real, segundo ele, 'consiste no dano do resultado' e o

ideal é o 'dano da ação'. Com essa distinção o eminente professor do Recife admite a existência de crime sem resultado, embora a meu ver o dano ideal 'ínsito na ação' a que se refere seja, em verdade, a probabilidade do dano (= a perigo), que é o mínimo que se pode admitir para que uma conduta seja típica.

Aliás, Maurach, após reproduzir a distinção entre 'delitos de atividade' e 'delitos de resultado', em função, segundo ele, do grau de vinculação entre ação e resultado, reconhece que "em rigor lógico esta distinção não é feliz. Efetivamente — prossegue o mestre de Munich — todo delito consumado tem um resultado, constituído pelo cumprimento do tipo; a própria conduta do autor implícita na ação leva consigo o resultado relevante para o tipo (*Tratado de derecho penal*. Tradução de Juan Cordoba Roda. 2 ed. Barcelona, Ariel, 1962. p. 276, § 20-III).

Pouco importa que o dano ou o perigo se destaque ou não da ação ou omissão — o que importa é saber se a conduta realiza ou não o tipo, lesando ou expondo a perigo o objeto da proteção.

Pode-se até falar em crime de mera conduta ou em crime de perigo abstrato, desde que se não admita crime sem resultado. A própria posição sistemática de tais crimes, sob a rubrica de determinados títulos da parte especial do *Código penal brasileiro*, significa que ofendem ou ameaçam de ofensa o bem ou valor objeto de proteção naquele título ou capítulo.

Assim, por exemplo, o fato de alguém entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências, não há dúvida que impõe à 'pessoa' (título I) uma restrição à sua 'liberdade' (capítulo VI) de manter-se tranquilo em seu domicílio, que é inviolável (seção III), constituindo garantia individual (*Constituição da República*, art. 153, § 10), objeto de proteção, sob ameaça de pena, no artigo 150 do *Código penal*.

Admitir-se crime sem resultado equivale a dizer-se que há um tipo cuja realização não lesa nem expõe a perigo qualquer bem ou valor. O tipo não é obra de mera sofisticação legislativa, nem existe para si mesmo, ele é sempre uma técnica de proteção de bens e valores da vida individual ou coletiva, considerados indispensáveis à convivência humana.

Valho-me, aqui, de uma passagem de Francisco de Assis Toledo, para quem "a criação legal de figuras delitivas que não impliquem lesão real, ou potencial, a bens jurídicos seria, com efeito, a admissão de um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar. Apesar disso, não se pode negar a existência de resíduos

dessas figuras em certos tipos penais, ou em alguns códigos vigentes. A punição da tentativa impossível, contemplada em vários países sul-americanos (não no Brasil) e na atual legislação penal alemã (StGB, § 23, III) é um exemplo de punição de ânimo. Os denominados crimes de perigo abstrato são outro exemplo (*Princípios básicos de direito penal*. São Paulo, Saraiva, 1982. p. 19).

Segundo Bettoli, "na contenda que se trava em torno da noção do crime, isto é, se ela deve ser constituída pela lesão de um bem jurídico ou pela violação de um dever, deve-se dar prevalência a lesão do bem jurídico porque a noção do dever não pode possuir uma autonomia funcional. O dever especifica-se somente em contato com os interesses protegidos e destes adquire vigor e relevo" (*Direito penal*. Trad. de Paulo José da Costa Júnior e Alberto da Silva Franco. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1966. v.1, p. 218-9).

Zaffaroni, criticando as tentativas de prescindir do conceito de bem jurídico, ensaiadas pelo direito penal do nacional socialista com a Escola de Kiel, escreve: "o injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extrema, que resulta de uma interrupção na análise, antes de chegar à essência deste aspecto do injusto: é a consagração irracional do dever pelo dever mesmo. Certamente, sempre há no injusto uma lesão ao dever, porém se lesa ao dever (se viola a proibição), porque com esta conduta se afeta o que a norma tutela. Ficarmos sem averiguar o porquê e sem investigar a lesão é interromper arbitrariamente a análise e em nosso sistema isso não é possível: devemos fazê-lo porque se a ação não atinge a moral ou a ordem públicas nem prejudica a terceiros, deve permanecer impune, por expressa disposição constitucional".

De fato, seria rematado absurdo punir-se uma conduta que não produzisse qualquer resultado juridicamente relevante; consiste em um dano ou, pelo menos, na sua probabilidade. Por isso, a meu ver, não se pode conceber um 'tipo' que institua uma presunção absoluta de perigo. Nos chamados crimes de perigo abstrato, em verdade, o perigo é concretíssimo, porque está ínsito na própria descrição típica.

Veja-se, por exemplo, o crime de 'corrupção ou poluição de água potável'; a descrição típica é: "corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde" (art. 271). Ora, quem, mediante sua corrupção ou poluição, torna a água imprópria para consumo ou nociva à saúde, evidentemente, cria uma situação de perigo para a saúde pública, porque há grande probabilidade de dano pela sua ingestão, já que de uso comum ou particular. E tanto

é provável o dano que o legislador chegou a prevê-lo, mandando aplicar a pena aumentada de metade se resulta lesão corporal grave, e em dobro, se resulta morte (art. 285 c/ art. 258).

Mesmo a simples 'infração de medida sanitária preventiva', prevista no art. 268, cuja ação consiste na inobservância de uma 'determinação de poder público', a pena é cominada porque a 'determinação do poder público' é destinada 'a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa' e não há dúvida de que quem infringe tal determinação, que visa a impedir a introdução ou propagação da doença, cria inequívoca situação de perigo para a saúde pública, tornando provável a 'introdução ou propagação' da doença contagiosa.

Como se vê, os fatos, considerados pela doutrina como crimes de perigo abstrato, quando não têm o perigo como elemento integrante do tipo (por ex. adulterar substância alimentícia, 'tornando-a nociva à saúde' — art. 272; entregar a consumo substância alimentícia ou medicinal 'avariada' — art. 279), pelo menos o contém, de modo implícito, na própria conduta descrita, cuja realização encerra a probabilidade do dano, segundo a experiência.

E quando o perigo não esteja ínsito na própria descrição típica, a sua presunção não pode ser absoluta e tem-se que admitir prova em contrário, sob pena de consagrarse a punição pela simples prática de determinada ação, ainda que dela jamais possa advir sequer a probabilidade do dano ao objeto jurídico da proteção.

Assim, no caso exposto no início, relativo ao crime de curandeirismo, o perigo só pode ser presumido *juris tantum*, isto é, até prova em contrário, sob pena de punir-se por uma ação que não encerra sequer a probabilidade de dano. O tipo não contém, em si mesmo, a descrição de ação que seja necessariamente perigosa; e, no caso concreto, não obstante sua repetição milhares de vezes, segundo a sentença, não adveio o dano, o que afastava o juízo sobre sua probabilidade, que poderia configurar o perigo.

Ora, sem dano e sem a sua probabilidade, como sustentamos, não é possível punir-se, porque, segundo o nosso *Código*, a existência do crime depende do resultado. Por isso, a orientação adotada na redação do artigo 13 do Anteprojeto do *Código penal*, antes da revisão, consagrava doutrina mais liberal e consentânea com a estrutura do elemento psicológico (art. 18), com a definição do crime impossível (art. 17), com o dispositivo sobre o arrependimento eficaz (art. 15) e com as normas sobre o tempo e lugar do crime.

Além do mais, a partir do momento que se ve-

rifica, na realidade da vida, um dano a um bem ou valor ou sua exposição a perigo é que o direito penal se interessa pelo fato. A ação pura e simples, que não consiste em um perigo para um bem ou valor ou que não produza um dano, é indiferente, pelo menos, para o nosso direito penal.

Falou-se, na doutrina, em desvalor da ação como sendo o decisivo para o direito penal. Entretanto, a ação só é desvalorada porque produz um dano ou cria uma situação de perigo para um bem ou valor, objeto de proteção jurídica. É certo que a qualidade e quantidade da pena não dependem exclusivamente do resultado, mas, sem que este seja, pelo menos, provável, não pode haver pena. Tanto que, em nosso *Código penal* (e também no Revisto Anteprojeto Modificativo da sua parte Geral — art. 17), a ação, por mais censurável que seja, não será punível se era inidônea a produzir o resultado juridicamente relevante (veja-se a prática abortiva na mulher que não está grávida ou os disparos sobre um corpo sem vida).

Cerezo Mir, discípulo proclamado por Welzel, na tradução da obra do seu mestre, *O novo sistema do direito penal — uma introdução à doutrina da ação finalista*, em nota de n. 10, à página 44, escreveu "não me parece viável, sem embargo, excluir o resultado do tipo do injusto. O injusto criminal só fica plenamente 'constituído' quanto ao desvalor da ação se acrescenta o desvalor do resultado". E prossegue "se o injusto criminal ficasse plenamente constituído com o desvalor da ação, olvidar-se-ia que este só pode fundamentar-se em referência à lesão do bem jurídico, quer dizer ao desvalor do resultado. A função ético-social do direito penal consiste no fomento do respeito aos bens jurídicos, por ver-se nele a melhor garantia de sua integridade".

É certo que o dano ou sua probabilidade, como um fato da natureza, é também irrelevante, do ponto de vista jurídico-penal. Mas a própria indagação sobre a autoria do fato só interessa se ele consistiu em ataque a um bem ou valor.

Dir-se-á, talvez, que não haveria como identificar-se este ataque ou agressão ao bem ou valor, quando consistir em uma omissão ou em um crime dos chamados de mera conduta.

A verdade, porém, é que em tais casos não deixará de haver um suporte fático para a imputação, consistente, por exemplo, no achar-se em uma via pública uma pessoa ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo e alguém não lhe ter prestado socorro (art. 135); ou, em havendo casos de doença de notificação compulsória, em determinada localidade, deixar o médico de comunicar o fato à autoridade pública (art. 269). A omissão de ambos deixa de impedir a probabilidade do dano à saúde,

respectivamente, individual ou pública. Na violação de domicílio, a presença de alguém na casa alheia, nas circunstâncias do artigo 150, constitui um ataque inequívoco à liberdade do indivíduo dentro de seu domicílio, onde o espaço lhe é reservado, inclusive por garantia constitucional.

Neste ponto, é mais uma vez pertinente a lição de Maurach, segundo a qual resultaria errôneo negar, de plano, nos próprios delitos de omissão a existência de um resultado típico; sua problemática é a mesma que a dos delitos de pura atividade. A importância desta distinção aparecerá na teoria da tentativa. 'Resultado', no sentido do § 138, é a omissão da denúncia de um delito capital cuja iminente produção é conhecida pelo autor (ob. cit., vol. II - § 45, III A, p. 270-271). No mesmo sentido Gallas (*La teoría del delito en su momento actual*. Tradução de Cordoba Roda. Barcelona, Bosch, 1959. p. 20).

Afinal, o que é, pois, permanente e deve ser o ponto de partida é a ocorrência de um dano ou da exposição a perigo de um bem ou valor da vida individual ou coletiva por meio de uma ação ou omissão voluntária. Isso é o proibido e somente para o proibido é que se procura uma justificação. O dano

ou a exposição a perigo constituem uma realidade, que ficou sendo, e continuará a ser, quer a conduta seja considerada lícita ou ilícita. O dano ou a exposição a perigo não se confunde com a antijuridicidade. A morte é sempre a eliminação de uma vida humana; a subtração de uma coisa alheia é sempre uma diminuição do patrimônio de outrem. O morto não ressuscitará, ainda que a morte tenha sido justificada pela legítima defesa, nem o patrimônio deixará de ficar diminuído pelo fato de subtração ter ocorrido por ação praticada em estado de necessidade. Logo, a lesão ou a exposição a perigo de um bem ou valor não constitui, por si mesma, a antijuridicidade. A lesão de bens jurídicos protegidos penalmente não é um *nullum* — segundo Baumann — “ao contrário, representa para nós — diz ele — o motivo para investigar esta conduta em sua antijuridicidade e examinar se existe realmente um injusto penal” (ob. cit. p. 160).

Mas aqui começa uma outra história, complicada e controvertida, das relações entre os elementos do fato punível, que não lhes posso contar, nesta oportunidade, sem abusar, ainda mais, da bondade e tolerância de todos.

O sursis e o livramento condicional nos projetos de reforma do sistema

I — Introdução

1. A crise das reações penais

A fantástica crise das reações penais de feição clássica encontra o seu ponto de maior expressão no fracasso da pena segregadora, cujos contornos de tormento, por um lado, e alienação, por outro, plasmam a face negra da justiça criminal muito mais envilecida nos últimos tempos.

O Código penal brasileiro de 1940, considerado como um verdadeiro monumento jurídico na medida em que procurou consolidar as posições intermediárias das grandes escolas penais do final do século passado, dedica somente dois tipos de pena principal para combater a notável variedade de ilicitudes distribuídas no Código penal e leis extravagantes: a prisão e a multa. Cerca de 260 infrações — sem contar as formas qualificadas e de especial diminuição penal — recebem todas elas no Código penal a combinação da pena privativa de liberdade, sendo a detenção em maior número. Em muitos casos a multa se aplica comulativamente e de maneira alternada em menor número de vezes. O procedimento de conversão da prisão pela multa é admitido em raras ocasiões (arts. 129, § 5º; 155, § 2º; 170; 171, § 1º; 175, § 2º e 180, § 3º, por exemplo).

O caráter totalitário da pena de prisão, no seu estágio de execução, constitui nos dias presentes a mais vigorosa crítica sofrida por uma instituição ao longo da história do direito penal em nosso país.

Os desvios e os abusos da pena segregadora têm determinado o seu descrédito como medida de terapia individual e de eficiente defesa da sociedade.

Também na lei das contravenções penais, o panorama da combinação massificadora do encarceramento é uma realidade. Para as 69 espécies de infrações ali descritas, a sanção privativa da liberdade é ameaçada 50 vezes, enquanto a multa é prevista com autonomia em 19 casos. Em 24 vezes ela é alternada e em 13 é cumulada com a chamada prisão simples. Diante de tal perspectiva, pode-se concluir que a perda da liberdade é ainda o instrumento jurídico incensado como o centro da gravidade do sistema.

2. As formas de ilicitude e a proporcionalidade das penas

A multiplicidade das formas de ilicitude com a vasta gama de peculiaridades materiais de antijuridicidade e distintas hipóteses de culpabilidade, recomenda maiores opções para a medida concreta da pena a fim de que não se comprometa violentamente a exigência da proporcionalidade como um dos seus mais importantes e humanos caracteres.

Paralelamente à crise das reações clássicas se manifestam as tendências de criminalização, neocriminalização, despenalização e destipificação com todo o cortejo de problemas que estimula o debate e fecunda novas possibilidades de interação entre a justiça criminal e a condição humana dos personagens responsáveis pela vida e pela morte que transcendem a temporalidade do fato.

Os meios de comunicação de massa, especialmente a televisão, tem contribuído decisivamente para que o homem contemporâneo sofra a experiê-

cia da angústia e o terror do medo, quando transmitem com a velocidade do som e da imagem, as dores do mundo e o espectro da violência. Esse fenômeno vem gerando a impaciência coletiva com graves riscos para a segurança individual e social, quando o impacto dos eventos delituosos é bem ampliado pelos detalhes de exposição e pela síndrome das reações violentas. O quadro da universalização da notícia faz com que um crime cometido em outro continente repercuta na mais pacata cidade do Nordeste ou do Sul brasileiros, aumentando o sentimento de insegurança, posto que normalmente é o delito e não a aplicação da pena que estimula o sensacionalismo dos meios de comunicação.²

As conexões existentes entre o estímulo à violência através dos meios de informação e a desproporcionalidade nas reações penais são facilmente demonstráveis. Ao lado de outros fatores como a neutrotização da vida urbana em centros populacionais muito adensados, as grandes migrações internas e a má distribuição de rendas, a propaganda da força para combater o crime incentiva não somente as classes sociais ao exercício da 'justiça pelas próprias mãos' como também os agentes do poder público à prática do abuso de autoridade. O quadro assim composto poderá gerar uma legislação de pânico com gravíssimas consequências para a segurança jurídica. A proporcionalidade entre o crime e a punição em tal circunstância deixa de ser mero 'caráter' da pena para ser reconhecida como verdadeiro 'princípio de equidade' a imitar a máxima religiosa segundo a qual o castigo não pode ser maior que o pecado.

3. A pena de morte e a angústia de Abraão

Em muitas situações, a omissão do Estado em prevenir e reprimir adequadamente os vários tipos de ofensa estimula a formação de expedições punitivas que se encarregam do julgamento sumário de supostos delinquentes, particularmente no campo dos furtos de bagatela quando o linchamento é a resposta cruel contra o pinguista e outros pequenos tipos de ladrão.

A pena de morte, em tais circunstâncias, passa a ser cogitada pela sociedade ofendida, como remédio pronto e eficaz para debater a violência e a criminalidade. No entanto, para o legislador e para o juiz a imposição da pena capital implica em nova forma de suplício espiritual assim como o descreveu Kierkegaard chamando-o de a 'angústia de Abraão', assim resumida por Sartre: "um anjo ordenou a Abraão que sacrificasse o filho. Está tudo certo, se foi realmente um anjo que apareceu e disse: tu és Abraão, tu sacrificarás o teu filho. Mas cada qual po-

de perguntar-se, antes de mais: trata-se realmente de um anjo, e sou eu realmente Abraão? Quem é que afinal mo prova?"³

II – As alternativas para a pena de prisão

4. Compreensão do tema

Em nosso entendimento, as alternativas para o sistema de sanções constituem meios, métodos e formas de reação do delito que devem atuar em todos os momentos do dinamismo penal. Através da cominação, quando o ordenamento positivo consagra novas modalidades de sanção; da aplicação, quando ao juiz se possibilitam condições para a melhor escolha e medição da pena; e da execução, quando os regimes dispõem de condições formais e materiais que atendam aos objetivos das medidas de prevenção e repressão da criminalidade.

Mas não se trata de um simples processo de 'substituição' assim como se mudasse o curso do sistema abolindo algumas penas e introduzindo outras sem que a esse fenômeno se apresentassem as justificativas necessárias. Alternar não é somente a 'escolha' como também – e principalmente – um 'procedimento racional' de escolha.⁴

Existem alternativas para a pena de prisão (multa, *sursis*, etc.) e também alternativas na pena de prisão – instituições de regimes fechados, semi-aberto e aberto, e as permissões de saída, por exemplo – que têm a finalidade de reduzir a massificação ou atenuar os seus notórios inconvenientes quando a execução se processa em meio fechado.

Os regimes de execução e as permissões de saída, consagrados através da reforma introduzida pela lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977, constituem alternativas para limitar os males da 'execução contínua' da pena de prisão, classicamente considerada como segregação total.

5. As reações não institucionais

Ao lado da reclusão, da detenção e da prisão simples, são também medidas institucionais o internamento em manicômio judiciário, em casa de custódia e tratamento, em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional (*Código penal*, arts. 28, 29, 88 § 1º e *LCP*, art. 5º, I).

As reações de fundo não institucional como a multa e as chamadas penas acessórias (perda de função pública, interdição de direitos e publicação de sentença condenatória – *Código penal*, arts. 28, III; 35 e 67) não se integram adequadamente num

sistema lógico, moderno e que atenda efetivamente aos interesses da sociedade, aos direitos e às garantias individuais.⁵

O Anteprojeto de reforma da parte geral do *Código penal* (1981)⁶ extinguiu a categoria das penas acessórias e, consequentemente, a divisão geral das penas em principais e acessórias para declarar que as formas de reação se classificam em privativas de liberdade, restritivas de direitos e patrimoniais (art. 32).

As penas restritivas de direitos consistem na prestação de serviços à comunidade, na interdição temporária de direitos e no aprendizado compulsório (art. 43). Esta última modalidade realiza-se pela freqüência a curso ou ciclo de palestra no qual o condenado por crime culposo viesse a adquirir conhecimentos necessários para evitar a ocorrência de novas infrações e a estimular o dever social de cuidado.

Nos trabalhos de revisão do Anteprojeto⁷ o aprendizado compulsório foi substituído pela medida a que se denominou de limitação de fim de semana. O condenado é obrigado a permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa do albergado ou outro estabelecimento adequado, participando de cursos e assistindo palestras ou, ainda, ter a si atribuídas atividades educativas (arts. 43, III e 48 e parágrafo único).

As penas restritivas de direitos consagrados no Anteprojeto constituem as vertentes para um fecundo processo de mobilização das reações não institucionais, libertando o juiz do imobilismo a que está condenado quando o ordenamento positivo somente lhe oferece as opções extremadas da prisão e da liberdade (com multa) para atender a vasta gama de ilicitude com todos os seus peculiares matizes e as suas caleidoscópicas formas. Na correta observação de Miguel Reale Júnior, "as penas restritivas constituem indispensáveis condições de possibilidade da Justiça Penal, outorgando ao monolítico direito penal, virtualidades que apenas o significam dotando a sanção do inafastável cunho retributivo, sem descuidar de estar viabilizando a melhoria da pessoa do condenado".⁸

Sob um outro aspecto, as reações não institucionais (as penas restritivas de direitos, a multa e a própria prisão-albergue como hipótese do regime aberto e como sanção autônoma) caracterizam propostas concretas para que a justiça criminal seja melhor atendida frente às exigências de segurança e paz de uma sociedade que se transforma e resiste aos arquétipos tradicionais da repressão.

No recentíssimo *Código penal* português (decreto-lei nº 400/82) a liberdade do juiz para a escolha e a medida da pena é criteriosamente estabelecida pelo art. 71º: "Se ao crime forem aplicáveis pe-

na privativa ou pena não privativa de liberdade, deve o tribunal dar preferência fundamentada à segunda sempre que ela se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinquente e satisfazer as exigências de reprovação e de prevenção do crime".

A inovadora regra tem profundas implicações teóricas e práticas, além da virtude de romper o quietismo compreendido pela filosofia sartreana como a atitude das pessoas que dizem: "os outros podem fazer aquilo que eu não posso fazer".⁹

III — A suspensão condicional 6. Natureza jurídica

Impropriamente tratado como incidente da execução na letra do *Código de processo penal* — CPP (arts. 696 e ss.) o *sursis* tem sido visto pelos escritores italianos como a *debolezze della repressione* na medida em que contribui para o descrédito da instituição sob os aspectos da proporcionalidade e da intimidação além de se ter convertido, na prática penal, em 'garantia' sistemática de impunidade para o primeiro delito.¹⁰

Dentro desse contexto de crítica e revisão coloca-se o projeto de *Código penal* espanhol (1980) ao restringir as hipóteses de concessão do *sursis* em favor do réu primário e que não tenha sido revel, impondo também como requisitos: que a infração praticada não seja grave; que o condenado seja menor de 21 anos ao tempo do fato. Excepcionalmente se concederá a medida aos maiores de tal idade, quando o infrator não tenha atuado por motivo abjeto ou de lucro, demonstre arrependido ou regeneração e a pena imposta não for excedente a um ano de privação de liberdade, dias-multa que não sejam inferiores a seis meses ou prisão de fim de semana (art. 92).

Essa perspectiva de crise põe à mostra a primeira dificuldade, de natureza teórica, para a compreensão do instituto. Com efeito, a suspensão condicional da pena é um mero incidente de execução ou deve ser tratada como verdadeira medida penal de caráter restritivo da liberdade?

Na tradição do direito brasileiro, o *sursis* é considerado como um benefício ao infrator primário, atendidos determinados requisitos e cumpridas algumas condições.

Uma antiga doutrina, porém, já oferecia base suficiente para se defender a idéia de que a chamada 'condenação condicional' reunia caracteres próprios de pena, mesmo sendo tratada como um favor. Em tal sentido orientou-se a dissertação apresentada por José Mendes, no ano de 1908, em concurso prestado na Faculdade de Direito de São Pau-

lo. Respondendo às objeções lançadas contra o instituto — entre elas a de que com sua aplicação se violava o princípio de justiça segundo o qual a cada crime deveria corresponder uma pena — dizia ele que: “A própria condenação condicional é uma pena consistente na ameaça feita ao delinquente; é um substitutivo penal, que não perde a natureza de pena. É pena no verdadeiro sentido, o científico. É pena adequada ao nosso tempo”. E confrontando as doutrinas sintetizadas pelas duas grandes escolas penais, arrematava: “Pena — segundo o conceito clássico, é o mal que se padece por causa do mal que se fez — *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*. Ao passo que, no conceito da escola penal positiva, fundada por Lombroso, Ferri e Garofalo, pena — é o conjunto dos meios jurídicos empregados pela sociedade na luta contra o crime. O instituto da condenação condicional, inspirado nos ensinamentos da nova escola, pressupõe esse conceito de pena, ao passo que a objeção, inspirada pelas teorias absolutas do direito de punir, pressupõe aquele outro conceito de pena. Dai a divergência, que se explica pelo atraso dos impugnadores do instituto.”¹¹

No regime do *Código de 1940* com as reformas introduzidas, tal medida é prevista no capítulo III (arts. 57 e ss.) do título V, que trata das penas. A sua colocação sistemática, após o capítulo referente à aplicação da pena, conduz ao entendimento de que a natureza jurídica do *sursis* é compreendida como a modificação do regime de execução da pena privativa de liberdade.

Aníbal Bruno ensina que a suspensão condicional da pena “é o ato pelo qual o juiz, condenando o delinquente primário não perigoso a pena de tentativa de curta duração, suspende a execução da mesma ficando o sentenciado em liberdade, sob determinadas condições.”¹²

Mas o caráter tipicamente penal da medida é antevisto pelo prestigiado mestre quando, ao falar sobre a principal vantagem do sistema belga-francês que adotamos, salienta a intimidação resultante da eventualidade em se executar a pena privativa de liberdade imposta. Com isso “se exercê sobre o ânimo do condenado uma impressão intimidativa, reforçada pela ameaça do cumprimento de uma pena certa, que passa a pesar sobre ele e que se efetivará se ele faltar aos seus deveres.”¹³

Outros aspectos levam à convicção de que o *sursis* é uma autêntica medida penal de fundo não institucional. Basta atentarmos para as necessidades da individualização (que é uma das garantias individuais consagradas pela *Constituição* na aplicação da pena) e da proporcionalidade. Estas duas exigências estruturais da pena moderna foram especialmente reforçadas com a redação do parágrafo 1º do

artigo 698 do *Código de processo penal — CPP*, em consequência da reforma introduzida pela lei nº 6.416/77. Diz o aludido dispositivo que as condições para a suspensão serão adequadas ao delito e à personalidade do condenado.

A jurisprudência tem consagrado a orientação de que o arbítrio judicial para a escolha e aplicação constitui verdadeiro ato vinculado. Assim, por exemplo, reconheceu-se inadmissível a obrigação de reparar o dano, imposto ao condenado por incêndio culposo (*RT* 450/417); a proibição de freqüentar, auxiliar ou desenvolver cultos religiosos em locais que não sejam especificamente destinados a esse fim foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. No mesmo precedente, decidiu-se que é humilhante a condição imposta à ‘beneficiária’ (punida a sete meses de detenção por crime de maus tratos aos filhos menores) de carregar pessoalmente, à cadeia pública local, determinadas latas d’água por mês (*RT* 552/431). Num caso de sedução, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu ser desproporcionada a condição de dotar a ofendida através de quantia compatível com o seu estado social “se se trata de operário, ganhando modesto salário” (*RT* 510/332). Igualmente não se admite a determinação para reparar o dano, posto tratar-se de matéria especificamente regulada no *Código Civil* (*RT* 534/379).

A natureza jurídico-penal do *sursis* foi posta com ‘clareza de sol mediterrâneo’ por Jescheck, após referir que o aludido instituto constitui a parte mais importante da reforma político-criminal empreendida após a II Guerra Mundial. Conceitualmente a suspensão é um “*medio autónomo de reacción jurídico-penal* que tiene varias posibilidades de eficacia. Es pena, en tanto que se condena a una pena privativa de libertad y el condenado tiene antecedentes penales”. Além dessa característica, revela ser um ‘meio de correção’ e também ‘medida de ajuda social’ e finalmente revela um aspecto sócio-pedagógico ativo ao estimular o condenado para que ele mesmo, com suas próprias forças, possa reintegrar-se na sociedade.¹⁴

O sentido sancionatório do *sursis* é admitido por outros autores. Para Bruns é um ‘nova sanção autônoma’; segundo Jagusch tem ele a ‘natureza de pena autônoma’; enquanto que Geerds admite ser uma ‘forma de sanção totalmente autônoma’. Welzel reconhece ser o instituto em exame ‘um meio penal de especial natureza’.¹⁵

A sentença condicional foi expressamente relacionada entre as penas principais no Projeto Eduardo Correia (1963) ao lado da prisão, da multa e do regime de prova (art. 47º).

No regime do atual *Código penal português*,

as penas principais são a prisão e a multa. Mas a suspensão da execução, a *probation*, a admoestação, a prestação de trabalho a favor da comunidade e a liberdade condicional (arts. 48º e ss.) são tipicamente tratadas como substitutivos à privação da liberdade. Não porém como "mera substituição automática da prisão. Como reações penais de conteúdo pedagógico e reeducativo (particularmente no que diz respeito ao regime de prova), só devem ser decretadas quando o tribunal concluir, em face da personalidade do agente, das condições de sua vida e outras circunstâncias indicadas no artigo 48º, nº 2 (aplicável também ao regime de prova por força do artigo 53º) serem essas medidas adequadas a afastar o delinquente da criminalidade."¹⁶

O tema relativo à natureza jurídica do *sursis* caracteriza um dos problemas em aberto para os penalistas. A opinião dominante reconhece na suspensão mediante condições somente uma 'modificação da execução da pena', ou então uma 'medida de correção'. Schmidhäuser sustenta tratar-se de uma forma de "impunidade prvisória relacionada com consequências jurídico-penais não retributivas de peculiar natureza."¹⁷

Em nosso entendimento e diante do ordenamento positivo brasileiro, o *sursis* é uma autêntica medida penal de natureza sancionatória e com as características próprias de pena — legalidade, personalidade, proporcionalidade e humanidade.

E não obstante ser considerado como um direito público subjetivo do réu¹⁸, não deve se desprender das exigências da retribuição e da prevenção especial, conciliando-se as idéias de punição, de correção pessoal e de interesse comunitário principalmente quando as condições beneficiam um indeterminado número de pessoas (prestação de trabalhos etc.).

7. A evolução legislativa

O desenvolvimento do instituto do *sursis* durante a vigência do *Código penal de 1940* e os documentos legislativos posteriores revelam a tendência crescente de adaptação dos postulados fundamentais de um sistema que melhor atende aos interesses individuais e coletivos.

O artigo 57 do *Código penal*, em sua primitiva redação, vedava a medida para os condenados à reclusão, salvo quando se tratasse de autor menor de 21 anos ou maior de 70. A restrição foi mantida pelo *Código de 1969* (decreto-lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1969, art. 71).

Com a reforma introduzida pela lei nº 6.016 de 31 de dezembro de 1973, a suspensão condicional passaria a alcançar, indistintamente, os sentencia-

dos a qualquer das penas privativas de liberdade (art. 70). Diante da adoção do critério da periculosidade como fundamento para a medição concreta da pena e visando orientar a sua execução (art. 52 e § 1º) foram instituídas duas modalidades de suspensão condicional: 1º) *simple*, ao condenado de nenhuma periculosidade; 2º) mediante *regime de prova*, ao condenado de escassa periculosidade; a este se imporiam obrigações e proibições cujo cumprimento seria fiscalizado "quando possível, por pessoal especializado" (arts. 70, § 1º e 71).

A novidade pretendia consagrar a experiência já vitoriosa em outros países que implantaram o regime da *probation*. Continha, porém, um vício de origem ao não introduzir legalmente a figura do agente da *probation*, a exemplo de outros sistemas que não admitem a fiscalização por pessoas que não estejam afeitas a essa modalidade de trabalho social.¹⁹

Muito vagamente o *Código penal de 1969* estabelecia, como um dos requisitos da concessão, o fato de não ter o réu sofrido condenação anterior por crime ou contravenção 'reveladora de má índole' (art. 71, I) e acrescia ao exame dos antecedentes e da personalidade do sentenciado, dos motivos e das circunstâncias do crime (como ocorria no regime do *Código de 1940*), a verificação da conduta posterior do delito "indicativa de arrependimento ou do sincero desejo de reparação do dano" para se aferir a presunção de que o condenado não tornaria a delinqüir (art. 71, II).

Embora não impondo como requisito formal a indicação de arrependimento, a reforma decorrente da lei nº 6.016/73 mantinha a exigência da demonstração do "sincero desejo de reparar o dano" (art. 70).

Contudo, foi com o advento da lei nº 6.416/77 que o instituto sofreu as maiores e melhores correções. Em lugar da primariedade absoluta, admitiu-se que o *sursis* seria aplicado²⁰ também quando entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior houvesse decorrido o tempo superior a cinco anos (temporariamente da reincidência, conforme o parágrafo único do art. 46).

Acolhendo a súmula nº 499, a reforma dispôs que a condenação anterior à pena de multa não constituiria mais obstáculo à determinação da medida. Tal conclusão infere-se da leitura do novo artigo 57 ao impor, como requisito, a ausência de "condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa de liberdade". A condenação anterior por contravenção também não veda o funcionamento do *sursis*.

Outras inovações merecem destaque: 1º — a proporcionalidade e a individualização das condi-

ções que devem ser “adequadas ao delito e à personalidade do condenado” (*Código de processo penal* — CPP, art. 698 § 1º); 2^a — a previsão legal das condições (liberdade vigiada, freqüência a curso de habilitação profissional ou de instrução escolar, prestação de serviços à comunidade, atendimento dos encargos de família, submissão a tratamento de desintoxicação) (*Código de processo penal* — CPP art., 698 § 2º). Fica em aberto a possibilidade de fixação de outras condições, além das especificadas na sentença e no texto legal referido, “desde que as circunstâncias o aconselhem” (*Código de processo penal* — CPP, art. 698 § 3º); 3^a — a exigência de que a fiscalização do cumprimento das condições deve ser regulada nos estados, territórios e Distrito Federal por normas supletivas e atribuída a serviço social penitenciário, patronato, conselho da comunidade ou entidades similares, inspecionadas pelo conselho penitenciário, pelo ministério público ou ambos (*Código de processo penal* — CPP, art. 698 § 4º); 4^a — a redução das hipóteses de revogação obrigatória e facultativa (*Código penal*, art. 59, § 1º).²¹

8. O sursis nos projetos atuais de reforma

O Anteprojeto de reforma da parte geral do *Código penal* trouxe profundas modificações.

O artigo 77 estabelece que a execução da pena privativa de liberdade não superior a dois anos poderá ser suspensa nos crimes cuja pena máxima seja superior a três anos. Quando a sanção cominada for inferior ao aludido *quantum* — homicídio culposo, lesões corporais leves, alguns delitos de periclitacão da vida e da saúde, a rixa, os crimes contra a honra etc. —, o juiz aplica uma pena restritiva de direitos (arts. 43, 44, 45 e 56).

Estabeleceu-se, de início, uma distinção muito clara entre os casos de suspensão de execução da pena privativa de liberdade (para as situações de maior gravidade) e substituição da prisão pelas sanções referentes à prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e o aprendizado compulsório (esta última modalidade cedeu lugar à limitação de fim de semana, como já se viu).

Diante do novo sistema proposto, o juiz passaria a dispor de maiores opções para decidir sobre a medida penal concreta a uma variedade muito freqüente de ilícitudes, sem a rotineira e monótona ‘concessão sistemática’ do *sursis* estabelecendo os mesmos e gastos repertórios de condições cuja generalização envolve tanto a lesão corporal como a injúria, a rixa e a ameaça ou a violação de domicílio etc.

Na revisão do Anteprojeto, a redação do ca-

put do artigo 77 foi modificada para declarar-se que “a execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa, por dois a quatro anos, desde que...” Em consequência, todos os delitos independentemente do máximo da pena cominada poderão, em princípio, admitir a suspensão condicional. No entanto, o juiz deve examinar, em cada caso concreto, a possibilidade de aplicar uma pena restritiva de direitos desde que cabível e indicada (art. 77, III). E o artigo 44 dispõe que as penas restritivas de direitos não autônomas substituem as privativas de liberdade quando: I — for imposta pena de prisão inferior a um ano ou mesmo superior se o delito for culposo; II — o réu não for reincidente; III — 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.

Muito embora o texto do Anteprojeto revisto ainda se refira ao *sursis* como um benefício,²² os requisitos para a sua aplicação e outros aspectos autorizam a interpretação de que, na verdade, o instituto passa a ser considerado e tratado como sanção penal de natureza peculiar. Assim, pode-se referir ao disposto no inciso II do artigo 77 declarando que, para suspender a execução da pena de prisão, o juiz deve ter em linha de consideração a medida da culpabilidade (além dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do autor, bem como dos motivos e das circunstâncias do delito).

Eliminou-se, consequentemente, o genérico requisito relativo a “presunção de que (o sentenciado) não tornará a delinqüir” (*Código penal* 57, II). No sistema proposto, aboliu-se expressamente o critério deambulante e fluido decorrente das presunções para se declarar que o *sursis* é aplicável quando o exame da culpabilidade, e dos demais requisitos acima enunciados, indique ser a medida ‘necessária e suficiente’. A solução adotada é um corolário lógico da erradicação da presunção de periculosidade que não mais se admite no Anteprojeto.

Por necessidade deve-se compreender o sentido de reprovação que também envolve o instituto; e por suficiência deve-se entender a satisfação das exigências de prevenção tanto geral como especial. Estes dois aspectos revelam nitidamente a preocupação do Anteprojeto em fundamentar a medida de suspensão à luz dos princípios da proporcionalidade, da personalidade e da humanidade.

Também como importantes modificações devem ser realçadas: 1^a) a redução do período de prova para o tempo de 2 a 4 anos (e não mais de 2 a 6 anos), 2^a) ao condenado à pena privativa de liberdade por crime culposo é possível o *sursis*; 3^a) também ao reincidente em crime doloso poderá ser im-

posta a medida desde que a condenação anterior seja a pena de multa; 4.^a) a sujeição do condenado à observação durante o prazo da suspensão; 5.^a) a imposição obrigatória, durante o primeiro ano do prazo, das medidas de prestação de serviços à comunidade ou da limitação de fim de semana; 6.^a) a substituição das sanções acima indicadas pelas condições de: a) proibição de freqüência a determinados lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca da residência salvo autorização judicial; c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar as suas atividades desde que o condenado tenha reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo e as circunstâncias judiciais da aplicação da pena lhe sejam favoráveis (art. 77 e ss.).

As características marcadamente sancionatórias do *sursis* defluem igualmente das modificações referidas nas quais se percebe o propósito de adequar ainda mais o instituto às exigências da proporcionalidade e da personalidade da pena quando: a) reduz o período de prova remediando flagrantes injustiças materiais, como o prazo por tempo superior ao máximo da pena de prisão combinada em prejuízo da reabilitação; b) trata diversamente os responsáveis por delito doloso e os infratores por delito culposo; c) distingue entre o condenado à pena privativa de liberdade e o condenado à pena de multa; d) a observação do condenado corresponde à necessidade de se individualizar a execução. Assim, já se pretende com o recluso, no período inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (*Código penal*, art. 30) demonstrando similitude entre as providências e seus objetivos; e) tanto a prestação de serviços à comunidade como a limitação de fim de semana são penas propriamente ditas na proposta do Anteprojeto. A sua aplicação obrigatória revela que para muito além de simples e não raro vagas e inadequadas 'condições', as referidas providências estruturam a base retributiva e também os fins preventivos que existem na suspensão conforme o sistema agora proposto; f) por último, a substituição das sanções restritivas por normas de conduta vêm revelar a diferença entre umas e outras, ou seja entre penas, como tais declaradas e condições.

O Anteprojeto revisto da Lei de Execução Penal (1981)²³ inclui a suspensão condicional sob a rubrica do título V que trata da 'execução das penas em espécie', contendo os seguintes capítulos: I — Das penas privativas de liberdade; II — Das penas restritivas de direitos; III — Da suspensão condicional; e IV — Da pena de multa.

O instituto assim distribuído não é mais considerado como um mero incidente de execução. E o conteúdo penal *stricto sensu* é também enfatizado no Anteprojeto da Lei de Execução Penal quan-

do o seu artigo 159 estabelece a necessidade da audiência de leitura da sentença condenatória pelo próprio juiz que advertirá o sentenciado das consequências de uma nova infração e do descumprimento das condições (*rectius: medidas*) impostas.

Trata-se da consagração legislativa da pena de admoestação considerada como eficiente reação de fundo moral e que se presta para combater certas formas de criminalidade menos grave e praticadas por determinados tipos de autores: lesões corporais simples; ilícitos contra a honra, ameaça, receptação culposa, etc., quando os agentes forem primários, de boa conduta e revelarem sensibilidade para sofrer a reprovação e a intimidação resultantes do ato solene de advertência sobre as consequências de uma nova infração.

A admoestação já está integrada no *Código penal espanhol* pelas formas de repreensão pública e repreensão privada (art. 89) e nos códigos russo (art. 22), alemão (§ 59) e muito apropriadamente no atual português (art. 59º).

Entre os escritores que defendem a eficácia da admoestação, pode-se incluir José M. Rico, que a comprehende como adequada aos infratores providos de um alto sentido da própria dignidade.²⁴

IV — *O livramento condicional*

9. Natureza jurídica

A liberdade do réu que está cumprindo pena privativa de liberdade mediante o cumprimento de certas restrições e deveres constitui, também, uma das mais oportunas modalidades de alternativas para eliminar os incovenientes resultantes do lado físico do mal da pena.

Entre os escritores brasileiros, Basileu Garcia considera o livramento condicional uma 'medida de política criminal', aparecendo como uma das "providências intelligentemente concebidas no sentido de se conseguir cada vez mais, na prática, a relativa indeterminação da sentença criminal".²⁵ Outros penalistas como Jescheck lembram que a instituição é também chamada de suspensão do resto da pena.²⁶ E para Aníbal Bruno, tendo em linha de consideração o sistema brasileiro, o livramento condicional é "medida de política criminal que se inspira na idéia da prevenção do crime pela emenda do criminoso". Negando tratar-se de simples libertação antecipada, o eminente penalista concebe o instituto como um "estágio do sistema penitenciário que importa na progressiva adaptação do condenado a uma existência dentro do direito e termina, por esse momento de passagem entre a prisão e a liberdade".²⁷

Assim como nos manifestamos em relação ao

sursis, entendemos que o livramento condicional também deve ser considerado como uma reação penal de natureza peculiar com características tipicamente sancionatórias consistentes na restrição da liberdade e na satisfação de encargos e condições. Como alternativa à prisão — continuação do cumprimento da pena privativa de liberdade — o sistema abre ao juiz a oportunidade para considerar desnecessário (e, consequentemente, desproporcionando) o sofrimento do cárcere, posto que através da liberdade mediante condições se perseguem os objetivos de reaprovação, prevenção e recuperação social do condenado.

A caracterização do instituto como reação penal de fundo não institucional harmoniza-se com os conceitos atrás referidos, posto que, como providência sancionatória não deixa de constituir, também, medida de política criminal. Como, aliás, é de política criminal a substituição da pena privativa de liberdade pela de multa.

10. A evolução legislativa

Um dos graves inconvenientes do instituto durante o longo período de 35 anos foi a limitação estabelecida pelo *Código de 1940* que, na redação original do artigo 60, dispunha como requisito para o livramento condicional a quantidade de pena de reclusão ou de detenção superior a três anos. Com tal critério, o sistema abria um hiato profundamente injusto quando se condenavam (e com que freqüência) réus a uma pena superior a dois porém inferior a três anos. Ficava o sentenciado à margem de lhe ser aplicado o *sursis* e o livramento condicional. Criava-se, por outro lado, o paradoxo segundo o qual o condenado a uma pena superior a três anos (três anos e um dia como se constatava, também com freqüência) estava em melhor situação que o sentenciado à pena de dois anos e seis meses, por exemplo, diante da possibilidade do livramento condicional. O absurdo de tal disparidade era responsável também pelos pedidos de revisão criminal nos quais se pleiteava o aumento da pena a fim de permitir o livramento antecipado (I).

O *Código de 1969*, porém, corrigiu aquele defeito para permitir a liberação condicional ao condenado à pena de reclusão ou de detenção por tempo igual ou superior a dois anos (art. 75).

No confronto entre os textos do *Código de 1940* e diplomas posteriores, podem ser encontrados pontos de reforma bastante importantes, como: a) diminuição do tempo de cumprimento parcial da pena; b) a redução de um terço do prazo de cumprimento da pena quando o condenado fosse primário e menor de 21 anos ao tempo do fato ou maior

70 ao tempo da sentença; c) a determinação de que o liberado ficaria sob observação cautelar e proteção realizadas por patronato oficial ou particular e, na falta, a observação seria promovida por serviço social penitenciário ou órgão similar; d) a revogação obrigatória somente se operaria se o liberado viesse a ser condenado irrecorribelmente à pena privativa de liberdade e não a qualquer outra.

Sob o advento da lei nº 6.416/77 o livramento condicional foi aperfeiçoado em muitos aspectos. Primeiramente, passou a ser aplicado em caso de pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos (art. 60), permitindo-se, também, a soma das penas correspondentes a infrações diversas para possibilitar a medida. E a exemplo do ocorrente com a suspensão condicional, foram modificadas as causas de revogação, tanto obrigatorias como facultativas, conforme as situações que foram assim resumidas por Rogério Lauria Tucci: a) sendo a condenação irrecorribel e por crime anterior ou contemporâneo à vigência da medida, será causa obrigatoria da revogação a imposição de pena privativa da liberdade (*Código de processo penal* — CPP, art. 726); b) será causa facultativa da revogação a condenação irrecorribel a pena pecuniária (*Código de processo penal* — CPP, art. 727); c) também será facultativa a causa de revogação quando houver inobservância das obrigações constantes da sentença ou inerentes à pena acessória (*Código de processo penal* — CPP, art. 727).²⁸

Constituiu também importante inovação a possibilidade do juiz alterar as condições ou normas de conduta especificadas na sentença. A leitura da decisão ao liberado em audiência formal (*Código de processo penal* — CPP, art. 731) assume características de solenidade compatível com o sentido tanto de reaprovação como de prevenção do delito.

11. O livramento condicional nos projetos atuais de reforma

O Anteprojeto revisto limitou sensivelmente os prazos de cumprimento parcial da condenação. O condenado de bons antecedentes, primário ou mesmo quando reincidente por ter anteriormente cometido um ilícito culposo, poderá ser liberado após o cumprimento de um terço da pena. Já o reincidente doloso terá de cumprir mais da metade (art. 83, I e II).

Uma das inovações importantíssimas residiu em se suprimir o pressuposto da ausência ou cessação de periculosidade (*Código penal*, art. 60, II). Diante da orientação em se abandonar o sistema do duplo binário e a presunção normativa de periculosidade, o Anteprojeto, dispôs que é também requisito para o livramento a comprovação da conduta

satisfatória durante a execução da pena o bom desempenho no trabalho atribuído e a aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto (art. 83, III).

Revelando suas apreensões em torno do grave problema da criminalidade violenta, que assume conformação de pânico nos grandes centros urbanos afetados pelas agressões ao patrimônio, o Anteprojeto dispõe que: "Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à verificação, em perícia, da superação das circunstâncias que o levaram a delinqüir" (parágrafo único, art. 83).

Não se cogita, aqui, de uma investigação referente à periculosidade como um prognóstico, um juízo sobre o futuro, mas de uma análise sobre o passado a fim de se deduzir, com elementos concretos extraídos do levantamento da personalidade da conduta do condenado e das circunstâncias externas (meio ambiente — qualidade de vida, etc.) ou internas (estado mental e psicológico). A 'superação das circunstâncias' a que alude o Anteprojeto consiste na modificação do quadro em que o sentenciado estava inserido, tanto sob o ângulo familiar como social, na casa ou na rua.

A perícia necessária à verificação do estado atual do condenado deverá ser procedida por uma comissão que nos termos do Anteprojeto da Lei de Execução Penal está prevista para cada estabelecimento, sendo presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social. Esta comissão técnica de classificação é responsável pela elaboração de um programa de individualização e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes bem como as suas conversões (art. 6º e 7º).

No relatório dos trabalhos da Comissão Parlamentar do Inquérito destinada a proceder ao levantamento da situação penitenciária do país, já foi salientado que as mutações de comportamento do condenado ocorridas no curso da execução devem ser acompanhadas por juntas de observação em efetiva e permanente atividade nas penitenciárias. N aquela oportunidade ponderou-se que as juntas, responsáveis pelo exame inicial da personalidade e pela assistência ao condenado no curso da execução, serão integradas por psicólogos, psiquiatras, criminólogos e assistentes sociais, dentre outros especialistas.²⁹

O exame médico-psicológico e social dos delinqüentes é a base da criminologia clínica e os métodos utilizados variam não somente conforme a na-

tureza (social, médica, psiquiátrica e psicológica) como também pela profundidade que podem alcançar, conforme bem esclarece Pinatel.³⁰

O livramento condicional no sistema proposto pelo Anteprojeto revisto da Lei de Execução Penal deixa de ser um mero incidente de execução da pena³¹ para receber o tratamento de uma efetiva reação penal de fundo não institucional. Daí porque a sua colocação na seção V do capítulo I que trata da execução das penas privativas de liberdade.

Dentro dessa perspectiva, o instituto assume importante posição no repertório geral das alternativas à prisão, ao mesmo tempo em que se caracteriza por um conjunto de medidas que o libertam do quadro monótono e caótico atual, quando as distâncias entre o juízo da execução, o conselho penitenciário, os peritos e a administração penitenciária constituem fossos intransponíveis e verdadeiros obstáculos para os caminhos da liberdade.

Juntamente com o *sursis* e outros substitutos penais, o livramento condicional de um direito a constituir deve, efetivamente, cumprir a missão da pena num Estado social e democrático de direito, para que não se converta numa arma do Estado esgrimida contra a sociedade, trocando a sua eficácia pelo terror. Segundo a doutrina de Santiago Mir Puig³², a função social da pena consiste na criação de possibilidade de participação nos sistemas sociais, oferecendo alternativas à conduta delituosa. Para o penalista espanhol é esse o significado da função de ressocialização atribuída pelo direito positivo à execução das penas privativas de liberdade. Segundo ele, deve-se dar mais um passo em frente para que a chamada criação de possibilidades de participação seja resultado de um verdadeiro processo de interação contínua entre o delinquente e o Estado: aquele não deve ser tratado como puro objeto de um processo de 'condução' do Estado social, mas, na verdade, como o sujeito de um processo de regulação e aprendizagem. E tal processo deve visar não apenas a adaptação do sujeito às normas dominantes, mas, também a elaborar num processo de interação as alternativas ao comportamento criminoso e, com isso, a participação nas relações da vida social.

Notas

1. Conferência pronunciada em 8 de abril de 1983 no I Ciclo de Estudos de Direitos e Processo Penal patrocinado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros — Rio de Janeiro.

2. O assunto tem motivado trabalhos específicos como a publicação da UNESCO, *The mass media in a violent world*, 1971, e o relatório do Comitê Nacional de Prevenção da Violência, *Prevénir la violence*. Paris, 1980. A propaganda da violência foi apropriadamente avaliada por Técio Lins e Silva e Carlos Alberto Luppi. *A cidade está com medo*. Rio de Janeiro, 1982. p. 16 e ass.; 114 e ss.

3. SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Trad. de Vergílio Ferreira. Lisboa, 1978. p. 222.
4. DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. Curitiba, 1980. p. 407.
5. A propósito da crítica das penas acessórias e a deficiência do ordenamento atual, principalmente quanto à perda de função pública e a publicação de sentença, DOTTI, René Ariel, obra citada., p. 363 e ss.
6. A comissão elaboradora foi composta por Francisco de Assis Toledo (coordenador), Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti, e teve a valiosa contribuição de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo.
7. A comissão revisora do Anteprojeto de Reforma da parte geral do *Código penal* foi integrada por Francisco de Assis Toledo, Miguel Júnior e Jair Leonardo Lopes.
8. Penas restritivas. *Ciência penal*. 1, 1981, p.78.
9. SARTRE, Jean-Paul. Obra citada, p. 241.
10. Analisando essa corrente crítica, ANGEL, Marc. *La sospensione dell'esecuzione della sentenza*. Milão, 1976, p. 80 e ss.; GARCIA, Basileu, *Instituições de direito penal*. São Paulo, s.d. V.I. t.2, p. 540. TUCCI, Rogério Lauria, *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo, 1980, p. 300.
11. MENDES, José. Da condenação condicional. *Revista de Direito*. 1909, 12: 258-9.
12. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro, 1967, T. 3, p. 169.
13. BRUNO, Aníbal. Obra citada, p. 169.
14. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. de Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, 1981. V. 2, p. 1.153.
15. JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. e loc. cit., nota nº 1.
16. Exposição de motivos ao *Código penal português*, nº 11.
17. JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. e loc. cit.
18. O Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, vem entendendo que o *sursis* é um direito do réu desde que satisfeitos os requisitos legais (RTJ 42/722 e DJU de 5.6.1981, p. 5.396). 1981). Especi-
ficamente sobre o tema, Celso Delmanto: Dos direitos públicos subjetivos do réu no *Código penal*, in *Anais do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, 1981, no prelo.
19. A propósito do tema, Alípio Silveira, *O sursis em regime de prova*. São Paulo, 1975. p. 43 e ss.
20. Conceituando o *sursis* como medida penal de caráter sancionatório, preferimos utilizar o emprego de vocábulos como *aplicar*, *impor*, etc., e não *conceder* ou *deferir* o chamado 'benefício'. Assim, a suspensão condicional é *aplicada*, *imposta* etc.
21. Para um confronto entre o *Código penal de 1940* e as reformas introduzidas pela lei nº 416/77, relativamente ao *sursis*, ver Damásio de Jesus. *O novo sistema penal*. São Paulo, 1977. p. 97 e ss.; e Rogério Lauria Tucci. Aspectos processuais da reforma penal de 1977, in *Revista dos Tribunais*. (506): 309.
22. Os artigos 77, II; 81 e seu parágrafo segundo utilizam as expressões benefício e beneficiário.
23. A comissão elaboradora do Anteprojeto da Lei de Execução Penal foi composta por Francisco de Assis Toledo (coordenador), René Ariel Dotti, Benjamim Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos Moraes Pitombo e Negril Calixto. A comissão revisora foi composta por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria, Ricardo Antunes Andreucci e recebeu importante contribuição de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Everardo da Cunha Luna.
24. *Sanções penais*. Trad. de Sérgio Fragoso, Rio de Janeiro, 1970, p. 132, 133.
25. *Instituições de direito penal*. São Paulo, sd. v.1. t.2, p. 559 e 560.
26. Op. e v. cit., p. 1166.
27. Op e t. cit., p. 178.
28. TUCCI, Rogério Lauria. Aspectos processuais da Reforma penal de 1977. In *Revista dos Tribunais*. p. 310.
29. *Diário do Congresso Nacional*. 4. 6. 1976, p. 8.
30. *Traité de droit pénal et criminologie*. Paris, 1969. p. 510.
31. Os incidentes da execução da pena são as conversões, o excesso ou desvio, a amnistia e o indulto (arts. 179 e 192).
32. *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976. p. 85, 86.

José Frederico Marques, professor catedrático de direito judiciário civil, na Faculdade Paulista de Direito e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC; livre-docente de direito judiciário penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

José Frederico Marques

O despacho saneador no projeto do Código de Processo Penal

1. O despacho saneador foi transplantado do processo civil português, para o nosso primeiro código nacional de processo civil (o *Código de 1939*), tendo sido recebido com entusiástica aceitação. Eis o que a respeito escreveu Jacy de Assis: "O despacho saneador foi o instituto que mais interesse despertou no *Código de 1939* pelo conteúdo renovador que nele se continha.

Couture e Sentis Mellendo o elogiaram com entusiasmo; Liebman escreveu sobre ele um estudo notável que orientou a jurisprudência e a doutrina; Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, no seu excelente *Veinticinco años de evolución del derecho procesal*, o registrou como um dos 'aciertos evidentes' dos processos português e brasileiro.

Muitos juristas e estudiosos brasileiros o versaram em livros ou estudos e Eliezer Rosa, desculpando-se pela imagem enfática, elevou-o à dignidade de epopéia, processual, tal a sua beleza e grandezza funcionais".

Todavia, no *Código de processo civil* vigente, embora fosse mantido o instituto, quiseram afastar-lhe o *nomen iuris*, isto é, a denominação já agora consagrada – de despacho saneador.

Assim é que, promulgado o *Código de processo civil* – CPP, através da lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, o então ministro Alfredo Buzaid enviou mensagem ao Congresso, para corrigir alguns textos, e da qual resultou a lei nº 5.925, de 1 de outubro de 1973, introduzindo várias emendas, dentre elas a que consistiu justamente em alterar a rubrica da seção III, capítulo V, do livro I, substituindo "Do

despacho saneador", por "Do saneamento do processo."

Contudo, apesar de se ter procurado, com a emenda, eliminar a expressão 'despacho saneador', por inadvertência ela continuou no art. 338. É o que explica Theotônio Negrão:

"Na redação primitiva do CPC, os arts. 22, 264 § único, 331, 338 e a rubrica desta Seção III falavam em 'despacho saneador'. Como esse despacho, segundo a técnica adotada no art. 162, é, na realidade, uma decisão interlocutória (embora existem acórdãos considerando-a mero despacho ordinatório e, em consequência, irrecorrível, quanto passível de correição parcial), a lei 5.925, de 1 de outubro de 1973, evitou a expressão e alterou os textos que a mencionavam, à exceção do art. 338, que, por inadvertência, continuou a falar em 'despacho saneador'".

Por essa razão, Jacy de Assis estranha que na doutrina se prossiga falando em despacho saneador, como ocorre em livros de Luiz Antônio de Andrade, José Carlos Barbosa Moreira, Calmon dos Passos e outros.

2. Quando se estava elaborando o projeto de *Código de processo penal* - CPP, houve igual preocupação, pelo que se a comissão houve por bem propor que se substituisse 'despacho saneador' por 'ato decisório de saneamento'.

Insurgimo-nos contra essa proposta, escrevendo o seguinte: 'Despacho saneador' é *nomen iuris* que entrou em nossa terminologia processual; de maneira definitiva.

Não importa saber se se configura como despacho, ou decisão, pois a verdade é que quando se fala em 'despacho saneador' projeta-se o *nomen iuris* como num só todo: ele não é despacho ou decisão, e sim despacho saneador. Não se dissociam os vocábulos que o compõem; ao reverso, eles aglutinam-se constituindo assim 'ato judicial específico' com a denominação consagrada de despacho saneador. Demais, c *Código de processo civil — CPC* o emprega de modo expresso, no art. 338, com o que lhe deu livre trânsito nas áreas das normas de processo; e na súmula 424, do Supremo Tribunal, também se menciona com todas as letras 'o despacho saneador'. Ele constitui o ato com o que o juiz formaliza o saneamento do processo, isto é, com que declara 'saneado o processo', conforme se vê do art. 331, do *Código de processo civil — CPC*.

As providências para esse saneamento — que o antecedem — ficam cobertas sob o seu *nomen iuris*, uma vez que a *causa finalis* desse atos é o despacho saneador. Sem este não há, como é óbvio, saneamento do processo. Além disso, nele estão contidos atos decisórios e heterogêneos, como se vê dos números I e II, do citado art. 331, do *Código de processo civil — CPC*. Todos sabem, por isso, o que significa despacho saneador, o que nele se contém e a sua configuração como ato processual específico.

Portanto, por que substituí-lo pela expressão 'ato decisório de saneamento', de nenhuma ressonância no linguajar forense? Para que impor-se essa inovação terminológica, quando temos *nomen iuris* tão expressivo a constituir — como já foi dito — ato processual específico, perfeitamente individualizado em sua forma e conteúdo, que já ganhou foros de cidade na terminologia do direito processual pático?

Essas objeções mereceram inteira acolhida pelo que o projeto repudiou a expressão 'ato decisório de saneamento do processo', e manteve a denominação que vem de 1939 — 'despacho saneador'.

Tão fundo penetrou a expressão no linguajar forense de advogados, juízes e membros do ministério público, que se usa constantemente fórmula simplificada: o 'saneador'. E diga-se de passagem, esse qualificativo assim substantivado é muito mais eufônico que saneamento.

3. Feitas essas considerações preliminares, vejamos agora qual a natureza jurídica do despacho saneador.

Evidentemente não é ele um simples despacho, e sim, decisão interlocatória, com a qual o juiz declara admissível a acusação e estabelece providências para ordenar o ulterior curso do processo.

Há que registrar, primeiramente, que há grande semelhança e afinidade entre o despacho saneador e a sentença de pronúncia. Primeiro, porque têm ambos qualificação não ortodoxa: o saneador não é simples despacho e a pronúncia não alcança as culminâncias de sentença. É que tanto um como outra são decisões interlocutórias, que, por isso mesmo, não põem fim ao processo.

Assim como a pronúncia é proferida porque o juiz não pode absolver nem impronunciar o denunciado, também o despacho saneador é lançado nos autos porque o juiz, diante de processo válido e da lide sem sentença absolutória, tem de pô-lo para frente, declarando-o em ordem e procurando disciplinar o procedimento que se segue a essa decisão.

É, aliás, o que de modo expresso se encontra preceituado no art. 256, do Projeto: "Não sendo o caso de julgamento conforme o estado do processo, o juiz proferirá despacho saneador".

4. No despacho saneador, tal como na pronúncia, declara-se admissível a acusação intentada pelo querelante ou pelo ministério público. É que o juiz só profere o saneador se o processo estiver regular e se acharem presentes as condições da ação. Se faltar justa causa, ou se ocorrer falta insuprível de pressuposto processual ou de condição para exercício da ação penal, não poderá haver acusação viável e o processo será julgado extinto sem julgamento de mérito, conforme o diz o art. 255, do projeto. E nesse caso, como é óbvio, o juiz não poderá declarar saneado o processo.

No despacho saneador, a declaração de admissibilidade da acusação se encontra consunsciada no recebimento da denúncia ou queixa, visto que, conforme o que consta do art. 256, do projeto, "o juiz proferirá despacho saneador em que receberá a denúncia ou queixa".

O recebimento da peça acusatória, portanto, no despacho saneador, equivale à pronúncia. Em ambos, está expresso o resultado do *iudicium accusationis*, com a declaração da admissibilidade da acusação. E ao inverso, tanto na sentença prevista no art. 255 — do projeto que declara extinto o processo sem julgamento — como na de impronúncia, há a declaração de inadmissibilidade da acusação, pelo que o réu é absolvido da instância. Dizia, por isso, ao comentar a legislação pretérita sobre o júri, o desembargador Edgard de Moura Bittencourt: "a impronúncia nada decide em definitivo em favor do réu, o qual apenas é absolvido da instância."

5. Ao proferir o despacho saneador, cumpre ao juiz ordenar o processo; é o que determina o art. 256, § 1º, letra a, do projeto. É que, no saneador, o juiz não só declara admissível a acusação e o pro-

cesso, como também ordena os atos posteriores do processo, encerrando ao mesmo tempo a fase postulatória do procedimento.

O despacho saneador é, assim, um 'divisor de águas', que separa vertentes do procedimento, como ato *ad quem* da fase postulatória e momento *a quo* da fase instrutória e decisória.

Por ser saneador, esse ato decisório é proferido depois de ter o juiz escoimado o processo de irregularidade e imperfeições, suprindo as nulidades acaso existentes, ou decretando as insanáveis, mas, na forma do art. 200, "ordenando as providências necessárias" a fim de que os atos anulados sejam repetidos e retificados. O juiz só declara saneado o processo quando este estiver sem defeitos e *secundum legem*.

Essa operação de limpeza, com a regularização formal do processo, é tarefa que se realiza por escala e que tem no despacho saneador o seu ponto culminante e fundamental. Desde o início do processo, com a apresentação da queixa ou denúncia, vem o juiz, aos poucos, provendo à regularidade do processo.

Depois, no entanto, de apresentada a defesa prévia do réu, a regularização do processo alcança seu ponto culminante, porquanto o juiz declara, com o saneador, que o processo se encontra em ordem para que a causa penal, após a instrução, seja decidida e julgada.

Só depois de proferido o despacho saneador pode o processo caminhar para diante a fim de atingir o seu objetivo, que é o de julgar o juiz a lide penal, declarando procedente a acusação — no todo ou em parte —, com a condenação do réu, ou declarando-a improcedente, com sentença absolutória.

Por isso mesmo prevê o juiz, no saneador, sobre os atos posteriores do processo, conforme está claro nas regras constantes do art. 256, seus itens e parágrafos do projeto.

6. Inovação de grande relevo será introduzida em nosso processo penal — se aprovado no texto do projeto sobre o despacho saneador — em que se declara, nessa decisão interlocutória, o juiz deve fixar, desde logo, a classificação legal do fato delituoso.

Hoje, a qualificação legal dos fatos imputados ao réu, na denúncia, é de secundária importância, uma vez que, segundo estatui o art. 383, do *Código de processo penal* — CPP vigente, "o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave".

No projeto, norma antinômica é que rege o assunto, pois o art. 356 assim dispõe:

"Art. 356 — O juiz não pode dar ao fato definição legal diversa da que constar do despacho saneador (art. 256, § 1º, letra a), salvo se: I — beneficiar o acusado (parágrafo único do art. 355); II — tiver havido aditamento da acusação".

Essa mudança de orientação foi imposta tendo em vista a plenitude do direito de defesa — que é cânon e postulado constitucional e para garantia mais sólida e eficiente ao direito de liberdade.

Há a observar, primeiramente, da dificuldade (e mesmo impossibilidade) de estabelecer-se um critério geral a respeito da chamada identidade do fato. G. Bettoli depois de tentá-lo fazer em festejada monografia sobre a correlação entre a sentença e a acusação, chega, mais tarde, à melancólica conclusão de que sua opinião não podia prevaler, tanto que assim se expressou: "hoje duvidamos da possibilidade de se compor um critério geral de identidade, tendo presente apenas a natureza formal ou substancial dos fatos focalizados no processo. Tem razão, por isso, os que sustentavam a inexistência de um tal critério, pelo que preconizavam que se resolvesse a questão caso por caso, como, por exemplo, Manzini". E acrescenta o saudoso penalista italiano: "caso por caso, não porém com base no arbítrio do magistrado (o direito é negação do arbítrio individual), mas na pauta de um critério informador do processo penal como instrumento de defesa da liberdade individual. E esse critério outro não pode ser que o do reconhecimento do direito de defesa do acusado, o qual deve ser colocado em condições de poder responder plenamente à imputação contra ele dirigida".

De outra parte, as controvérsias a respeito da identidade ou diversidade no tocante a fato no direito processual e a fato no direito penal tornam ainda mais frágeis os alicerces em que se arrima a norma do art. 383, do *Código de processo penal* — CPP — vigente.

Por fim, estamos com Zironda, quando afirmou que não se pode, absolutamente, fazer corresponder o fato imputado a título diverso do crime que de início se lhe atribuiu, sem mudar o mesmo fato.

As dificuldades enfrentadas pela doutrina processual na tentativa de estabelecer conceituação unívoca sobre a identidade do fato acabaram por desembocar em critérios subjetivos e variáveis a respeito do assunto, com grave dano à defesa do réu e a seu *ius libertatis*.

Com a regra adotada no projeto, essas incertezas desaparecem e o direito de defesa pode ser exercido amplamente. Com a qualificação legal dos

fatos permanecendo imutável, sabe o réu, com precisão, do que está sendo acusado, sem necessidade de que, ao defender-se, seja levado a expender longas e difíceis alegações, em prol de sua liberdade, a fim de procurar na imputação contida na denúncia final o crime que lhe pode ser atribuído.

De outra parte, a norma do art. 356, do projeto, não constituirá instrumento de alteração da realidade, a impedir que, antes as provas colhidas nos autos, não se altere a qualificação legal do fato delituoso. É que, nesse caso, a denúncia deve ser adiada pelo órgão da acusação (art. 233, nº I, do projeto), o que pode ocorrer até mesmo na audiência de instrução e julgamento (art. 350).

Minhas senhoras e meus senhores, são estes,

em nosso entender, os aspectos de maior projeção ou realce no tocante ao despacho saneador tal como disciplinado e previsto no projeto do *Código de processo penal* — CPP.

A introdução desse instituto nos procedimentos penais, com os preceitos de outros que o complementam, se nos afigura acertada e de grande alcance, uma vez que permitirá ao réu defender-se plenamente desde o início da relação processual, permitindo assim que só se mantenha a persecução penal, com os ulteriores atos do procedimento até final, quando houver acusação razoável e o que Beiling denominava de *processus instus*. Desse modo se assegura com mais eficiência a defesa do direito de liberdade, bem como do *status dignitatis* do acusado.

Suspensão condicional do procedimento

1. Os males da prisão

Os malefícios da prisão têm sido ressaltados pela doutrina com tal constância e uniformidade, que se pode dizer, hoje em dia, que é praticamente unânime a conclusão de que a cadeia fracassou como meio de reforma do delinquente. O que se apregoa, ao contrário, é sua nefasta influência na vida do preso, como verdadeira escola de criminosos.

O século passado presenciou o triunfo da pena privativa de liberdade. Sob a influência dos filósofos do século XVIII, os países civilizados renunciaram à crueldade dos castigos corporais e de todos os atrozes suplícios que outrora eram infligidos aos criminosos como expiação de sua culpa. Com o tempo, diz Charles Germain, não apenas se atenuou o caráter aflitivo da prisão, como se chegou a considerá-la, não tanto sob o aspecto negativo da segregação, mas antes sob o aspecto positivo da possibilidade de utilizar tal período com fins de tratamento. E tornou-se corrente ouvir dizer que a execução da pena de prisão tem como fim essencial a reabilitação do prisioneiro, sua emenda e recuperação social.¹

A esperança — honesta ou simulada — de alcançar a 'ressocialização', a 'recuperação', a 'readaptação', a 'reinserção', a 'reeducação social', enfim, novos estágios d'alma, sob as mais variadas designações otimistas, penetrou fortemente em sistemas positivos com proclamações retóricas, como aconteceu nas constituições da Itália, de 1947, na da Espanha, de 1978, em códigos como o suíço, o russo, o brasileiro, de 1969, em leis penitenciárias, como a da Espanha, de 1979.²

Mas a verdade é que essas proclamações sonoras não raro se exaurem na literalidade dos textos que as encerram. Dificilmente alguém seria capaz de repetir o que disse, recentemente, ilustre professor: "Na execução da pena privativa de liberdade deve-se realçar sua função educativa e ressocializadora,"³ pois o que já se dizia, há muito tempo atrás, é que "los cárceles son, y es doloroso decirlo, verdaderos focos dónde se gesta el delito, se forman los delincuentes. Lejos de disminuir la criminalidad, ella aumenta progresivamente, transformando el primario ocasional en reincidente."⁴

Em relatório apresentado ao Colóquio de Belágio, em 1975, J. E. Williams, falando em nome da Sociedade Internacional de Criminologia, disse que em lugar de exigir a reforma das prisões, a questão é saber se a prisão pode reformar o infrator e se efetivamente o faz. Deve ser feito todo o possível para evitar que os presos sejam realmente submetidos a um dano e piorem pela experiência de estarem encarcerados.⁵

Israel Drapkin, em palestra proferida no Instituto Oscar Freire, em São Paulo, depois de proclamar-se um homem 'com os pés na terra', afirmou que muito se fala em tratamento do delinquente para sua recuperação, que enchem a boca para disserem sobre a terapêutica, a laborterapia, a psicoterapia de grupo, quando não se ufanam na biotipologia criminal. Mas, indaga ele, quantos casos de reabilitação de criminosos conhecemos diante da população carcerária do mundo? São tão raros, finaliza, que se pode dizer que tudo isso é falso.⁶

Afirmiação semelhante faz José Maria Rico,

depois de citar as cifras de reincidência nos diversos países do mundo civilizado: a verdadeira criminalidade não tem sido influenciada pelos meios utilizados até hoje.⁷ Por esses motivos, a quase totalidade dos estudiosos afirma que a prisão falhou em seus objetivos.

2. A prisão como fator de criminalidade

Ao descrédito no poder de emenda da prisão se soma, hoje em dia, a opinião quase unânime dos especialistas sobre os malefícios que causa aos detidos. Em contato com outros presos, sofrem eles o chamado processo de prisionalização — ou seja, de adoção de usos, costumes, tradições e cultura geral da penitenciária. O cárcere, com sua disciplina necessária, porém amiúde mal aplicada, cria uma delinquência específica, capaz de firmar ainda mais o detido em suas tendências criminosas.⁸

Entre nós, há mais de cinqüenta anos o ilustre mestre Roberto Lyra vem proclamando que, "seja qual for o fim atribuído à pena, a prisão é contraproducente. Nem intimida, nem regenera. Embuste e perverte. Insensibiliza ou revolta. Descaracteriza, priva de funções, inverte a natureza, gera cínicos ou hipócritas. A prisão, fábrica e escola de reincidência, habitualidade, profissionalidade, produz e reproduz criminosos."⁹

O aprendizado do crime, a formação de associações de malfeiteiros são, essencialmente, a triste consequência das prisões comuns. Aí estão as tristemente famosas 'falange vermelhas', como frutos da vida em comum nos estabelecimentos penais ao lado de criminosos perigosos e de bom nível de inteligência.¹⁰

Essa falha da prisão, é doloroso verificar, não resulta do fato de serem os cárceres de ontem verdadeiras 'casas dos mortos'. Entre nós, acrescentese, eles não mudaram muito desde então. Recentemente, uma comissão parlamentar de que faziam parte advogados e professores de direito visitou os estabelecimentos penais do país. O que observou — segundo relatório do então deputado Ibrahim-Abi-Ackel — era o esperado: "Os estabelecimentos prisionais onde se aplica o tratamento penal e as casas de recolhimento de presos, quer se chamem casas de detenção, presídios, cadeias ou institutos penais, não passam de depósitos humanos, onde a degradação é a única resultante."¹¹

A verdade é que mesmo as moderníssimas prisões, construídas na Europa — como na Suécia, na Suíça — e nos EUA, apesar da preocupação de pôr em prática as idéias de reforma apontadas pela dou-

trina, fracassaram completamente. Qualquer que seja o estabelecimento prisional, os índices de reincidência continuam muito altos. De modo que se pode dizer que os réus apenados com outras penas que não sejam a de prisão reincidem em muito menor número do que os que vão, efetivamente, para a cadeia.

3. As penas alternativas

Em face disso, não deve causar espanto que penalistas e criminólogos de todo o mundo busquem outras respostas para o desafio do sistema correccional vigente, propondo até mesmo sua abolição. É que, embora a maioria seja contrária ao uso da pena de açoites — pena bárbara, medieval —, já existem os que defendem sua volta como substitutiva da prisão, alegando que, apesar de tudo, é ela menos nociva do que esta, o que é verdade.¹²

Alarmado com o grave problema da reincidência, Pisapia questiona: "No ci si può, infatti non domandare se la constatata inefficienza rieducatrice della pena, la cui applicazione non sono valse ad impedire la ricaduta nel delitto, dia da addebitare al colpevole o non piuttosto alle modalità di esecuzione della sanzione applicata."¹³

Bettoli reconhece que "amesso che si voglia insistere sullo scopo rieducativo della pena, resta il problema dei risultati. L'esperienza storica ci dice che si è voluta dare una finalità sono stati assai o limitati. Nos è con il diritto e con criterio pedagogico in intimo legame con un istituto giuridico coattivo quale la pena che si transforma l'animo dell'uomo".¹⁴

Mais realista, Vassali comenta que a idéia da pena como fator reeducativo deve levar o juiz e, principalmente, o legislador à busca de outras sanções, que possam, melhor do que a pena de prisão, realizar a finalidade inscrita na Constituição de seu país, sugerindo "un più rigoroso sistema di pene pecuniarie, la sotto posizione a un regime di libertà controllata per un tempo determinato e soprattutto il lavoro obbligatorio o altre prestazioni di pubblica utilità in regime di libertà e di semilibertà personale".¹⁵

Aliás, uma das penas substitutivas mais adotadas no mundo inteiro é a de multa. Eu próprio, quando moço, entusiasmei-me por ela e cheguei a escrever um estudo apontando os ilícitos onde a lei deveria permitir que os juízes impusessem aos condenados, em certas circunstâncias, tão-só a pena de multa. Hoje, no entanto, depois de longa experiência como promotor e juiz, perdi grande parte do entusiasmo inicial.

A pena de multa não atinge duas classes, a segunda delas, numerosíssima: os muito ricos e os muito pobres. Aqueles, porque não a sentem; es-

tes, porque não pagam. Além disso, ela é normalmente onerosa para os homens da classe média alta, é muito onerosa para os da classe média baixa e é insuportavelmente onerosa para os pobres não miseráveis — classe que tem crescido muito ultimamente; e, o que é pior, enseja alguns arranjos capazes de burlarem a lei.

Na Alemanha de hoje está surgindo um problema sério. Os empregados de algumas empresas gozam de um seguro para cobrir o pagamento de multas penais. Assim, se alguém quiser agredir o vizinho, pode fazê-lo impunemente; pois, se for condenado, a empresa paga por ele a pena de multa, prevista para o fato. O único problema é que o vizinho, que também tem seguro, pode querer fazer o mesmo com ele. Esse problema, depois de deixar a jurisprudência perplexa, está ocasionando uma reação contrária, não apenas à adoção do seguro — que é imoral e ilegal — como a própria pena de multa, que permite soluções como esta.

Aquelas idéias e este problema não podiam deixar de refletir-se nas legislações dos povos cultos, que têm procurado minorar o problema com a adoção de novas modalidades de penas restritivas de direitos. Entre nós, o recente Anteprojeto de *Código penal* consagra dois substitutivos muito bons: a prestação de serviços gratuitos à comunidade e o aprendizado compulsório.

A primeira consiste na atribuição ao condenado de trabalho gratuito junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, ou em programas comunitários cumpridos em fins de semana ou nos dias comuns, fora do horário normal de trabalho do apenado. A segunda, na freqüência a curso ou ciclo de palestras, no qual o condenado por crime culposo venha a adquirir conhecimentos necessários a evitar a ocorrência de nova infração e a estimular o dever social de cuidado.¹⁶

Estas idéias novas, como é natural, costumam ser recebidas com certa reserva. No Seminário sobre a Reforma dos Códigos Penal e de Processo Penal, realizado pela Escola Superior de Magistratura Nacional,¹⁷ a quase totalidade dos juízes presentes pareceu repudiar as modificações propostas, por achá-las retóricas, utópicas, pouco práticas, de difícil aplicação no país. Acontece que essas penas têm dado excelentes resultados em outros países, onde a busca de alternativas para a prisão vem provocando uma diminuição sensível da população carcerária.

Segundo dados fornecidos em trabalho recente de Heleno Fragoso, eis alguns dos resultados conseguidos: na Romênia, com a modificação legislativa de 1977, apena de trabalho sem privação de li-

berdade pode substituir qualquer pena privativa de liberdade de até cinco anos. Assim, enquanto no ano de 1976, 66% das sentenças condenatórias impunham pena de prisão, essa porcentagem caiu para 29,4% em 1979. Na Áustria, a queda foi de 40% para 23%, de 1971 para 1977. No Japão, país onde se registram hoje os menores índices de criminalidade no mundo, no ano de 1977, para 5,9% de sentenças condenatórias impõe pena de prisão houve 94,1% impondo outros tipos de punição.¹⁸

4. *Sursis e probation*

Apesar desses resultados, continua existindo uma certa resistência à adoção dessas penas, mas o mesmo não acontece com a suspensão condicional da pena ou com a *probation*, que obtiveram grande simpatia da doutrina e do direito positivo dos povos cultos em geral. Com esses institutos, evita-se que o condenado (ou o julgado culpado) sofra os malefícios da cadeia, pois em ambas as hipóteses é ele colocado ou mantido em liberdade.

A legislação brasileira acolheu o *sursis*, instituto preferido pelos países latinos. A princípio, o benefício só era concedido aos réus condenados a uma pena de detenção ou de prisão simples, mas as virtudes do instituto são tão evidentes que a suspensão foi estendida à pena de reclusão. Hoje, quando o réu é primário¹⁹ e não perigoso, e é condenado a pena não superior a dois anos, seja ela qual for, o juiz pode suspender sua execução e submeter o beneficiado a um período de prova, durante o qual estará sujeito a certas obrigações. Se vencer o período sem descumpri-las, a pena é julgada extinta.

A principal diferença entre um instituto e outro reside no fato de que, no *sursis*, o réu é condenado e, só depois disso, a execução da pena é suspensa. Na *probation* o réu não chega a ser condenado: como entre a instrução e a sentença condenatória há uma fase em que o réu é declarado culpado, se o juiz verifica, nessa ocasião, que estão presentes os pressupostos que permitem a concessão da medida, o processo é suspenso sem condenação e o beneficiado é posto em regime de prova. Passado esse período sem problema, julga-se extinto o processo e o réu não perde a condição de primário.

Na suspensão condicional da pena, na forma adotada entre nós, como existe uma sentença condenatória, o bom comportamento do réu implica tão-só na extinção da pena, não no desaparecimento da condenação — o que constitui um defeito do instituto.

Qualquer que seja a opinião dos estudiosos sobre a pena de prisão, os dois institutos só oferecem vantagens. Se alguém ainda acredita que a prisão pode concorrer para melhorar o detido, para rege-

nerá-lo, sabe que essa é uma tarefa que demanda tempo, sendo incompatível com as penas de curta duração. E aqueles que ‘têm os pés na terra’, e sabem que a prisão só serve para piorar os presos, não duvidam de que evitar pôr na cadeia os criminosos não perigosos significa não correr o risco de piorá-los, de adestrá-los no crime — que é o que, na realidade, acontece.

Os bons resultados alcançados pelos dois institutos são tão evidentes que vêm sendo ampliados no mundo inteiro, visando não apenas aumentar as vantagens do benefício, mas também atingir um número cada vez maior de beneficiados. Alguns códigos europeus (como o suíço, o francês) e sul-americanos (como o argentino) já consagram o que se denomina ‘condenação condicional’: decorrido o período de prova sem descumprimento das obrigações, a condenação é julgada extinta, readquirindo o condenado a condição de primário.

Há, além disso, como ocorreu entre nós com a recente lei 6.416, de 1977, uma tendência, quase que se pode dizer universal, para estender o benefício aos condenados a penas maiores que as acolhidas até então, e de alcançar até mesmo os reincidentes, desde que se possa supor que não são perigosos. Nos EUA a jurisprudência vem ampliando o alcance da *probation*, de tal modo que há decisões concedendo-a naqueles casos em que a prova já produzida torna evidente a existência de seus pressupostos, mesmo antes da fase de declaração de culpa do réu.²⁰

Raras são as críticas que se fazem à suspensão condicional da pena, e, assim mesmo, o que se nota é que se dirigem, não propriamente contra o instituto, em si, mas contra o modo como está regulado nos códigos ou as distorções práticas em sua aplicação, problema que, como é evidente, transcende os domínios do direito penal, “para se radicar nos territórios ainda indivisíveis e mais ou menos abandonados do direito de execução penal”.²¹

5. A suspensão condicional do procedimento

Se as vantagens do *sursis* são tão evidentes, por que não antecipar sua concessão?²² Se ao receberem os autos do inquérito policial, juiz e promotor verificarem que o autor do ilícito e o fato por ele praticado estão naquelas condições mencionadas — o ilícito é de pequena gravidade, seu autor é primário, tem bons antecedentes, não é perigoso, praticou fato episódico, de tal modo que ao fim do processo será beneficiado com a suspensão condicional da pena — , por que não antecipar a medida, concedendo-a antes de iniciado o processo em juízo?

Assim, ao invés de ser oferecida a denúncia contra ele, ou de ser esta recebida, o juiz suspende o procedimento e submete o autor do fato a um período de prova, durante o qual este deverá manter boa conduta e satisfazer as obrigações que lhe forem impostas. Entre estas, deve figurar a prestação de serviços à comunidade e, se for o caso, a assistência à vítima do ilícito, duas medidas de grande valor, não apenas em favor da coletividade, como da recuperação moral do autor do delito.

Ao receber o inquérito, o juiz examinará se estão presentes os pressupostos que permitem a concessão da medida, e que dizem respeito ao fato e à pessoa do autor. Só os ilícitos menos graves, praticados por indiciados primários, não perigosos, devem ensejar a suspensão. Se a hipótese comporta a suspensão, verificará, a seguir, se há suficiente prova do fato e da autoria.

Na maioria dos casos, bastam para isso os elementos colhidos no inquérito policial, mas o juiz poderá ouvir o indiciado e proceder a outras indagações — se as julgar necessárias.

No direito italiano, a condenação por decreto deve ser precedida, necessariamente segundo alguns autores, do interrogatório do acusado. Entre nós, como o instituto proposto não implica em condenação do autor do fato, não parece que o interrogatório do indiciado seja imprescindível, mesmo porque o beneficiado terá oportunidade de manifestar-se sobre a medida, logo a seguir, aceitando-a ou repudiando-a.

Concedida a suspensão, o favorecido será intimado para dizer se com ela concorda; se aceitá-la, será posto em regime de prova; se recusá-la, o inquérito voltará ao ministério público para denúncia ou, se esta já foi oferecida, o juiz a receberá e dará início ao processo. Caso o promotor não concorde com a concessão da medida — havia oferecido denúncia, não recebida pelo juiz, que, ao invés disso, concedeu ao denunciado a suspensão condicional do procedimento — , poderá recorrer, em sentido estrito, ao tribunal. Se este modificar a decisão, ou o fizer o próprio órgão de primeiro grau, o processo prosseguirá normalmente.

Uma única desvantagem oferece o instituto: se durante o período de prova o beneficiado deixar de cumprir qualquer obrigação imposta e o benefício ficar sem efeito, deverá ser iniciado o processo contra ele. Ora, como isso ocorrerá um, dois ou três anos depois, é possível que o tempo decorrido traga algum prejuízo para a prova. O defeito, plenamente compensado pelas inúmeras vantagens do instituto, não é maior do que o que já existe hoje, em face do acúmulo de serviço nas varas criminais e nas delegacias de polícia. Mesmo agora, as testemunhas

costumam ser ouvidas no processo um, dois, três ou mais anos depois do fato.

6. A legalidade da medida

Poderá o legislador ordinário consagrar a suspensão do procedimento? Ou seja, poderá o juiz, com base em prova colhida sem a garantia do contraditório e sem ter condenado o indiciado, presumi-lo culpado e, em consequência, conceder-lhe um benefício de que resulta a imposição de medidas restritivas de direito?

Quando o tema foi proposto pela primeira vez, no Seminário da Escola Superior da Magistratura Nacional, em setembro de 1981, ilustre magistrado da Bahia objetou que a adoção do instituto violaria direitos individuais garantidos aos indivíduos na *Constituição*, pois implicaria em infligir ao indiciado verdadeiras penas sem processo.

Mesmo sem considerar o fato de que aqui não se pode falar, legitimamente, em penas, a crítica não procede. Como não se ignora, as legislações de países avançados consagram hipóteses de condenação sem processo, como é o caso da Itália. Lá, com o processo monitorio, conhecido como 'condenação por decreto', o apontado autor de um ilícito pode ser condenado sem defender-se. Basta para isso que se conforme com a decisão imposta pelo juiz com base em elementos colhidos sem a garantia do contraditório.

Nem por isso se diz que foi violado qualquer direito do indiciado, como o da ampla defesa ou o do devido processo legal. Nos casos de pequena importância é possível evitar o debate, presumindo-se o consentimento do acusado. Se ele não se insurgir contra a decisão condenatória do juiz, é porque exerceu uma faculdade dispositiva sobre a forma do processo, não no sentido de poder modificá-la, mas no de aceitar a forma mais simples ao invés de exigir a comum.²³ E o instituto da condenação por decreto alcançou resultados tão expressivos, que foi ganhando adeptos mais numerosos e, com o tempo, foi estendido às hipóteses de delitos.²⁴

7. Vantagens do instituto

O instituto cuja criação se propõe oferece vantagens consideráveis, pois com ele se antecipa, praticamente, o resultado do processo, com tudo de bom que isso acarreta; logo em seguida à prática do fato — e não um, dois, três ou mais anos depois, como acontece agora — a autor toma conhecimento da reprevação da justiça e, ao mesmo tempo, da oportunidade que lhe é dada de redimir-se do que fez.

A ameaça de processo e condenação, que continua pairando sobre sua cabeça durante o período de prova, tem efeito intimidativo talvez ainda mais eficiente do que a própria pena que lhe seria imposta. E com uma vantagem: ao invés de aviltá-lo, como ocorreria se lhe fosse infligida pena de prisão e a tivesse de cumprir, a suspensão do procedimento concorre para recuperar, para dignificar o autor do ilícito. Sem ir para a cadeia, sem sequer sofrer a pena da condenação, vence ele o período de prova de forma positiva, com dignidade, prestando serviços à comunidade.

Essa medida, bem como a assistência à vítima e outras obrigações que lhe forem impostas, são restrições de direito que sentirá de imediato. Aquelas duas primeiras, notadamente, são de grande valor e as críticas que têm sido dirigidas a elas, pode-se dizer, se voltam contra problemas secundários, dizem respeito à fiscalização de seu cumprimento. Especialmente quanto a esse ponto, parece que os críticos não têm razão.

As outras medidas adotadas no *Código* como obrigações impostas àqueles a quem é concedida a suspensão condicional da pena, como a proibição de freqüentar certos lugares, de usar bebidas alcoólicas e outras que tais é que não são fiscalizadas. Como não existe um corpo de funcionários especializados para essa fiscalização, é ela entregue, praticamente, à polícia, que não tem preparo nem tempo para realizá-la.

A prestação de serviços à comunidade e a assistência à vítima, no entanto, são realizadas em favor de pessoas físicas ou de entidades como hospitais, escolas, orfanatos etc., e seu cumprimento interessa diretamente àquelas pessoas ou entidades; sua fiscalização, parece, será mais efetiva do que se estivesse entregue a pessoas nomeadas especialmente para isso.

8. Vantagens processuais

As vantagens processuais do instituto não são menores. Uma das maiores preocupações dos processualistas modernos é a de simplificar, a de agilizar o processo, problema difícil, dados os interesses contrários em jogo. De um lado, o ideal seria demorar tanto o processo que se esgotasse todas as fontes de prova em favor da descoberta da verdade. E de outro, fazê-lo tão rápido, que sua expressão como ônus para o Estado e o réu se tornasse irrisória.

A processualização da justiça representa garantia tão expressiva para os acusados que alguns juristas chegaram a chamar o *Código de processo penal* — CPP de estatuto protetor dos inocentes.²⁵

Apesar disso, o processo não deixa de ser um sofrimento imposto ao réu, seja ele culpado ou inocente. Quase que se pode repetir, ainda hoje, o que dizia Santo Agostinho a propósito do sofrimento a que estavam sujeitos os processados de seu tempo: para saber se se deve torturar, começa-se por torturar.

Numa época em que os estudiosos procuram criar formas cada vez mais sumárias de procedimento, que possibilitem a justa solução dos casos com menor sacrifício para as partes, a proposta que apresentamos chega a ultrapassar esse objetivo, pois, mais que um processo 'mais rápido', consagra um verdadeiro 'não-processo'.

Sua adoção não implica na impunidade dos criminosos não perigosos, como se alegou,²⁶ quando da apresentação do tema pela primeira vez, pois o beneficiado fica sujeito a medidas restritivas de direitos, como as mencionadas, que são — após sua adoção, com excelentes resultados, em outros países —, uma das mais sedutoras realidades do moderno direito penal.

A preocupação maior dos aplicadores da lei está voltada para a verdadeira impunidade dos criminosos de alta periculosidade, que — esta, sim — já existe entre nós, porque, por excesso de trabalho, não processamos com a rapidez necessária e, por falta de lugares nos presídios, não prendemos os autores de crimes mais graves.

As varas criminais das grandes cidades andam afogadas em processos, entre os quais cresce, de maneira assustadora, o número de feitos por crimes violentos. Aí estão as quadrilhas de assaltantes, os traficantes de drogas, um sem número de criminosos violentos, da mais alta periculosidade, a exigir dos juízes mais atenção, maior severidade de tratamento, mais tempo do que têm.

Assim, diminuir o número de processos por fatos de pequena ou de nenhuma gravidade, fazendo-o sem prejuízo para a justiça das decisões, significa ganhar mais tempo para a solução dos casos infinitamente mais graves.

9. Contraditório e justiça das decisões

O ideal da justiça seria proferir decisões, não apenas justas, como assim tidas pelo interessados. Para isso, o processo é cercado de garantias — uma das quais é a da instrução contraditória — e dá a quem sucumbe o direito de ver sua pretensão reappreciada por outro órgão jurisdicional, de grau mais elevado.

Apesar disso, a verdade real continua sendo um ideal nem sempre atingível, satisfazendo-se a justiça com a afirmação de uma verdade meramente

formal. A só adoção do contraditório é insuficiente para criar a igualdade entre as partes. Uma coisa — a lição é de Carnelutti — é que a cada parte corresponda o mesmo direito que à outra; e outra coisa é que cada uma delas tenha a mesma possibilidade de exercitá-lo. O que importa é o efetivo exercício do direito, não sua atribuição.²⁷

No resultado de um processo influem não apenas fatores ligados à vontade das partes, mas em todos os casos e de forma decisiva fatores totalmente estranhos a ela. Não é só o fato de não serem as pessoas igualmente ricas, inteligentes, diligentes ou escrupulosas, ou de não poderem ter representantes dotados do mesmo nível de conhecimentos, de habilidade, de correção, ou de esperteza. Além disso, influí na solução do processo a sorte da parte em ter ou em não ter como provar seu direito.

Pode ocorrer que as testemunhas tenham presenciado o acusado agredir a vítima a socos e ferila, mas não tenham percebido que, antes disso, a vítima tentou matá-lo com uma faca. Neste caso, o acusado teve oportunidade de provar seu direito, apenas não pode fazê-lo.

Tudo isso pode acontecer e de fato acontece em um processo ideal, onde as partes estejam interessadas, apenas, na busca da verdade. Imagine-se o que acontece nos processos reais, onde o que se vê é o interesse em esconder fatos que realmente existiram, em fazer surgir circunstâncias que não aconteceram, tudo isso com a intenção de modificar a verdade.

No juízo criminal, as decisões condenatórias são relativamente justas na quase totalidade, mas, em razão do *in dubio pro veo*, o mesmo não se pode dizer das sentenças absolutórias — que muitas vezes deixam de condenar o verdadeiro culpado por falta de prova. Em muitos casos, verifica o juiz que é impossível que o réu seja culpado; mas que isso, que é provável que o seja, mas, como isso não é certo, não pode condená-lo. Acontece que a decisão que absolve o culpado, embora menos alarmante, é tão injusta quanto a que condena o inocente.

O que se verifica, portanto, é que a adoção do contraditório, embora suas inegáveis vantagens, não consegue realizar o milagre de suprir essas deficiências próprias do homem. Por isso, pode-se dizer que as decisões da justiça nem sempre fazem justiça às partes.

Há, além disso, um outro aspecto, quase tão importante quanto este: mesmo quando a decisão é justa, nem sempre aquele que perde conforma-se com ela. Este é um dado de psicologia humana a que o legislador não pode deixar de dar importância. À semelhança da mulher de César, a justiça preci-

sa ser e parecer justa. Ora, não é fácil ser justo, menos, ainda, parecer justo.

10. A suspensão condicional do procedimento como solução ideal

A decisão que concede a suspensão condicional do procedimento permite ao juiz não apenas fazer justiça, como parecer justo aos olhos do interessado. A confissão implícita do beneficiado, somada às provas do inquérito policial, será suficiente para dar ao juiz, na quase totalidade dos casos, a certeza de que foi justo, e a livre aceitação da medida por aquele a certeza de que pareceu justo — solução que não se alcança com o *sursis*.

O beneficiado com o *sursis* pode dizer se aceita ficar em liberdade em troca de algumas obrigações, ou se prefere ir para a cadeia, mas não tem o direito de dizer que não concorda com a condenação, pois esta já lhe foi imposta, não pode ser modificada, ainda que lhe pareça injusta.

No *sursis* e na *probation* as opções não são entre admitir a culpa e aceitar a pena (ou a restrição) imposta, ou não admiti-la e ser processado. Nos dois casos já houve processo e o réu foi condenado (ou declarado culpado), de modo que só lhe resta escolher entre ir para a prisão ou ficar em liberdade sob condições

Na suspensão condicional do procedimento a aceitação ou recusa do benefício é livre. Ou o favorecido admite que é culpado e aceita a medida, ou não admite e poderá demonstrar sua inocência no processo que se seguir. Nos EUA, como se sabe, em alguns casos o indiciado escolhe entre confessar a culpa e ser condenado desde logo, ou negá-la e exigir um julgamento normal. Esta escolha, no entanto, não é livre, pois se afirmar que não é culpado, assume o risco de, se vier a ser condenado no processo, sofrer uma pena muito maior do que aquela.

Nesse caso, pode acontecer que, mesmo não se considerando culpado, ou pelo menos tão culpado o indiciado aceite a pena menor, que não acha justa, tão-só por acreditar que é difícil a prova de sua inocência.

Na suspensão condicional do procedimento ao contrário, pode-se dizer que a solução, além de justa, será aceita livremente pelo interessado, que não estará sujeito a qualquer prejuízo pelo fato de rejeitá-la. Se o fizer e vier a ser condenado no processo que se seguir, sua pena não será maior só por isso e — O que não é menos importante — ainda poderá obter a mesma vantagem, ou seja, ter sua execução suspensa condicionalmente.

Portanto, o que se verifica é que, além de to-

das aquelas vantagens materiais e processuais, que, só por si justificariam a adoção do instituto, tem ela outra ainda maior, ainda muito mais importante, pois permite ao juiz não apenas fazer justiça, como também parecer justo aos olhos de todos. A confissão continua sendo a rainha das provas. Ora, a confissão implícita do beneficiado, somada às provas do inquérito, basta para dar ao juiz a certeza de que foi justo; a livre aceitação da medida por aquele, a de que pareceu justo.

Esta é uma qualidade inestimável, que, apesar do contraditório, nenhuma outra decisão logra obter, qualidade que os juristas consideram praticamente inalcançável, mas que é possível atingir com a modificação ora proposta.

Notas

1. O Tratamento em liberdade no direito francês. Trad. de Alípio Silveira. *Justitia*. p.74-91.
2. DOTTI, René Ariel. *Conferência na ESMAN*. Rio de Janeiro, UERJ, 1981.
3. BARAÚNA, José Roberto. *Licões de processo penal*. 2.ed. São Paulo, Buschatsky, 1979, p.148.
4. ARRAYA, José. *Escarcelación provisoria*. Rosario, 1938, p.55.
5. A crise de confiança no sistema penal e, em particular, nas prisões. Trad. Alice Klauss, *Revista de Direito Penal*. v. 21/2, p.43.
6. II Semana Internacional de Criminologia. Notas de Romão Portão. São Paulo, s.d.
7. RICO, José M. *Sanções penais*. Trad. de Sérgio Fragozo. Rio de Janeiro, 1978, p.100.
8. RICO, José M. op. cit. p. 91-92.
9. Novo direito penal. 1971. v.3, p. 109-11.
10. O discurso de alguns membros do grupo, lógico, intelectual, mostra quão perigosos são.
11. Relatório do DCN. 9. 6.77, p. 1.338.
12. RICO, José M. op.cit. p. 133-134.
13. PISAPIA, Gian Maria. Reflectioni in tema de recidiva. Riv. Italiana de Diritto e Procedura Penali. 4 (4): 967/75.
14. BETTIOL, Giuseppe. Il mito della rieducazione. Riv. di Diritto e Procedura penali. 6 (3): 705/712.
15. VASSALI, Giuliano. Funzioni e unsufficienze della pena. Riv. di Diritto e Procedura Penali. 4 (2): 339.
16. Anteprojeto de Código penal. arts. 46/48.
17. UERJ, com presença juízes e professores.
18. I Simpósio Sul-Brasileiro sobre Problemas Atuais da Justiça Criminal. Ajuris, 1980. p. 139.
19. Código penal. Salvo a hipótese do art. 46, § único.
20. Documento de trabalho. VI Congresso da ONU. Caracas, 1980.
21. DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema penal*. Saraiva, 1980. REALE JÚNIOR, Miguel. Humanizar e punir. Boletim do CNPP. 1 (1): set. 1981.

22. Proposta apresentada no Seminário sobre a Reforma dos Códigos Penal e de Processo Penal, na ESMAN, na UERJ, set. 1981.
23. FLORIAN, Eugene. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. de P. Castro, s.d. p. 250.
24. Relação ao Projeto Preliminar de Códigos de Processo penal italiano, de 1955.
25. TORNAGHI, H. *Instituições*. v.1, p.10.
26. Alegação de ilustre professor, durante os debates, na apresentação do tema.
27. *Derecho y proceso*. Trad. de s. Senus Melendo. s.l., *Ejea*. p.294.

Paulo Ladeira de Carvalho, professor de direito penal na Faculdade de Direito Benett, procurador do Instituto Nacional de Previdência Social — INPS.

Paulo Ladeira de Carvalho

O sistema de penas na reforma penal

Retroagindo no tempo, vamos encontrar a primeira legislação penal que efetivamente vigorou no Brasil, ou seja, o *Livro V das ordenações filipinas* (1603). Pode-se dizer que a severidade das penas não estava acorde com os atos praticados e sua repercussão no meio social. Feiticeiros, adivinhos, benzedeiros de animais eram reprimidos com energia excessiva; as penas eram absolutamente desproporcionadas. Isso levou o conselheiro Baptista Pereira a afirmar que o referido *Livro V* "era um misto de beatice e crueldade".

Com a Independência, surgiu a *Constituição de 1824* que proclamou veemente repulsa às *Ordenações filipinas*, determinando no art. 179, nº 18, a "organização de um Código criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade". Determinou a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente, a personalização da pena e a abolição do confisco.

Em seu art. 179, nº 21, dispôs que "as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes".

Era essa a primeira manifestação da legislação brasileira sobre as prisões, certamente sob o influxo dos postulados da Revolução Francesa, da obra de Baccaria e, em geral, das concepções do século de Voltaire. No título VIII (Garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros), constatamos semelhanças profundas com a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*.

Em 1830 sobreveio o *Código criminal do Império*, com seus 313 artigos que, segundo afirmou o professor argentino Ladislau Thot, em conferência proferida neste Instituto em 3 de julho de 1930,

exerceu forte influência sobre as legislações espanhola e latino-americana, tendo como aspecto distintivo ter sido na América Latina o primeiro *Código* efetivamente nacional e próprio.

As penas nele previstas (capítulo I, título II) eram a morte, as galés perpétuas, a prisão com trabalho, prisão simples, o banimento, o degredo, o desterro, a suspensão do emprego, a perda do emprego e os açoites em escravos.

Seguiu-se-lhe o *Código penal de 1890* que, segundo seus comentadores, teve um mal início, pois que se chocava freqüentemente com a *Constituição republicana de 1891*, gerando uma caudal de legislação complementar tão impressionante que, em 1932, foi substituído pela *Consolidação das leis penais*.

Suas penas eram a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório e a prisão disciplinar para os menores de 21 anos. Além dessas, permaneciam o banimento, a interdição e a multa.

Em 1932 — como se disse — surge a *Consolidação das leis penais*, obra do desembargador Vicente Piragibe, aprovada pelo decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, e que foi elaborada em virtude de o *Código penal de 1890* ter sofrido tantas modificações que já dificultavam não só o conhecimento como a aplicação da lei penal e, não sendo lícito invocar a ignorância do direito, deviam as leis estar ao alcance de todos.

Deixados de lado os inúmeros anteprojetos e estudos oferecidos durante o princípio do século, chegamos ao *Código de 1940* que, no seu artigo 28, adota como penas principais a reclusão, a detenção e a multa, além das penas accessórias de perda de

função pública, interdições de direito e a publicação da sentença.

E toda a legislação complementar e especial segue o mesmo figurino, ficando absolutamente claro que "a prisão é o centro de gravidade dos esquemas políticos-criminais", no dizer autorizado de René Ariel Dotti.

Em 1963 surge o anteprojeto Nelson Hungria que, após tumultuada revisão por várias comissões, recebe redação definitiva do professor Benjamin Moraes Filho e é decretado pela Junta Militar que governava o país — isto em 21 de outubro de 1969. O decreto-lei nº 1004 iniciou então tortuoso caminho em busca de sua efetiva vigência que, afinal, não veio. Sofreu inclusive, profundas modificações pela lei nº. 6.016, de 31 de dezembro de 1973; protelada sua vigência por várias vezes, acabou sendo revogado pela lei nº. 6.578, de 11 de outubro de 1978.

A essa altura, já era absolutamente claro o aumento vertiginoso da criminalidade e, consequentemente, surgia como um pesadelo o problema da superlotação das prisões — policiais e penitenciárias. Ainda assim, não se podia notar qualquer posição definida em prol da melhoria dessas condições aflitivas. Vigorava ainda a presunção de que a solução residia na construção de novos estabelecimentos penais.

É justamente nessa fase, segundo informa a professora Armida Bergamini Miotto, em trabalho publicado em 1977 na *Revista da Informação Legislativa* nº. 54, que os estudiosos brasileiros, criminologistas, penitenciaristas e sociólogos se engajam abertamente numa reação contra o uso desmedido da pena privativa da liberdade, assim, como do ponto de vista processual, do instituto da prisão preventiva.

E na gestão do ministro da Justiça professor Alfredo Buzaid, já decidido o governo a revogar o decreto-lei nº. 1004/69, lançou-se à tarefa de procurar minimizar o problema, encetando estudos que, certamente, são os germes da lei nº. 6.416, de 24 de maio de 1977. De todos esses trabalhos, o que mais concorreu para a concretização de novas legislativas foi o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, destinada ao levantamento da situação penitenciária do país, da qual foi relator o então deputado Ibrahim Abi-Ackel. Esse relatório foi aprovado pelo projeto de resolução nº. 70, de 11 de março de 1976; dispunha ele, em suas conclusões, o seguinte: "Torna-se 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 con-

dencial da pena, de forma a ensejar sua aplicação com maior larguezza;

— 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 concença da inexistência de periculosidade;

— ampliação do elenco de casos de substituição da pena de reclusão ou multa;

— adoção da pena de prisão domiciliar, restritiva dos direitos de locomoção do imputado;

— adoção da prisão albergue domiciliar, como semente do probation (fiscalização);

— interdição de direito, dentro os quais a suspensão ou a cassação do direito ao exercício de profissão;

— suspensão ou cassação da carteira de habilitação para dirigir veículo".

De todo esse trabalho do Ministério da Justiça resultou anteprojeto que se transformou na lei nº. 6.416, de 24 de maio de 1977, chamada de *A reforma do sistema de penas* e que, na realidade, veio humanizar o cumprimento das penas privativas de liberdade. Seu objetivo, segundo a exposição de motivos, foi o de corrigir as consequências dramáticas decorrentes da superlotação dos estabelecimentos prisionais.

Sem ferir o sistema de legislação penal em vigor, procurou-se uma solução condizente com a tendência moderna de reservar as penas privativas da liberdade somente para os autores de delitos mais graves e para aqueles condenados cujas características de personalidade assim o exigem. De igual modo procedeu-se, no plano processual, quanto à prisão provisória — a ser utilizada somente quando e na medida em que for necessária aos interesses da justiça, da segurança social e da ordem pública. Adotou essa nova legislação a ampliação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional, fazendo desaparecer o hiato então existente entre o máximo de pena relativo à suspensão e o mínimo para o livramento. Eliminou-se a distinção entre reincidência genérica e específica, prevendo-se expressamente a sua prescrição.

Paralelamente a toda essa atividade, merece registro especial o anteprojeto elaborado, em 1971, por um grupo de penalistas de São Paulo, liderados pelo professor Manoel Pedro Pimentel, trabalho esse derivado de uma tese apresentada ao IIº Congresso Paulista do Ministério Público pelos Drs. Francisco Papaterra Limongi Neto e Antônio Carlos Penrade de Moraes.

Esse anteprojeto foi exposto na reunião dos secretários de justiça, realizada nesse mesmo ano de 1971, em Nova Friburgo, e afirmava que o "Código penal de 1969 não espelhava corretamente a questão das penas, nem ao menos o equacionava racionalmente", acrescentando que deveriam ser promovidas modificações urgentes no *Código penal de 1940*, visando à alteração da filosofia penal vigente e que "a nova filosofia radicava-se no entendimento de que a pena de prisão deveria ser reservada para os criminosos portadores de periculosidade. Era a idéia que dominara o Congresso realizado pela Organização das Nações Unidas, em 1970, na cidade de Kioto. Era preciso estabelecer um divisor de águas, para aferir quem deveria ficar preso e quem poderia ficar solto".

Um dos méritos desse anteprojeto era o de já colocar a pena de interdição de direitos como pena principal. Como o Ministério da Justiça não lhe deu a esperada atenção, o anteprojeto foi adotado pelo então senador Franco Montoro, que o apresentou ao Senado Federal sob a forma de projeto de lei, delegando-se as funções de relator ao saudoso senador Accioly Filho. Lá esse projeto foi atropelado pelo projeto nº. 1.457, que veio a se converter na lei nº. 6.016/73, modificadora do *Código de 1969* (decreto-lei nº 1004).

Como bem se pode ver desse rápido escorço histórico, toda a problemática da pena reside na chamada 'crise da prisão' e na dúvida reinante sobre os reais efeitos da pena de multa; principalmente na primeira. Afirma-se mesmo que a prisão não só deixa de cumprir sua tarefa ressocializante como até mesmo colabora de maneira nítida para a reincidência, já que é reiteradamente considerada fator criminógeno. As referências nesse sentido, na literatura nacional e estrangeira, são inúmeras. Apenas como ilustração, citaremos a seguir algumas das mais contundentes.

O professor Alípio Silveira, em sua obra *Teoria e prática da prisão albergue* (São Paulo, 1972), pergunta: "até que ponto influi a prisão como fator criminogênico, como escola oficial do crime?"; e responde: "um notável criminólogo, o professor Edmond Locard, considera a prisão como o fator criminogênico por excelência. Eis suas palavras: 'Não existem verdadeiros profissionais do crime senão após sua passagem por estabelecimentos penitenciários. É somente depois de ser detido e condenado por um pequeno furto, por uma rixa, por resistência a agentes de polícia, que o homem se torna criminoso habitual'.

Magalhães Drumond assim define prisão: "Uns horríveis depósitos de desgraçados, enxovias sem luz, sem ar, sem asseio, que podem servir — e têm, de certo, servido — para brutalizar ainda mais

e para matar por morte lenta os desafortunados que a elas vão ter (*Aspectos do problema penal brasileiro*, p. 13).

Na literatura alienígena a opinião é a mesma. Os criminólogos americanos Barnes e Teeters, em *Novos horizontes em criminologia* — obra responsável por uma verdadeira revolução no sistema penitenciário norte-americano — afirmam que "o aspecto mais deplorável das prisões modernas não é tanto a crueldade, mas a desintegração da personalidade do prisioneiro. Quase tudo que pode contribuir a destruir e a desmoralizar a personalidade humana encontra-se na prisão de hoje e nos métodos contemporâneos da administração penal".

As investidas contra a prisão se sucedem, partidas de todos os especialistas que se defrontam com o problema, como se constituissem num aplauso geral à célebre frase de Oscar Wilde, em *A balada do cárcere*, quando diz que "as prisões foram construídas com os tijolos da infâmia". É nesse clima que surge o anteprojeto de 1981. Pela portaria nº 1043, de 27 de novembro de 1980, do senhor ministro da Justiça, foi instituída uma comissão presidida pelo professor Francisco de Assis Toledo e composta dos professores Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Jr., Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti, para elaborar anteprojeto de lei modificadora da parte geral do *Código penal*.

O título V, que trata das penas em espécies, está assim estruturado:

Das penas

Capítulo I — Das espécies de pena Penas

Art. 32 — As penas são: I — privativas de liberdade. II — restritivas de direitos; III — patrimoniais.

Seção I — Das penas privativas de liberdade

Reclusão e detenção

Art. 33 — A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto e a de detenção em regime semi-aberto ou aberto.

§ 1º — Considera-se: I — regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

II — regime semi-aberto a execução de pena em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar; III — regime aberto a execução da pena em caso de albergado ou estabelecimento similar.

§ 2º — As penas privativas de liberdade deve-

rão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as revogações e retornos: I — o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumprí-la em regime fechado; II — o condenado, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá desde o princípio cumprí-la em regime semi-aberto; III — o condenado, cuja pena seja inferior a quatro anos, poderá desde o início cumprí-la em regime aberto.

Regras do regime fechado

Art. 34 — O condenado deverá ser submetido, no início do cumprimento da pena em regime fechado, a exame criminológico, para fins de classificação e individualização da execução;

§ 1º — o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno;

§ 2º — o trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com os objetivos da pena;

§ 3º — o trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas, desde que tomadas as cautelas contra fuga e em favor da disciplina.

Regras do regime semi-aberto

Art. 35 — O condenado poderá ser submetido, no início do cumprimento da pena, em regime semi-aberto, a exame criminológico, para fins de classificação e individualização da execução;

§ 1º — o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

§ 2º — o trabalho externo é admissível, bem como freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Regras do regime aberto

Art. 36 — O regime aberto baseia-se na auto-disciplina e senso de responsabilidade do condenado;

§ 1º — o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga;

§ 2º — o condenado será transferido do regime aberto, se praticar outro crime, se frustrar os fins da execução, ou se não pagar, injustificadamente, pena patrimonial cumulativamente aplicada.

Regime especial

Art. 37 — As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes a sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste capítulo.

Direitos do preso

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

Art. 39 — O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

Legislação especial

Art. 40 — A legislação especial regulará a matéria prevista nos artigos 38 e 39, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes, estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções.

Superveniência de doença mental

Art. 41 — O condenado a que sobrevém doença mental deve ser recolhido a manicômio judiciário ou, à falta, a outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.

Detração

Art. 42 — Computam-se, na pena privativa da liberdade, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital ou manicômio.

Parágrafo único — Computa-se, igualmente, o tempo indevidamente cumprido, relativo à condenação por crime posterior, invalidade em decisão judicial irrecorrível.

Seção II — Das penas restritivas de direitos Penas restritivas de direitos

Art. 43 — As penas restritivas de direito são: I — prestação de serviços à comunidade; II — interdição temporária de direitos; III — aprendizado compulsório.

Requisitos das penas restritivas de direitos

Art. 44 — As penas restritivas de direitos são autônomas e podem ser aplicadas desde que: I — a pena máxima privativa de liberdade, combinada ao crime, não seja superior a três anos; II — o réu não seja reincidente em crime doloso, observado o disposto no artigo 64; III — as circunstâncias e os motivos determinantes, os antecedentes, a personali-

dade e conduta social do condenado indiquem que essas modalidades de pena sejam necessárias e suficientes.

Critérios de aplicação das penas restritivas de direitos

Art. 45 — Na aplicação das penas restritivas de direitos serão observados os seguintes critérios: I — nos crimes, cuja pena máxima privativa de liberdade seja inferior a um ano, poderá ser aplicada isoladamente uma única pena, salvo o disposto no art. 48, parágrafo único; II — nos crimes, cuja pena máxima privativa de liberdade seja igual ou superior a um ano e não exceda a três anos, poderão ser aplicadas duas penas a serem cumpridas simultaneamente.

Conversão das penas restritivas de direitos

Parágrafo único — O descumprimento, injustificado, a qualquer momento, de penas restritivas de direitos, aplicadas isolada ou cumulativamente, determina sua conversão em pena privativa de liberdade, pelo tempo de pena mínima cominada ao crime.

Prestação de serviços à comunidade

Art. 46 — A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de trabalho gratuito junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres ou em programa comunitários.

Parágrafo único — As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas aos sábados, domingos e feriados, ou nos dias úteis, por duas horas, durante o tempo fixado.

Interdição temporária de direitos

Art. 47 — 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 ou atividade que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III — Cassação de licença de habilitação para dirigir veículos.

Aprendizado compulsório

Art. 48 — O aprendizado compulsório consiste na freqüência a curso ou ciclo de palestras, no qual o condenado por crime culposo venha a adquirir conhecimentos necessários a evitar a ocorrência de nova infração e a estimular o dever social de cuidado.

Parágrafo único — A pena de aprendizado compulsório poderá ser aplicada isoladamente nos crimes culposos cuja pena máxima cominada não seja superior a um ano.

Seção III — Das penas patrimoniais

Multa penitenciária

Art. 49 — A pena de multa penitenciária consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos dias-multa.

Parágrafo único — O valor do dia-multa será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigesimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esses salário.

Pagamento da multa

Art. 50 — A multa deve ser paga dentro de dez dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

§ 1º — A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado se imposta isoladamente, se aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos ou quando concedida a suspensão condicional da pena.

§ 2º — O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.

Conversão da multa e revogação

Art. 51 — A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução.

Modo de conversão

§ 1º — Na conversão, a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano.

Revogação da conversão

§ 2º — A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa.

Suspensão da execução

Art. 52 — É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.

Multa reparatória

Art. 53 — A pena de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial, em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no artigo 49 e seu parágrafo, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

§ 1º — A multa reparatória não poderá ser su-

terior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.

§ 2º — Aplica-se à multa reparatória o disposto nos artigos 49, segundo parte, a 52.

§ 3º — Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.

Aplicação autônoma das multas

Art. 54 — A pena de detenção não superior a seis meses pode ser substituída pela de multa, observados os incisos II e III do artigo 44.

§ 1º — As multas penitenciárias e reparatória poderão ser cumuladas tão-só quando forem as únicas penas aplicadas.

§ 2º — No pagamento ou execução das penas patrimoniais, a multa reparatória prefere à multa penitenciária.

§ 3º — Uma única pena de multa poderá ser cumulada com pena privativa de liberdade, ou resitutiva de direitos."

Este anteprojeto foi intensamente debatido pelos estudiosos, inclusive em memorável sessão deste Instituto, realizada à 22 de abril de 1981, e da qual participaram os professores Virgílio Luiz Donnici, Héleno Cláudio Fragoso, Técio Lins e Silva, e José Frederico Marques, e os doutores José Danir Siqueira do Nascimento, Antônio Carlos da Gama Barandier, Laércio da Costa Pellegrino, Sérgio Ferraz e Samuel Buzaglo.

O professor Héleno Fragoso, iniciando o debate, afirmou pessoalmente com relação ao sistema de penas "que o projeto nessa parte está bem inspirado, no sentido de penas alternativas da pena de privação da liberdade". A respeito da multa reparatória, afirmou expressamente achar que ela não é multa. Com relação às outras penas, disse que a do aprendizado compulsório não tem seriedade e que a do trabalho comunitário pode ser prevista — embora com reservas — pois que muitos condenados preferem a prisão tradicional, a cumprir essa pena de trabalho comunitário.

Nessa ocasião afirmamos, sobre o sistema de penas, que não há mais razão para a dicotomia entre reclusão e detenção e que seria mais lógico, como o anteprojeto apresentado no Senado pelo então senador Franco Montoro, adotar-se como privação da liberdade a pena única de prisão, além das interdições de direito e da multa. Quanto a esta acompanhei o ponto de vista do professor Héleno Fragoso de que, como está disciplinada, só tem validade como multa criminal, nunca como reparatória, pois esta nada mais é do que um resarcimento

do dano. Além disso, está ela mal disciplinada porque não estatui o modo de apuração do seu valor. Na ocasião aludimos a um anteprojeto de lei sobre delitos de trânsito, de cuja elaboração participamos e que chegou a prever a reparação do dano no juízo criminal, com disciplina minudente para a fixação de seu valor. Essa tentativa foi abandonada em face das sugestões críticas recebidas, em especial as do professor Damásio de Jesus.

No anteprojeto hoje em exame deparamos com a multa reparatória que, no nosso entender, constitui o seu mais grave erro, pois permite a sua conversão em pena privativa da liberdade resultante, inequivocamente, essa providência numa prisão por dívida — hipótese expressamente vedada pela Constituição federal.

O anteprojeto em estudo foi alvo também de um exame do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, em três reuniões realizadas a 10, 23 e 27 de abril de 1981, o qual, pronunciando-se sobre o título cinco, concluiu: "Ao ver do Instituto, aqui residem as mais louváveis e progressistas inovações do anteprojeto, representadas por uma clara opção político-criminal em favor de substitutivos da pena privativa de liberdade, e de uma intervenção reeducadora e tutelar do sistema penal. Decidiu-se adotar as conclusões do grupo de trabalho instituído pela Vara de Execuções Criminais do Estado do Rio de Janeiro, que foram todavia objeto de discussão conjunta. Veja-se o documento anexo ao presente".

O grupo de trabalho instituído na Vara de Execuções Criminais, já referido, e que teve como relator o advogado José Mauro Couto de Assis, teceu em seu parecer várias sugestões, quase todas relacionadas com a redação do título cinco, não sem antes ressaltar que, genericamente, as inovações correspondem aos anseios da mais atualizada doutrina penal, não obstante manter a anacrônica distinção no tocante às penas privativas de liberdade — dispositivo que só poderia encontrar amparo duvidoso na existência de ritos processuais diversos e certos benefícios ou incidentes na execução penal (Estes trabalhos estão publicados na *Revista de Direito Penal*, número 31, de 1981.).

O anteprojeto foi ainda examinado no Congresso Mundial do Direito que se reuniu em São Paulo, de 16 a 21 de agosto de 1981 — em virtude de tese apresentada pelo Dr. Laércio Pellegrino, sob o título *Algumas inovações da nova legislação penal brasileira* — no qual se afirma "merecer muito mais elogios, principalmente pelo seu incentivo humanista, liberal no seu todo, atendendo à nossa realidade no seu objetivo social".

Plínio de Oliveira Corrêa, professor de direito processual penal nas Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS — e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul — PUCRGS.

Plínio de Oliveira Corrêa

Justa causa na reforma processual penal brasileira

Há mais de vinte anos que a minha geração vive a expectativa da reforma do atual *Código de processo penal* — CPP. Nestas duas décadas, quase todas as atenções dos estudiosos da ciência do processo penal brasileiro têm se voltado para os temas propostos em dois conhecidos anteprojetos — o primeiro, de autoria do professor Hélio Bastos Tornaghi; e o segundo, da lavra do professor José Frederico Marques. Na verdade, essa expectativa tem acarretado vantagens e desvantagens à evolução do desenvolvimento científico-cultural nesse ramo do conhecimento jurídico.

Assim, se de um lado foram aprofundados os estudos sobre velhos e novos institutos, de outra parte é preciso reconhecer que a injustificável demora com que se processa a almejada reforma tem trazido prejuízos incalculáveis à justiça distributiva deste país, cansada não apenas de esperar por normas processuais adequadas à realização do moderno direito penal, mas, sobretudo, exausta de suportar o jugo de um *Código* improvisado, assistemático e retrógrado, como é o de 1941.

Dentre os pontos negativos proporcionados por essa demora, cabe sublinhar as inúmeras obras ou produções científicas que deixaram de ser publicadas neste quatro lustros pelo simples receio de já nascerem envelhecidas com a eventual e surpreendente edição do prometido Diploma.

Tal situação teve início quando a tarefa de elaborar um anteprojeto de *Código* foi confiada a um eminente jurista pátrio — o professor Hélio Bastos Tornaghi — que, em prazo relativamente curto, desincumbiu-se do honroso encargo, encaminhan-

do o resultado do seu trabalho ao senhor ministro da Justiça do governo João Goulart.

Após o movimento político de 1964, e por razões que não vêm ao caso agora examinar, o Anteprojeto Tornaghi, no entanto, foi desativado, culminando o governo Médici por confiar aquela tarefa a outro ilustre jurisconsulto brasileiro — o professor José Frederico Marques, que em 1970 concluiu o seu trabalho.

Este anteprojeto foi analisado por uma comissão revisora, instituída pelo Ministério da Justiça e integrada por um civilista e por dois penalistas, respectivamente, os professores José Carlos Moreira Alves, Benjamin Moraes Filho e José Salgado Martins. Somente com o lamentável falecimento de um de seus membros — o professor Salgado Martins — é que veio, finalmente, participar da comissão um renomado processualista penal, o professor Hélio Bastos Tornaghi, autor do primeiro anteprojeto.

Concluída a revisão, e através da mensagem presidencial nº 159/75, o Poder Executivo encaminhou o Projeto de Código ao Congresso Nacional, onde tramitou regularmente sob o nº 633/75, inaugurando-se, então, na comissão especial da Câmara dos Deputados um grande ciclo de debates em torno do seu conteúdo (junho/75 a novembro/77). Deste debate nacional, do qual tomaram parte inúmeros professores, advogados, magistrados e membros do ministério público, resultou a apresentação de 784 emendas, muitas delas acolhidas pela comissão especial e posteriormente pelo plenário da Câmara dos Deputados.

Quando o projeto já tramitava normalmente no Senado Federal sob o nº 05/78, o mundo jurídico brasileiro foi surpreendido com a sua retirada do Congresso Nacional pelo Poder Executivo, sob a alegação da necessidade de 'reexame' do seu conteúdo, conforme diz a mensagem presidencial de 30 de agosto de 1978.

Para proceder ao 'reexame' do citado projeto — que por isso mesmo retrocedeu à posição de anteprojeto — nomeou-se a nova comissão ministerial, integrada pelos professores Rogério Lauria Tucci, Francisco de Assis Toledo e Hélio Fonseca. O trabalho desempenhado por essa comissão contou com a colaboração da nossa elite cultural, recebendo sugestões, críticas e emendas ao anteprojeto; formuladas individualmente e através de vários congressos, seminários e encontros levados a efeito em todo o país.

Como remate desses estudos, submeteu-se o texto a duas revisões complementares: uma, lingüística, pelo professor Aires da Mata Machado; e outra, técnico-jurídica, pelo professor José Frederico Marques, autor do anteprojeto original, que "acolheu as principais inovações introduzidas e apresentou quase uma centena de novas modificações, as quais foram incorporadas no anteprojeto".

Da soma de todos esses esforços, resultou o texto do atual anteprojeto, que agora será novamente remetido ao Congresso Nacional para tramitar, primeiramente, na Câmara dos Deputados e, depois, no Senado da República.

Conseqüentemente, reabre-se um novo e grande debate em torno da matéria, ensejando novas críticas, possibilitando novas emendas, motivando novas sugestões e instaurando novos congressos e seminários por parte daquelas instituições que são responsáveis pelo aperfeiçoamento da ordem jurídica brasileira.

Eis o porquê deste Ciclo de Estudos, promovido em boa hora pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, no qual há de se tratar dos diferentes e relevantes temas propostos pela atual reforma penal, que auguro e se concretize finalmente e rapidamente.

I — Diferentes significados da justa causa

"A justa causa na reforma processual penal brasileira" é o tema que me coube tratar neste Encontro, a título de modesta contribuição intelectual a ser submetida à apreciação crítica de todos os participantes deste ciclo de estudos.

No processo penal brasileiro, a expressão 'justa

causa' assume diferentes significados, que podem ser compreendidos em seis posições ou correntes de pensamento, a saber:

1 — a primeira posição vinculada a justa causa ao conceito de prisão;

2 — a segunda utiliza-a para fundamentar a concessão de *habeas corpus* quando o fato imputado não constituir infração penal;

3 — a terceira fixa a falta de justa causa como figura equivalente às hipóteses do artigo 43 do *Código de processo penal* — CPP;

4 — a quarta a situa como elemento identificador dos casos de coação ou constrangimento ilegal;

5 — a quinta a elimina do sistema processual penal brasileiro;

6 — e finalmente, a sexta posição coloca a justa causa como uma das condições da ação penal.

II — Crítica às diferentes posições

Em seguida, torna-se imprescindível fazer, ainda que rapidamente, uma análise crítica desses posicionamentos, para melhor se atingir ou a natureza jurídica do instituto, ou, pelo menos, para se saber onde a reforma situa a justa causa dentro do quadro proposto.

Assim, quanto à primeira posição — isto é, a que liga a justa causa ao conceito de prisão — cabe destacar que ela remonta ao *Código de processo criminal de 1832*, ao consagrar esse preceito no artigo 353:

"A prisão julgar-se-á ilegal:

1º — quando não houver justa causa para ela".

No mesmo sentido, o decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898, que consolidou as Leis da Justiça Federal, prescrevia no seu artigo 360 que a prisão seria ilegal quando não houvesse justa causa para ela.

Fiel a essa orientação, e até refletindo a legislação ordinária então existente, o Supremo Tribunal Federal, no seu regimento interno de 24 de maio de 1909, estabelecia no artigo 112 que:

"A prisão, ou constrangimento, se julgará ilegal:

1) quando não tiver justa causa".

Os códigos de processo penal dos estados — que representam o fruto da consagração do princípio da descentralização processual na *Constituição de 1891*, e que perduraram até 1941 —, por sua vez,

e com raras exceções, continham disposições idênticas, considerando a justa causa como motivo determinante da legalidade da prisão, se presente, ou da ilegalidade, quando ausente.

No entanto, esse entendimento merece ser criticado, uma vez que não se concebe hoje, como não se concebia ontem, condicionar-se a idéia de justa causa ao conceito de legalidade ou de ilegalidade da prisão. E a razão é simples: a prisão pode ser legal, como ocorre com as prisões administrativa, disciplinar e para averiguação, e inexistir legitimidade para qualquer uma delas, como já tive oportunidade de demonstrar em estudo intitulado *Autoridade competente para ordenar a prisão no direito brasileiro*, Editora da UFRGS, 1981.

Por conseguinte, não mais se pode falar em legalidade ou ilegalidade, mas em legitimidade ou ilegitimidade da prisão.

No que diz respeito à segunda posição, aquela que utiliza a justa causa para fundamentar a concessão de *habeas corpus* quando o fato imputado não constitui crime, encontrou embasamento legal, inicialmente, em três códigos estaduais: o do Rio Grande do Sul, o do então Distrito Federal e o de Santa Catarina. Estes três diplomas, apesar de ainda manterem a linha tradicional antes referida, trouxeram algumas inovações que caracterizam essa corrente de pensamento.

O primeiro, o do Rio Grande do Sul, considerava nos artigos 254 e 255 da lei estudual nº 24, de 15 de agosto de 1898 (com as modificações introduzidas pela lei nº 141, de 23 de julho de 1912) a imputação de 'fato não criminoso' como constrangimento ilegal ou abusivo para se conceder *habeas corpus* por falta de justa causa.

O segundo, o do Distrito Federal, estatuaíva no decreto nº 8.259, de 29 de setembro de 1910, assinado pelo presidente Nilo Peçanha, esse princípio no artigo 382:

"A prisão ou constrangimento julgar-se-á ilegal em qualquer dos seguintes casos:

1º — Quando não houver justa causa ou o fato não constituir crime".

E o terceiro, o de Santa Catarina, promulgado pela lei estadual nº 1.640, de 3 de novembro de 1928, depois de valorizar a justa causa no art. 2.564, determinava no artigo 2.565:

"Ainda depois da pronúncia ou da condenação, o *habeas corpus* pode ser concedido nos seguintes casos: [. . .]

II — quando o fato imputado não constituir crime".

Esse posicionamento encontrou ressonância não só na jurisprudência dos nossos tribunais, mas também na palavra de ilustrados mestres do direito, como Florêncio Carlos de Abreu e Silva, que afirmava não existir justa causa "quando o fato de que o paciente é acusado não constituir crime ou contravenção penal" (*Comentários ao Código de processo penal*, vol.V, p.565, Forense, 1945).

A crítica que pesa sobre essa posição pode restringir-se no seguinte: se o fato narrado na peça inicial não constituir crime, o juiz deve, de imediato, aplicar o preceito contido no artigo 43, inciso I, do *Código de processo penal* — CPP, que diz:

"A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I — o fato narrado evidentemente não constituir crime".

Logo, se existe regra expressa regulando a matéria, não deve haver lugar para metáfora jurídica ou qualquer outro simbolismo ainda insuficientemente definido.

Ademais, não existe conveniência alguma em apelidar ou cognominar de justa causa a temas com denominações próprias e já devidamente assentados na literatura jurídica.

A terceira posição é mais recente e surgiu com o advento do atual *Código de processo penal* — CPP, de 1941. Este Código resultou do retorno do princípio da unidade processual, que passou a vigorar no nosso sistema constitucional a partir da Constituição de 1934, perdurando até hoje, o qual aboliu consequentemente o regime dos códigos estaduais e instituiu um único código nacional, promulgado pelo decreto-lei nº 3.689/941.

A citada posição define a falta de justa causa como elemento equivalente às hipóteses previstas no artigo 43 desse *Código nacional*, assim definidas:

"A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I — o fato narrado evidentemente não constituir crime; II — já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III — for manifesta a ilegalidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal".

Regra semelhante consta do artigo 78 do *Código de processo penal militar* (decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969).

Como se verifica pela leitura do mencionado artigo 43 e seu incisos, este contém casos de diferentes naturezas, tais como: elementos formais da peça acusatória, extinção de punibilidade e condições genéricas da ação penal.

Tal artigo comprehende, assistematicamente, uma miscelânea de diversos institutos. Dessa for-

ma, é inconcebível pretender-se que a expressão justa causa compreenda, traduza ou reflita por ela mesma todos esses temas e situações heterogêneas.

Entre os autores modernos que, *data maxima venia*, incorrem nessa injustificável equiparação estão Darcy Arruda Miranda (*Comentários à lei de imprensa*, vol. II, p. 744, Editora Revista dos Tribunais, 1969), Freitas Nobre (*A lei de imprensa*, p. 206, Saraiva, 1968) e José Raimundo Gomes da Cruz (artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 423, p. 303 e segs.).

A quarta posição situa a falta de justa causa como elemento identificador dos demais casos de coação ou de constrangimento ilegal enumerados no artigo 648 do *Código de processo penal* — CPP, que dispõe:

"Art. 648 — A coação considerar-se-á ilegal: I — quando não houver justa causa; II — quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III — quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV — quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V — quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI — quando o processo for manifestamente nulo; VII — quando extinta a punibilidade".

Idêntica regra prevê o artigo 467 do *Código de processo penal militar*.

Esta posição, em parte, é defendida pelo professor José Frederico Marques, para quem, nos casos referidos, a justa causa funcionaria "como norma genérica de encerramento" (*Elementos de direito processual penal*, vol. IV, Forense, 1965, p. 398).

Com efeito, ao analisarmos as hipóteses do artigo 648 do *Código de processo penal* — CPP, constatamos a presença de questões relativas à competência, a pressupostos processuais, à prestação de fiança, a nulidades processuais, a excesso de prazo na prisão, entre outras. Por conseguinte, aqui também é inconcebível a utilização da justa causa como expressão universal para identificar os mais variados institutos e as mais diversas situações jurídicas. A identificação pretendida nessa posição, assim como a equivalência sugerida na anterior, não passam de meras opiniões destituídas, *data venia*, de qualquer valor científico.

A quinta posição é a que elimina a expressão justa causa do nosso sistema processual penal, tendo como justificativa a heterogeneidade de tratamento e a dificuldade de conciliar a divergência de significação. Este é o posicionamento do professor Tornaghi, ou, pelo menos, o que se retira do seu anteprojeto, o qual simplesmente ignora a justa causa, não a tendo mencionado nem mesmo nos ca-

sos de coação ou constrangimento ilegal, tradicionalmente consagrada para fins de conhecimento e concessão de *habeas corpus*.

Acompanha esse entendimento José Raimundo Gomes da Cruz, em artigo publicado na *Revista Justitia* (vol. 58, p. 70), onde sugere expressamente a sua supressão dos textos nos quais figura na nossa legislação processual penal.

A crítica que se pode fazer a essa posição é que ela peca por omissão, esquecendo de bem conceituar um instituto que há mais de 150 anos figura na legislação brasileira. Esta omissão por parte dos nossos doutrinadores é, na verdade, injustificável.

III — A justa causa no anteprojeto

A sexta e última posição, como já se viu, é a que situa a justa causa como uma das condições da ação penal. Esta corrente doutrinária foi acolhida pelo nosso direito positivo com a edição da lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento. O § 1º do artigo 44 dessa lei não deixa a menor dúvida quanto à definitiva incorporação do instituto da justa causa como uma condição da ação penal. Diz o aludido preceito: "A denúncia ou queixa será rejeitada quando não houver justa causa para a ação penal".

Esse posicionamento foi acolhido, também especialmente, pelo anteprojeto do professor José Frederico Marques, não só após o reexame oficial recentemente realizado pelo Ministério da Justiça, mas também desde a publicação do texto original no *Diário Oficial da União*, em 1970; e, ainda, naquele que resultou da aprovação pela Câmara dos Deputados, em 1977.

Nesse particular, desejo registrar, desde logo, que esta é a posição doutrinária que tenho adotado ao longo destes 17 anos de magistério jurídico, e não seria ademais confessar que para ela fui despertado pelo gênio de Ney Messias, mestre e amigo, de quem não só tive a honra de ter sido discípulo e assistente, como também, muito cedo ainda, herdei a pesada responsabilidade que o destino me impôs de sucedê-lo na regência da cátedra de processo penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Definida, assim, a posição do anteprojeto em relação à justa causa — que a considera uma das condições da ação penal —, cabe agora, sem maiores delongas e antes de finalizar esta exposição, que se defina o instituto, afastado-se daqui para diante qualquer equívoco na sua utilização nos meios forenses.

Com isso, e tendo como palco o Instituto dos

Advogados Brasileiros, estaremos resgatando uma dívida sesquicentenária para com a expressão *justa causa*, que é 'coisa nossa', pois inexiste similar na literatura estrangeira — a de situá-la adequadamente como condição da ação penal e, principalmente, de estabelecer as bases científicas para a sua conceituação.

IV — Conceito de justa causa

Peço vênia, portanto, para registrar aqui parte de um estudo que há algum tempo elaborei a propósito do conceito de justa causa no processo penal:

"O direito de petição é uma garantia tradicionalmente assegurada no direito constitucional brasileiro, e, particularmente, no 'Capítulo dos direitos e garantias individuais' da atual *Constituição da República*¹. Do gênero — direito constitucional de petição — decorre a espécie², isto é, o direito à provocação jurisdicional³, donde resulta, especificamente, o direito de ação penal⁴.

Representa o direito de petição a forma mais ampla e democrática dos cidadãos, em geral, reivindicarem providências do Estado-Administração; ao passo que o direito de ação penal é o modo pelo qual determinadas pessoas (apenas as legítimas e dotadas de capacidade para serem partes) podem bater à porta do Estado-Jurisdição em busca do concreto enquadramento de uma hipótese delitiva a um tipo penal.

Como se vê, derivam daí duas situações jurídicas distintas: enquanto no direito de petição o postulante pede um benefício para si ou para outrem, no direito de ação penal o seu autor requer um malefício para outrem, ou seja, uma condenação para o acusado⁵. Configura-se, nesta última, um conflito de interesses entre o *jus consequendi* do acusador e o *status libertatis* do acusado, que só pode ser desatado em definitivo pela prestação jurisdicional, através do devido processo legal.

Se, de um lado, o direito de petição é amplo e ilimitado, de outro, o direito de ação penal é, e deve ser, restrito e condicionado. Por isso, e a fim de afastar abuso de direito e/ou de prevenir lesão à liberdade individual, só se admite o exercício do direito de ação penal se se fizerem presentes requisitos gerais⁶, especiais⁷ e formais⁸, traduzidos nas chamadas condições da ação penal.

Assim, entre as condições gerais destaca-se a justa causa, não só como condição primeira da ação penal, mas, sobretudo, como base fundamental do legítimo exercício desse direito. É preciso conhecer, porém, que a idéia decorrente dessa expressão — justa causa — tem assumido entre nós significado

múltiplo, como se verifica nos diversos ramos da ciência do direito, ou seja, no direito civil e no processo civil; no direito do trabalho e no processo trabalhista; no direito penal e no processo penal.

Em que pese essa constatação, somada a divergências doutrinárias⁹, já é tempo de enfrentar e de superar o problema, tentando precisar exatamente o conceito de justa causa no processo penal, a fim de se distribuir justiça como Valor¹⁰ e de se prevenir injustiças como negação do direito.

A elaboração desse conceito, todavia, só será viável se estiver alicerçada em dois pilares: a) na prova indutiva da ocorrência de um fato hipoteticamente delituoso; e b) na prova ou indícios, da autoria desse fato. Na verdade, é nisso que consiste o fundamento razoável¹¹ para se ação o *jus actio-nis* sem arranhar o princípio da presunção de inocência¹² no seu aspecto formal.

E este fundamento razoável, sem o qual in-existe justa causa para a instauração do processo penal, advém da fase preparatória da ação penal, a qual é integrada pelo inquérito policial ou por elementos de informação que, necessariamente, devem acompanhar a denúncia ou a queixa, a fim de servir de base à acusação¹³. Por isso, o exame para se constatar a presença ou a ausência de justa causa na ação penal há de recuar nas provas que constituem esta fase pré-processual¹⁴.

Assim sendo, é plenamente justificável, em processo de *habeas corpus*, o reexame 'dos elementos que serviram de base à acusação para apurar-se se existe justa causa para a ação penal'¹⁵. Como se vê, justa causa é essencialmente uma questão de prova, restrita, aliás, à existência de fato delituoso e aos indícios de sua autoria, cujos marcos irão delimitar o objeto do *habeas corpus*, impetrado com fundamento no art. 648, inciso I, do *Código de processo penal* — CCP¹⁶.

Eis porque não se pode recomendar o entendimento jurisprudencial de que 'estando descrito, na denúncia, fato criminoso, em tese, há justa causa para ação penal'¹⁷ pois tal narrativa, mesmo configurando uma infração penal, pode resultar 'de pura criação mental da acusação'¹⁸. Ademais, a noção de justa causa não se retira dos elementos formais da peça inicial acusatória, mas da base que a institui, isto é, da prova que espelha a idoneidade da imputação.

Sem isso, estaremos diante de denúncias vazias, por serem destituídas de qualquer fundamento jurídico¹¹, as quais representam não só uma ameaça ilegítima à liberdade dos cidadãos, mas também um desrespeito aos seus direitos fundamentais, especialmente o da presunção de inocência¹², que, no estado de direito, somente pode ser quebrado nu-

ma destas duas únicas circunstâncias: se existir justa causa para o processo (aspecto formal) ou se houver trânsito em julgado da sentença condenatória (aspecto material). No primeiro caso, admite-se que alguém suporte os inconvenientes de um processo jurisdicional; no segundo, a presunção não é mais de inocência e sim de culpabilidade¹⁹.

Pelas mesmas razões, não se pode conceder validade jurídica²⁰ a preceito legal que, direta ou indiretamente, dispensa a prova da existência de fato delituoso e, pelo menos, de indícios de sua autoria, como acontece, entre outros diplomas²¹, com o conteúdo do artigo 513 do *Código de processo penal*, o qual cuida fundamentalmente da liberdade do homem; tal situação, porém, não se faz presente no processo civil, que trata de coisas em geral. Neste último ramo, embora não tenha sido batizada de justa causa, a existência desta prova já tem tradição jurídica, uma vez que com esse sentido figura na respectiva legislação há mais de três décadas²².

As normas do direito comparado²³, conjugadas com os elementos já referidos, também fornecem preciosos subsídios para a elaboração conceitual que submeto à apreciação crítica do mundo jurídico: *justa causa*, como condição primeira para o exercício da ação penal, consiste na prova da existência de uma hipótese delitiva e, pelo menos, em indícios de sua autoria." ("Falta de justa causa no procedimento penal por crimes de responsabilidade dos funcionários públicos" — Comunicação apresentada no VIIº Encontro de COSJUB, realizado em Vitória(ES), de 8 a 13 de agosto de 1982).

Notas

1. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 153, § 30.

2. LACERDA, Galeno. Ensaio de uma teoria eclética da ação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. (1): 90, 1958.

3. CORRÊA, Plínio de Oliveira. *A provocação jurisdicional*. s.l., Edições UFRGS, 1978.

4. *Código penal*, arts. 102 a 107. *Código de processo penal*, arts. 24 a 62.

5. A condenação do acusado traduz-se na aplicação das seguintes penalidades: a) pena privativa da liberdade (de reclusão ou de detenção); b) pena de multa; c) penas acessórias (perda de função pública, eleitoral ou de nomeação; interdições de direitos; publicação da sentença); d) medidas de segurança (pressuponho a periculosidade do agente).

6. *Condições gerais*: a) justa causa; b) legitimidade e capacidade para ser parte; c) possibilidade jurídica da imputação (e do consequente pedido e da sanção); d) interesse relevante.

7. *Condições especiais*: a) representação (do ofendido, governamental ou diplomática, conforme o caso); b) licença parlamentar; c) *impeachment* do presidente da República e do(s) governador(es) do(s) estado(s) federado(s); d) declaração de falência nos crimes falimentares; e) notificação da empresa permissionária ou concessionárias nos crimes de imprensa, praticados através de radiodifusão; f) entrada do agente no território nacional...

nária ou concessionárias nos crimes de imprensa, praticados através de radiodifusão; f) entrada do agente no território nacional...

8. *Condições formais*: a) introdução (juiz a quem é dirigida, nomes das partes e sua qualificação, bem como a espécie ou natureza da ação); b) narração (exposição do fato delituoso com todas as suas circunstâncias); c) tipificação ou classificação legal; d) petitório (pedido de recebimento da inicial, de citação do acusado e de sua condenação, além de outras especificações, como pedido de prisão preventiva, diligências, etc.); e) complementos (rol de testemunhas e os termos finais de praxe, como pedido de deferimento, data, local e assinatura do titular do direito de ação).

9. Armando Pereira da Câmara *apud CORRÊA*, Plínio de Oliveira. *A provocação jurisdicional*. Edições UFRGS, 1978. p.13.

10. FOWLER, Fernando (*Revista do Ministério Pùblico do Paraná*, 7: 81 e ss.; BREDA, Antônio Acir (*Revista de Direito Penal*, 11/12: 52 e ss.); TOURINHO, Filho (*Processo penal*, s.l., v.4, p.418, 1979); CRUZ, José Raimundo Gomes da (*Revista Forense*, 226: 404 e ss.); ROSA, Inocêncio Borges da (*Processo penal brasileiro*, v. 4, p.191); TORNAGHI, Hélio Bastos (*Anteprojeto de Código de processo penal*, art.23, letras a e b); MARQUES, José Frederico (*Elementos de direito processual penal*. São Paulo, Forense, 1965, v.4, p.389); Anteprojeto do *Código de processo penal*, do qual resultaram os projetos de lei nº's 633/75 e 1268/79 (arts. 8º, § único, 235, 256 e 258, deste último).

11. Arts. 9º, § único e 234, do Anteprojeto do *Código de processo penal*, cuja publicação foi oficialmente determinada pelo senhor ministro da Justiça (portaria ministerial nº 320/81).

12. *Declaração de direitos do homem e do cidadão francês*. art. 9º; *Declaração americana dos direitos e deveres do homem*, cap. 1, art. 26; *Convenção do Conselho da Europa* (convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais), art. 6º n° 2; *Declaração universal dos direitos do homem*, art. 11, nº 1; *Constituição da República Italiana*, art. 27; *Constituição portuguesa*, art. 32, § 2º.

13. *Código do processo penal*. arts. 11, 12, 27, e 46, § 1º.

14. O procedimento ordinário ou comum comprehende seis fases, normalmente: pré-processual ou preparatória, postulatória, instrutória ou probatória, decisória, recursal e executória.

15. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Habeas corpus* nº 54.075. *Revista dos Tribunais*, 268: 83; Tribunal de Alçada do RS. *Julgados, habeas corpus* nº 1769, v. 10, p.5.

16. O mesmo princípio é consagrado no artigo 467, letra c, do *Código de processo penal militar*. Esta regra já era observada pelo Superior Tribunal Militar como se constata no julgamento do *habeas corpus* nº 27.660.

17. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS*, 50: 17.

18. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 32.208. *Revista Forense* 150: 393.

19. CORRÊA, Plínio de Oliveira. *Autoridade competente para ordenar a prisão no direito brasileiro*. Edições UFRGS, 1981.

20. ABREU, João Leitão de, *A validade da ordem jurídica*. 1964.

21. Lei nº 1.079/50. arts. 16, 43 e 76.

22. *Código de processo civil de 1939*, art. 159; *Código de processo civil de 1973*, art. 283.

23. *Código de processo penal português*, art. 345; decreto-lei português nº 35.007/45, arts. 12 e 26; *Código federal de procedimentos penais do México*, art. 1º, inciso II, art. 2º, inciso III; art. 136, inciso IV; art. 137, inciso II; e art. 168; *Código de procedimentos penais para o Distrito Federal do México*, art. 3º, incisos I, II e V, e artigos 5º e 6º.

Exposição de motivos n.º 211

Código penal

Ex.º Sr. Presidente da República,

1. Datam de mais de vinte anos as tentativas de elaboração do novo *Código penal*. Por incumbência do governo federal, já em 1963 o professor Nélson Hungria apresentava o anteprojeto de sua autoria, ligando-se, pela segunda vez, à reforma de nossa legislação penal.

2. Submetido ao ciclo de conferências e debates do Instituto Latino-Americano de Criminologia, realizado em São Paulo, e a estudos promovidos pela Ordem dos Advogados do Brasil e Faculdades de Direito, foi objeto de numerosas propostas de alteração, distinguindo-se o debate pela amplitude das contribuições oferecidas. Um ano depois, designou o então ministro Milton Campos a comissão revisora do anteprojeto, composta dos professores Nélson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. A comissão incorporou ao texto numerosas sugestões, reelaborando-o em sua quase inteireza, mas a conclusão não chegou a ser divulgada. A reforma foi retomada pelo ministro Luiz Antônio da Gama e Silva, que em face do longo e eficiente trabalho de elaboração já realizado submeteu o anteprojeto a revisão final, por comissão composta dos professores Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D'Aquino. Nessa última revisão punha-se em relevo a necessidade de compatibilizar o anteprojeto do *Código penal* com o do *Código penal militar*, também em elaboração. Finalmente, a 21 de outubro de 1969, o ministro Luiz Antônio da Gama e Silva encaminhou aos ministros militares, então no exercício da chefia do Poder Executivo, o texto do Projeto de *Código penal*, convertido em lei pelo decreto-lei n.º 1.004, da mesma data. Segundo o artigo 407, entraria o novo *Código penal* em vigor no dia 1º de janeiro de 1970.

3. No governo do presidente Emílio Médici, o ministro Alfredo Buzaid anuiu à conveniência de entrarem simultaneamente em vigor o *Código penal*, o *Código de processo penal* e a Lei de Execução Penal, como pressuposto de eficácia da justiça criminal. Ao *Código penal*, já editado, juntar-se-iam os dois outros diplomas, cujos anteprojetos se encontravam em elaboração. Era a reforma do sistema penal brasileiro, pela modernização de suas leis constitutivas, que no interesse da segurança dos cidadãos e da estabilidade dos direitos então se intentava. Essa a razão das leis proteladoras da vigência do *Código penal*, dali por diante editadas. A partir da lei n.º 5.573, de 1º de dezembro de 1969, que remeteu para 1º de agosto de 1970 o início da vigência em apreço, seis diplomas legais, uns inovadores, outros protelatórios foram impelindo para diante a entrada em vigor do *Código penal de 1969*.

4. Processara-se, entretanto, salutar renovação das leis penais e processuais vigentes. Enquanto adiada a entrada em vigor do *Código penal de 1969*, o governo do presidente Ernesto Geisel, sendo ministro da Justiça o Dr. Armando Falcão, encaminhou ao Congresso Nacional o projeto de lei n.º 2, de 22 de fevereiro de 1977, destinado a alterar dispositivos do *Código penal de 1940*, do *Código de processo penal* e da Lei das Contravenções Penais. Coincidiam as alterações propostas, em parte relevante, com as recomendações da comissão parlamentar de inquérito instituída em 1975 na Câmara dos Deputados, referentes à administração da justiça criminal e à urgente reavaliação dos critérios de aplicação e execução da pena privativa da liberdade. Adaptado à positiva e ampla contribuição do Congresso Nacional, o projeto transformou-se na lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, responsável pelo ajustamento de importantes setores da execução pe-

nal à realidade social contemporânea. Foram tais as soluções por ela adotadas que pela mensagem nº 78, de 30 de agosto de 1978, o presidente Ernesto Geisel, sendo ainda ministro da Justiça o Dr. Armando Falcão, encaminhou ao Congresso Nacional o projeto de lei que revogava o *Código penal de 1969*. Apoiava-se a mensagem, entre razões outras, no fato de que o *Código penal de 1940*, nas passagens reformuladas, se tornara "mais atualizado do que o vacante". O projeto foi transformado na lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, que revogou o *Código penal* e as leis nºs 6.016, de 31 de dezembro de 1973, e 6.063, de 27 de junho de 1974, que haviam parcialmente modificado.

5. Apesar desses inegáveis aperfeiçoamentos, a legislação penal continua inadequada às exigências da sociedade brasileira. A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, a constância da medida repressiva como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime, ainda os mesmos concebidos pelos juristas na primeira metade do século.

6. Essa, em síntese, a razão pela qual instituí no Ministério da Justiça comissões de juristas incumbidas de estudar a legislação penal e de conceber as reformas necessárias. Do longo e dedicado trabalho dos componentes dessas comissões resultaram três anteprojetos: o da Parte Geral do *Código penal*, o do *Código de processo penal* e o da Lei de Execução Penal. Foram todos amplamente divulgados e debatidos em simpósios e congressos. Para analisar as críticas e sugestões oferecidas por especialistas e instituições, constituiu as comissões revisoras, que reexaminaram os referidos anteprojetos e neles introduziram as alterações julgadas convenientes. Desse abrangente e patriótico trabalho participaram, na fase de elaboração, os professores Francisco de Assis Toledo, presidente da comissão, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti, na segunda fase, destinada à revisão dos textos e incorporação do material resultante dos debates, os professores Francisco de Assis Toledo, coordenador da comissão, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior.

7. Deliberamos remeter a fase posterior a reforma da Parte Especial do *Código*, quando serão debatidas questões polêmicas, algumas de natureza moral e religiosa. Muitas das concepções que moldaram o elenco de delitos modificaram-se ao longo do tempo, alterando os padrões de conduta, o

que importará em possível descriminalização. Por outro lado, o avanço científico e tecnológico impõe a inserção, na esfera punitiva, de condutas lesivas ao interesse social, como versões novas da atividade econômica e financeira ou de atividades predatórias da natureza.

8. A precedência dada à reforma da Parte Geral do *Código*, à semelhança do que se tem feito em outros países, antecipa a adoção de nova política criminal e possibilita a implementação das reformas do sistema sem suscitar questões de ordem prática.

Da aplicação da lei penal

9. Na aplicação da lei penal no tempo, o projeto permanece fiel ao critério da lei mais benigna. Amplia, porém, as hipóteses contempladas na legislação vigente, para abranger a garantia assegurada no artigo 153, § 16, da *Constituição da República*. Resguarda-se, assim, a aplicação da *lex mitior* de qualquer caráter restritivo, no tocante ao crime e à pena.

10. Define o projeto, nos artigos 4º e 6º, respectivamente, o tempo e o lugar do crime, absorvendo, no caso, a contribuição do *Código de 1969*, consagrada na doutrina.

11. Na aplicação da lei penal no espaço, o projeto torna mais precisas as disposições, de forma a suprir, em função dos casos ocorrentes, as omissões do *Código de 1940*.

Do crime

12. Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e consequentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pôs-se, portanto, em relevo, a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nulum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de praticar o ato ou abster-se de fazê-lo.

13. No artigo 13, § 2º, cuida o projeto dos destinatários, em concreto, das normas preceptivas, subordinadas à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identificação dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas. Fica dirimida a dúvida relativa à superveniência de causa independente, com a inclu-

são, no texto do § 1º do artigo 13, da palavra relativamente. "Se a causa *superveniens*", destaca Nelson Hungria, "se incumbe sozinha do resultado, e não tem ligação alguma, nem mesmo ideológica, com a ação ou omissão, esta passa a ser, no tocante ao resultado, uma 'não-causa.' (Comentários, V. I, tomo II, 5 ed., 1978, p. 76).

14. Foram mantidos, nos artigos 14, 15, 17 e 18, as mesmas regras do Código atual, constantes, respectivamente, dos artigos 12, 13, 14 e 15, relativas aos conceitos de crime consumado e tentado, de desistência voluntária e arrependimento eficaz, de crime impossível, de dolo e culpa *stricto sensu*.

15. O projeto mantém a obrigatoriedade de redução de pena, na tentativa (artigo 14, parágrafo único), e cria a figura do arrependimento posterior à consumação do crime como causa igualmente obrigatória de redução de pena. Essa inovação constitui providência de política criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos "sem violência ou grave ameaça à pessoa".

16. Retoma o projeto, no artigo 19, o princípio da culpabilidade, nos denominados crimes qualificados pelo resultado, que o Código vigente submeteu a injustificada responsabilidade objetiva. A regra se estende a todas as causas de aumento situadas no desdobramento causal da ação.

17. É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o projeto, nos artigos 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemanha: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do artigo 21), mantendo-se no tocante às descriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominação 'teoria limitada da culpabilidade'. (Culpabilidade e a problemática do erro jurídico penal, de Francisco de Assis Toledo, in *Revista Tribunais* 517/251).

18. O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o projeto. Aboliu-se a medida de segurança para o imputável. Diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas. Admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude. Eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente nos denominados crimes qualificados pelo resultado.

19. Repete o projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas 'descriminantes

putativas'. Ajusta-se, assim, o projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite-se nessa área a figura culposa (artigo 17, § 1º).

20. Executando o acerto da redação do artigo 22, no qual se substitui a palavra 'crime' por 'fato', mantêm-se os preceitos concernentes ao erro determinado por terceiro, ao erro sobre a pessoa, à coação irresistível e à obediência hierárquica.

21. Permanecem as mesmas, e com o tratamento que lhes deu o Código vigente, as causas de exclusão da ilicitude. A inovação está contida no artigo 23, que estende o excesso punível, antes restrito à legítima defesa, a todas as causas de justificação.

Da imputabilidade penal

22. Além das correções terminológicas necessárias, prevê o projeto, no parágrafo único, *in fine*, do artigo 26, o sistema vicariante para o semi-imputável, como consequência lógica da extinção da medida de segurança para o imputável. Nos casos fronteiriços em que predominar o quadro mórbido, optará o juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida. Adotada, porém, a medida de segurança, dela se extrairão todas as consequências, passando o agente à condição de inimputável e, portanto, submetido às regras do título VI, onde se situa o artigo 98, objeto da remissão contida no mencionado parágrafo único do artigo 26.

23. Manteve o projeto a inimputabilidade penal ao menor de dezoito anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de política criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de dezoito anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.

24. Permanecem íntegros, tal como redigidos no Código vigente, os preceitos sobre paixão, emoção e embriaguez. As correções terminológicas introduzidas não lhes alteram o sentido e o alcance e se destinam a conjugá-los com disposições outras, do novo texto.

Do concurso de pessoas

25. Ao reformular o título IV, adotou-se a denominação "Do concurso de pessoas", decreto mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concurrentum*. O *Código de 1940* rompeu a tradição originária do *Código criminal do Império*, e adotou nesse particular a teoria unitária ou monística do *Código italiano*, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de motivos do ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curvase contudo o projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.

Das penas

26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Essa filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

27. As críticas que em todos os países se têm feito à pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal freqüentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinqüentes habituais e multi-reincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.

28. Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma 'procura mundial' de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade.

29. Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diver-

sas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o projeto novo elenco de penas. Fê-lo contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nessa área. Por essa razão, o projeto situa as novas penas na faixa ora reservada ao instituto da suspensão condicional da pena, com significativa ampliação para os crimes culposos. Aprovada a experiência, fácil será no futuro estendê-la a novas hipóteses, por via de pequenas modificações no texto. Nenhum prejuízo, porém, advirá da inovação introduzida, já que o instituto da suspensão condicional da pena, tal como vem sendo aplicado com base no *Código de 1940*, é um quasi-nada jurídico.

30. Estabeleceram-se com precisão os regimes de cumprimento da pena privativa da liberdade: o fechado, consistente na execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semi-aberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e finalmente o aberto, que consagra a prisão-albergue, cuja execução deverá processar-se em casa de albergado ou instituição adequada.

31. Institui-se, no regime fechado, a obrigatoriedade do exame criminológico para seleção dos condenados conforme o grau de emendabilidade e consequente individualização do tratamento penal.

32. O trabalho, amparado pela Previdência Social, será obrigatório em todos os regimes e se desenvolverá segundo as aptidões ou ofício anterior do preso, nos termos das exigências estabelecidas.

33. O cumprimento da pena superior a oito anos será obrigatoriamente iniciado em regime fechado. Abrem-se, contudo, para condenados a penas situadas aquém desse limite, possibilidades de cumprimento em condições menos severas, atentas as condições personalíssimas do agente e a natureza do crime cometido. Assim, o condenado a pena entre quatro e oito anos poderá iniciar o seu cumprimento em regime semi-aberto. Ao condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando primário, poderá ser concedido, *ab initio*, o regime aberto, na forma do artigo 33, § 3º, se militarem em seu favor os requisitos do artigo 59.

34. A opção pelo regime inicial da execução cabe, pois, ao juiz da sentença, que o estabelecerá no momento da fixação da pena, de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 59, relativos à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, bem como aos motivos e circunstâncias do crime.

35. A decisão será, no entanto, provisória, já que poderá ser revista no curso da execução. A fim de humanizar a pena privativa da liberdade, adota-

o projeto o sistema progressivo de cumprimento da pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o projeto a outorga progressiva de parcelas da liberdade suprimida.

36. Mas a regressão do regime inicialmente manos severo para outro de maior restrição é igualmente contemplada, se a impuser a conduta do condenado.

37. Sob essa ótica, a progressiva conquista da liberdade pelo mérito substitui o tempo de prisão como condicionante exclusiva da devolução da liberdade.

38. Reorientada a resposta penal nessa nova direção — a da qualidade da pena em interação com a quantidade — esta será tanto mais justificável quanto mais apropriadamente ataque às causas de futura delinquência. Promove-se, assim, a sentença judicial a ato de prognose, direcionada no sentido de uma presumida adaptabilidade social.

39. O projeto limita-se a estabelecer as causas que justificam a regressão do regime aberto (artigo 36, § 2º), remetendo a regulamentação das demais hipóteses à Lei de Execução Penal.

40. Adota o projeto as penas restritivas de direitos, substitutivas da pena de prisão, consistentes em prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana, fixando o texto os requisitos e critérios norteadores da substituição.

41. Para dotar de força coativa o cumprimento da pena restritiva de direitos, previu-se a conversão dessa modalidade de sanção em privativa da liberdade, pelo tempo da pena aplicada, se injustificadamente descumprida a restrição imposta. A conversão, doutra parte, far-se-á se ocorrer condenação por outro crime à pena privativa da liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

42. Essas penas privativas de direitos, em sua tríplice concepção, aplicam-se aos delitos dolosos cuja pena, concretamente aplicada, seja inferior a um ano e aos delitos culposos de modo geral, resguardando-se em ambas as hipóteses o prudente arbítrio do juiz. São a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime, que darão a medida de conveniência da substituição.

43. O projeto revaloriza a pena de multa, cuja força retributiva se tornou ineficaz no Brasil, dada a desvalorização das quantias estabelecidas na legislação em vigor, adotando-se, por essa razão, o cri-

tério do dia-multa, nos parâmetros estabelecidos, sujeito a correção monetária no ato da execução.

44. Prevê o projeto o pagamento em parcelas mensais, bem como o desconto no vencimento ou salário do condenado, desde que não incida sobre os recursos necessários ao seu sustento e ao de sua família.

45. A multa será convertida em detenção quando o condenado, podendo, deixa de pagá-la ou frustra a execução. A cada dia-multa corresponde um dia de detenção. A conversão, contudo, não poderá exceder a um ano.

46. As condenações inferiores a seis meses poderão ser substituídas por penas de multa, se o condenado não for reincidente e se a substituição constituir medida eficiente (artigo 60, § 2º).

Da combinação das penas

47. Tornou-se necessária a inserção de capítulo específico, pertinente à combinação das penas substitutivas, já que o mecanismo da substituição não poderia situar-se repetitivamente em cada modalidade de delito.

48. Os preceitos contidos nos artigos 53 e 58 disciplinam os casos em que a combinação está na figura típica legal, nos moldes tradicionais. Nos casos de penas restritivas de direitos (artigos 54 e 57) e de multa substitutiva (parágrafo único do artigo 58), adotou-se a técnica de instituir a comissão no próprio capítulo.

Da aplicação da pena

49. Sob a mesma fundamentação doutrinária do Código vigente, o projeto busca assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e preciso. Transcede-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao *arbitrium iudicis* variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo de sanção a ser aplicada.

50. As diretrizes para a fixação da pena estão relacionadas no artigo 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. Preferiu o projeto a expressão ‘culpabilidade’ em lugar de ‘intensidade do dolo ou grau da culpa’, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido muitas vezes em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco reca-

to da vítima nos crimes contra os costumes. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para 'reprovação e prevenção do crime'. Nesse conceito define-se a política criminal preconizada no projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas consequências. Assinale-se, ainda, outro importante acréscimo: cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório, em função do exame criminológico.

51. Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do *Código penal*, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o *quantum* da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude da garantia constitucional da ampla defesa.

52. Duas diferenças alteram o rol das circunstâncias agravantes prescritas na legislação em vigor: cancelou-se a rendundante referência a 'asfixia', de caráter meramente exemplificativo, já que é tida por insidiosa ou cruel essa espécie de meio, na execução do delito; deu-se melhor redação ao disposto no artigo 44, II, c, ora assim enunciado no artigo 61, II, e: 'em estado de embriaguez preordenada'.

53. O projeto dedicou atenção ao agente que no concurso de pessoas desenvolve papel saliente. No artigo 62 reproduz-se o texto do *Código* atual, acrescentando-se, porém, como agravante a ação de induzir outrem à execução material do crime. Estabelece-se, assim, paralelismo com os elementos do tipo de artigo 122 (induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio).

54. A lei nº 6.416, de 1977, alterou a disciplina da reincidência, limitando no tempo os efeitos da condenação anterior, a fim de não estigmatizar para sempre o condenado. A partir desse diploma legal deixou de prevalecer a condenação anterior, para efeito de reincidência, se decorrido período superior

a cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a da infração posterior. A redação do texto conduziu a situações injustas: o réu que tenha indeferida a suspensão da condicional tem em seu favor a prescrição da reincidência, antes de outro, beneficiado pela suspensão. A distorção importa em que a pena menos grave produz, no caso, efeitos mais graves. Daí a redação dada ao artigo 64, I, mandando computar o "período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não houver revogação".

55. As circunstâncias atenuantes sofreram alterações. Tornou-se expresso, para evitar polêmicas, que a atenuante de menoridade será aferida na data do fato; a da velhice, na data da sentença. Incluiu-se no elenco o 'desconhecimento da lei' em evidente paralelismo com o disposto no artigo 21. A *ignorância legis* continua inescusável no projeto, mas atenua a pena. Incluiu-se, ainda, na letra c, a hipótese de quem age em cumprimento de ordem superior. Não se justifica que o autor de crime cometido sob coação resistível seja beneficiado com atenuante e não ocorra o mesmo quando a prática do delito ocorre 'em cumprimento de ordem superior'. Se a coação irresistível e a obediência hierárquica recebem, como dirimenter, idêntico tratamento, a mesma equiparação devem ter a coação e a obediência, quando descaracterizadas em meras atenuantes. Beneficia-se, como estímulo à verdade processual, o agente que confessa espontaneamente perante a autoridade a autoria do crime, sem a exigência, em vigor, de ser a autoria 'ignorada ou imputada a outrem'. Instituiu-se, finalmente, no artigo 66, circunstância atenuante genérica e facultativa, que permitirá ao juiz considerar circunstância relevante, ocorrida antes, durante ou após o crime, para a fixação da pena.

56. Foram mantidos os conceitos de concurso material e concurso formal, ajustados ao novo elenco de penas.

57. A inovação contida no parágrafo único do artigo 70 visa a tornar explícito que a regra do concurso formal não poderá acarretar punição superior à que, nas mesmas circunstâncias, seria cabível pela aplicação do cúmulo material. Impede-se, assim, que numa hipótese de *aberratio ictus* (homicídio doloso mais lesões culposas), se aplique ao agente pena mais severa, em razão do concurso formal, do que a aplicável, no mesmo exemplo, pelo concurso material. Quem comete mais de um crime, com uma única ação, não pode sofrer pena mais grave do que a imposta ao agente que, reiteradamente, com mais de uma ação, comete os mesmos crimes.

58. Mantém-se a definição atual de crime continuado. Expressiva inovação foi introduzida, con-

tudo, no parágrafo único do artigo 71, *in verbis*: "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 dos artigos 70, parágrafo único, e 75".

59. O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delinquente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais. De resto, com a extinção no projeto da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema, destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A política criminal atua, nesse passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dadas de acentuada periculosidade.

60. Manteve-se na exata conceituação atual o erro na execução — *aberratio ictus* —, relativo ao objeto material do delito, sendo único o objetivo jurídico, bem como o tratamento do resultado diverso do pretendido — *aberratio delicti*.

61. O projeto baliza a duração máxima das penas privativas da liberdade, tendo em vista o disposto no artigo 153, § 11, da *Constituição*, que veda a prisão perpétua. As penas devem ser limitadas para alimentarem no condenado a esperança da liberdade e a aceitação da disciplina, pressupostos essenciais da eficácia do tratamento penal. Restringiu-se, pois, no artigo 75, a duração das penas privativas da liberdade a trinta anos, criando-se, porém, mecanismo desestimulador do crime, uma vez alcançado esse limite. Caso contrário, o condenado à pena máxima pode ser induzido a outras infrações, no presídio, pela consciência da impunidade, como atualmente ocorre. Daí a regra de interpretação contida no artigo 75, § 2º: "sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, computando-se, para esse fim, o tempo restante da pena anteriormente estabelecida".

Da suspensão condicional

62. O instituto da suspensão condicional da pena foi mantido no projeto com as adaptações impostas pelas modalidades de penas e a sistemática a que estão sujeitas. Tal como no *Código penal* vigente, a execução da pena privativa da liberdade não superior a dois anos poderá ser suspensa, se o condenado não for reincidente em crime doloso e se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime, indicarem ser necessária e suficiente a concessão do benefício.

63. Conquanto se exija que o condenado não seja reincidente, a condenação anterior a pena de multa não obsta a concessão do benefício, ficando assim adotada a orientação da súmula 499 do Supremo Tribunal Federal. É óbvio, por outro lado, que a condenação anterior não impede a suspensão, se entre a data do cumprimento da pena e a infração posterior houver decorrido tempo superior a cinco anos. Entendeu-se dispensável o projeto reportar-se à regra geral sobre a temporariedade da reincidência, em cada norma que a ela se refira, por tê-la como implícita e inafastável.

64. Reduziu-se o limite máximo do período de prova, a fim de ajustá-lo à prática judiciária. Toda-via, para que o instituto não se transforme em garantia de impunidade, instituíram-se condições mais eficazes, quer pela sua natureza, quer pela possibilidade de fiscalização mais efetiva de sua observância, até mesmo com a participação da comunidade.

65. Tais condições transformam a suspensão condicional em solução mais severa do que as penas restritivas de direitos, criando-se para o juiz mais essa alternativa à pena privativa da liberdade não superior a dois anos. Os condenados ficam sujeitos a regime de prova mais exigente, pois além das condições até agora impostas deverão cumprir, ainda, as de prestação de serviços à comunidade ou de limitação de fim de semana, bem como condições outras, especificadas na sentença, "adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado" (artigos 46, 48, 78, § 1º e 79).

66. Orientado no sentido de assegurar a individualização da pena, o projeto prevê a modalidade de suspensão especial, na qual o condenado não fica sujeito à prestação de serviço à comunidade ou à limitação de fim de semana. Neste caso o condenado, além de não reincidente em crime doloso, há de ter reparado o dano, se podia fazê-lo; ainda assim, o benefício somente será concedido se as circunstâncias do artigo 59 lhe forem inteiramente favoráveis, isto é, se mínima a culpabilidade, irretocáveis os antecedentes e de boa índole a personalidade,

bem como relevantes os motivos e favoráveis as circunstâncias.

67. Em qualquer das espécies de suspensão, reserva-se ao juiz a faculdade de especificar outras condições, além das expressamente previstas, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado (artigo 79), com as cautelas anteriormente mencionadas.

68. A suspensão da execução da pena é condicional. Como na legislação em vigor, pode ser obrigatória ou facultativamente revogada. É obrigatória a revogação quando o beneficiário é condenado em sentença definitiva, por crime doloso, no período da prova ou em qualquer das hipóteses previstas nos incisos II e III do artigo 81. É facultativa quando descumpriada a condição imposta ou sobrevier condenação por crime culposo.

69. Introduzidas no projeto as penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, tornou-se mister referência expressa ao seu descumprimento como causa de revogação obrigatória (artigo 81, III). Esta se opera à falta de reparação do dano, sem motivo justificado e em face de expediente que frustra a execução da pena de multa (artigo 81, II). A revogação é facultativa se o beneficiário descumprir condição imposta ou é irrecorribelmente condenado, seja por contravenção, seja a pena privativa da liberdade ou restritiva de direito em razão de crime culposo.

70. Adotando melhor técnica, o projeto reúne sob a rubrica "Prorrogação do período de prova" as normas dos parágrafos 2º e 3º do artigo 59 do Código vigente, pertinentes à prorrogação de prazo. O § 2º considera prorrogado o prazo 'até o julgamento definitivo', se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou por contravenção; o § 3º mantém a regra segundo a qual, "quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado".

71. Finalmente, expirado o prazo de prova sem que se verifique a revogação, considera-se extinta a pena privativa da liberdade.

Do livramento condicional

72. O projeto dá novo sentido à execução das penas privativas da liberdade. A ineficácia dos métodos atuais de onfínamento absoluto e prolongado, fartamente demonstrada pela experiência, conduziu o projeto à ampliação do *arbitrium iudicis*, no tocante à concessão do livramento condicional. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa da liberdade igual ou superior a dois anos, desde que cumprido mais de um

terço da pena, se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes (artigo 83, I); pode ainda concedê-la se o condenado for reincidente em crime doloso, cumprida mais da metade da pena (artigo 83, II). Ao reduzir, porém, os prazos mínimos de concessão do benefício, o projeto exige do condenado, além dos requisitos já estabelecidos — quantidade da pena aplicada, reincidência, antecedentes e tempo de pena cumprida —, a comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto, bem como a reparação do dano, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo (artigo 83, III e IV).

73. Tratando-se, no entanto, de condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará subordinada não só às condições dos mencionados incisos I, II, III e IV do artigo 83, mas, ainda, à verificação, em perícia, da superação das condições e circunstâncias que levaram o condenado a delinquir (parágrafo único do artigo 83).

74. A norma destina-se, obviamente, ao condenado por crime violento, como homicídio, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro em todas as suas formas, estupro, atentado violento ao pudor e outros da mesma índole. Tal exigência é mais uma consequência necessária da extinção da medida de segurança para o imputável.

75. Permite-se, como no Código em vigor, a unificação das penas para efeito do livramento (artigo 84). O juiz, ao concedê-lo, especificará na sentença as condições a cuja observância o condenado ficará sujeito.

76. Como na suspensão da pena, a revogação do livramento condicional será obrigatória ou facultativa. Quanto à revogação obrigatória (artigo 86), a inovação consiste em suprimir a condenação 'por motivo de contravenção', ficando, pois, a revogação obrigatória subordinada somente à condenação por crime cometido na vigência do benefício ou por crime anterior, observada a regra da unificação (artigo 84). A revogação será facultativa se o condenado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença ou for irrecorribelmente condenado por crime a pena que não seja privativa da liberdade ou por contravenção (artigo 87). Uma vez revogado, o livramento não poderá ser novamente concedido. Se a revogação resultar de condenação de um crime cometido anteriormente à concessão daquele benefício, será descontado na pena a ser cumprida o tempo em que esteve solto e condenado.

77. Cumprida as condições do livramento,

considera-se extinta a pena privativa da liberdade (artigo 90).

Dos efeitos da condenação

78. A novidade do projeto, nesta matéria, reside em atribuir outros efeitos à condenação, consistentes na perda do cargo, função pública ou mandato eletivo; na incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, inabilitação para dirigir veículos (artigo 92, I, II, III). Contudo, tais efeitos não são automáticos, devendo ser, motivadamente, declarados na sentença (parágrafo único do artigo 92). E que ao juiz incumbe para a declaração da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, verificar se o crime pelo qual houve a condenação foi praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública e, ainda, se a pena aplicada foi superior a quatro anos. É bem verdade que, em tais circunstâncias, a perda do cargo ou função pública pode igualmente resultar de processo administrativo instaurado contra o servidor. Aqui, porém, resguardada a separação das instâncias administrativa e judicial, a perda do cargo ou função pública independe de processo administrativo. Por outro lado, entre os efeitos da condenação, inclui-se a perda do mandato eletivo.

79. Do mesmo modo, a fim de declarar, com respeito da condenação, a incapacidade do exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, deverá o juiz verificar se o crime foi cometido, respectivamente, contra filho tutelado ou curatelado, e se foi doloso, a que se comine pena de reclusão.

80. A inabilitação para dirigir veículo, como efeito da condenação, declara-se quando o veículo tenha sido utilizado como meio para a prática de crime doloso, distinguindo-se, pois, da interdição temporária para dirigir (artigo 47, III), que se aplica aos autores de crimes culposos de trânsito. Estes usam o veículo como meio para fim ilícito, qual seja transportar-se de um ponto a outro, sobrevindo então o crime, que não era o fim do agente. Enquanto aqueles outros, cuja condenação tem como efeito a inabilitação para dirigir veículo, usam-no deliberadamente como meio para fim ilícito.

81. Note-se que todos esses efeitos da condenação serão atingidos pela reabilitação vedada, porém, a reintegração no caso, função pública ou mandato eletivo, no exercício do qual o crime tenha ocorrido, bem como vedada a volta ao exercício do pátrio poder, da tutela ou da curatela em relação ao filho, tutelado ou curatelado contra o qual o crime tenha sido cometido (parágrafo único do artigo 93).

Da reabilitação

82. A reabilitação não é causa extintiva da punibilidade e, por isso, ao invés de estar disciplinada naquele título, como no Código vigente, ganhou capítulo próprio, no título V. Trata-se de institutos que não extinguem, mas tão-somente suspendem alguns efeitos penais da sentença condenatória, visto que qualquer tempo revogada a reabilitação se restabelece o *estatu quo anti*. Diferentemente, as causas extintivas na punibilidade operam efeitos irrevogáveis, fazendo cessar definitivamente a pretensão punitiva ou a executória.

83. Segundo projeto, a reabilitação não tem, apenas, o efeito de assegurar o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação do reabilitado, mas consiste também em declaração judicial de que o condenado cumpriu a pena imposta ou esta foi extinta, e de que durante dois anos após o cumprimento ou extinção da pena teve bom comportamento e ressarciu o dano causado, ou não o fez porque não podia fazer. Tal declaração judicial reabilita o condenado, significando que ele está em plenas condições de voltar ao convívio da sociedade, sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos.

84. Reduziu-se o prazo para dois anos, tempo mais do que razoável para a aferição da capacidade de adaptação do condenado às regras de convívio social. Nesse prazo, computa-se o período de prova da suspensão condicional e do livramento, se não sobreviver revogação.

85. A reabilitação distingue-se da revisão, porque esta quando deferida pode apagar definitivamente a condenação anterior, enquanto aquela não tem esse efeito. Se o reabilitado vier a cometer um novo crime será considerado reinciente, ressalvado o disposto no artigo 64.

86. A reabilitação será revogada se o reabilitado for condenado, como reinciente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa. Portanto, duas são as condições para a revogação: primeira, que o reabilitado tenha sido condenado como reinciente por decisão definitiva e para que isso ocorra é necessário que entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior não tenha decorrido período de tempo superior a cinco anos (artigo 64); segunda, que a pena aplicada seja restritiva de direitos ou privativa da liberdade.

Das medidas de segurança

87. Extingue o projeto a medida de segurança para o imputável, institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retomam com tal método soluções clássicas. Avança-se pelo contrário, no sen-

tido da autenticidade do sistema. A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade — pena; periculosidade — medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança.

88. Para alcançar esse objetivo, sem prejuízo da repressão aos crimes mais graves, o projeto reformulou os institutos de crime continuado e do livreamento condicional, na forma de esclarecimentos anteriores.

89. Duas espécies de medidas de segurança consagra o projeto: a detentiva e a restritiva. A detentiva consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, fixando-se o prazo mínimo de internação entre um e três anos. Esse prazo tornar-se-á indeterminado, perdurando a medida enquanto não for verificada a sensação da periculosidade por perícia médica. A perícia deve efetuar-se ao término do prazo mínimo prescrito e repetir-se anualmente.

90. O projeto consagra significativa inovação ao prever a medida de segurança restritiva, consistente na sujeição do agente ao tratamento ambulatorial, cumprindo-lhe comparecer ao hospital nos dias que lhe for determinado pelo médico, a fim de ser submetido a modalidade terapêutica prescrita.

91. Correspondente a inovação às atuais tendências 'desinstitucionalização' sem o exagero de eliminar a internação. Pelo contrário, o projeto estabelece limitações descritas para hipótese de tratamento ambulatorial, apenas admitindo quando o ato praticado for previsto como crime punível com detenção.

92. A sujeição ao tratamento ambulatorial será também determinada pelo prazo mínimo de um a três anos, devendo perdurar enquanto não verificada a sensação de periculosidade.

93. O agente poderá ser transferido em qualquer fase de tratamento ambulatorial para o detentivo, consistente em internação hospitalar de custódia e tratamento psiquiátrico, se a conduta revelar a necessidade da providência para fins curativos.

94. A liberação do tratamento ambulatorial, a desinternação e a reinternação constituem hipóteses previstas nos casos em que a verificação da cura ou a persistência da periculosidade as aconselhem.

cetuadas pequenas correções de redação nos artigos 100, § II e III, 101 e 102.

Da extinção da punibilidade

96. Excluíram-se do rol das causas extintivas da punibilidade a reabilitação do resarcimento do dano no peculato culposo. A primeira porque dependendo de anterior extinção da pena, não tem a natureza de causa extintiva da punibilidade. Diz mais com certos efeitos secundários de condenação já consumada (item 82). A segunda porque, tratando-se de norma específica e restrita, já contemplada expressamente na Parte Especial artigo 312, § III, nada justifica sua inócuia repetição entre normas de caráter geral.

97. Deu-se melhor redação à hipótese de casamento da vítima com terceiro, ficando claro que essa forma excepcional de extinção depende da ocorrência concomitante de três condições: o casamento, a inexistência de violência real e a inércia da vítima por mais de sessenta dias após o casamento.

98. Incluiu-se o perdão judicial entre as causas em exame (artigo 107, IX) e explicitou-se que a sentença que o concede não será considerada para a configuração futura de reincidência (artigo 102). Afasta-se, com isso, as dúvidas que ora têm suscitado decisões contraditórias em nossos tribunais. A opção justifica-se a fim de que o perdão cabível quando expressamente previsto na Parte Especial ou em lei, não continue, como por vezes que tem entendido a produzir os efeitos de sentença condonatória.

99. Estatui o artigo 110 que, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, a prescrição regula-se pela pena aplicada, verificando-se nos prazos fixados no artigo 109, os quais são aumentados de um terço, se o condenado é reincidente. O parágrafo primeiro dispõe que a prescrição se regula pela pena aplicada, se transitada em julgado a sentença para a acusação ou improvido o recurso desta. Ainda que a norma pareça desnecessária, preferiu-se explicitá-la no texto para dirimir de vez a dúvida alusiva à prescrição pela pena aplicada, não obstante o recurso da acusação, se este não foi provido. A ausência de tal norma tem estimulado a interposição de recursos destinados a evitar tão-somente a prescrição. Manteve-se, por outro lado, a regra segundo a qual, transitada em julgado a sentença para a acusação, haja ou não recurso da defesa, a prescrição se regula pela pena concretizada na sentença.

100. Norma apropriada impede que a prescrição pela pena aplicada tenha por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia (parágrafo II, do artigo 110). A inovação introduzida no *Código pe-*

Da ação penal

95. O título ficou a salvo de modificações, ex-

nal pela lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, vem suscitando controvérsias doutrinárias. Pesou, todavia, em prol de sua manutenção o fato de que, sendo o recebimento da denúncia causa interruptiva da prescrição (artigo 117, II), uma vez interrompida esta o prazo recomeça a correr por inteiro (artigo 117, parágrafo 2º).

101. Trata-se, além disso, de prescrição pela pena aplicada, o que pressupõe, obviamente, a existência de processo e de seu termo: a sentença condenatória. Admitir, em tal caso, a prescrição da ação penal em período anterior ao recebimento da denúncia importaria em declarar a inexistência tanto do processo quanto da sentença. Mantém-se, pois, o despacho de recebimento da denúncia como causa interruptiva, estraindo-se do princípio as consequências inelutáveis.

102. O prazo de prescrição no crime continuando, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não mais terá como termo inicial a data em que cessou a continuação (*Código penal*, artigo III, letra c.).

103. Adotou o projeto, nesse passo, orientação mais liberal, em consonância com o princípio introduzido em seu artigo 119, segundo o qual, no concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá isoladamente sobre a pena de cada um. Poderá ocorrer a prescrição do primeiro crime antes da prescrição do último a ele interligado pela continua-

ção. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se nesse sentido tanto que não considera o acréscimo decorrente da continuação para cálculo do prazo prescricional (súmula 497).

104. Finalmente, nas Disposições Transitórias, cancelaram-se todos os valores de multa previstos no *Código* atual, de modo que os cálculos da pena pecuniária sejam feitos, doravante, segundo os precisos critérios estabelecidos na Parte Geral. Foram previstos, ainda, prazos e regras para a implementação paulatina das novas penas restritivas de direitos.

Conclusão

105. São essas, em resumo, as principais inovações introduzidas no anexo Projeto de Reforma Penal que tenho a honra de submeter a superior consideração de V.Exª. Estou certo de que, se adotado e transformando em lei, há de constituir importante marco na reformulação do nosso direito penal, além de caminho seguro para a modernização da nossa justiça criminal e de nossos estabelecimentos penais.

Valho-me da oportunidade para renovar a V.Exª a expressão do meu profundo respeito.

Ibrahim Abi-Ackel

Ministro da Justiça

Exposição de motivos nº 212 Código de processo penal

Exmo. Sr. Presidente da República,

1. No governo do presidente Ernesto Geisel deu-se início à edição de novo *Código de processo penal*, tendo por base o anteprojeto elaborado em 1970 pelo professor José Frederico Marques, revisado por comissão composta dos professores Benjamin Moraes Filho, José Carlos Moreira Alves e José Salgado Martins, este último substituído, em virtude de falecimento, pelo professor Hélio Bastos Tornaghi.

2. Essa comissão submeteu o anteprojeto a debates em congressos de juristas, incorporando-lhe, ao cabo de extensa e profunda revisão, crítica,

a colaboração do que havia de mais expressivo em nossa cultura jurídica, na área do direito processual penal.

3. Em 1975, o Poder Executivo remeteu o projeto ao Congresso Nacional. Na comissão especial da Câmara dos Deputados o texto foi novamente submetido ao exame de professores, magistrados, advogados e membros do ministério público, entre junho de 1975 e novembro de 1977. A mencionada comissão especial da Câmara dos Deputados foram apresentadas 784 emendas (Parecer do relator geral, deputado Geraldo Freire, *in Diário do Congresso Nacional*, Suplemento ao nº 136, de 4 de novembro de 1977), muitas das quais acolhidas pela comis-

são e aprovadas em plenário. A contribuição da Câmara dos Deputados resultou em inegável enriquecimento do projeto, que adquiriu daí por diante o caráter de obra comum, reveladora das tendências jurídico-culturais dominantes.

4. Datam, contudo, da aprovação do projeto pela Câmara dos Deputados os fatores que atuaram no sentido da reconstrução do texto. O desenvolvimento da sociedade brasileira na década de 1970 resultou em problemas novos para a administração da justiça criminal, o que impôs a revogação do *Código penal de 1969*, antes mesmo de sua entrada em vigor. Tornou-se, assim, inadequado o projeto em muitas de suas concepções, dada a sua relação com os postulados do *Código penal* revogado. A incorporação do rol de emendas aprovadas pela Câmara afetou-lhe a estrutura sistemática. Finalmente, repercutiram nele as modificações introduzidas no sistema de penas pela lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, imposta ao legislador pela crescente pressão dos índices de criminalidade.

5. Em decorrência desses fatos históricos, o projeto foi retirado do Congresso Nacional pela mensagem de 30 de agosto de 1978, do presidente Ernesto Geisel.

6. Os trabalhos destinados à edição do novo estatuto processual penal foram retomados no governo de V. Ex.^a, quando instituí a comissão composta dos professores Rogério Lauria Tucci, da Universidade de São Paulo, Francisco de Assis Toledo, subprocurador geral da República junto ao Supremo Tribunal Federal, e Hélio Fonseca, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, que sob minha assistência elaborou extenso e minudente trabalho de pré-elaboração legislativa, com a colaboração de especialistas e entidades jurídicas de todo o país — principalmente de São Paulo e do Rio de Janeiro — onde importantes debates foram realizados.

7. Tornou-se necessário reformular o projeto elaborado por essa comissão, dadas as múltiplas sugestões apresentadas. Incumbi dessa tarefa os professores Rogério Lauria Tucci e Francisco de Assis Toledo, cujo trabalho de reformulação foi submetido a revisão técnico-jurídica pelo professor José Frederico Marques, com revisão lingüística a cargo do professor Aires da Matta Machado.

8. Compôs-se, assim, o anteprojeto de *Código de processo penal*, que convinha submeter em sua redação final à comunidade jurídica do país, com o objetivo de colher ainda o maior número possível de contribuições. Com essa finalidade, o anteprojeto foi publicado em avulso pela Imprensa Nacional e também ao *Diário Oficial da União*, Suplemento ao nº 97, de 27 de maio de 1981.

9. O debate que então se estabeleceu teve caráter nacional, destacando-se entre as numerosas discussões realizadas as que transcorreram no I Congresso Nacional de Política Criminal e Penitenciária, promovido sob os auspícios do Conselho Nacional de Política Penitenciária, deste Ministério, da Universidade de Brasília e do Governo do Distrito Federal.

10. Nessa fase última de debate foram recebidas mais de seiscentas sugestões de emendas, muitas delas total ou parcialmente acolhidas pela comissão revisora que nomeei, integrada pelos professores Francisco de Assis Toledo, coordenador, José Frederico Marques, Jorge Alberto Romeiro e Rogério Lauria Tucci.

11. Coube a essa comissão revisora dar forma definitiva ao projeto, fruto de longo e valioso esforço de numerosos juristas, o qual tenho agora a honra de submeter à superior apreciação de V. Ex.^a.

Da orientação e das inovações

12. Mantém o projeto as partes fundamentais da codificação elaborada pelo professor José Frederico Marques. Adota boa parte do texto original, emendado pela Câmara dos Deputados. Embora resguarde a estrutura do referido anteprojeto, aproveita as sugestões úteis, formuladas ao longo de tão numerosos debates. Reorganiza-o, enfim, com as subtrações, modificações e adições tidas como apropriadas e relevantes.

13. Trata-se de projeto moderno, ajustado às exigências atuais da ciência processual penal e à realidade brasileira, cujas inovações principais devem ser desde logo destacadas: a) simplificação do sistema procedural, designadamente do recursal, com a instituição de procedimento sumaríssimo adequado ao julgamento das causas de menor relevância e das atinentes aos denominados delitos de trânsito; b) utilização de gravação sonora ou meio equivalente, onde seja possível e conveniente, na audiência de instrução e julgamento; c) poder de aplicação, pelo juiz, de medidas alternativas à prisão provisória, de acordo com as recomendações da Organização das Nações Unidas em Congresso realizado em 1980 em Caracas, Venezuela, sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente; d) criação de órgão colegiado de primeira instância, para julgamento, em grau de recurso, das causas processadas em rito sumaríssimo, visando ao desafogo dos trabalhos dos tribunais; e) simplificação do procedimento relativo aos processos de competência do tribunal do júri, particularmente no tocante à formulação de quesitos; f) deslocação do exame criminológico para o processo de execução, como incidente deste; e g) fortalecimento do instituto da prisão preventiva com referência ao delinquente perigoso,

nos crimes de roubo, latrocínio, extorsão, seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto não consensual, quadrilha ou banco, e tráfico de entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica, com o propósito de melhor aparelhar a justiça penal para o combate a essas modalidades mais graves de delinqüência.

Da lei de processo penal

14. Ao regulamentar o processo penal e as cautelas, exclui o projeto o título pertinente à execução da pena, matéria constante de projeto autônomo — o Projeto de Lei de Execução Penal, cujo texto estou encaminhando, igualmente, ao exame de V. Ex.^a.

15. Delimita o projeto os órgãos da justiça comum, segundo os preceitos constitucionais específicos, razão pela qual são excluídos os processos por delitos de imprensa e os cometidos por meios de telecomunicação, os de extradição e os referentes a tóxicos, bem como os pertinentes a situações prescritas em tratados, convenções e regras de direito internacional.

16. Mantém-se os princípios da interpretação extensiva, da aplicação analógica e do suplemento dos princípios gerais de direito.

17. Quanto à aplicação de lei processual no tempo, foram aduzidas à regra do artigo 3º, acolhida sem discrepância pela doutrina processual, as dos artigos 707 e 710, de caráter transitório, com o propósito de regulamentar situações abrangidas, simultânea e sucessivamente, pela nova legislação. Cabe, a propósito, a lição de Vincenzo Manzini (v. *Treatato di diritto processuale penale italiano*, Turim, voi. I, p. 204 e 206, nota 3) de que não devem ser confundidos os problemas de direito transitório processual penal com os de direito transitório penal material, já que a lei processual penal se aplica ao procedimento, que diz respeito ao presente e ao futuro, e não à infração cometida.

Da ação penal

18. Ao estabelecer a disciplina da ação penal atém-se o projeto às disposições constantes da parte geral do *Código penal*, objeto da reforma cujo texto acaba de submeter ao alto descritivo de V.Ex.^a. A ação penal distingue-se em pública e de iniciativa privada, expressão sugerida pelo saudoso professor Serrano Neves e sem dúvida mais adequada que a atual. A ação será pública quando promovida pelo Ministério público, por via de denúncia; de iniciativa privada quando intentada mediante queixa formulada pelo ofendido ou por quem possua qualidade

para representá-lo, quer exclusiva, quer supletivamente (artigo 6º e § 1º).

19. Devolvendo ao ministério público a titularidade exclusiva da ação penal pública, aboliu-se, por vedação expressa, o procedimento de ofício (artigo 5º), ou seja, a atuação espontânea de órgão jurisdicional, visando à iniciação de processo penal (conforme Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo, 1973, p. 87 e 91-2).

20. Em obediência à mesma orientação, estabeleceu-se a imprescindibilidade do fundamento razoável, bem como a do legítimo interesse, como requisitos de justa causa, sem a qual não pode prosperar a acusação (conforme José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Rio de Janeiro, 1965, Vol. IV, p. 397-8).

Da notícia da infração penal

21. Na sistematização da denominada *notitia criminis*, estabelecida nos artigos 10 a 13, cuida o projeto de uniformizar a terminologia, adotando, em lugar de comunicação ou notícia, ou locução notícia da infração penal, abrangente tanto de crime como de contravenção.

22. Esses mencionados preceitos, complementados pelos dos artigos 211 e 212, confirmam como destinatários da notícia da infração penal apenas a autoridade policial e o ministério público, o que importa em posicionar com clareza os integrantes da persecução penal em todo o seu desenvolvimento.

23. Tendo disposto com precisão sobre os destinatários da notícia da infracção penal, o projeto houve por bem afastar o juiz da *notitia criminis*, livrando-o da condição ainda que eventual de agente do Estado na *persecutio criminis*, ao mesmo tempo que lhe devolve o exclusivismo, absolutamente necessário, do poder de decisão.

24. Circunscrita unicamente ao ministério público a iniciativa da ação penal pública, a notícia de qualquer infração ser-lhe-á necessariamente dirigida pelo agente do Poder Judiciário, quer para requisitar a instauração de inquérito policial, quer para formular desde logo a acusação.

25. O projeto inclui dispositivo idêntico ao do artigo 40 do *Código de processo penal* em vigor, reproduzindo-o no parágrafo único do artigo 12.

26. Apresenta, finalmente, duas outras inovações: a do artigo 12, inciso I, que estende o dever de noticiar a infração penal aos que dela tenham conhecimento no exercício de atividade delegada pelo poder público, e a do parágrafo único do artigo

11, pertinente à retratabilidade da requisição do ministro da Justiça (que é, sem dúvida, notícia de infração penal, dada ao ministério público) até o oferecimento da denúncia (conforme Jorge Alberto Rocheiro, *Da ação penal*, Rio, 1978, p. 165-70).

Da jurisdição e da competência

27. Quanto à jurisdição e à competência, o projeto discrimina os órgãos judiciais no artigo 20, expressa norma atinente ao princípio do juiz natural no artigo 22 e estabelece, no artigo 23, a *persecutio iuris dictio*nis.

28. Ao estatuir as regras relativas à competência, adotou o projeto a concepção tripartida, fundada na observância da *ratione loci*, *ratione materiae* e *ratione personae* (conforme Vicente de Paulo-Vicente de Azevedo, *Curso de direito judiciário penal*, São Paulo, 1958, vol. 1º, p. 161, e José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, cit., 2. ed., vol. I, p. 233-8), nesta mesma ordem, para melhor distribuição da matéria.

29. A regulamentação da competência territorial foi mantida praticamente na íntegra (artigos 24 a 29). Foram suprimidas, porém, disposições concernentes à competência em razão da matéria, disciplinada nos artigos 30 a 34, às quais acrescentou-se no entanto, a do parágrafo único do artigo 33, que atribui à justiça estadual o processo e julgamento de contravenções penais de competência da justiça federal, praticadas em município alheio ao da sede de sua seção judiciária.

30. A regra é análoga à das leis em vigor sobre tráfico de tóxicos e tem sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal aos processos por crimes de tráfico internacional de entorpecentes, para viabilizar a celeridade dos julgamentos.

31. Os preceitos relativos à competência funcional, contidos nos artigos 35 a 37, sofreram acentuadas modificações, destacando-se a do parágrafo único do artigo 35, as do inciso VI e § 2º do artigo 36 e a do artigo 37.

32. Derivam tais alterações da necessidade urgente de se adequar o novo estatuto processual penal às normas constitucionais e à realidade forense. A do parágrafo único do artigo 35, conjugada com os parágrafos únicos dos artigos 507 e 531, tem relevo ainda mais significativo, pela instituição do juízo colegiado de primeira instância, dotado de competência para julgamento dos recursos interpostos nas causas de procedimento sumaríssimo da justiça local. A criação e a organização desse órgão são remetidas às leis estaduais de organização judiciária.

Do juiz penal

33. Na determinação dos poderes e deveres do juiz (artigos 59 a 62), o projeto admite a iniciativa jurisdicional na perquirição da verdade, dado relevante de todo processo penal, sem afetar, contudo, a marcada tendência para o sistema acusatório, ora adotado.

34. Pôs-se em destaque, no artigo 59, inciso I, e no parágrafo único do artigo 61, conjunto de preceitos reguladores do contraditório, destinado à garantia de ampla defesa do acusado, em obediência à norma prescrita na *Constituição*.

35. Às hipóteses de impedimento e de suspeição aduziu-se a da incompatibilidade do juiz para exercer suas funções no processo (artigo 63 a 70), suprindo-se, assim, omissão do *Código* em vigor. Substitui-se texto anterior, pertinente a suborno, pelo inciso V do artigo 63.

36. A adição constante do artigo 65 cria obstáculo ao propósito de criar impedimento ou forjar suspeição. A do artigo 70 prescreve a exceção como forma processual de arguir o impedimento, a incompatibilidade e a suspeição, estabelecendo os artigos 240 e 245 a 257 o respectivo regulamento.

Dos auxiliares da justiça

37. O projeto reduz para um o número de peritos oficiais anteriormente estabelecido. Esta tem sido a solução encontrada pela jurisprudência brasileira e não há fundamento razoável para alterá-la (*RTJ*, 65/816; *RF*, 200/217; *RT*, 470/339; *JTACSP*, 10/339).

Supriu-se, ainda, o texto do primitivo § 1º do artigo 77 (ao qual corresponde o artigo 76 do projeto), de forma a restringir a expressão peritos a 'pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos' (conforme Valentin Silva Melero, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, tomo I, p. 273).

Do ministério público

39. Já no projeto de sua organização, que tive a honra de submeter à alta consideração de V.Exª e do qual resultou a lei complementar à *Constituição* nº 40, de 14 de dezembro de 1981, buscávamos conferir ao ministério público a dignidade de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, reconhecendo-lhe não apenas a condição de titular exclusivo da ação penal pública e de fiscal da aplicação da lei, mas também a de responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade.

40. O projeto reafirma os conceitos anunciados na lei orgânica, ao estabelecer o conjunto de suas atribuições.

41. Atuando, embora, como parte, a finalidade com que se move o ministério público é a da preservação do interesse social. Definiu-o Carnelutti, por força dessas circunstâncias, como parte *sui generis* ou imprópria (*Principi del processo penale*, Morano, Napoli, 1960, p. 42).

42. O projeto acolhe os princípios doutrinários que situam o ministério público como instituição subordinada exclusivamente aos princípios da legalidade, da descoberta da verdade e da realização da justiça, extraindo dessa condição superior as consequências lógicas. Assume assim o ministério público, em razão da lei, a posição de *dominus litis*, cabendo-lhe, contudo, impetrar *habeas corpus* e interpor recursos em favor do réu (artigos 501, § 1º e 646).

43. Confere-lhe, assim, poderes novos, indispensáveis ao desempenho de suas funções no sistema processual ora adotado, no qual se revaloriza igualmente o papel de defesa. Quebrar-se-ia, sem tais cautelas, o equilíbrio entre a acusação e a defesa, pressuposto básico de realização da justiça criminal.

44. O verdadeiro perfil do novo ministério público delineia-se com precisão não só nos capítulos que especificamente lhe dizem respeito, mas no projeto como um todo, e na respectiva lei orgânica (conforme Francisco de Assis Toledo, *O ministério público e a reforma penal*, conferência proferida no III Encontro do Ministério Público Fluminense, 1982).

45. Suas atribuições estão reestruturadas nos artigos 81 a 86, que regulamentam a fase pré-processual de apuração dos dados necessários ao oferecimento da denúncia, com a garantia da assistência de advogado ao indiciado.

Da polícia judiciária

46. As atribuições da polícia judiciária estão relacionadas no artigo 107 do projeto: cabe-lhe colher as provas na primeira fase da *persecutio criminis*, nos autos do denominado inquérito policial, destinado, eventualmente, a servir de base à acusação.

47. Na elaboração desse elenco de atribuições teve-se presente a interdependência funcional entre polícia judiciária, poder judiciário e ministério público, matéria cuja delicadeza exige precisão de limites e exatidão de conceitos.

48. Embora judiciária, essa ramificação da atividade policial está organicamente encartada na máquina executiva de outro poder, donde o reconhe-

cimento de seu caráter misto: é judiciária nos fins, mas administrativa em sua forma e substância (conforme Hélio Bastos Tornaghi, *Instituições de processo penal* cit., vol. II, p. 202; Fernando Henrique Mendes de Almeida, in *Arquivos da polícia civil de São Paulo*, São Paulo, 1942, vol. 3/1, p. 221 e ss.)

49. O projeto entrosa as atuações da polícia judiciária e do ministério público, regulamentando-as minuciosamente nos capítulos I a IV do título II (Do procedimento ordinário), integrantes do livro IV, relativo ao processo de conhecimento.

50. Nos artigos 211 a 222, 225 a 231 e 233 a 235 encontram-se as normas disciplinadoras do procedimento policial, desde a notícia da infração penal até o oferecimento da denúncia ou pedido de arquivamento do inquérito policial. Nos artigos 213, 214 e 215, estabelece-se a interdependência funcional entre polícia judiciária e ministério público. Nesses mesmos artigos confere-se a este o poder de determinar a realização de diligências indispensáveis ao esclarecimento de fato relevante para o direito penal e de quem tenha sido o seu autor.

51. Mantém o projeto a designação autoridade policial em lugar de delegado de polícia, por abranger a primeira os funcionários públicos que exercem a mesma atividade, tanto nos estados como na polícia federal. Distingue, ainda, a autoridade policial de seus agentes. Tem-se a primeira como pessoa que, investida por lei, dirige as atividades da polícia judiciária, no âmbito de suas atribuições; têm-se os segundos como pessoas encarregadas da prática de atos investigatórios ou coativos, com a finalidade de prevenir ou reprimir a prática de infrações penais.

Do indiciado ou acusado e do direito de defesa

52. O projeto assegura ao ser humano submetido à *persecutio criminis* a amplitude do direito de defesa prescrita no artigo 153, § 15, da *Constituição federal* e na *Declaração universal dos direitos do homem*.

53. As regras essenciais, asseguradoras do direito de defesa, estão confirmadas nos artigos 14 a 17 e 87 a 90, que uniformizam ainda a terminologia com o emprego, tão-só, da expressão acusado, em lugar de réu. Ocorreu o mesmo no tocante aos atos do procedimento e às providências cautelares.

54. Destacam-se, a propósito, os preceitos contidos nos artigos 154, incisos V e VI, e 158, incisos IV e V, segundo os quais o ato de citação somente se perfaz com o "esclarecimento de que o acusado tem direito à defesa por intermédio de ad-

vogado da assistência judiciária, onde houver, ou de defensor dativo, se lhe faltar condição para efetuá-la por defensor constituído”, e a “indicação do local onde funciona a assistência judiciária”.

55. Isso significa que a defesa do acusado, elaborada antes do oferecimento da denúncia ou da queixa (artigos 237, 240, 244 e 256), deve revestir-se de caráter efetivo, como verdadeira contrarieada à acusação.

56. O contraditório domina toda a instrução criminal, com o escopo de apuração da verdade material, revelando-se, por inteiro, no direito de audiência, ou seja, “na expressão necessária do direito do cidadão à concessão de justiça, das exigências comunitárias inscritas no estado de direito, da essência do direito como tarefa do homem e, finalmente, do espírito do processo, como ‘co-participação’ de todos os interessados na criação da decisão” (Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, vol.I, p. 158).

57. Essa conceituação ampla do direito de defesa levou o projeto a consagrar duas outras disposições: a do artigo 18, que considera o defensor como partícipe da jurisdição penal, e a do artigo 198, inciso III, que fulmina o processo com a sanção de nulidade insanável, quando, “por violação do contraditório, ou regra a ele inerente, houver prejuízo substancial à defesa do acusado”.

58. Estabeleceram-se os ônus e deveres do indiciado e do acusado, nos artigos 91 a 97. Se o acusado não pode ser compelido a apresentar prova que o incrimine (artigo 262), também lhe é vedado o exercício abusivo do direito de defesa. Impõe-se-lhe a cooperação, para o regular desenvolvimento da *persecutio criminis*.

Do ofendido

59. Nos artigos 98 a 104 o projeto disciplina a atuação do ofendido no desenrolar da persecução penal.

60. Evitou-se nessas disposições o emprego do vocábulo parte, visto que nem sempre o ofendido figura como tal, no âmbito do processo penal.

61. No artigo 100, § 2º, fixou-se em seis meses o prazo de decadência da queixa ou representação, contados do dia em que o ofendido ou seu representante legal vem a saber quem é o autor do crime, na ação penal de iniciativa exclusivamente privada, ou a partir da data em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia, no caso de ação penal de iniciativa privada subsidiária, prevista no artigo 6º, § 1º.

62. O critério adotado é o do artigo 38 do atual *Código de processo penal*, acolhido sem restrições pelos mais autorizados doutrinadores da matéria em nosso país (ver Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro, *Comentários do Código penal*, Rio de Janeiro, 1979, Vol. IV, p. 402-4; José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, 2. ed., São Paulo, 1966, Vol. III, p. 398; Hélio Bastos Tornaghi, *Curso de processo penal*, São Paulo, 1980, Vol. I, p. 70; Christiano José de Andrade, *Da prescrição da matéria penal*, São Paulo, 1979, p. 36).

63. Suprindo a omissão existente, o projeto regulamenta o direito de representação nos §§ 3º a 6º do mesmo artigo 100; e admite o ofendido como litisconsorte no processo de *habeas corpus* “impestrado por falta de justa causa da ação penal de iniciativa privada” (artigo 103, inciso I), restringindo, porém, a admissão a esse caso único, em que a decisão do *habeas corpus* poderá fulminar o direito de queixa. A exceção justifica-se diante do inegável interesse do ofendido no desfecho do *Writ*, destinado a trancar a ação penal por ele ajuizada.

64. Ao assegurar ao ofendido possibilidade de larga atuação no processo, atende o projeto ao propósito de assegurar a reparação do dano causado pelo crime, prescrito no livro V, artigos 662 a 689. Para tornar efetiva a medida alvitrada, dispõe-se sobre a reparação do dano nos artigos 688 a 689.

Dos atos processuais

65. O projeto efetuou modificações de caráter formal no livro pertinente aos atos processuais.

66. Adotou as regras da instrumentalidade das formas, exceto quando imprescindíveis à conformação do ato, e as da publicidade dos atos processuais, ressalvadas as exceções estabelecidas no § 1º do artigo 111.

67. Reafirmou a obrigatoriedade do uso do vernáculo em todos os atos e termos do processo (artigo 109). Confirmou a classificação dos atos do juiz, no processo do conhecimento, em sentenças, decisões e despachos (artigo 114). Manteve a regulamentação dos atos dos auxiliares do juízo, especialmente os do escrivão ou chefe de secretaria (artigos 116 a 120). Disciplinou a realização dos atos, estabelecendo as exigências de tempo, lugar, prazos e comunicação, inclusive cartas (artigos 121 a 171).

68. Encontram-se particularmente prescritos nos artigos 169 e 171, a distribuição, visando a distribuir os feitos entre juízes e escrivães segundo rigorosa igualdade, e o registro em livro próprio, com a finalidade de documentar-lhes a existência.

69. No parágrafo único do artigo 169 mantém-se tais atos como indispensáveis, quando a notícia da infração penal tiver como destinatário o ministério público, visto que o arquivamento dos autos do inquérito policial ou de peças de informação, em face do que dispõe o artigo 227, somente se fará em juízo, e por decisão do juiz competente, a pedido do ministério público. À conveniência desse procedimento foi recomendada na conclusão do III Congresso Internacional de Magistrados, realizado em Berlim, em 1969 (III Internationaler Richter-Kongress in Berlin, conforme Jorge Alberto Romeiro, *Elementos de direito penal e processo penal*, São Paulo, 1978, p. 190-1).

70. Finalmente, quanto às nulidades, conjugaram-se os princípios da instrumentalidade das formas e da garantia constitucional da ampla e plena defesa do acusado (artigos 193 a 200).

71. O artigo 198 dispõe em particular a respeito das situações em que a nulidade deve ser declarada *ex-officio*. Já na Exposição de Motivos do anteprojeto primitivo se asseverava, com razão: "Abolir as nulidades absolutas do processo penal é comprometer o direito de defesa plena", pois "se é verdade que o fetichismo da forma já se encontra superado, menos certo não é que os atos destinados a assegurar a plenitude do direito de defesa não podem ser omitidos, nem desrespeitadas as formas que a lei lhes imprime justamente para garantir aquele direito em sua plenitude".

Do processo de conhecimento

72. O processo de conhecimento, regulamentado no livro IV, artigos 201 a 661, passa a abranger não só o de natureza condenatória, mas também o de caráter declaratório e constitutivo.

73. Tal abrangência deriva da concepção de que o processo de conhecimento não se restringe à de natureza condenatória. Há ações, como as de *habeas corpus* e de revisão criminal, que a despeito de sua natureza declaratória ou constitutiva importam em processo de conhecimento, convindo, portanto, localizá-las no livro a este pertinente.

74. Cumpre salientar ainda que os incidentes se encontram disciplinados em boa parte do sistema procedural, em cuja esfera se situam as provisões cautelares, ora igualmente reguladas.

75. Daí contemplar o aludido livro IV, em dez (10) títulos, a constituição, a suspensão, a extinção e as formas do processo (I), os procedimentos ordinário, sumário e sumaríssimo (II e VIII), as especiais e incidentais (IX, III e VI), as destinadas à tutela dos direitos (X), as cautelares (IV), as questões prejudiciais (V) e o processo nos tribunais (VII).

76. Estabeleceu-se a necessária distinção entre processo e procedimento, conferindo a este, em que aquele se exterioriza índole finalística, de mera esquematização formal (ver João Mendes de Almeida Júnior, *Direito judiciário brasileiro*, 1960, p. 243-4; Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefesa*, 2 ed., México, 1970, p. 115-6; Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Pádua, 1939, Vol.III, p. 315, e 348-50; Edgar Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, 10. ed., São Paulo, 1978, p. 228; José Frederico Marques, *Tratado de direito processual penal*, cit., vol. II, p. 157-9).

77. Cuidou-se em primeiro lugar de constituição, suspensão, extinção e formas de processo, merecendo destaque o instituto da aquiescência do acusado à proposição acusatória, em determinadas circunstâncias (artigo 207, inciso II e §§ 1º e 2º).

78. Outro aspecto relevante é o que se refere à instituição do procedimento sumaríssimo, subsespécie do sumário, prescrito no artigo 209, inciso III, o qual, combinado com os artigos 544 a 548, constitui uma das mais importantes inovações da fase de reformulação do projeto retirado do Congresso Nacional.

79. Esse procedimento destina-se às causas penais atinentes a crimes a que for cometida pena de detenção até um ano, a contravenções e a certos delitos culposos, particularmente aos denominados delitos de trânsito.

80. Dispensando inquérito policial, reclama instrução e julgamento breves (dez dias, no máximo), em juizados especiais a serem criados pelas leis locais sobre organização judiciária, ou em juízos atualmente competentes, assegurada ao acusado a plenitude do direito de defesa.

81. Manifestas serão as vantagens decorrentes de sua adoção, quer pela sensível diminuição do volume de autos de inquérito nos distritos policiais, quer pela simplificação do procedimento e celeridade do julgamento.

82. Acrescente-se a tais vantagens a possibilidade de rápido julgamento de recurso, pelo órgão colegiado de primeira instância, explicitado no item 32, e se concluirá facilmente pela excelência da inovação projetada.

83. Considerado o procedimento, em rigor técnico, como comum ou especial (artigo 208), é ele subdividido em ordinário, sumário e sumaríssimo (artigo 209).

84. Como pode ser verificado neste último, o critério distintivo repousa, de acordo com a tradição de nosso processo penal, na qualidade e quan-

tidade da sanção cominada para a infração, com ressalva, já acentuada, das causas concernentes a certos delitos culposos (artigo 209, III). Às demais espécies procedimentais devem ser aplicadas, subsidiariamente, as regras do procedimento ordinário (artigo 240).

85. Esse, à evidência, o motivo pelo qual a sua regulamentação se faz com maiores minúcias.

Do procedimento ordinário

86. A regulamentação do rito ordinário segue, igualmente, nas suas generalidades, os textos anteriores, com ênfase preambular no inquérito policial ou peças de informação (artigos 211 a 224), e na atuação do ministério público, ainda no pórtico da ação penal, especialmente no tocante à acusação (artigos 225 a 236).

87. Mantém-se, outrossim, pela sua qualificação, a fase postulatória, com o despacho liminar (artigos 237 a 239) e a resposta do acusado, abrangente de defesa prévia e exceção (artigos 240 a 251).

88. Conservam-se diferenciados, na fase saneadora, o julgamento conforme o estado do processo — julgamento antecipado da causa ou extinção do processo sem julgamento do mérito, artigos 253, § 1º, 254 e 255 — do proferimento do despacho saneador (artigos 253, § 1º e 256) (conforme Alfredo Buzaid, *Do despacho saneador*, in *Estudos de direito*, São Paulo, 1972, p. 43/4; Rogério Lauria Tucci, *Do julgamento conforme o estado do processo*, 2. ed., São Paulo, 1982, p. 128; José Frederico Marques, *Do processo de conhecimento*, in *Estudos sobre o novo Código de processo civil*, São Paulo, 1974, p. 51-2; José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, 5. ed., Rio de Janeiro, 1982, p. 70-2).

89. Já na fase instrutória, praticamente intocada em matéria de provas, duas inovações, entre outras, devem ser ressaltadas.

90. Sob regras determinadas e de acordo com as instruções baixadas pelos tribunais, as provas orais poderão ser realizadas mediante sistema de gravação sonora ou equivalente (artigo 258, § 1º).

91. Visa-se, com tal providência, sem prejuízo da exatidão do registro, a reduzir o tempo de duração das audiências, subordinadas ainda à prática obsoleta de perguntas, reperguntas, respostas e ditados ao auxiliar do juízo incumbido de sua documentação.

92. A outra inovação destina-se a evitar a demora do encerramento do processo em razão do aditamento da denúncia. O aditamento, nos termos

do artigo 350, poderá operar-se ao final da fase instrutória, na própria audiência de instrução e julgamento, à semelhança do que se permite também no procedimento sumário, nos termos do artigo 542.

93. Esclareça-se, por último, que se atenua a oralidade em atenção às peculiaridades da causa, ao permitir-se a substituição do debate oral por memoriais (artigo 350, § 7º). A fase decisória resume-se, assim, na prolação da sentença pelo juiz singular — ato decisório ao qual se aplicam os artigos 354 e seguintes do projeto, e que deve situar-se nos limites da acusação e na definição legal constante do despacho saneador (artigos 355 e 356), salvo, nessa última hipótese, as exceções neste previstas.

94. Ainda com referência à sentença, absolutória ou condenatória, o acusado solto continua em liberdade, a não ser que o juiz lhe decrete a prisão preventiva (artigo 362, inciso II), sem substituí-la por uma ou mais das medidas alternativas previstas no § 2º do artigo 409, ou lhe imponha medida de segurança (artigo 362, III). A única exceção a esse princípio refere-se às condenações pelo júri, que se executam imediatamente (artigo 633, §§ 1º e 3º, b), para resguardo da soberania do tribunal popular.

95. Já o acusado preso deve ser posto imediatamente em liberdade, no caso de sentença absolutória (artigos 359, § 2º e 633, § 2º).

96. Isso significa que o projeto tem como regra a liberdade do acusado, enquanto não definitivamente condenado, só cogitando do seu encarceramento provisório em situações expressamente previstas.

97. Atende-se, destarte, às recomendações da moderna política criminal, no sentido de só utilizar a privação da liberdade quando essa medida apresentar-se como necessária e devidamente justificada.

Do procedimento sumário

98. O procedimento sumário, de acordo com o disposto no artigo 209, inciso II, destina-se ao processamento das causas relativas aos crimes a que for cominada pena de detenção superior a um ano (exceto, quanto a estas, os de lesão corporal culposa e homicídio culposo).

99. Situando-se em grau intermediário entre o ordinário e o sumaríssimo, o procedimento sumário efetiva-se pela simplificação da atos e diminuição de prazos a que se subordina o primeiro, como consta dos artigos 538 a 542.

100. Essa, sem dúvida, é a índole do procedimento sumário, no qual "só se observam os atos

substanciais, sendo dispensadas as demais formalidades do rito ordinário, e encurtando-se a sua marcha, pela redução dos termos, prazos e dilatações" (Manoel Aureliano de Gusmão, *Processo civil comercial*, São Paulo, 1939, p. 203; Eduardo Espínola Filho, *Código de processo penal brasileiro anotado*, cit., vol. V, p. 222).

101. Nos processos por crime contra a honra estabelece-se a prévia tentativa de conciliação das partes, no início da audiência (artigo 541, §§ 1º e 2º), o que, entre outros fatores, conduz à exclusão de tais crimes do rito sumaríssimo, mesmo quando a pena não exceda a um ano de detenção.

102. O projeto situa a tentativa de conciliação no início da audiência, não só porque adotou também as fases postulatória e saneadora no procedimento sumário, tal como previsto nos artigos 539 e 540, como em razão da conveniência de se uniformizar o sistema procedural instituído.

Dos procedimentos especiais

103. Na linha do anteprojeto revisto, os procedimentos especiais foram reduzidos ao mínimo imprescindível. São, ao todo, três: procedimento por crimes contra a propriedade imaterial (artigos 549 a 555), procedimento penal falimentar (artigos 556 a 562) e procedimento nas causas da competência do júri (artigos 563 a 633).

104. Atendidas as peculiaridades que os especificam, em atenção à fisionomia especial do direito submetido à declaração e satisfação pelos órgãos jurisdicionais, os dois primeiros observam o rito ordinário ou sumário desde o início do processo (artigos 553 e 562).

105. Especial por excelência — especialíssimo, portanto — é o procedimento nas causas de competência do tribunal do júri, cuja simplificação se tornou imperativa em face da experiência. O projeto suprime o libelo-crime acusatório e possibilita a ampliação do pedido formulado na acusação (artigo 581, *in fine*). Torna conciso o ato de pronúncia, preservando, porém, o caráter de decisão, ou decisão interlocutória, de que se reveste (artigos 114, § 2º, 115 e 583, § 2º). Dá tratamento inovador à formulação de quesitos, já delineada no artigo 616. E suprime o instituto ambíguo do protesto por novo júri.

106. Adota, ainda, a regionalização do tribunal do júri, que deverá verificar-se nos termos da legislação local sobre organização judiciária (artigo 568), com evidentes vantagens, quer quanto à imparcialidade do conselho de julgamento, quer quanto à desnecessidade de desaforamento na maior parte dos casos previstos no artigo 564.

107. Tais reformas regulamentam a competência do tribunal do júri nos detalhes necessários, com evidente obediência ao disposto na Carta Magna da República (artigo 153, § 18). Havendo conexão de causas, fica mantida a unidade processual dos crimes conexos, cabendo, porém, ao presidente do tribunal do júri decidir e sentenciar sobre o crime que refoge à competência do tribunal.

108. Dadas as suas características, a apelação contra a sentença do tribunal do júri merece tratamento específico, dispondo o projeto a respeito nos artigos 632 e 633. A exegese dessa disposição deve conjugar-se com a dos artigos 508 a 511, pertinentes a essa espécie de manifestação recursal.

Dos procedimentos incidentais e das questões prejudiciais

109. Além dos procedimentos incidentais relativos à verificação da insanidade mental do indiciado ou acusado (artigo 377 a 380), à declaração da extinção da punibilidade (artigos 381 a 386), à arguição de falsidade (artigos 387 a 389), à restauração de autos extraviados ou destruídos (artigos 390 a 393) e às justificações (artigos 394 a 398), o projeto institui dois outros: o pedido de explicações (artigos 399 a 402), e a exceção da verdade (artigos 403 e 404).

110. A regulamentação desses institutos no *Código de processo penal* tornou-se imperativa, em face de suas implicações na justiça criminal.

111. O pedido de explicações é instituído no *caput* do artigo 399 como procedimento incidental restrito à hipótese de ofensa imprecisa ou equívoca, não o admitindo, porém, o parágrafo único do mesmo artigo, para esclarecimento de autoria. Essas elucidações apresentam-se, muitas vezes, como pressuposto do ajuizamento da acusação, tornando-se, por isso, indispensável a sua previsão legal.

112. Tornou-se inafastável, em consequência, a inclusão de regra alusiva à competência para apreciar as explicações apresentadas, optando o projeto, em consonância com o entendimento doutrinário corrente, pela do juiz do processo principal, na oportunidade da apreciação prévia da denúncia ou da queixa (artigo 402). (Euclides Custódio da Silveira, *Direito penal — crimes contra a pessoa*, São Paulo, 1969, p. 237-4; Nélson Hungria, *Comentários ao Código penal*, Rio de Janeiro, 1945, vol. VI, p. 129; Rogério Lauria Tucci, *Pedido de explicações in Persecução penal, prisão e liberdade*, São Paulo, 1978, p. 132-3).

113. O projeto disciplina, a seu turno, a exceção da verdade, dadas as implicações de sua cog-

nição e exame até na suspensão do curso do processo, tal como estabelece o parágrafo único do artigo 404.

114. As questões prejudiciais subordinam-se no projeto à mesma diretriz dos textos precedentes. Desloca-se, apenas, o preceito referente à nulidade da sentença proferida com infração ao disposto no artigo 467 para o local adequado, o título VII do livro III, alusivo às nulidades dos atos processuais (artigo 195, parágrafo único, letra d).

115. A audiência de procedimento incidental está disciplinada no artigo 471. Foram feitas as adaptações indispensáveis, inclusive as de natureza terminológica, em obediência à orientação impressa pelo projeto ao sistema procedural.

Dos procedimentos relativos às ações para tutela dos direitos

116. Cuida o projeto da regulamentação das ações e respectivos procedimentos relacionados com a tutela dos direitos, no título X do livro IV.

117. Trata da reabilitação no capítulo I (artigos 631 a 638), do processo contra a condenação à revelia no capítulo II (artigos 639 a 641) e do *habeas corpus* no capítulo III (artigos 642 a 661).

118. Embora utilizável em determinadas circunstâncias, a denominada revisão especial constitui modalidade da revisão criminal, estatuída nos artigos 481 a 494. Suprime-a o projeto, pela desnecessidade de reiterá-la sob outro condicionamento.

Das providências cautelares

119. O projeto contém importantes inovações, relativas às providências cautelares.

120. Referem-se à aplicação, pelo juiz, de medidas alternativas à prisão provisória (parágrafos do artigo 409), consistentes em: a) proibição de ausentar-se da comarca, do domicílio ou da residência; b) proibição de freqüentar determinados lugares, c) obrigação de comparecer às audiências e atos do processo; d) prestação de assistência material à vítima ou a seus dependentes, se o indiciado ou acusado voluntariamente apresentar proposta neste sentido; e) obrigação de submeter-se a tratamento médico ou psiquiátrico; f) interdição provisória de certos direitos; g) obrigação de prestar determinados serviços não remunerados à comunidade, quando possível, fora do horário do trabalho normal, se o indiciado ou acusado voluntariamente apresentar proposta nesse sentido; h) obrigação de apresentar-se periodicamente ao juiz, em dia e hora por este designados.

121. A importância dessas alternativas à pena privativa da liberdade, nos casos em que as justificam a natureza do delito e as condições personalíssimas do agente, foi salientada na Exposição de motivos do projeto de reforma da parte geral do Código penal. No curso do processo com o objetivo de evitar prisões desnecessárias, pode o juiz aplicá-las em caráter temporário, tal como ocorre na 'prisão provisória'.

122. Essa 'prisão provisória', por outro lado, adquire dimensionamento e peculiaridades novas, sendo cabível quando exclusivamente decretada pelo juiz, e pelo prazo máximo de cinco dias, nas situações previstas no artigo 424.

123. Há discreta condescendência para com os indiciados e acusados primários e ocasionais, e accentuado rigor para com os agentes da criminalidade violenta, cuja repressão deve tornar-se mais efetiva.

Do processo nos tribunais

124. Institui o projeto, ao lado da declaração de inconstitucionalidade, o incidente de uniformização da jurisprudência (artigos 475 e 476), cuja significação é muito mais expressiva no processo penal do que em qualquer outro ramo do direito processual.

125. Nos processos de competência originária dos tribunais é sensivelmente alterada a disciplina do procedimento especial por prerrogativa de função (artigos 477 a 480).

126. Nos termos das modificações introduzidas, o auto de exame de corpo delito e os demais elementos da investigação, levados a termo pela autoridade policial que tomar conhecimento do fato penalmente relevante, devem ser remetidos ao tribunal competente, dependendo a instauração do inquérito da ordem do juiz relator (artigo 477).

127. A esse mesmo juiz competirá a direção do procedimento respectivo (artigos 478 e 479), até o julgamento, a ser realizado pelo plenário do tribunal ou seu órgão especial (artigo 480).

128. A regulamentação dada à revisão criminal (artigos 481 a 494) não contém alterações expressivas.

129. Atento à natureza jurídica dos embargos de declaração, corretamente conceituados como incidente de complementação do julgado (artigo 495 a 498), o projeto aperfeiçoa a técnica do sistema de recursos, compatibilizando-os com os atos decisórios recorríveis.

130. Dos atos decisórios na primeira instância são dois os recursos instituídos: da sentença cabe

o recurso de apelação (artigos 508), e da decisão o de agravo de instrumento (artigo 512).

131. Nos órgãos colegiados são três os recursos admissíveis: embargos infringentes, nos julgamentos de apelação e de revisão criminal, tomados por maioria de votos e nas circunstâncias previstas no artigo 520 e seu § 1º; recurso ordinário constitucional, no caso de dengação de *habeas corpus* por tribunais federais ou locais (artigos 524 a 526); e recurso extraordinário, nas situações alvitradadas no artigo 119, inciso III, da *Constituição da República*, (com a redação da emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969) e na forma prescrita nos artigos 527 a 530.

132. O projeto dispõe, ainda, sobre a regulamentação dos juízes colegiados de primeira instância, estabelece a ordem do processo nos tribunais (artigo 531 a 534) e regula a atuação do ministério público perante os órgãos colegiados (artigos 535 a 537).

Da reparação civil do dano causado pela infração penal

133. No livro V, trata o projeto da reparação do dano causado pela infração penal, regulamentando, em primeiro lugar, os efeitos civis da sentença penal (artigos 662 a 667) e, em seguida, as medidas preventivas de reparação do dano: o seqüestro e o arresto (artigos 668 a 673), a hipoteca legal (artigo 674) e a restituição (artigos 675 a 683). Particularizando o seqüestro nos crimes em prejuízo da Fazenda Pública (artigo 684 a 687) completa a regulamentação com preceitos atinentes ao arbitramento do dano (artigos 688 a 689).

134. Procurando, enfim, agilizar os respectivos procedimentos, adota o projeto a concepção da viabilidade e rapidez do recebimento de indenização pela vítima da infração penal, a quem é dada a merecida atenção.

Da cooperação internacional nos processos penais

135. O projeto introduziu profunda modificação na matéria concernente à cooperação internacional nos processos penais, versada no livro VI.

136. A regulamentação fica reduzida aos dispositivos imprescindíveis, uma vez que a matéria, em sua maior parte, tem sede própria em leis especiais e nas convenções internacionais.

137. Restringiu-se o projeto às disposições necessárias, tais como as referentes à extradição (artigos 693 a 695), ao trânsito de indiciados ou acusados (artigo 696), à entrega de objetos (artigo 697), às cartas rogatórias (artigos 698 e 699) e à homologação de sentenças estrangeiras (artigos 700 e 701).

Conclusão

138. O projeto de *Código de processo penal*, que tenho a honra de submeter à alta consideração de V. Ex.^a, é fruto das concepções dominantes na comunidade jurídica do país, na área específica do direito processual penal. Os institutos contemplados, quer os mais antigos, quer os traduzidos em significativas inovações, apresentam-se segundo moderna concepção técnico-científica, sem se afastarem, contudo, das linhas tradicionais do direito processual penal brasileiro. Como os demais projetos constitutivos da reforma do sistema penal, que igualmente estou submetendo ao exame de V. Ex.^a, a anexa proposta de codificação constitui relevante marco na reformulação das leis penais brasileiras.

Valho-me do ensejo para renovar a V. Ex.^a a expressão do meu profundo respeito.

Ibrahim Abi-Ackel
Ministro da Justiça

Exposição de motivos n.º 213 Código de execução penal

Ex^{mo} Sr. Presidente da República,

1. A edição de lei específica para regular a execução das penas e das medidas de segurança tem sido preconizada por numerosos especialistas.

2. Em 1933, a comissão integrada por Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Carrilho apresentou ao governo o anteprojeto de *Código penitenciário da República*, encaminhado dois anos depois à Câmara dos Depu-

tados por iniciativa da bancada da Paraíba, e cuja discussão ficou impedita com o advento do Estado Novo.

3. Em 1955 e 1963, respectivamente, os eminentes juristas Oscar Stevenson e Roberto Lyra traziam à lume os anteprojetos de *Código das execuções penais*, que haviam elaborado, e que não chegaram à fase de revisão. Objetava-se, então, à constitucionalidade da iniciativa da União para legislar sobre as regras jurídicas fundamentais do regime penitenciário, de moldo a instituir no país uma política penal executiva.

4. Contentou-se, assim, o governo da República com a sanção, em 2 de outubro de 1957, da lei nº 3.274, que dispõe sobre as normas gerais de regime penitenciário.

5. Finalmente, em 29 de outubro de 1970 o coordenador da comissão de estudos legislativos, professor José Carlos Moreira Alves, encaminhou ao ministro Alfredo Buzaid o texto do anteprojeto de *Código das execuções penais* elaborado pelo professor Benjamin Moraes Filho, revisto por comissão composta dos professores José Frederico Marques, José Salgado Martiñs e José Carlos Moreira Alves.

6. Na Exposição de motivos desse último anteprojeto já se demonstrou com bastante clareza a pertinência constitucional da iniciativa da União para editar um *Código de execuções penais*.

7. Foi essa a posição que sustentamos no relatório da comissão parlamentar de inquérito instituída em 1975 na Câmara dos Deputados para apurar a situação penitenciária do país. Acentuávamos, ali, que a doutrina evoluía no sentido da constitucionalidade de um diploma federal regulador da execução, alijando, assim, argumentos impugnadores da iniciativa da União para legislar sobre as regras jurídicas fundamentais do regime penitenciário. Com efeito, se a etapa de cumprimento das penas ou medidas de segurança "não se dissocia do direito penal, sendo, ao contrário, o esteio central de seu sistema, não há como sustentar a idéia de um *Código penal* unitário e leis de regulamentos regionais de execução penal". Uma lei específica atenderá "a todos os problemas relacionados com a execução penal, equacionando matérias pertinentes aos organismos administrativos, à intervenção jurisdicional e, sobretudo, ao tratamento penal em suas diversas fases e estágios, demarcando, assim, os limites penais de segurança. Retirará, em suma, a execução penal do hiato de legalidade em que se encontra" (*Diário do Congresso Nacional*, Suplemento ao nº 61, de 4 de junho de 1976, p. 9).

8. O tema relativo à instituição de lei específica para regular a execução penal vincula-se à au-

tonomia científica da disciplina, que em razão de sua modernidade não possui designação definitiva. Tem-se usado a denominação direito penitenciário, à semelhança dos penalistas franceses, embora se restrinja essa expressão à problemática do cárcere. Outras, de sentido mais abrangente, foram propostas, como direito penal executivo, por Roberto Lyra (*As execuções penais no Brasil*, Rio de Janeiro, 1963, p. 13) e direito executivo penal, por Italo Luder (*El principio de legalidad en la ejecución de la pena*, in *Rivista del Centro de Estudios Criminológicos*, Mendoza, 1968, p. 29 e ss.)

9. Em nosso entendimento pode-se denominar esse ramo direito de execução penal, para abrangência do conjunto das normas jurídicas relativas à execução das penas e das medidas de segurança (conforme Cuello Calón, *Derecho penal*, Barcelona, 1971, vol.II, tomo I, p. 773; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 37).

10. Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do direito penal e do direito processual penal.

11. Seria, por outro lado, inviável a pretensão de confinar em diplomas herméticos todas as situações jurídicas oriundas das relações estabelecidas por uma disciplina. Na *Constituição* existem normas processuais penais, como as proibições de detenção arbitrária, da pena de morte, da prisão perpétua e da prisão por dívida. A *Constituição* consagra ainda regras características da execução ao estabelecer a personalidade e a individualização da pena como garantias do homem perante o Estado. Também no *Código penal* existem regras de execução, destacando-se, dentre elas, as pertinentes aos estágios de cumprimento da pena e respectivos regimes prisionais.

12. O projeto reconhece o caráter material de muitas de sua normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, avoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdiccionam a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro de *Código de Processo* para ingressar nos costumes jurídicos do país com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o direito de execução penal.

Do objeto e da aplicação da lei de execução penal

13. Contém o artigo 1º duas ordens de fina-

lidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.

14. Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade.

15. À autonomia do direito de execução penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no artigo 2º, se estabelece que a "jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do *Código de processo penal*".

16. A aplicação dos princípios e regras do direito processual penal constitui corolário lógico da interação existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução.

17. A igualdade da aplicação da lei ao preso provisório e ao condenado pela justiça eleitoral ou militar, quando recolhidos a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária, assegurada no parágrafo único do artigo 2º, visa a impedir o tratamento discriminatório de presos ou internados submetidos a jurisdições diversas.

18. Com o texto agora proposto, desaparece a injustificável diversidade de tratamento disciplinar a presos recolhidos ao mesmo estabelecimento, aos quais se assegura idêntico regime jurídico.

19. O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do direito penal.

20. É comum, no cumprimento das penas privativas da liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia.

21. O projeto torna obrigatório a extensão, a toda a comunidade carcerária, de direitos sociais, econômicos e culturais de que ora se beneficia uma

restrita percentagem da população penitenciária, tais como segurança social, saúde, trabalho remunerado sob regime previdenciário, ensino e desportos.

22. Como reconhece Hilde Kaufman "la ejecución penal humanizada no solo no pone en peligro la seguridad y el orden estatal, sino todo lo contrario. Mientras la ejecución penal humanizada es un apoyo del orden y la seguridad estatal, una ejecución penal deshumanizada atenta precisamente contra la seguridad estatal" (*Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, p. 55).

23. Com a declaração de que não haverá nenhuma distinção da natureza racial, social, religiosa ou política, o projeto contempla o princípio da isonomia, comum à nossa tradição jurídica.

24. Nenhum programa destinado a enfrentar os problemas referentes ao delito, ao delinquente e à pena se completaria sem o indispensável e contínuo apoio comunitário.

25. Muito além da passividade ou da ausência de reação quanto às vítimas mortas ou traumatizadas, a comunidade participa ativamente do procedimento da execução, quer através de um conselho, quer através das pessoas jurídicas ou naturais que assistem ou fiscalizam não somente as reações penais em meio fechado (penas privativas da liberdade e medida de segurança detentiva) como também em meio livre (pena de multa e penas restritivas de direitos).

Da classificação dos condenados

26. A classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica da penas privativas da liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais. A exigência dogmática da proporcionalidade da pena está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado.

27. Reduzir-se à a mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução.

28. O projeto cria a comissão técnica de classificação com atribuições específicas para elaborar

o programa de individualização e acompanhar a execução das penas privativas da liberdade e restritivas de direitos. Cabe-lhe propor as progressões e as regressões dos regimes, bem como as conversões que constituem incidentes de execução resolvidos pela autoridade judiciária competente.

29. Fiel aos objetivos assinados ao dinamismo do procedimento executivo, o sistema atende não somente aos direitos do condenado, como também, e inseparavelmente, aos interesses da defesa social. O mérito do sentenciado é o critério que comanda a execução progressiva, mas o projeto também exige o cumprimento de pelo menos um sexto do tempo da pena no regime inicial ou anterior. Com essa ressalva, limitam-se os abusos a que conduz a execução arbitrária das penas privativas da liberdade em manifesta ofensa aos interesses sociais. Através da progressão, evolui-se de regime mais rigoroso para outro mais brando (do regime fechado para o semi-aberto; do semi-aberto para o aberto). Na regressão dá-se o inverso, se ocorrer qualquer das hipóteses taxativamente previstas pelo projeto, entre elas a prática de fato definido como crime doloso ou falta grave.

30. Em homenagem ao princípio da presunção de inocência, o exame criminológico, pelas suas peculiaridades de investigação, somente é admissível após declarada a culpa ou a periculosidade do sujeito. O exame é obrigatório para os condenados à pena privativa da liberdade em regime fechado.

31. A gravidade do fato delituoso ou as condições do agente, determinantes da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.

32. A ausência de tal exame e de outras cautelas tem permitido a transferência de reclusos para o regime de semiliberdade ou de prisão-albergue, bem como a concessão de livramento condicional, sem que eles estivessem para tanto preparados, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.

33. Com a adoção do exame criminológico entre as regras obrigatórias da execução da pena privativa da liberdade em regime fechado, os projetos de reforma da parte geral do *Código penal* e da Lei de Execução Penal eliminam a controvérsia ainda não exaurida na literatura internacional acerca do momento processual e dos tipos criminológicos de autores passíveis dessa forma de exame. Os escritores brasileiros tiveram o ensejo de analisar mais concretamente este ângulo do problema com a edição do anteprojeto do *Código de processo penal* elab-

orado pelo professor José Frederico Marques, quando se previu o exame facultativo de categorias determinadas de delinqüentes, no curso do processo ou, conforme a condição do autor, no período inicial do cumprimento da sentença (Álvaro Mayrink da Costa, *Exame criminológico*, São Paulo, 1972, p. 255 e ss.). As discussões amplamente travadas a partir de tais textos revelaram que não obstante as naturais inquietações a propósito dos destinatários das investigações e da fase em que se deve processá-las, a soma das divergências não afetou a convicção da necessidade desse tipo de exame para o conhecimento mais aprofundado não só da relação delito-delinqüente, mas também da essência e da circunstância do evento anti-social.

34. O projeto distingue o exame criminológico do exame da personalidade como a espécie do gênero. O primeiro parte do binômio delito-delinqüente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamavam os pioneiros da criminologia. O segundo consiste no inquérito sobre o agente para além do crime cometido. Constitui tarefa exigida em todo o curso do procedimento criminal e não apenas elemento característico da execução da pena ou da medida de segurança. Diferem também quanto ao método esses dois tipos de análise, sendo o exame de personalidade submetido a esquemas técnicos de maior profundidade nos campos morfológico, funcional e psíquico, como recomendam os mais prestigiados especialistas, entre eles Di Tullio (*Principi di criminologia generale e clinica*, Roma, 5. ed., p. 213 e ss.).

35. O exame criminológico e o dossier de personalidade constituem pontos de conexão necessários entre a criminologia e o direito penal, particularmente sob as perspectivas da causalidade e da prevenção do delito.

36. O trabalho a ser desenvolvido pela comissão técnica de classificação não se limita, pois, ao exame de peças ou informações processuais, o que restringiria a visão do condenado a certo trecho de sua vida mas não a ela toda. Observando as prescrições éticas, a comissão poderá entrevistar pessoas e requisitar às repartições ou estabelecimentos privados elementos de informação sobre o condenado, além de proceder a outras diligências e exames que reputar necessários.

37. Trata-se, portanto, de individualizar a observação como meio prático de identificar o tratamento penal adequado, em contraste com a perspectiva massificante e segregadora, responsável pela avaliação feita "através das grades: 'olhando' para um delinqüente por fora de sua natureza e distante de sua condição humana" (René Ariel Dotti, *Bases*

e alternativas para o sistema de penas, Curitiba, 1980, p. 162-3).

Da assistência

38. A assistência aos condenados e aos internados é exigência básica para se conceber a pena e a medida de segurança como processo de diálogo entre os seus destinatários e a comunidade.

39. No Relatório da CPI do Sistema Penitenciário acentuamos que "a ação educativa individualizada ou a individualização da pena sobre a personalidade, requisito inafastável para a eficiência do tratamento penal, é obstaculizada na quase totalidade do sistema penitenciário brasileiro pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupo e sua consequente distribuição por estabelecimentos distintos, onde se concretize o tratamento adequado" ... "Tem, pois, esta singularidade o que entre nós se denomina sistema penitenciário: constitui-se de uma rede de prisões destinadas ao confinamento do recluso, caracterizadas pela ausência de qualquer tipo de tratamento penal e penitenciárias entre as quais há esforços sistematizados no sentido da reeducação do delinquente. Singularidade, esta, vincada por característica extremamente discriminatória: a minoria ínfima da população carcerária, recolhida a instituições penitenciárias, tem assistência clínica, psiquiátrica e psicológica nas diversas fases da execução da pena, tem cela individual, trabalho e estudo, pratica esportes e tem recreação. A grande maioria, porém, vive confinada em celas, sem trabalho, sem estudos, sem qualquer assistência no sentido da ressocialização" (*Diário do Congresso Nacional*, Suplemento ao nº 61, de 4 de junho de 1976, p. 2).

40. Para evitar esse tratamento discriminatório, o projeto institui no capítulo II a assistência ao preso e ao internado, concebendo-a como dever do Estado, visando a prevenir o delito e a reincidência e a orientar o retorno ao convívio social. Enumera o artigo 11 as espécies de assistência a que terão direito o preso e o internado — material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa — e a forma de sua prestação pelos estabelecimentos prisionais, cobrindo-se, dessa forma, o vazio legislativo dominante neste setor.

41. Tornou-se necessário esclarecer em que consiste cada uma das espécies de assistência em obediência aos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, especialmente as que defluem das regras mínimas da ONU.

42. Em virtude de sua importância prática e das projeções naturais sobre a atividade dos estabelecimentos penais, o tema da assistência foi dos mais

discutidos durante o I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária (Brasília, 27 a 30 de setembro de 1981) por grande número de especialistas. Reconhecido o acerto das disposições contidas no anteprojeto, nenhum dos participantes fez objeções à existência de textos claros sobre a matéria. Os debates se travaram em torno de seus pormenores e de seu alcance, o mesmo ocorrendo em relação às emendas recebidas pela comissão revisora.

43. O projeto garante assistência social à família do preso e do internado, consistente em orientação e amparo, quando necessários, estendendo à vítima essa forma de atendimento.

44. Nesta quadra da vida nacional, marcada pela extensão de benefícios previdenciários a faixas crescentes da população, devem ser incluídas entre os assistidos, por via de legislação específica, as famílias das vítimas, quando carentes de recursos. A perda ou lesão por elas sofrida não deixa de ter como causa a falência, ainda que ocasional, dos organismos de prevenção da segurança pública, mantidos pelo Estado. Se os poderes públicos se preocupam com os delinqüentes, com mais razão devem preocupar-se com a vítima e sua família.

45. Adotam alguns países, além do diploma legal regulador da execução, lei específica sobre o processo de reintegrar à vida social as pessoas libertadas do regime penitenciário.

46. O projeto unifica os sistemas. A legislação ora proposta, ao cuidar minuciosamente dos problemas da execução em geral, cuida também da questão do egresso, ao qual se estende a assistência social nele estabelecida.

47. Para impedir distorção na aplicação da lei, o projeto reconhece como egresso o liberado definitivo, pelo prazo de um ano, a contar da saída do estabelecimento penal, e o liberado condicional, durante o período de prova (artigo 25).

48. A assistência ao egresso consiste em orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade e na concessão, se necessária, de alojamento e alimentação em estabelecimento adequado, por dois meses, prorrogável por uma única vez mediante comprovação idônea de esforço na obtenção de emprego.

Do trabalho

49. No projeto de reforma da parte geral do Código penal ficou previsto que o trabalho do preso "será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social".

50. A remuneração obrigatória do trabalho prisional foi introduzida na lei nº 6.416, de 1977, que

estabeleceu também a forma de sua aplicação. O projeto mantém o texto, ficando assim reproduzido o elenco das exigências pertinentes ao emprego da remuneração obtida pelo preso: na indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; na assistência à própria família, segundo a lei civil; em pequenas despesas pessoais; e na constituição de pecúlio, em caderneta de poupança, que lhe será entregue à saída do estabelecimento penal.

51. Acrescentou-se a essas obrigações a previsão do resarcimento do Estado quanto às despesas de manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores (artigo 28, § 1º e 2º).

52. A remuneração é previamente estabelecida em tabela própria e não poderá ser inferior a três quartos do salário mínimo (artigo 28).

53. Essas disposições colocam o trabalho penitenciário sob a proteção de um regime jurídico. Até agora, nas penitenciárias onde o trabalho prisional é obrigatório, o preso não recebe remuneração e seu trabalho não é tutelado contra riscos nem amparado por seguro social. Nos estabelecimentos prisionais de qualquer natureza, os poderes públicos têm-se valido das aptidões profissionais dos presos em trabalhos gratuitos.

54. O projeto adota a idéia de que o trabalho penitenciário deve ser organizado de forma tão aproximada quanto possível do trabalho na sociedade. Admite, por isso, observado o grau de recuperação e os interesses da segurança pública, o trabalho externo do condenado, nos estágios finais de execução da pena.

55. O trabalho externo, de natureza excepcional, depende da aptidão, disciplina e responsabilidade do preso, além do cumprimento mínimo de um sexto da pena. Tais exigências impedirão o favor arbitrário, em prejuízo do sistema progressivo a que se submete a execução da pena. Evidenciado tal critério, o projeto dispõe sobre os casos em que deve ser revogada a autorização para o trabalho externo.

56. O projeto conceitua o trabalho dos condenados presos como dever social e condição de dignidade humana — tal como dispõe a Constituição, no artigo 160, inciso II —, assentando-o em dupla finalidade: educativa e produtiva.

57. Procurando, também nesse passo, reduzir as diferenças entre a vida nas prisões e a vida em liberdade, os textos propostos aplicam ao trabalho, tanto interno como externo, a organização, métodos e precauções relativas à segurança e à higiene, embora não esteja submetida essa forma de atividade à Consolidação das Leis do Trabalho, dada a inexis-

tência de condição fundamental, de que o preso foi despojado pela sentença condenatória: a liberdade para a formação do contrato.

58. Evitando possíveis antagonismos entre a obrigação de trabalhar e o princípio da individualização da pena, o projeto dispõe que a atividade laboral será destinada ao preso na medida de suas aptidões e capacidade. Serão levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

59. O conjunto de normas a que se subordinará o trabalho do preso, sua remuneração e forma de aplicação de seus frutos, sua higiene e segurança poderiam tornar-se inócuas sem a previsão de mudança radical em sua direção e gerência, de forma a protegê-lo ao mesmo tempo dos excessos da burocracia e da imprevisão comercial.

60. O projeto dispõe que o trabalho nos estabelecimentos prisionais será gerenciado por fundação ou empresa pública dotada de autonomia administrativa, com a finalidade específica de se dedicar à formação profissional do condenado. Incumbirá a essa entidade promover e supervisionar a produção, financiá-la e comercializá-la, bem como encarregar-se das obrigações salariais.

61. O projeto limita o artesanato sem expressão econômica, permitindo-o apenas nos presídios existentes em regiões de turismo.

62. Voltado para o objetivo de dar preparação profissional ao preso, o projeto faculta aos órgãos da administração direta ou indireta da União, estados, territórios, Distrito Federal e municípios a adquirir, com dispensa da concorrência pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares.

Dos deveres

63. A instituição dos deveres gerais do preso (artigo 37) e do conjunto de regras inerentes à boa convivência (artigo 38), representa uma tomada de posição da lei em face do fenômeno da prisionalização, visando a depurá-lo, tanto quanto possível, das distorções e dos estigmas que encerra. Sem característica infamante ou aflitiva, os deveres do condenado se inserem no repertório normal das obrigações do apenado como ônus naturais da existência comunitária.

64. A especificação exaustiva atende ao interesse do condenado, cuja conduta passa a ser regulada mediante regras disciplinares claramente previstas.

Dos direitos

65. Tornar-se-á inútil, contudo, a luta contra os efeitos nocivos da prisionalização, sem que se estabeleça a garantia jurídica dos direitos do condenado.

66. O projeto declara que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (artigo 3º). Trata-se de proclamação formal de garantia, que ilumina todo o procedimento da execução.

67. A norma do artigo 39, que impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios, reedita a garantia constitucional que integra a *Constituição do Brasil* desde 1967.

68. No estágio atual de revisão dos métodos e meios de execução penal, o reconhecimento dos direitos da pessoa presa configura exigência fundamental.

69. As regras mínimas da ONU, de 1955, têm como antecedentes remotos as disposições do Congresso de Londres, de 1872, e as da reunião de Berna, de 1926. Publicadas em 1929 no *Boletim da Comissão Internacional Penal Penitenciária*, essas disposições foram levadas ao exame do Congresso de Praga em 1930 e submetidas à Assembléia Geral da Liga das Nações, que as aprovou em 26 de setembro de 1934.

70. Concluída a 2ª Grande Guerra, foram várias as sugestões oferecidas pelos especialistas no sentido da refusão dos textos. Reconhecendo que nos últimos vinte anos se promovera acentuada mudança de idéias sobre a execução penal, a Comissão Internacional Penal Penitenciária propôs no Congresso de Berna de 1949 o reexame do elenco de direitos da pessoa presa. Multiplicaram-se, a partir de então, os debates e trabalhos sobre o tema. Finalmente, durante o I Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, realizado em Genebra, em agosto de 1955, foram aprovadas as novas regras mínimas que progressivamente se têm positivado nas legislações dos países membros.

71. O tema foi novamente abordado pelo Grupo Consultivo das Nações Unidas sobre Prevenção de Delito e Tratamento do Delinquente, que recomendou ao secretário geral da ONU a necessidade de novas modificações nas regras estabelecidas, em face do progresso da doutrina sobre a proteção dos direitos humanos nos domínios da execução da pena (*Pacto internacional de direitos civis e políticos*, Nova York, 1956).

72. Cumprimento determinação tomada no

IV Congresso da ONU sobre Prevenção de Delito e Tratamento do Delinquente, realizado em Kioto, em 1970, a Assembléia Geral recomendou aos Estados membros, pela resolução nº 2.858, de 20 de dezembro de 1971, reiterada pela resolução nº 3.218, de 6 de novembro de 1974, a implementação das regras mínimas na administração das instituições penais e de correção. A propósito dessa luta pelos direitos da pessoa presa, retomada, ainda, no V Congresso da ONU, realizado em Genebra, em 1975, merecem leitura a pesquisa e os comentários de Hélio Fragozo, Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind, em *Direitos dos presos*, Rio de Janeiro, 1980, p. 17 e seguintes.

73. As regras mínimas da ONU constituem a expressão de valores universais tidos como imutáveis no patrimônio jurídico do homem. Paul Cornil observa a semelhança entre a redação do texto final de 1955 e as recomendações ditadas por John Howard dois séculos antes, afirmando que são "assombrosas as analogias entre ambos os textos" (Las reglas internacionales para el tratamiento de los delincuentes, in *Revista Internacional de Política Criminal*, México, 1968, nº 26, p. 7).

74. A declaração desses direitos não pode conservar-se, porém, como corpo de regras meramente programáticas. O problema central está na conversão das regras em direitos do prisioneiro, positivados através de preceitos e sanções.

75. O projeto indica com clareza e precisão o repertório dos direitos do condenado, a fim de evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissos: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, quando compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos; chamamento nominal; igualdade de tratamento; audiência com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito; contato com o mundo exterior através de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação (artigo 40).

76. Esse repertório, de notável importância para o habitante do sistema prisional, seja ele condenado ou preso provisório, imputável, semi-imputável ou inimputável, se harmoniza não somente com as declarações internacionais de direitos mas também com os princípios subjacentes ou expressos de nosso sistema jurídico e ainda com o pensa-

mento e idéias dos penitenciaristas (Jason Soares de Albergaria, *Os direitos do homem no processo penal e na execução da penal*, Belo Horizonte, 1975).

Da disciplina

77. O projeto enfrenta de maneira adequada a tormentosa questão da disciplina. Consagra o princípio da reserva legal e defende os condenados e presos provisórios das sanções coletivas ou das que possam colocar em perigo sua integridade física, vedando, ainda, o emprego da chamada cela escura (artigo 44 e §§).

78. Na comissão parlamentar de inquérito que levantou a situação penitenciária do país, chegamos à conclusão de que a disciplina tem sido considerada "matéria vaga por excelência, dada a interveniência de dois fatores: o da superposição da vontade do diretor ou guarda ao texto disciplinar e o da concepção dominante repressiva do texto. Com efeito, cumulativamente atribuídos à direção de cada estabelecimento prisional a competência para elaborar o seu código disciplinar e o poder de executá-lo, podem as normas alterar-se a cada conjuntura e se substituírem as penas segundo um conceito variável de necessidade, o que importa afinal na prevalência de vontades pessoais sobre a eficácia da norma disciplinar. O regime disciplinar, por seu turno, tem visado à conquista da obediência pelo império da punição, sem a tônica da preocupação com o despertar do senso de responsabilidade e da capacidade de autodomínio do paciente". (*Diário do Congresso Nacional*, Suplemento ao nº 61, de 6 de abril de 1976, p. 6).

79. O projeto confia a enumeração das faltas leves e médias, bem como as respectivas sanções, ao poder discriminatório do legislador local. As peculiaridades de cada região, o tipo de criminalidade, mutante quanto aos meios e modos de execução, a natureza do bem jurídico ofendido e outros aspectos sugerem tratamentos disciplinares que se harmonizem com as características do ambiente.

80. Com relação às faltas graves, porém, o projeto adota solução diversa. Além das repercussões que causa na vida do estabelecimento e no quadro da execução, a falta grave justifica a regressão, consistente, como já se viu, na transferência do condenado para regime mais rigoroso. A falta grave, para tal efeito, é equiparada à prática de fato definido como crime (artigo 117, I) e a sua existência obriga a autoridade administrativa a representar ao juiz da execução (parágrafo único do artigo 47) para decidir sobre a regressão.

81. Dadas as diferenças entre as penas de prisão e as restritivas de direitos, os tipos de ilicitude são igualmente considerados como distintos.

82. As sanções disciplinares — advertência verbal, repreensão, suspensão, restrição de direito e isolamento na própria cela ou em local adequado, com as garantias mínimas de salubridade (artigo 52) — demonstram moderado rigor.

83. Teve-se extremo cuidado na individualização concreta das sanções disciplinares, na exigência da motivação do ato determinante do procedimento e na garantia do direito de defesa.

84. O projeto elimina a forma pela qual o sistema disciplinar, quase sempre humilhante e restritivo, é atualmente instituído nos estabelecimentos prisionais. Abole o arbitrio existente em sua aplicação. Introduz disposições precisas, no lugar da regulamentação vaga e quase sempre arbitrária. Dá a definição legal taxativa das faltas. Prevê as regras do processo disciplinar, assegura a defesa e institui o sistema de recursos. Submete, em suma, o problema da disciplina, a tratamento legislativo científico e humanizado.

Dos órgãos da execução penal

85. De forma incomparavelmente superior às disposições atuais, que indicam os órgãos encarregados da execução e regulamentam as suas atribuições, o projeto abre a relação indicando o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

86. Hoje não mais se admite que o fenômeno da execução das penas e das medidas de segurança se mantenha neutro em relação aos aspectos variados e dinâmicos da delinqüência e da justiça criminal, nos quadros da prevenção e repressão dos ilícitos penais. Nem que persista como processo indiferente ou marginal às preocupações do Estado e da comunidade quanto aos problemas de política criminal e penitenciária, de estatística, de planificação geral de combate ao delito, de avaliação periódica do sistema criminal para sua adequação às necessidades do país, de estímulo e promoção das investigações criminológicas, de elaboração do programa nacional penitenciário e de formação e aperfeiçoamento do servidor, de estabelecimento de regras sobre arquitetura e construção de estabelecimentos penais, de inspeção e fiscalização dos estabelecimentos penais e dos poderes de representação, sempre que ocorra violação das normas de execução ou quando o estabelecimento estiver funcionando sem condições adequadas.

87. O juízo da execução, o ministério público, o conselho penitenciário, os departamentos penitenciários, o patronato e o conselho da comunidade (artigos 64 e seguintes) são os demais órgãos da execução, segundo a distribuição feita no projeto.

88. As atribuições pertinentes a cada um de

tais órgãos foram estabelecidas de forma a evitar conflitos, realçando-se, ao contrário, a possibilidade da atuação conjunta, destinada a superar os inconvenientes graves, resultantes do antigo e generalizado conceito de que a execução das penas e medidas de segurança é assunto de natureza eminentemente administrativa.

89. Diante das dúvidas sobre a natureza jurídica da execução e do consequente hiato de legalidade nesse terreno, o controle jurisdicional, que deveria ser freqüente, tem-se manifestado timidamente, para não ferir a suposta 'autonomia' administrativa do processo executivo.

90. Essa compreensão sobre o caráter administrativo da execução tem sua sede jurídica na doutrina política de Montesquieu sobre a separação dos poderes. Discorrendo sobre a 'individualização administrativa', Montesquieu sustentou que a lei deve conceder bastante elasticidade para o desempenho da administração penitenciária, "porque ela individualiza a aplicação da pena às exigências educacionais e morais de cada um" (*L'individualisation de la peine*, Paris, 1927, p. 267-68).

91. O rigor metodológico dessa divisão de poderes tem sido, ao longo dos séculos, uma das causas marcantes do enfraquecimento do direito penitenciário como disciplina abrangente de todo o processo de execução.

92. A orientação estabelecida pelo projeto, ao demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução, vem consagrar antigos esforços no sentido de jurisdicionarizar, no que for possível, o direito de execução penal. Já em 1893, no Congresso promovido pela recém-fundada União Internacional de Direito Penal, concluiu-se que como os tribunais e a administração penitenciária concorriam para um fim comum — valendo a condenação, principalmente, pelo seu modo de execução — o divisionismo consumado pelo direito do final do século, entre as funções repressiva e penitenciária, deveria ser relegado como 'irracional e danoso'. O texto da conclusão votada naquele conclave já deixava antevert a figura do juiz de execução, surgindo na Itália em 1930 e em França após 1945.

93. Esse juízo especializado já existe, entre nós, em algumas Unidades da Federação. Com a transformação do projeto em lei, estamos certos de que virá a ser criado, tão celeremente quanto possível, nos demais estados e territórios.

Dos estabelecimentos penais

94. Os estabelecimentos penais compreendem: 1º — a penitenciária, destinada ao condenado à reclusão, a ser cumprida em regime fechado;

2º — a colônia agrícola, industrial ou similar, reservada para a execução da pena de reclusão ou detenção em regime semi-aberto; 3º — a casa do albergado, prevista para acolher os condenados à pena privativa da liberdade em regime aberto e à pena de limitação de fim de semana; 4º — o centro de observação, onde serão realizados os exames gerais e o criminológico; 5º — o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que se destina aos doentes mentais, aos portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado e aos que manifestam perturbação das faculdades mentais; e 6º — a cadeia pública, para onde devem ser remetidos os presos provisórios (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva ou em razão da pronúncia e, finalmente, os condenados enquanto não transitam em julgado a sentença) (artigos 86 e seguintes).

95. O projeto regulou as diferentes situações pessoais, dispondo que "a mulher será recolhida a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal", "o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado", "o preso primário cumprirá a pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes" e "o preso que, ao tempo do fato, era funcionário da administração da justiça criminal ficará em dependência separada" (artigos 81, § 1º, 83, e §§).

96. Relaciona-se com o problema da separação dos presidiários a superlotação dos estabelecimentos penais.

97. Na CPI do sistema penitenciário salientamos que o "dramático problema da vida sexual nas prisões não se resume na prática do homossexualismo, posto que comum. Seu aspecto mais grave está no assalto sexual, vitimador dos presos vencidos pela força de um ou mais agressores em celas superpovoadas. Trata-se de consequência inelutável da superlotação carcerária, já que o problema praticamente desaparece nos estabelecimentos de semi-liberdade, em que se facilita aos presos saídas periódicas. Sua existência torna imperiosa a adoção de cela individual" (*Diário do Congresso Nacional*, Suplemento ao nº 61, de 4 de junho de 1976, p. 9).

98. O projeto adota, sem vacilação, a regra da cela individual, com requisitos básicos quanto à salubridade e área mínima. As penitenciárias e as cadeias públicas terão, necessariamente, as celas individuais. As colônias, pela natureza de estabelecimento de regime semi-aberto, admitem o alojamento em compartimentos coletivos, porém com os requisitos legais de salubridade ambiental (aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana).

99. Relativamente ao hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não existe a previsão da cé-

la individual, já que a estrutura e as divisões de tal unidade estão na dependência de planificação especializada, dirigida segundo os padrões da medicina psiquiátrica. Estabelecem-se, entretanto, as garantias mínimas de salubridade do ambiente e área física de cada aposento.

100. É de conhecimento geral que "grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção de inocência. Nesses ambientes de estufa, a ociosidade é a regra, a intimidade, inevitável e profunda. A deterioração do caráter, resultante da influência corruptora de subcultura criminal; o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde, são consequências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como 'sementeiras de reincidências', dados os seus efeitos criminógenos" (conforme o nosso Relatório à CPI do Sistema Penitenciário, loc. cit. p. 002).

101. O projeto é incisivo ao declarar que "o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade" (artigo 84).

102. Para evitar o inconveniente de se prefixar, através da lei, o número adequado de presos ou internados, defere-se ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a atribuição para determinar os limites máximos de capacidade de cada estabelecimento, atendendo à sua natureza e peculiaridades (parágrafo único, artigo 84).

103. A violação da regra sobre a capacidade de lotação é punida com a interdição do estabelecimento, a ser determinada pelo juiz da execução (inciso VIII, artigo 65). O projeto igualmente prevê a sanção a ser imposta às unidades federativas, consistente na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinadas pela União, a fim de atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança (§ 4º, artigo 202).

104. A execução da pena privativa da liberdade em estabelecimento penal pertence a outra unidade federativa é uma possibilidade já consagrada em nossos costumes penitenciários pelo *Código penal de 1940* (§ 3º, artigo 29).

105. Anteriormente, o *Código republicano* (1890) dispunha que a prisão celular poderia ser cumprida em qualquer estabelecimento especial ainda

que não fosse no local do domicílio do condenado (artigo 54).

106. O artigo 85 do projeto atende não somente ao interesse público da administração penitenciária como também ao interesse do próprio condenado.

107. Em princípio, a pena deve ser executada na comarca onde o delito se consumou, em coerência, aliás, com a regra da competência jurisdicional. Existem, no entanto, situações que determinam ou recomendam, no interesse da segurança pública ou do próprio condenado, o cumprimento da pena em local distante da condenação. Sendo assim, a previsão legal de que se cogita (§ 1º, artigo 85) é pertinente à categoria especial de presidiários sujeitos a pena superior a quinze anos. O recolhimento depende de decisão judicial e poderá ocorrer no início ou durante a execução. Os estabelecimento a serem construídos pela União podem ser tanto penitenciárias, como colônias agrícolas, industriais ou similares.

108. O artigo 82 dispõe que o estabelecimento penal, segundo a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática desportiva. Trata-se de norma destinada a desartificializar o cenário que ainda hoje transparece em muitos presídios, nos quais se conservam a arquitetura e o cheiro de antigüidades medievais. Com grande propriedade, Eberhard Schmidt se referiu ao arcaísmo do sistema ortodoxo mundial, impregnado de "erros monumentais talhados em pedra" (conforme Peter Aebersold, *Le projet alternatif alleman d'une loi sur l'exécution des peines* (A.E.), trabalho divulgado na *Revue Internationale de Droit Pénal*, nºs 3/4 de 1975, p. 269 e ss.).

109. A casa do albergado deverá situar-se em centro urbano, separada dos demais estabelecimentos, caracterizando-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (artigo 93). Tratando-se de estabelecimento que recolhe os condenados à pena privativa da liberdade em regime aberto e também os apenados com a limitação de fim de semana, há necessidade de conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local apropriado para cursos e palestras (artigo 94).

110. A experiência da prisão-albergue obteve grande receptividade no estado de São Paulo, quando secretário da justiça o professor Manoel Pedro Pimentel. Até o mês de outubro de 1977 já estavam instaladas 59 casas de albergado com uma população de 2.000 sentenciados. A propósito, o ilustre penalista iniciou uma grande campanha, "convocando as forças vivas da comunidade" (clubes de serviço, lojas maçônicas, federações espíritas, igrejas evangélicas, igrejas católicas), de maneira a ensejar uma pergunta: "por que o Estado, que já arrecada

impostos para a prestação de serviços, não se encarrega da construção e manutenção das casas do albergado? A resposta é simples. Trata-se da necessidade de modificação da atitude da sociedade frente ao preso e da atitude do preso frente à sociedade. Essas atitudes jamais se modificarão se a sociedade não ficar conhecendo melhor o preso e este conhecendo melhor a sociedade. Não devemos esperar que o sentenciado seja o primeiro a estender a mão, por óbvias razões. O primeiro passo deve ser dado pela sociedade" (*Prisões fechadas – prisões abertas*, São Paulo, 1978, p. 43).

111. Com a finalidade de melhor apurar o senso de responsabilidade dos condenados e promovê-los a devida orientação a casa do albergado deverá ser dotada de instalações apropriadas. Esta providência é uma das cautelas que, aliadas à rigorosa análise dos requisitos e das condições para o cumprimento da pena privativa da liberdade em regime aberto (artigo 113 e seguintes), permitirá à instituição permanecer no sistema, já que ao longo dos anos tem sido consagrada nos textos da reforma, como se poderá ver pelas leis nºs 6.016, de 31 de dezembro de 1973, e 6.416, de 24 de maio de 1977, e pelo projeto de revisão da parte geral do *Código penal*.

112. O funcionamento satisfatório da prisão-albergue depende, portanto, de regulamentação adequada quanto às condições de concessão e ao sujeito a que se destina. Além disso, a necessidade de efetivo controle jurisdicional, que impeça abusos, se coloca como providência indispensável para a estabilidade da instituição. O projeto cuidou de tais aspectos visando a fazer da casa do albergado um estabelecimento idôneo para determinados tipos de condenados (conforme, para maiores detalhes sobre o tema, Alípio Silveira, *Prisão albergue – teoria e prática*).

Da execução das penas privativas da liberdade

113. O título V do projeto abre a parte que se poderia reconhecer como especial, em cotejo com uma parte geral. Inicia-se com disposições sobre a execução das penas em espécie, particularmente as penas privativas da liberdade.

114. A matéria tratada nas disposições gerais diz respeito às exigências formais relativas ao início do cumprimento da pena com a declaração da garantia de que "ninguém será recolhido, para cumprimento da pena privativa da liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária" (artigo 106).

115. O projeto evoluiu sensivelmente, ao ampliar o conteúdo da carta de guia, documento que

deve servir de indicador e roteiro primários para o procedimento da execução.

116. Nos termos do artigo 676 do *Código de processo penal*, a carta de guia deve conter: I – o nome do réu e a alcunha por que for conhecido; II – a sua qualificação civil (naturalidade, filiação, idade, estado, profissão), instrução e, se constar, o número do registro geral do instituto de identificação e estatística ou de repartição congênere; III – o teor integral da sentença condenatória e a data da terminação da pena.

117. Segundo a redação agora proposta, a carta de guia conterá, além desses dados, informações sobre os antecedentes e o grau de instrução do condenado. Ao ministério público se dará ciência da guia de recolhimento, por lhe incumbir a fiscalização da regularidade formal de tal documento, além dos deveres próprios no processo executivo (artigos 66 e 67).

118. O projeto dispõe que o regime inicial de execução da pena privativa da liberdade é o estabelecido na sentença da condenação, com observância do artigo 33 e seus parágrafos do *Código penal* (artigo 109). Mas o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações. As mudanças no território da execução consistem na transferência do condenado de regime mais rigoroso para outro menos rigoroso (progressão) ou de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso (regressão).

119. A progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial ou anterior. A transferência é determinada somente pelo juiz da execução, cuja decisão será motivada e precedida de parecer da comissão técnica de classificação. Quando se tratar de condenado oriundo do sistema fechado, é imprescindível o exame criminológico (artigo 111 e parágrafo único).

120. Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semi-aberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução.

121. Segundo a orientação do projeto, a prisão-albergue é espécie do regime aberto. O ingresso do condenado em tal regime poderá ocorrer no início ou durante a execução. Na primeira hipótese, os requisitos são os seguintes: a) pena igual ou inferior a quatro anos; b) não ser o condenado reincidente; c) exercício do trabalho ou comprovação da possibilidade de trabalhar imediatamente; d) apresentar, pelos antecedentes ou resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que

irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime (projeto de revisão da parte geral do *Código penal*, letra c, § 2º, artigos 33 e 113 do presente projeto).

122. Para a segunda hipótese, isto é, a passagem do regime semi-aberto (progressão), além dos requisitos indicados nas letras c e d, exige-se, também, o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior (artigo 111).

123. O deferimento do regime aberto pressupõe a aceitação do programa de execução e as condições impostas pelo juiz, que se classificam em especiais e gerais. As primeiras serão impostas segundo o prudente arbitrio do magistrado, levando em conta a natureza do delito e as condições pessoais de seu autor. As outras têm caráter obrigatório e consistem: 1ª — na permanência, no local designado, durante o repouso e nos dias de folga; 2ª — na saída para o trabalho e, no retorno, nos horários fixados; 3ª — em não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; 4ª — no comparecimento a juízo, para informar e justificar as atividades (artigo 114).

124. Reconhecendo que a prisão-albergue não se confunde com a prisão domiciliar, o projeto declara, para evitar dúvidas, que o regime aberto não admite a execução da pena em residência particular, salvo quando se tratar de condenado maior de setenta anos ou acometido de grave doença e de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou, finalmente, de condenada gestante (artigo 116). Trata-se aí de exceção plenamente justificada em face das condições pessoais do agente.

125. A regressão (transferência do condenado de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso) será determinada pelo juiz quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; sofrer condenação, por delito anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. Relativamente à execução em regime aberto, a regressão também poderá ocorrer se o condenado frustrar os fins de execução, ou, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

126. A legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa da liberdade em regime aberto, no que tangue à regulamentação das atividades exercidas fora do estabelecimento penal, bem como dos dias e dos horários de recolhimento e dos dias de folga.

127. As autorizações de saída (permissão de saída e saída temporária) constituem notáveis fatos para atenuar o rigor da execução contínua da pena de prisão. Não se confundem tais autorizações

com os chamados favores gradativos que são característicos da matéria tratada no cap. IV do Título II (mais especialmente dos direitos e da disciplina).

128. As autorizações de saída estão acima da categoria normal dos direitos (artigo 40), visto que constituem, ora aspectos da assistência em favor de todos os presidiários, ora etapa da progressão em favor dos condenados que satisfazem determinados requisitos e condições. No primeiro caso estão as permissões de saídas (artigo 119 e incisos) que se fundam em razões humanitárias.

129. As saídas temporárias são restritas aos condenados que cumprem pena em regime semi-aberto (colônias). Consistem na autorização para sair do estabelecimento para, sem vigilância direta, visitar a família, freqüentar cursos na comarca da execução e participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social (artigo 121 e incisos). A relação é exaustiva.

130. A limitação do prazo para a saída, as hipóteses de revogação e recuperação do benefício, além da motivação do ato judicial, após audiência do ministério público e da administração penitenciária, conferem o necessário rigor a este mecanismo de progressão que depende dos seguintes requisitos: 1º — comportamento adequado; 2º — cumprimento mínimo de um sexto da pena para o príncipio e um quarto para o reincidente; 3º — a compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (artigo 122 e incisos).

131. Na lição de Elias Neuman, as autorizações de saída representam um considerável avanço penalógico e os seus resultados são sempre proveitosos quando outorgados mediante bom senso e adequada fiscalização (*Prisión abierta*, Buenos Aires, 1962, p. 136-137).

132. A remição é uma nova proposta ao sistema e tem, entre outros méritos, o de abreviar pelo trabalho parte do tempo da condenação. Três dias de trabalho correspondem a um dia de resgate. O tempo remido será computado para a concessão do livramento condicional e do indulto, que a exemplo da remissão constituem hipóteses práticas de sentença indeterminada como fenômeno que abrandam os rigores da pré-fixação invariável, contrária aos objetivos da política criminal e da reversão pessoal do delinquente.

133. O instituto da remição é consagrado pelo *Código penal espanhol* (artigo 100). Tem origem no direito penal militar da guerra civil e foi estabelecido por decreto de 28 de maio de 1937 para os prisioneiros de guerra e os condenados por crimes especiais. Em 7 de outubro de 1938 foi criado um patronato central para tratar da 'redención de penas por

el trabajo' e a partir de 14 de março de 1939 o benefício foi estendido aos crimes comuns. Após mais alguns avanços, a prática foi incorporada ao *Código penal* com a reforma de 1944. Outras ampliações ao funcionamento da remição verificaram-se em 1956 e 1963 (conforme Rodrigues Devesa, *Derecho penal español*, parte geral, Madrid, 1971, p. 763 e ss.).

134. Com a finalidade de se evitarem as distorções que poderiam comprometer a eficiência e o crédito desse novo mecanismo em nosso sistema, o projeto adota cautelas para a concessão e revogação do benefício, dependente da declaração judicial e audiência do ministério público. E reconhece caracterizado o crime de falsidade ideológica quando se declara ou atesta falsamente a prestação de serviço para instruir o pedido de remição.

135. Relativamente ao livramento condicional as alterações são relevantes, conforme orientação adotada pelo projeto de revisão da parte geral do *Código penal* (artigos 83 e ss.).

136. No quadro da execução (artigos 130 e ss.) o tema do livramento condicional acompanhou as importantes modificações introduzidas pela lei nº 6.416/77, que alterou os artigos 710 e seguintes do *Código de processo penal*. Além do minucioso e adequado repertório de obrigações, deu-se ênfase à solenidade da audiência de concessão da medida e adotaram-se critérios de revogação fiéis ao regime de legalidade, de necessidade e de oportunidade. A observação cautelar e a proteção social do liberado constituem medidas de grande repercussão humana e social ao substituírem a chamada 'vigilância da autoridade policial' prevista pelo *Código de 1940* onde não existisse (e não existe em quase lugar algum do país!) patronato oficial ou particular.

137. Esses são alguns dos aspectos de acentuado valor para maior flexibilidade do livramento condicional, que é uma das medidas alternativas ao encarceramento.

Da execução da penas restritivas de direitos

138. A atividade judicial é de notável relevo na execução dessas espécies de pena. Como se trata de inovação absoluta, inexistem parâmetros rigorosos a guiá-la. Cabe-lhe, assim, designar entidades ou programas comunitários ou estatais; determinar a intimação do condenado e adverti-lo das obrigações; alterar a forma de execução; verificar a natureza e a qualidade dos cursos a serem ministrados; comunicar à autoridade competente a existência da interdição temporária de direitos; determinar a apreensão dos documentos que autorizam o direito interditado, etc. (artigo 148 e ss.).

139. Na execução das penas restritivas de direitos domina também o princípio da individualização, aliado às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal (artigo 147).

140. A responsabilidade da autoridade judiciária no cumprimento das penas restritivas de direitos é dividida com as pessoas jurídicas de direito público ou privado ou com os particulares beneficiados com o prestação de serviços gratuitos. Mas o seu desempenho não é minimizado pelo servidor ou pela burocacia, como sucede, atualmente, com a execução das penas privativas da liberdade. O caráter pessoal e indelegável da jurisdição é marcante na hipótese de conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade (artigo 108) ou desta para aquela (artigo 179).

141. Tais procedimentos revelam o dinamismo e a personalidade da execução.

Da suspensão condicional

142. A prática da suspensão condicional da pena tem revelado com freqüência a perda do poder afilítivo que constitui a essência da reação anticriminal. Considerado como garantia de impunidade para o primeiro delito ou como expressão de clemência judicial, o instituto não tem atendido aos objetivos próprios à sua natureza.

143. O problema, visto pelos escritores italianos como a *debolezze della repressione*, tem contribuído para o descrédito da medida sob os ângulos da proporcionalidade e da intimidação. Marc Ancel analisa essa corrente crítica em obra vertida para a língua italiana sob o título *La sospensione dell'esecuzione della sentenza*, Milão, 1976, p. 80 e ss.).

144. Na rotina forense, o procedimento da suspensão condicional da pena se encerra com a leitura de condições rotineiras que, distanciadas da realidade e do condenado, permanecem depois como naturezas-mortas nos escaninhos dos cartórios.

145. Reagindo, porém, a essa letargia, o projeto consagra as linhas da reforma introduzida pela lei nº 6.416/77 que emprestou novos contornos materiais e formais à suspensão da pena privativa da liberdade, mediante condições. Além de alterações que deram mais amplitude, como a aplicação geral aos casos de reclusão e aos reincidentes, salvo exceção expressa, o sistema exige que o juiz, ao impor pena privativa da liberdade não superior a dois anos, se pronuncie, obrigatória e motivadamente, sobre o *sursis*, quer o conceda quer o denegue.

146. As condições devem ser adequadas ao fa-

to e à situação pessoal do condenado, evitando-se dessa forma as generalizações incompatíveis com o princípio da individualização.

147. A leitura da sentença pelo juiz, com advertência formal sobre as consequências de nova infração e do descumprimento das condições (artigo 159), confere dignidade à mecânica do instituto, que não se pode manter como ato de rotina. A audiência especial presidida pelo magistrado visa a empregar à cerimônia dignidade compatível com o ato, evitando-se que a sentença e as condições sejam anunciadas por funcionários do cartório, que colhem, no balcão, a assinatura do condenado.

Da execução da pena de multa

148. A pena de multa fixada em dias constitui grande evolução no sistema ora proposto à consideração de V. Ex.^a. Para compatibilizar tal progresso com os meios para efetivar a cobrança, o projeto prevê que a nomeação de bens à penhora e a posterior execução (quando o condenado, regularmente citado, não paga o valor da multa e nem indica bens à penhora) se processem segundo as disposições do *Código de processo civil* (§ 2º, artigo 163). Recaindo a penhora sobre bem imóvel, os autos de execução (que se formam em apartado) serão remetidos ao juízo cível para o devido prosseguimento (artigo 164).

149. Melhor flexibilidade para o instituto da multa advém da forma de cobrança mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, com a intimação do responsável pelo desconto para que proceda ao recolhimento mensal da importância determinada, até o dia fixado pelo juiz. A recusa ou a simples omissão caracteriza o delito de desobediência.

150. O desconto, porém, é limitado (no máximo, a quarta parte da remuneração, e no mínimo um décimo) a fim de impedir que a execução da pena de multa alcance expressão afilítica exagerada ou desproporcional, com sacrifício do objetivo da prevenção especial, tanto em se tratando de condenado em meio livre (artigo 167) como de condenado que cumpre, cumulativamente, a pena privativa da liberdade (artigo 169).

Da execução das medidas de segurança

151. Extremamente simplificada é a execução das medidas de segurança em face da revisão imposta pelo projeto que altera a parte geral do *Código penal*, com a supressão de algumas espécies de medidas e estabelecimentos.

152. O sistema agora proposto contém apenas dois tipos de medidas de segurança: internamento e sujeição a tratamento ambulatorial.

153. A guia expedida pela autoridade judiciária constitui o documento indispensável para a execução de qualquer uma das medidas. Trata-se da reafirmação da garantia individual da liberdade que deve existir para todas as pessoas, independentemente de sua condição, salvo as exceções legais.

154. A exemplo do que ocorre com o procedimento executivo das penas privativas da liberdade, a guia de internamento ou tratamento ambulatorial contém as indicações necessárias à boa e fiel execução fiscalizada pelo ministério público, que deverá manifestar a ciência do ato no próprio documento.

155. Tanto o exame criminológico como o exame geral de personalidade são, conforme as circunstâncias do caso concreto, necessários ou recomendáveis em relação aos destinatários das medidas de segurança. Daí porque o projeto expressamente consigna a realização de tais pesquisas. Em relação aos internados, o exame criminológico é obrigatório. É facultativo — na dependência da natureza do fato e das condições do agente — quanto aos submetidos a tratamento ambulatorial.

156. Findo o prazo mínimo de duração da medida de segurança, detentiva ou não detentiva, proceder-se-á à verificação do estado de periculosidade. Trata-se, em tal caso, de procedimento *ex officio*. A decisão judicial será instruída com o relatório da autoridade administrativa, laudo psiquiátrico e diligências. O ministério público e o curador ou defensor do agente serão necessariamente ouvidos, exigência que caracteriza a legalidade e o relevo de tal procedimento.

157. Significativa é a alteração proposta ao sistema atual, no sentido de que a averiguação do estado de periculosidade, antes mesmo de expirado o prazo mínimo, possa ser levado a cabo por iniciativa do próprio juiz da execução (artigo 175). Atualmente, tal investigação somente é promovida por ordem do tribunal (*Código de processo penal*, artigo 777) suprimindo-se, portanto, a instância originária e natural, visto que a cessação da periculosidade é procedimento típico de execução.

158. A pesquisa sobre a condição dos internados ou dos submetidos a tratamento ambulatorial deve ser estimulada com rigor científico e desvelo humano. O problema assume contornos dramáticos em relação aos internamentos que não raro ultrapassam os limites razoáveis de durabilidade, consumando, em alguns casos, a perpétua privação da liberdade.

Dos incidentes de execução

159. Os incidentes de execução compreendem as conversões, o excesso ou desvio de execução, a anistia e o indulto, salientando-se, quanto a esses dois últimos, o caráter substantivo de causas de extinção da punibilidade.

160. A conversão se distingue da transferência do condenado de um regime para outro, como ocorre com as progressões e as regressões.

161. Enquanto a conversão implica alterar de uma pena para outra (a detenção não superior a dois anos pode ser convertida em prestação de serviços à comunidade; a limitação de fim de semana pode ser convertida em detenção), a transferência é um evento que ocorre na dinâmica de execução da mesma pena (a reclusão é exequível em etapas: desde o regime fechado até o aberto, passando pelo semi-aberto).

162. As hipóteses de conversão foram minuciosamente indicadas no projeto (artigo 179 e seguintes) de modo a se cumprir fielmente o regime de legalidade e se atenderem amplamente aos interesses da defesa social e aos direitos do condenado.

163. A conversão, isto é, a alternatividade de uma pena por outra, no curso da execução, poderá ser favorável ou prejudicial ao condenado. Exemplo do primeiro caso é a mudança da privação da liberdade para a restrição de direitos; exemplo do segundo caso é o processo inverso ou a passagem da multa para a detenção.

164. A instituição e a prática das conversões demonstram a orientação da reforma como um todo, consistente em dinamizar o quadro da execução de tal maneira que a pena finalmente cumprida não é, necessariamente, a pena da sentença. Esta possibilidade, permanentemente aberta, traduz o inegável empenho em dignificar o procedimento executivo das medidas de reação ao delito, em atenção ao interesse público e na dependência exclusiva da conduta e das condições pessoais do condenado. Todas as hipóteses de conversão, quer para agravar, quer para atenuar, resultam, necessariamente, do comportamento do condenado, embora sejam também considerados os antecedentes e a personalidade, mas de modo a complementar a investigação dos requisitos.

165. Uma das importantes alterações consiste em se eliminar a conversão da multa em detenção quando o condenado reincidente deixa de pagá-la, conforme prevê o artigo 38, primeira parte, do Código penal.

166. Limitando a conversão da pena de multa em privativa da liberdade somente quando o conde-

nado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução (artigo 181), o projeto se coloca em harmonia com as melhores lições que consideram desumana a prisão por insuficiência econômica.

167. A conversão também ocorre quando se substitui a pena privativa da liberdade pela medida de segurança, sempre que, no curso da execução, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental.

Do excesso ou desvio

168. Todo procedimento está sujeito a desvios de rota. Em harmonia com o sistema instituído pelo projeto, todos os atos e termos da execução se submetem aos rigores do princípio de legalidade. Um dos preceitos cardeais do texto ora posto à alta consideração de V. Ex.^a proclama que "ao condenado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei" (artigo 3º).

169. O excesso ou desvio na execução caracterizam fenômenos aberrantes não apenas sob a perspectiva individualista do *status jurídico* do destinatário das penas e das medidas de segurança. Para muito além dos direitos, a normalidade do processo de execução é uma das exigências da defesa social.

170. O excesso ou o desvio de execução consistem na prática de qualquer ato fora dos limites fixados pela sentença, por normas legais ou regulamentares.

171. Pode-se afirmar, com segurança, que a execução no processo civil guarda mais fidelidade aos limites da sentença, visto que se movimenta pelos caminhos rigorosamente traçados pela lei, o que nem sempre ocorre com o acidentado procedimento executivo penal. A explicação maior para essa diferença de tratamento consiste de sanções específicas para neutralizar o excesso de execução no cível — além da livre e atuante presença da parte executada —, o que não ocorre quanto a execução penal. A impotência da pessoa presa ou internada constitui poderoso obstáculo à autoproteção de direitos ou ao cumprimento dos princípios de legalidade e justiça que devem nortear o procedimento executivo. Na ausência de tal controle, necessariamente judicial, o árbitrio torna inseguras as suas próprias vítimas e o descompasso entre o crime e sua punição transforma a desproporcionalidade em fenômeno de hipertrofia e de abuso de poder.

172. As disposições em torno da anistia e do indulto (artigo 186 e seguintes) aprimoraram sensivelmente os respectivos procedimentos e se ajustam também à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser indi-

vidual ou coletivo. A *Constituição federal*, aliás, não se refere à graca mas somente à anistia e ao indulto (artigo 8º. XVI; 43, VIII; 57, VI; 81, XXII). Em sentido amplo, a graca abrange tanto a anistia como o indulto.

Do procedimento judicial

173. O juízo da execução é o foro para o conhecimento de todos os atos praticados por qualquer autoridade, na execução das penas e das medidas de segurança (artigo 193 e seguintes).

174. A legitimidade para provocar o procedimento se estende para além da iniciativa judicial, cabendo, também, ao ministério público, ao interessado, ao conselho penitenciário e às autoridades administrativas invocar a prestação jurisdicional em face da natureza complexa da execução.

175. O procedimento judicial comporta a produção de prova pericial ou oral e as decisões são todas recorríveis (artigos 194 e seguintes). O agravo, sem efeito suspensivo, é o recurso adequado.

Disposições finais e transitórias

176. A segurança pública e individual é comprometida quando as fugas ou as tentativas de fuga se manifestam, principalmente fora dos limites físicos dos estabelecimentos prisionais, quando a redução do número de guardas e as circunstâncias do transporte dos presos impedem o melhor policiamento. Daí a necessidade do emprego de algemas como instrumentos de construção física.

177. O uso de tal meio deve ser disciplinado em caráter geral e uniforme. Esta é a razão do disposto no artigo 198, segundo o qual "o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal".

178. A preocupação generalizada em preservar o condenado por delito político de tratamento penitenciário idêntico ao dos delinqüentes comuns é hoje dominante. Daí a orientação do projeto.

179. O cumprimento da prisão civil ou administrativa não se dará nos estabelecimentos do sistema. Até que se construa ou adapte o estabelecimento adequado, tais formas não criminais de privação da liberdade serão efetivadas em seção efetivadas em seção especial da cadeia pública.

180. A reabilitação ganhou autonomia científica quando o projeto de reforma da parte geral do *Código penal* libertou o instituto do confinamento imposto pelo atual sistema, tratado timidamente entre as causas de extinção da punibilidade. Alcançando quaisquer penas e também os efeitos da condenação (artigo 93 e parágrafo único) a reabilitação de-

ve ser preservada contra a devassa pública ou particular que compromete o processo de ajustamento social do condenado.

181. O *Código penal de 1969* previa o cancelamento mediante averbação dos antecedentes criminais, uma vez declarada a reabilitação. Em consequência, o registro oficial das condenações penais não poderia ser comunicado senão à autoridade policial ou judiciária, ou ao representante do ministério público para instrução do processo penal que viesse a ser instaurado contra o reabilitado (artigos 119 e 120).

182. O projeto adota solução mais econômica e eficiente. Dispõe que cumprida ou extinta a pena "não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidos por autoridade policial ou por auxiliares da justiça, nenhuma notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal" (artigo 201).

183. O artigo 202 e seus parágrafos contêm preceitos de absoluta necessidade a fim de se prover a execução das penas e das medidas de segurança dos meios materiais e humanos e dos mecanismos indispensáveis à fiel aplicação do futuro diploma.

184. Atualmente o chamado direito penitenciário em nosso país é reduzido a meras proclamações otimistas oriundas de princípios gerais e regras de proteção dos condenados ou internados. As normas gerais do regime penitenciário, caracterizadas na lei nº 3.274/57, não são verdadeiras normas jurídicas: materialmente, porque ineficazes nos casos concretos e, assim, inaplicáveis; formalmente, porque não contêm o elemento de coercibilidade, consistente na sanção para o descumprimento do comando emergente da norma. O referido diploma é sistematicamente ignorado, e ao longo de sua existência — mais de vinte anos — não ensejou o desenvolvimento da doutrina nem sensibilizou juízes, tribunais e a própria administração pública.

185. As unidades federativas, sob a orientação do novo diploma, devem prestar a necessária contribuição para que a frente de luta aberta contra a violência e a criminalidade possa alcançar bons resultados no campo prático, atenuando o sentimento de insegurança oriundo dos índices preocupantes da reincidência. O apoio da União é também fator poderoso para que o sistema de execução das penas e das medidas de segurança possa contar com os padrões científicos e humanos apropriados ao progresso social e cultural de nosso país.

Conclusão

186. O projeto que tenho a honra de apresen-

tar à consideração de V. Ex.^a constitui a síntese de todo um processo histórico no conjunto de problemas fundamentais à comunidade. A contribuição prestada por magistrados, membros do ministério público, professores de direito, advogados e especialistas na questão penitenciária foi extensa e constante durante o tempo de maturação do anteprojeto de Lei de Execução Penal, até o estágio final da revisão. As discussões abertas com a divulgação nacional do documento foram ensejadas pela portaria nº 429, de 22 de julho de 1981, quando se declarou ser "do interesse do governo o amplo e democrático debate sobre a reformulação das normas referentes à execução da pena". O I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, realizado em Brasília (27 a 30 de setembro de 1981), foi o ponto de convergência das discussões entre os melhores especialistas, oportunidade em que o texto de reforma sofreu minudente e judiciosa apreciação crítica para aprimorá-lo. A elaboração do anteprojeto foi iniciada em fevereiro de 1981, por comissão integrada pelos professores Francisco de Assis Toledo, coordenador, René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto. Os trabalhos de revisão, de que resultou o presente projeto, foram levados a bom termo, um ano após, por comissão revisora composta pelos professores Francisco de Assis Toledo, coordenador, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci. Contou esta última, nas reuniões preliminares, com a colaboração dos professores Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Everardo da Cunha Luna.

187. Merece referência especial o apoio dado

às comissões pelo Conselho Nacional de Política Penitenciária. Este órgão, eficientemente presidido pelo Dr. Pio Soares Canedo, tem proporcionado desde a sua recente instalação, em junho do ano de 1980, valioso contingente de informações, de análises, de deliberações e de estímulo intelectual e material às atividades de prevenção da criminalidade.

188. Devo recomendar especialmente a V. Ex.^a os juristas mencionados, que tudo fizeram, com sacrifício de suas atividades normais, para que o projeto alcançasse o estágio agora apresentado. Os trabalhos sintetizam a esperança e os esforços voltados para a causa universal do aprimoramento da pessoa humana e do progresso espiritual da comunidade.

189. Vencidas quatro décadas, durante as quais vigorou o regime penal-processual-penitenciário amoldado ao pensamento e à experiência da Europa do final do século passado e do começo deste, abre-se agora uma generosa e fecunda perspectiva. Apesar de inspirado também nas modernas e importantes contribuições científicas e doutrinárias, que não têm pátria, o sistema ora proposto não desconhece nem se afasta da realidade brasileira.

190. A sua transformação em lei fará com que a obra de reforma legislativa de V. Ex.^a seja inscrita entre os grandes monumentos de nossa história.

Valho-me da oportunidade para renovar a V. Ex.^a as expressões do meu profundo respeito.

Ibrahim Abi-Ackel

Ministro da Justiça

Resumos

RELEVÂNCIA PROCESSUAL DA REFORMA PENAL

Nesta conferência, proferida em abril do corrente pelo ilustre professor Rogério Lauria Tucci, abordam-se os aspectos e as inovações propostas no Anteprojeto de Código de processo penal de 1981.

A simplificação dos procedimentos, a introdução do procedimento sumaríssimo, a instituição do órgão colegiado de primeira instância, entre outras inovações, são comentadas com muita propriedade ao longo do texto pelo insigne mestre.

As inovações analisadas alcançam também as audiências, sabidamente morosas e obsoletas quanto aos meios empregados, notadamente quanto à colheita de prova oral.

A utilização de gravação sonora ou equivalente constitui um avanço importante no emprego dos modernos processos eletrônicos.

A exposição prossegue abordando o procedimento nas causas de competência do tribunal do júri e concluindo com uma análise da nova regulamentação imposta ao habeas corpus — instituição que se avulta pela importância e expressividade.

ASPECTOS GERAIS DA REFORMA PENAL BRASILEIRA

Conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros pelo professor Francisco de Assis Toledo, subprocurador geral da República, sobre o projeto de reforma penal — amplamente debatido e já encaminhado ao Sr. Ministro da Justiça.

Na qualidade de membro e coordenador das comissões da Justiça, de Reforma Penal, Processo Penal e de Execução Penal, o

conferencista discorre sobre a impropriedade da legislação vigente, editada nos anos 1940, sustentando a necessidade de amplas mudanças nos rumos da política criminal.

A partir dos estudos e pesquisas desenvolvidos demonstra que a aplicação da pena, tal como está sendo realizada, não tem alcançado seus objetivos. Cita circular da ONU e conclui que, quanto mais rigorosa a pena, maior a probabilidade do réu voltar a delinqüir. Entende que o castigo não deve impedir a ressocialização e que a pena deve ser necessária e não retributiva.

Assim, as penas restritivas de liberdade, segundo o projeto apresentado, ficariam reservadas para os "crimes mais graves e para os delinquentes perigosos ou que não se adaptam, por rebeldia, às outras modalidades de pena".

Propõe soluções concretas, entre outras a criação do Conselho Nacional de Política Criminal e de Juizado especiais.

O CRIME E SEU RESULTADO NA REFORMA PENAL

A partir de um caso concreto, a sentença condenatória de José Pedro de Freitas — o Zé Arigó — por crime de curandeirismo, Jair Leonardo Lopes faz uma análise profunda sobre a impossibilidade de existência de crime sem resultado.

Depura o conceito de resultado fazendo inúmeras citações doutrinárias a respeito.

Classifica os crimes, quanto à natureza do resultado, em crimes de dano e crimes de perigo e conclui pela necessidade de se apurar a antijuridicidade da conduta — eis que a lesão ou exposição a perigo de um bem ou valor não constitui, por si só, esta mesma antijuridicidade.

O SURSIS E O LIVRAMENTO CONDICIONAL NOS PROJETOS DE REFORMA DO SISTEMA

Conferência pronunciada em 8 de abril de 1983, no I Ciclo de Estudos de Direito e Processo Penal, no Rio de Janeiro, pelo ilustre professor René Ariel Dotti, abordando as alternativas para a pena de prisão e as vantagens dos substitutivos.

Discorre sobre as inovações propostas nos anteprojetos de reforma da parte geral do Código penal e da Lei de execução penal, na qualidade de membro das comissões eleborada e revisora, a partir do estudo das reações penais, frente às tendências de criminalização e inquietação social.

O autor procede, ainda, a uma análise crítica da suspensão condicional da pena e do livramento condicional, situando ambos os institutos nos atuais projetos de reforma.

O DESPACHO SANEADOR NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

José Frederico Marques, insigne jurista, introduz o tema ressaltando que o despacho saneador foi transplantado do processo civil português para o nosso primeiro código nacional de processo civil, sendo, todavia, substituída tal nomenclatura por "Do saneamento do processo" no Código civil vigente.

Na elaboração do projeto de Código de processo penal procurou-se, da mesma forma — salienta o autor —, substituir a expressão 'despacho saneador' por 'ato decisório de saneamento'. Insurge-se F. Frederico Marques contra tal substituição, através de seu magnífico entendimento sobre o instituto, evidenciando os aspectos de maior projeção ou realce no tocante à matéria tal como disciplinada no projeto de Código de processo penal.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCEDIMENTO

O professor Weber Martins Batista traz

importante contribuição à solução do problema da prisão, cujos malefícios são atualmente ressaltados por quase todas as correntes doutrinárias.

Comenta a necessidade emergente de busca de penas alternativas, fazendo uma análise crítica dos substitutivos existentes no país e no mundo.

A partir das vantagens do sursis, defende a antecipação de sua concessão para o momento em que o juiz recebe o inquérito-suspensão condicional do procedimento.

Analisa as vantagens, para o acusado, a sociedade e para o processo penal, do instituto proposto e conclui ser essa uma solução ideal, que permitirá ao juiz fazer justiça e ser considerado justo.

O SISTEMA DE PENAS NA REFORMA PENAL

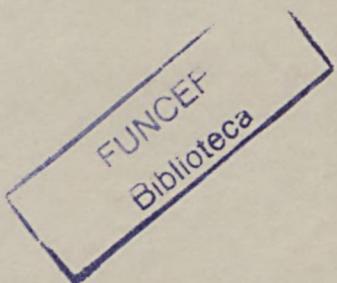
Neste artigo, o professor Paulo Ladeira de Carvalho aborda a chamada 'crise de prisão' como geradora de toda a problemática atual que envolve a pena. Sustenta que prisão é fator de reincidência e ilustra os comentários com opiniões que convergem para o mesmo ponto: a prisão como fator criminogênico.

Comenta os debates em torno do Anteprojeto de lei modificadora da parte geral do Código penal, transcrevendo o título V com as modificações introduzidas.

JUSTA CAUSA NA REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

Na expectativa de reforma do atual Código de processo penal, Plínio de Oliveira Corrêa ressalta os prejuízos que se processam com a demora de tão esperada reforma e aborda a justa causa na reforma processual penal brasileira.

Neste tema, explora o autor os diversos significados da expressão compreendidos em seis correntes de pensamento, criticando as diferentes posições, e conclui com a explanação de um estudo próprio sobre o "Conceito de justa causa no processo penal".



Fotócomposição:
Studio Alfa Fotolettra e Editora Ltda.
Av. Almirante Barroso, 2 - 6º andar
Rio de Janeiro, RJ

Fotolitos e Impressão:
IBDF/DA/Setor Gráfico
Av. L4 Norte - SAIN
Brasília, DF

Tiragem: 3.000 exemplares
Brasília, novembro de 1983

