

## 2 — DOCTRINA NACIONAL

---

### A REFORMA DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO

Sumário: 1. O Código Penal de 1940 — 2. A Reforma Penal de 1984 — 3. A Reforma da Parte Especial; 3.1 O Perfil da Modernização da Legislação Penal; 3.2 A Orientação de Política Criminal.

#### 1. O Código Penal de 1940

1. O Código Penal vigente no Brasil é, ainda, o estatuto penal de 1940, com importantes modificações na Parte Geral e quase nenhuma alteração na Parte Especial.

Em sua versão original, antes da edição da nova Parte Geral, pela Lei 7.209, de 11.06.1964, ostentava o código brasileiro acentuada influência do código italiano de 1930 e do código suíço de 1937. Não adotou, porém, a pena de morte nem a de “ergastolo” (prisão perpétua) do modelo italiano.

2. A pena privativa da liberdade (pena de prisão), com variações de tempo de duração entre limites rígidos, era a regra geral. Atenuava um pouco essa rigidez a possibilidade de suspensão condicional da pena inferior a dois anos e de livramento condicional, após cumprimento de parte da pena, satisfeitas certas condições. Adotava o Código a medida de segurança, autônoma ou como complemento da pena, atribuindo-lhe o caráter de medida de *prevenção e assistência* relativamente ao “estado perigoso” daqueles que, “sejam ou não

*penalmente responsáveis*, praticam ações previstas na lei como crime”.<sup>1</sup>

Era um estatuto de caráter nitidamente repressivo, construído sobre a crença da necessidade e suficiência da privação da liberdade, por meio da pena ou da medida de segurança, para o controle do fenômeno do crime. Mereceu elogios do 2.º Congresso Latino-Americano de Criminologia, realizado em Santiago, Chile, no ano de 1941. E, de início, parecia cumprir seus objetivos, atendendo às exigências de uma sociedade em transição, já em nítido processo de ingresso na fase de industrialização, a qual iria trazer como consequência, nas décadas seguintes, as correntes migratórias do campo e o surgimento das grandes concentrações urbanas.

3. Nesse período inicial — em plena guerra mundial — tudo impulsionava, no Brasil, poderosos fatores de transformação social. São palavras textuais de Fernando de Azevedo: “A industrialização (refere-se ao Brasil), que ao abrigo das tarifas alfandegárias, e em consequência da última guerra mundial, tomou extraordinário impulso; o crescimento quantitativo de volume e densidade e as mudanças na composição

<sup>(1)</sup> Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 33.

biotipológica e social da população tinham, de fato, aberto o campo a consideráveis modificações de estrutura social".<sup>2</sup>

Assim, o Código de 1940 que, no começo de sua vigência, apresentava-se aos olhos de juristas, juizes e advogados um primor de técnica, simplicidade e de fácil manejo, aplicado, mais tarde, em uma sociedade predominantemente urbana, industrial, mas ainda pouco organizada, com aumento populacional explosivo, com concentrações humanas recém-formadas, vivendo em espaços físicos insuficientes, em bom número de casos em favelas, nas encostas inseguras e deslizantes de montanhas, dentro desse novo quadro, esse Código Penal — repita-se — aplicado em um completamente novo ambiente social, começa a produzir resultados imprevisíveis. O principal deles é o aumento assustador do número de presos e condenados, tornando insuficientes os estabelecimentos penais existentes. Instala-se a crise do sistema penitenciário brasileiro.

Celas de presídios construídas para abrigar três ou, no máximo, quatro ou cinco presos, passam a receber o dobro ou até mais que isso, muito além do que permitia sua capacidade. Dezenas de milhares de ordens de prisão, expedidas por juizes e tribunais, vão se acumulando nas repartições policiais, aguardando cumprimento.

Além disso, as cifras crescentes da criminalidade põem cada vez mais à mostra a pouca eficácia do Código, provocando o aparecimento de leis esparsas, paralelas, em número e extensão significativos, muitas vezes sem observância de um sistema ou de uma política criminal coerente, e até, em certos casos, com defeitos ou contradições insuperáveis.

4. Esse inesperado quadro, que se acentuou de modo quase insuportável, a partir de 1980, levou o Governo brasileiro, através do Ministério da Justiça, na gestão do Ministro Ibrahim Abi-Ackel, a decidir-se pela reforma do Código de 1940.<sup>3</sup>

Os trabalhos realizados entre 1981 a 1984 deram como resultado três importantes projetos de reforma: o primeiro, uma inteiramente nova Parte Geral do Código Penal; o segundo, um novo Código de Processo Penal; e o terceiro, a Lei de Execução Penal.

O primeiro e o último mereceram aprovação e sanção transformando-se nas Leis 7.209 e 7.210, de 1984, ambas atualmente em vigor. O projeto de Código de Processo Penal não vingou, tendo sido retirado do Congresso Nacional e arquivado, sem maiores explicações.

Dessa reforma penal parcial, de 1984, destacamos dois aspectos a seguir resumidos.

## 2. A Reforma Penal de 1984

5. A nova Parte Geral do Código Penal começa por extinguir a medida de segurança para os imputáveis, mantendo-a apenas para os agentes considerados inimputáveis.

Com isso, reformulou-se o sistema de penas e o modo de sua execução, fazendo-se como que a pena, além de retributiva, adquirisse também — e a um só tempo — a função de prevenção e assistência, antes reservada à medida de segurança. Manteve-se, assim, o elevado limite máximo de trinta anos de reclusão, para os crimes mais graves (homicídio qualificado, latrocínio etc.) e para os multi-reincidentes, mas introdu-

(2) A Cultura Brasileira, p. 197.

(3) Durante o regime militar, foi editado, em 1969, um novo código penal que, todavia, jamais entrou em vigor, tendo sido finalmente revogado em 1978, sob o peso das críticas que se lhe fizeram.

ziu-se a progressividade na execução da pena (início em regime fechado, depois em regime semi-aberto, passando, em seguida, para o regime aberto e, finalmente, ao livramento condicional). Permite-se, com esse sistema progressivo, que o condenado, por seu próprio esforço, mérito e adaptação aos processos de reeducação, possa encurtar o tempo de permanência no regime fechado de cumprimento de pena, no qual a privação da liberdade é total.

6. O condenado pode receber uma pena severa, todavia dependerá dele próprio empreender, dentro do estabelecimento penal, a caminhada em direção à liberdade. Não será, evidentemente, uma caminhada fácil mas restar-lhe-á sempre essa possibilidade concreta, isto é, a esperança na liberdade, pedra fundamental sobre a qual se apoiará a disciplina interna dos presídios.

7. Ao lado dessa importante inovação, introduziu-se no Código um rol de penas restritivas de direito, substitutivas da pena privativa da liberdade, tais como: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos (proibição do exercício de cargo ou função públicos, de profissão ou ofício dependente de licença, suspensão de licença para conduzir veículo) e limitação de fim de semana (obrigação de comparecer e permanecer, por certo tempo, aos sábados e domingos, em local previamente determinado).

8. A aplicação prática dessas inovações encontrou e ainda encontra resistências bastante significativas em certos setores da vida brasileira, identificados com a ideologia de um direito penal do talião, puramente retributivo, sem concessões a concepções de outra natureza. Como os próprios juizes e ocupantes de cargos públicos não estão imunizados contra essas idéias clássicas, as dificul-

dades de implementação daqueles novos institutos têm sido muitas.

9. Nossa rede de estabelecimentos penais (penitenciárias, casas de detenção, cadeias etc.) ainda não se adaptou ao novo sistema. As penas substitutivas têm sido aplicadas com muita parcimônia. E, com certa frequência, surgem projetos de caráter retrógrado, objetivando o agravamento das penas, a revogação de benefícios aos condenados, baseados na falsa idéia de que a lei penal mais severa é mais eficiente no combate ao crime. Não faz muito editou-se no Brasil a denominada "lei de crimes hediondos", exemplo de retrocesso em relação à reforma de 1984.

10. Com isso, a situação dos presídios, no Brasil, permanece bastante complicada.

O censo penitenciário de 1994<sup>4</sup> (o deste ano não está concluído) acusa dados pouco auspiciosos, a saber:

- Número total de vagas existentes nos estabelecimentos penais — 59.954
- Número total de presos — 129.169
- Déficit de vagas — 69.215
- Número de presos por vaga — 2
- Número de estabelecimentos penais — 511
- Necessidade atual de estabelecimentos a serem construídos, com previsão de 500 vagas por presídio, ao custo unitário de 8 milhões de dólares — 130
- Mandados de prisão expedidos pela Justiça e ainda não cumpridos — 275.000<sup>5</sup>

(4) Fornecido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

(5) As razões do não cumprimento são muitas (mortos, foragidos, desaparecidos etc.), sendo possível que, em alguns casos, já tenha ocorrido a prescrição da pena.

11. Outras modificações introduzidas pela nova Parte Geral não poderiam aqui ser examinadas por falta de espaço e tempo.

Acrescente-se, porém, o registro de importantes inovações trazidas pela Lei 9.099 de 26.09.1995, que instituiu os juizados especiais, dentre as quais salientam-se: a) a notável simplificação do procedimento, nas infrações penais de menor potencial ofensivo; b) a introdução da transação no processo penal; c) a ampliação das hipóteses de ação penal condicionada; d) a suspensão do processo com submissão do acusado a período de prova, nos crimes com pena igual ou inferior a um ano.

### 3. A Reforma da Parte Especial

12. Na Exposição de Motivos do Projeto de Lei que altera dispositivos do Código Penal o Ministro da Justiça Nelson Jobim fez algumas afirmações importantes e apresentou em traços muito gerais o roteiro do que ele próprio denominou a "modernização da legislação penal brasileira", neste termos:

*"O Código Penal Brasileiro sofreu profundas modificações em sua Parte Geral com a reforma penal de 1984. Permaneceu contudo inalterado e envelhecido em sua Parte Especial na qual são previstos os crimes e as penas respectivas.*

*2. Tentativas de elaboração de uma inteiramente nova Parte Especial foram empreendidas em gestões anteriores, no âmbito do Ministério da Justiça, sem que se chegasse a bom termo, seja pela extensão desse trabalho, seja pelas dificuldades de se chegar a consenso sobre questões extremamente polêmicas. No entanto, esse esforço, de que participaram eminentes juristas brasileiros, não resultou de todo infrutífero visto que dele surgiram estudos, pesquisas e dois esboços de reforma da Parte Especial, que*

*se constituem hoje em preciosos subsídios de consulta obrigatória.*

*3. Os fatos sociais, entretanto, não esperam. Precipitam-se. Novas formas de criminalidade manifestam-se trazendo intranquilidade aos habitantes das cidades, especialmente das grandes concentrações urbanas já de si mesmas sobrecarregadas de problemas. A isso acresce-se a superveniência de uma vasta gama de normas penais constantes de leis esparsas ou complementares ao Código estabelecendo incongruências no interior do sistema penal, em prejuízo de fácil compreensão e aplicação de preceitos, e, portanto, estimulando debates intermináveis, em prejuízo de um eficiente e mais ágil julgamento dos feitos criminais.*

*4. Essa ordem de considerações levou-nos a optar por uma inadiável reformulação, por etapas, da legislação penal brasileira, dentro de prioridades previamente estabelecidas. Será a modernização da legislação penal brasileira feita de modo paulatino, começando pelos temas mais prementes e menos polêmicos".*

Nessa mesma Exposição indicaram-se alguns aspectos de política criminal, entre os quais destaco o seguinte:

*"O Projeto, em resumo, estabelece como nítida orientação de Política Criminal tratamento penal mais severo para os crimes nele referidos mas permite, por outro lado, que esse tratamento se ajuste ao sistema progressivo de cumprimento de pena, instituído pela reforma de 1984, sem o qual torna-se impossível pensar-se em um razoável 'sistema penitenciário'. Se retirarmos do condenado a esperança de antecipar a liberdade pelo seu próprio mérito, pela conduta disciplinada, pelo trabalho produtivo durante a execução da pena, estaremos seguramente acenando-lhe, como única saída, a revolta, as rebeliões, a fuga, a corrupção".*

13. Desses tópicos significativos da Exposição de Motivos ministerial, poderemos extrair o perfil da reforma penal ora em desenvolvimento bem como a linha de Política Criminal que, segundo se espera, deverá orientá-la.

### 3.1 O Perfil da Modernização da Legislação Penal

14 — A partir da reforma da Parte Geral do Código Penal e da edição da Lei de Execução Penal, em 1984, as tentativas que se seguiram de revisão da Parte Especial desse mesmo Código e de sua legislação complementar, pela extensão e complexidade da matéria, têm encontrado obstáculos e dificuldades que não puderam ser superados. Acrescente-se a isso a atual absorção de grande parte do esforço e da concentração dos membros do Congresso Nacional pelos trabalhos de reforma constitucional.

Assim, a possibilidade de elaboração e de aprovação de uma nova e completa Parte Especial do Código Penal apresenta hoje perspectiva bastante remota, seja pela sua extensão, seja pelos temas extremamente polêmicos que oferecerá a debate.

Por outro lado, já não é possível adiar-se por mais tempo a reformulação, em alguns aspectos da atual legislação penal brasileira. As críticas que se fazem a essa legislação, de algum tempo para cá, prendem a atenção da imprensa, de organizações várias e de políticos influentes que, na ausência de propostas legislativas governamentais, ocupam o espaço vazio e passam a influenciar na apresentação de projetos que se transformam em leis isoladas, aumentando penas, enrijecendo os regimes de sua execução, tudo sem observância de qualquer sistema e muitas vezes criando conflitos no interior de uma legislação que já possui seus próprios complicados.

Exemplo expressivo disso está na denominada lei de crimes hediondos e no Estatuto da Criança e do Adolescente que, conjugados, produziram a atual redação dos arts. 213 e 214, com seus parágrafos, do Código Penal, estabelecendo pena mais benéfica para os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor quando cometidos contra crianças menor de 14 anos de idade. Enorme contradição!

15. Esse quadro, a meu ver, explica e justifica a correta e inadiável opção ministerial pela *"modernização da legislação penal brasileira"* a ser feita *"de modo paulatino, começando pelos temas mais prementes e menos polêmicos"*.

Trata-se, portanto, de uma reformulação de nossa legislação penal a ser elaborada, não de uma só vez, através de um projeto de código novo, mas por meio de leis sucessivas, cuidando cada qual de matérias específicas. Não serão, porém, leis isoladas, complementares ao Código, mas leis que, paulatinamente, irão introduzindo, segundo ordem de prioridade, as alterações necessárias no próprio Código Penal, através de acréscimos, cortes e nova redação de artigos e parágrafos.

Dentro dessa diretriz, já foram encaminhados ao Congresso Nacional os primeiros projetos de lei, destacando-se o que define os *crimes de especial gravidade* e dá outras providências e os que alteram dispositivos do atual Código, criando novas figuras penais e modificando a cominação de penas em alguns casos.

### 3.2 A Orientação de Política Criminal

16. O primeiro Projeto, que sinaliza o início da reforma, cria uma nova categoria de crimes — *"crimes de especial gravidade"* — que trazem como característica a violência real ou potencial. Nessa nova categoria incluem-

se: algumas formas do homicídio qualificado, roubo e extorsão qualificados por lesão grave ou morte, extorsão mediante seqüestro, estupro e atentado violento ao pudor com violência real ou grave ameaça, tortura, genocídio, terrorismo, narcotráfico, contrabando de armas, quadrilha ou bando armados.

São crimes de grande ou de freqüente incidência, surgindo aos nossos olhos como importante fator de deterioração da qualidade de vida nas grandes concentrações urbanas.

Os agentes desses crimes possuem características de personalidade com marcada tendência para a prática de atos anti-sociais; e, na execução do crime, freqüentemente o fazem com emprego de meios cruéis, revelando pouca ou nenhuma sensibilidade frente ao sofrimento alheio. Além disso, a maioria apresenta-se com expressivo índice de recidiva em práticas delituosas, mesmo quando não reincidentes segundo o restrito conceito legal de reincidência.

Isso leva-nos a concluir que, em relação a tais delinqüentes, a segregação do meio social por meio da pena privativa da liberdade, é a solução de que se dispõe nos dias atuais. Não conhecemos outra melhor, no âmbito de um direito penal de cunho democrático e humano, sem penas cruéis ou infamantes.

17. O destaque dado na Parte Geral do Código Penal à nova categoria de crimes permitirá dispensar-se a essa classe de delinqüentes tratamento penal também especial, mais severo, seja na cominação e aplicação da pena, seja na execução desta, com início obrigatório em regime fechado e com maiores prazos e exigências para a progressão no regime e para a concessão de outros benefícios.

Note-se que tudo isso se fez sem cair-se na radicalização equivocada da denominada "*lei de crimes hediondos*" que, no § 1.º, prescreveu o regime

fechado para cumprimento integral da pena dos crimes nela referidos. Como bem salientou a Exposição de Motivos inicialmente transcrita:

*"Se retirarmos do condenado a esperança de antecipar a liberdade pelo seu próprio mérito, pela conduta disciplinada, pelo trabalho produtivo durante a execução da pena, estaremos seguramente acenando-lhe, como única saída, a revolta, as rebeliões, a fuga, a corrupção".*

Não era, pois, de todo imprevisível o aumento das fugas e rebeliões nos presídios brasileiros, após a vigência da draconiana lei de crimes hediondos.

Mas, ao lado dos crimes de especial gravidade, restará no Código e na Legislação penal paralela um grande número de delitos praticados por meio de artimanhas, fraudes, engodo, falsificações, esperteza, destreza, deslealdade, abuso de confiança etc. etc.

São crimes configuradores de uma nova categoria que poderíamos agrupar sob a denominação de "*crimes de ação astuciosa*". Nessa criminalidade astuciosa estão incluídos delitos financeiros e econômicos, crimes de colarinho branco, ao lado de furto, estelionato, apropriação indébita, dos crimes contra a Administração Pública etc.

Os danos patrimoniais causados por essa forma de criminalidade são imensos, incalculáveis, fato que não pode ser desprezado pelo legislador penal. Entretanto, as medidas da Política Criminal para enfrentá-la é que não podem ser exatamente as mesmas utilizadas para conter a criminalidade violenta. Há distinções básicas entre ambas as categorias em exame, sugerindo providências diferenciadas.

18. Considere-se, inicialmente, que, na criminalidade violenta, estão em questão bens de hierarquia superior como a vida ou a integridade física do indivíduo. Na criminalidade astuciosa, o bem

jurídico tutelado é predominantemente o patrimônio de pessoas físicas ou jurídicas. Além disso, na criminalidade violenta, a vítima pouco ou nada pode fazer para evitá-la. Na maioria das vezes está inteiramente subjugada. Daí a imprescindibilidade da intervenção mais efetiva do Estado na prevenção e repressão de crimes que ameaçam a própria sobrevivência do indivíduo em sociedade e põem em risco e paz pública. Na criminalidade astuciosa, o fenômeno da vitimização depende quase sempre do comportamento da vítima. Se esta conseguir conter a própria ambição, vencer a ingenuidade, exercitar a faculdade de ser cautelosa, não lhe será difícil, em bom número de casos, evitar a vitimização ou reduzi-la a hipóteses mais sofisticadas, porém menos frequentes. Aqui a intervenção do Estado se explica pela necessidade de manutenção da paz pública e de um mínimo de segurança aos indivíduos que estão sob sua jurisdição.

19. Uma estratégia correta de prevenção e repressão da criminalidade astuciosa deve, segundo pensamos, reservar a pena privativa da liberdade para aqueles casos mais graves e para aqueles em que outras formas de sanção ou de medidas se apresentem ou já se revelaram insuficientes.

A prisão — cadeia na linguagem comum — não deve ser a regra, o samba monótono de uma nota só, como frequentemente se propala pela opinião leiga e por certa facção da imprensa falada e escrita, mal esclarecida, ou até através de “campanhas levianas”, para usar expressão empregada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.<sup>6</sup>

Por outro lado, nesta área, há sanções ou penas alternativas ou substitutivas aptas a produzir resultados razoáveis

para a reprovação e prevenção de um bom número de crimes. Não usá-las não parece ser uma solução inteligente. Cito, exemplificativamente: o confisco de bens, a multa, a interdição de direitos, a perda do cargo ou emprego públicos etc.

Se tudo isso falhar, então sim, será o momento de pensar-se na utilização da pena de prisão como último argumento suasório do Estado.

20. Por fim, é certo que a legislação penal brasileira contém excessos, contradições, falhas. Exemplos de excesso e de contradição foram dados quando nos referimos ao regime integralmente fechado da lei de crimes hediondos e da pena mais branda para crimes sexuais contra crianças. Falhas e omissões existem nessa legislação em relação às novas formas de agressão a bens jurídicos, próprias da sociedade industrial e tecnológica contemporânea, ainda não consideradas devidamente por essa mesma legislação. Cito, como exemplo, a lavagem de dinheiro, produto de crimes, só agora objeto de estudos para elaboração de lei específica a respeito.

A reforma deverá, pois, cuidar dessas questões e até já começou a fazê-lo nos primeiros projetos encaminhados ao Congresso Nacional.

A tarefa, entretanto, é imensa e cheia de problemas cuja solução exigirá estudo, prudência e colaboração de todos quantos queiram, de alguma forma, contribuir para que possamos atingir o objetivo perseguido.

21. Essa, em síntese certamente lacunosa, a experiência que o Brasil pode oferecer para o intercâmbio de idéias e de resultados práticos com outros países do mundo ocidental.

<sup>(6)</sup> O Estado de São Paulo, de 03.04.1996, Cidades, C1.