

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

APRESENTAÇÃO

VINTE ANOS DAS REFORMAS PENAIS

Julho de 1984. A memória à deriva, entorpecida por episódios mais recentes, exige concentração na retrospectiva. Vinte anos abraçam tempo suficiente para vergar falsas convicções e obliterar acontecimentos de apoucada expressão por entre as franjas das lembranças. Não é o caso dos princípios *inspiradores* das Reformas Penais de 1984, que sem dúvida anteciparam em mais de quatro anos a essência democrática da Constituição de 1988, que os incorporou.

A *Parte Geral do Código Penal* acolheu modificações de relevo na estrutura do crime e, sobretudo, na abrangência da atuação dos elementos anímicos na ação. E, ainda, elaborou um sistema de penas coerente com os desenvolvimentos da época. Ao mesmo tempo, o Brasil finalmente obteve uma norma federal sobre a *Execução da Pena*, e isso veio da melhor maneira, à altura do avanço científico e das declarações internacionais de tratamento do preso.

Mas por que seria oportuna, hoje, a recordação? Em virtude das investidas legislativas que, a esmo, pugnam pelo recrudescimento circunstancial das sanções penais? Devido à ausência de uma política criminal definida, em que se identifiquem as prioridades na atribuição de dignidade penal a bens jurídicos? Porque as condições de cumprimento de

penas no País pouco mudaram e muitas disposições da LEP seguem letra morta?

Por tudo isso, sim. Por mais razões, que os artigos contidos nesta *Edição Especial do Boletim* suscitam, convidando ao debate e à exploração de institutos jurídicos fundamentais. Mas as razões aí não se esgotam. Em 1984 a democracia era ainda nascitura e brotava do desejo de sepultar os anos de repressão política sob uma enorme rocha de sólidas esperanças na convivência possível, que amainaria as desigualdades e injustiças sociais. Em 2004, a inocência

perdida, percebe-se aos poucos que a pesada rocha é, inopinadamente, a própria democracia que, todos nós, devemos rolar montanha acima, ainda que um abismo devolva a

Depois de vinte anos, a índole — humanista — do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito deve ser evocada.

rocha ao chão, forçando-nos a retomar a marcha. Não era uma fácil e pacífica gestação que a aguardava — a democracia —, mas sua diária construção, em tantos campos da vida brasileira. Ao contrário do que sugere o *Mito de Sísifo*, sobretudo na leitura do existencialista **Camus**, há sentido na obra e esse sentido pode estar em saber-se humano entre humanos.

Depois de vinte anos, a índole — humanista — do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito deve ser evocada. Para preservá-la, há que se refletir sobre *como, quanto e o quê* se busca por intermédio do Direito Penal, em sua criação, legislativa e judicial. ●

APRESENTAÇÃO

Índice

APRESENTAÇÃO: VINTE ANOS DAS REFORMAS PENAIS	1
TENTATIVA DE ELIMINAÇÃO DO CRITÉRIO DA PERICULOSIDADE Miguel Reale Júnior	2
VINTE ANOS DE VÃ ESPERANÇA Rogério Lauria Tucci	4
LEGISLAÇÃO: LEI FEDERAL Nº 10.886	5
A REFORMA DO SISTEMA DE PENAS - ANTIGOS E NOVOS DESAFIOS 20 ANOS DEPOIS René Ariel Dotti	6
O NECESSÁRIO É APLICAÇÃO DA LEI A TEMPO E MODO Jair Leonardo Lopes	9
VALEU, TOLEDO! Nilo Batista	11
ALGUNS ASPECTOS DO CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO Cezar Roberto Bitencourt	12
A SUPERAÇÃO DO HOMEM DISCIPLINAR Alessandra Teixeira e Sérgio Mazina Martins	15
LEGISLAÇÃO: LEI FEDERAL Nº 10.867 E LEI FEDERAL Nº 10.884	17
CONCURSO DE PESSOAS Luiz Vicente Cernicchiaro	18
Caderno de Jurisprudência	
O DIREITO POR QUEM O FAZ: CRIME HEDIONDO. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA Paulo Medina	809
O DIREITO POR QUEM O FAZ: ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PERÍODO DE ANISTIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA Dacio Tadeu Viviani Nicolau	810
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	812
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	813
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	814
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	815
TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL	816



**SEMINÁRIO
INTERNACIONAL IBCCRIM**

28 de setembro a 01 de outubro de 2004.
Hotel Maksoud Plaza, São Paulo, SP.

Veja, no encarte, o conteúdo programático do evento.
Garanta sua inscrição.

Há vinte anos entrava em vigor a Nova Parte Geral do Código Penal de 1940, bem como a Lei de Execução Penal. A Parte Geral havia sido substancialmente modificada em relação ao sistema de penas pela Lei nº 6.416 de 1977.

Sob influência de **Armida Bergamini Miotto** foi elaborado o projeto que redundou na Lei nº 6.416/77, projeto esse relatado pelo deputado **Ibrahim Abi-Ackel**, com o qual manteve contato levando sugestões elaboradas pela Associação dos Advogados de São Paulo, indicando os riscos da adoção da periculosidade real como centro do sistema de penas (periculosidade acentuada, escassa, nenhuma).

Esse risco buscou-se minimizar

pela sugestão do acolhimento da exigência do princípio da identidade física do juiz no processo penal. Instituído o princípio, na prática, todavia, jamais veio a ser aplicado, encontrando-se as mais diversas “desculpas” para se extirpar tal requisito garantidor de um juízo de periculosidade minimamente seguro, em vista do magistrado conhecer o réu, por o haver interrogado, bem como por ter presidido a produção da prova.

Os membros da comissão elaboradora, mormente os que mais se dedicaram à formulação do novo sistema de penas, como **Ricardo Antunes Andreucci**, **René Ariel Dotti** e eu, tinham firmada convicção de que o Direito Penal ficava alicerces na idéia da Culpa em sentido lato, ou seja, a *nulla poena sine culpa*. Assim, fosse o fim da pena retributivo ou de prevenção geral, positiva ou negativa, a culpabilidade deveria ser a razão de atribuição da ação típica reprovável ao agente, fundado o juízo de censura na análise das circunstâncias do fato ocorrido e jamais se tendo em vista as possíveis atitudes delituosas futuras.

Por esses motivos, eliminou-se da Nova Parte Geral a referência à periculosidade, elegendo-se a culpabilidade como dado revelador do merecimento da pena, a ser individualizada a partir da reprovação que se avalia segundo os elementos indicados no art. 59 do Código Penal, ou seja, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, tudo de acordo

com o necessário e suficiente para a **reprovação e prevenção do crime**.

Uma única emenda apresentada na Câmara dos Deputados foi aprovada no projeto por nós elaborado, introduzindo no livramento condicional, como requisito para a concessão do benefício, que o condenado tenha **condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir**. Essa menção não constava do projeto, reintroduzindo-se pela

emenda aprovada a periculosidade no sistema, de forma a se impedir a concessão do livramento se tiver sido verificado, pelas condições pessoais do condenado, que eventualmente possa voltar a delinquir.

Esse adendo levou a se caracterizar o exame criminológico como

um juízo de atitudes delituosas futuras, tendo em vista que segundo a Lei de Execução Penal, em seu art. 131, o benefício será concedido se presentes os requisitos do art. 83 e de seu parágrafo único, que faz menção à presunção de não vir o condenado a delinquir no futuro.

Na prática, além dos percalços da imensa demora na realização dos exames criminológicos, na sua maioria estes se reduziam a uma entrevista de poucos minutos, sendo os laudos antes uma interpretação do fato imputado, mais do que análise fundada em aspectos da personalidade do condenado. E mesmo quando se adentra no exame psicológico e social do condenado o resultado é fruto

de conclusões não apenas discricionárias, mas arbitrárias, sujeitas a toda e qualquer elucubração ou consideração livremente subjetiva, como se constatou quando da elaboração do Diagnóstico do Sistema Criminal no ano de 2000.

Dessa forma, a alteração promovida pela recente Lei nº 10.792/03, ao eliminar o exame criminológico e basear a progressão de

regime e o livramento do condenado em seu bom comportamento, é positiva por se desfazer o inseguro e arbitrário juízo de periculosidade. O erro está, na afoiteza do legislador que ignorou a ligação umbilical entre o Código Penal e a Lei de Execução Penal, deixando-se de alterar os termos do parágrafo único do art. 83 do Código Penal, em mais uma antinomia do sistema, além das criadas pela tecnicamente inaceitável Lei nº 9.714/98.

No entanto, é de se recriminar que não se tenha modificado o sistema de infrações disciplinares e sanções, com o fim de se ter critérios para a aferição do bom comportamento, em uma escala de comportamentos — bom, regular e mau —, viabilizando-se a reabilitação que permita, em determinados prazos, a passagem de uma categoria para outra, além de se constituir em fator de disciplina carcerária. Proposta nesse sentido constava do projeto modificativo da Lei de Execução Penal, estabelecendo-se parâmetros objetivos para avaliação do comportamento prisional e que assegurem de um lado uma base para a decisão judicial e de outro uma segurança para o condenado conhecer sua situação disciplinar.

Mas, a periculosidade adentra no sistema pela porta de trás, como se vê na expressão introduzida, pela Lei nº 9.714/98, no art. 44, § 3º, do Código Penal, ao permitir que poderá haver a substituição da pena privativa por restritiva de direitos se a medida for **socialmente recomendável**. Além da antinomia decorrente de se ter mantido o inciso II do

mesmo art. 44, no qual se impede a substituição da pena privativa ao reincidente, para ao depois se permitir essa substituição em parágrafo do mesmo artigo, recorre-se a uma expressão de difícil compreensão: se a medida for **socialmente recomendável**. Ora, essa locução suscita as mais

diversas interpretações, e com certeza será feita remissão à possibilidade de se delinquir no futuro, com o que se reintroduz a periculosidade no sistema.

Na lei dos crimes hediondos também se faz menção à periculosidade, ao se autorizar, no art. 3º, que a União manterá estabelecimentos prisionais destinados a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios

Fosse o fim da pena retributivo ou de prevenção geral, positiva ou negativa, a culpabilidade deveria ser a razão de atribuição da ação típica reprovável ao agente, fundado o juízo de censura na análise das circunstâncias do fato ocorrido e jamais se tendo em vista as possíveis atitudes delituosas futuras.

O erro está, na afoiteza do legislador que ignorou a ligação umbilical entre o Código Penal e a Lei de Execução Penal, deixando-se de alterar os termos do parágrafo único do art. 83 do Código Penal, em mais uma antinomia do sistema, além das criadas pela tecnicamente inaceitável Lei nº 9.714/98.

estaduais ponha em risco a ordem ou a incolumidade pública, sendo a **alta** periculosidade um critério que pode ser baseado em mau comportamento, como também se constituir em um juízo de atitudes futuras de indisciplina com caráter fluido e inseguro.

O mesmo critério veio a prevalecer com a criação do Regime Disciplinar Diferenciado, na Lei nº 10.792/03, que estatui destinar-se esse regime aos condenados que representem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, ou sobre que recaiam **suspeitas** de envolvimento com crime organizado, quadrilha ou bando.

Não se exige que fatos passados ocorridos na prisão revelem comportamento indisciplinado, a indicar a necessidade de transferência do condenado a regime de grande rigor. A medida pode ser determinada com base em suspeita de envolvimento em crime organizado, quadrilha ou bando, bem como para a segurança da sociedade, em juízo que pode ser fundado na possibilidade de atitudes futuras, com o que se remete a um juízo de periculosidade.

O crescimento da criminalidade violenta instiga a que se faça sempre referência à periculosidade. Cabe, então, aos estudiosos do Direito Penal impedir que um juízo carregado de subjetividade venha a ser adotado como critério

Cabe, então, aos estudiosos do Direito Penal impedir que um juízo carregado de subjetividade venha a ser adotado como critério para a imposição de penas, para a concessão de benefícios, para a aplicação de regime penitenciário mais rigoroso, pois o que se pretendeu extirpar de nossa legislação, com a Parte Geral de 1984, foi a imposição de sanções não por aquilo que se fez, mas por aquilo que eventualmente se pode vir a fazer, em uma predição autoritária de atitudes futuras.

Na conturbada e inflacionada legislação penal dos dias de hoje preservar como garantia fundamental que haja apenas um Direito Penal do Fato já constitui uma vitória expressiva a ser resistentemente alcançada. ☺

Miguel Reale Júnior

Advogado, professor titular da Faculdade de Direito da USP e ex-ministro da Justiça

Miguel Reale Júnior



IBCCRIM
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
- IBCCRIM -
(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Marco Antonio Rodrigues Nahum

1º VICE-PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

2º VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1º SECRETÁRIO:

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2º SECRETÁRIO:

Sérgio Mazina Martins

1º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRO:

Benedito Roberto Garcia Pozzer

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Franciele Silva Cardoso

BOLETIM:

Celso Eduardo Faria Coracini

CURSOS:

Juliana Sinhorini Nahum

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

INTERNET:

Heloísa Estellita

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Tatiana Viggiani Bicudo

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Theodomiro Dias Neto

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

PÓS-GRADUAÇÃO:

Alvino Augusto de Sá

REDES INTERNACIONAIS:

Flavia D' Urso

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Alessandra Teixeira

COMISSÕES ESPECIAIS:

CONVÊNIOS: Mariângela Lopes Neistein

ESTUDOS E DEBATES: Mariângela

Gama de Magalhães Gomes

HISTÓRIA: Tadeu Antonio Dix Silva

MONOGRAFIAS: Carmen Sílvia de

Moraes Barros

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Theodomiro Dias Neto

COORDENADORES ESTADUAIS:

Veja relação à página 17.

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO NOVOS ESPAÇOS DE INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL RIO GRANDE DO SUL

O IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Coordenadoria do RS e a UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos estão promovendo, com início em 04 de agosto de 2004, o curso de *Especialização em Direito Penal Contemporâneo – Novos Espaços de Intervenção Jurídico-Penal*.

Professores: Alexandre Lima Wunderlich, Ana Claudia Vinholes Siqueira Lucas, André Leonardo Copetti Santos, Andrei Zenkner Schmidt, Ângelo Roberto Ilha da Silva, Fábio Roberto D'Ávila, Fátima Mohamad Ziyade, Gilberto Passos de Freitas, José Francisco de Faria Costa, Lenio Luiz Streck, Luciano Feldens, Luiz Benito Viggiano Luisi, Nereu José Giacomolli, Ney Fayet Júnior, Pedro da Silva Krebs, Roque Soares Reckziegel, Salo de Carvalho, Sérgio Salomão Shecaira e Wladimir Barreto Lisboa.

Inscrições: 07 de junho a 24 de julho de 2004, na Coordenação de Admissão e Matrícula da Unisinos.

Horas/aula: 364

Mais informações: Telefone (51) 591-1122, pelo e-mail: posgrad@juris.unisinos.br ou pelo site: www.unisinos.br

1. Breve relembração do ideário da LEP

Como é notório, no próximo dia 11 de julho a *Lei de Execução Penal* (nº 7.210, de 1984) completará seu vigésimo ano de existência⁽¹⁾.

Fruto de trabalho ingente de idealistas, capitaneados pelo saudoso professor e ministro **Francisco de Assis Toledo**⁽²⁾, foi o primeiro Diploma legislativo nacional especificado ao processo executivo penal, precipuamente conotado pela jurisdicionalização da execução da sanção imposta em sentença condenatória e pela racionalização da atividade penitenciária.

Dois dos itens da *Exposição de Motivos* do respectivo Projeto diziam, alto e bom som, dessa sua alviada destinação, a saber:

“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”; e,

“12. O Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, avoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro do 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”.

Decantada como uma das mais avançadas dos povos civilizados, na ocasião em que editada, impunha-se, a rigor, como modelo perfeito e acabado de instrumento delineador do procedimento penal executório.

Seus nove sistemáticos títulos faziam intuir sua alvissareira concretização: respectivamente, *Do objeto e da aplicação da Lei de Execução Penal* (I, arts. 1º a 4º); *Do condenado e do internado* (II, arts. 5º a 60); *Dos órgãos da execução penal* (III, arts. 61 a 81); *Dos estabelecimentos penais* (IV, arts. 82 a 104); *Da execução das penas em espécie* (V, arts. 105 a 170); *Da execução das medidas de segurança* (VI, arts. 171 a 179); *Dos incidentes da execução* (VII, arts. 180 a 193); *Do procedimento judicial* (VIII, arts. 194 a 197); e *Das disposições finais e transitórias* (IX, arts. 198 a 204).

E, passando a vigor, foi recepcionada com a mais entusiástica esperança de seus fatores e da sociedade brasileira.

2. Inafastável verificação da triste realidade penitenciária

Ledo engano, todavia...

Realmente, diversificados e importantes fatores, a partir da falta de vontade política para a sua correlata e precisa implantação, contribuíram para que ela, efetivamente, não vingasse.

Além do que, a essa triste realidade, outras, de igual relevância, foram, cada vez mais intensamente, acrescidas, e das quais cumpre destacar: a) a grande e (até que

ponto, não se sabe...) insuperável morosidade da Justiça Criminal; b) a falta de estabelecimentos prisionais, hospitalares e ambulatoriais adequados, em número suficiente ao recolhimento, à internação e ao tratamento dos condenados; c) as péssimas condições das instalações desses estabelecimentos, afrontosas, inclusive, da dignidade da pessoa humana; d) a desenfreada corrupção de administradores de estabelecimentos penais e de seus agentes penitenciários; e) a criminalidade violenta, crescente (inclusive no interior desses próprios estabelecimentos) diuturnamente; e, f) a falta de destinação de verbas orçamentárias específicas, pelo menos razoáveis, ao sistema penitenciário.

Somando-se a tudo isso a incapacidade de nossos governantes para solucionar os variegados problemas que se apresentam no tocante à segurança pública, à normalidade da vivência nos estabelecimentos penais, e à regularidade da execução, em seus mais diversos aspectos, não nos podemos furtar à constatação (triste e lamentável constatação!) de estarmos diante de um verdadeiro e insuportável caos!

3. Desoladora complementação legislativa

Como se não bastassem todos esses fatores negativos, mais recentemente teve lugar uma desoladora complementação legislativa, consubstanciada na edição da Lei nº 10.792, de 01.12.2003.

Com efeito, pelo menos três, entre outras, das novidades constantes desse inusitado Diploma legal, prestam-se para desmoralizar, ainda mais, a aplicação da vintenária LEP: as referentes às alterações introduzidas nos arts. 6º, 52 (com o qual conjugados o 53, V, e o 58) e 112.

A primeira delas, com reflexo na terceira, diz com a supressão da atribuição conferida à Comissão Técnica de Classificação, para acompanhar “(...) a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões de regimes, bem como as conversões”⁽³⁾.

Trata-se, indubitavelmente, de um retrocesso, deveras chocante com as Regras Mínimas da ONU (nºs 8 e 67 a 69), sobretudo se rememorada, também aqui, a *mens legislatoris* (que se deveria transformar na *mens legis*), no tocante à “classificação dos condenados” e à execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos (cf. itens 26 a 37, e 113 a 141, da supramencionada *Exposição de Motivos*)⁽⁴⁾.

Consubstanciada essa intenção operacional de serem estabelecidos procedimentos adequados à definição de programa de execução específico a cada condenado, bem como de ordenação de seu rumo quanto à progressão na execução da pena privativa de liberdade, passou-se a cultivar uma classificação, por assim dizer, capenga, posto que sem a necessária continuidade de verificação do mérito, ou de mérito, do condenado.

E — o que é pior —, deixando-se ao alvedrio do diretor do estabelecimento penal

(somente a ele!), em qualquer situação ou circunstância⁽⁵⁾, a apreciação do requisito subjetivo⁽⁶⁾ de “bom comportamento carcerário”.

De outra banda, a instituição do “regime disciplinar

A instituição do “regime disciplinar diferenciado”, mais do que um retrocesso, apresenta-se como autêntica negação dos fins objetivados na execução penal.

“regime disciplinar diferenciado”, mais do que um retrocesso, apresenta-se como autêntica negação dos fins objetivados na execução penal, constituindo um autêntico *bis in idem*, uma vez tida a imposição da pena como ajustada à natureza do crime praticado — considerados todos os seus elementos constitutivos e os respectivos motivos, circunstâncias e conseqüências —, e à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente⁽⁷⁾.

E isso, mais gravemente, ainda, no tocante à determinação da incidência do disposto no novo art. 52 ao preso provisório (cf. ➡

➔ § 2º), ante o preceito contido no inc. LVII do art. 5º da CF, de ninguém poder ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória...

Tal o despautério, enfim, que só resta ao analista da LEP expressar, dolorosamente, que esses passados vinte anos foram, e continuam sendo, de vã esperança!... 

Notas

- (1) Sua vigência, entretanto, iniciou-se em 11 de janeiro de 1985, por força do disposto no art. 204, c/c o art. 5º da Lei nº 7.209, da mesma data (alusiva à reforma da Parte Geral do Código Penal).
- (2) A partir do Anteprojeto, cuja Comissão elaboradora, nomeada pelo então presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, doutor **Pio Soares Canedo**, era constituída pelos professores **Francisco de Assis Toledo**, coordenador, **Benjamim Moraes Filho**, **Miguel Reale Júnior**, **Negi Calixto**, **René Ariel Dotti**, **Ricardo Antunes Andreucci**, **Ro-**

gério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo.

- (3) Cf. redação original do art. 6º.
- (4) V., a respeito, **Júlio Fabbrini Mirabete**, *Execução Penal*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, pp. 56-9 e 259 e segs.; **Maurício Kuehne**, *Lei de Execução Penal Anotada*, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2000, vol. I, p. 72 e segs.; vol. II, p. 88 e segs.
- (5) Até mesmo no que respeita à concessão de livramento condicional e à comutação de penas, cf. § 2º acrescido ao art. 112.
- (6) Às vezes, apreciação subjetiva demais, como verificado em estabelecimento penal da Capital do Estado de São Paulo, cujo responsável entendia que o comportamento de preso, pelo simples fato de estar preso, não poderia ser considerado bom...
- (7) Aferíveis em sentença condenatória, cf. art. 59 do CP.

Rogério Lauria Tucci

Professor titular aposentado e regente da disciplina Direito Processual Penal no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

LEGISLAÇÃO

LEI FEDERAL Nº 10.886

Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-lei nº 2.848, de 07-12-1940, Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica".

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º O art. 129 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 9º e 10:

“Art. 129.....
Violência Doméstica

§ 9º *Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das*

relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

§ 10. *Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).” (NR)*

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de junho de 2004;
183º da Independência e 116º da República.

Luiz Inácio Lula da Silva

Márcio Thomaz Bastos

Este texto não substitui o publicado no DOU de 18.6.2004

Rogério Lauria Tucci

Legislação



IBCCRIM

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:
Celso Eduardo Faria Coracini

COORDENADORES ADJUNTOS:
Carlos Alberto Pires Mendes,
Fernanda Velloso Teixeira
e Paulo Sérgio de Oliveira

**DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO,
MONTAGEM E FOTOLITO:**
Ameruso Artes Gráficas
Tel. (11) 6215-3596
Fax (11) 6591-3999
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO:
Ativa/M - Tel. (11) 3277-9181

“O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas.”

“As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto.”

TIRAGEM:
15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA:
IBCCRIM
Rua XI de Agosto, 52
2º andar - CEP 01018-010
S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607
(tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL
Seções:

Administrativo Financeiro: ... 2
Comunicação e Eventos: 3
Biblioteca: 4
Diretoria / Presidência: 5
Internet: 6
Secretaria: 7
Núcleo de Pesquisas: 8
<http://www.ibccrim.org.br>
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br
e publicacoes@ibccrim.org.br

LEI FEDERAL Nº 10.886

III CURSO DE EXTENSÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS - CRIMINOLOGIA CAMPO GRANDE-MS

Realização: IBCCRIM - Coordenadoria do MS

Tema: *Criminologia*

Palestrante: Dr. Alvinho Augusto de Sá

Datas e horários:

dia 06/08 (sexta-feira), das 19h às 22h30min

dia 07/08 (sábado), das 8h30min às 12h

Informações e Inscrições:

Sede do IBCCRIM-MS

Rua Alagoas nº 595 - Sala 1 - Jardim dos Estados, Campo Grande-MS

Tel/fax (67) 327-2095

1. Introdução

A melhor forma de comentar o passado e o presente da Reforma Penal e Penitenciária de 1984 certamente será a reconstituição de alguns fatos relevantes no panorama da teoria e da prática das ciências penais. Acredito que o *depoimento* é mais ilustrativo que o *comentário* e que a *notícia* é mais esclarecedora que o *debate* sobre idéias e eventos.

Com esse método de comunicação será possível, nos limites assinalados para o presente artigo, recompor a atmosfera que, a partir dos anos 60, movimentou amplamente os estudiosos e trabalhadores do Direito Criminal e das ciências afins. Através dele é possível também constatar que a crise aberta em muitos domínios do sistema penal resultou da queda dos conceitos formais. Tal fenômeno foi determinado pelos seguintes fatores: a) a *oposição funesta* entre o Direito Penal e a Criminologia e outras ciências da conduta; b) a exaustão da dogmática e a categoria dos chamados *juristas-penalistas*. A exegese da lei até a sua exaustão, o empenho em atomizar conceitos e a distância cada vez mais acentuada do Homem, da vida e do mundo constituíram as barreiras que comprometeram o aprimoramento das instituições penais. Em muitas oportunidades foi denunciado o excesso dos exercícios dogmáticos e se reconheceu abertamente a falta de melhor evolução dos métodos e meios da ciência penal nos últimos decênios.

2. A prisão como rotina penal

Durante os anos 60 surgiram diversos movimentos acadêmicos e científicos visando reduzir as hipóteses da pena privativa de liberdade, elevada à condição de *pena total* para um imenso número de ilícitos independentemente de sua gravidade.

Não obstante a frustração pelos sucessivos adiamentos da entrada em vigor do CP de 1969 (Decreto-lei nº 1.004, de 21.10.1969) oriundo do Anteprojeto Hungria (1961/1963) — fato que provocou a maior *vacatio legis* da história legislativa brasileira⁽¹⁾ — uma reordenação ao sistema de penas foi iniciada através do Poder Judiciário de São Paulo, pondo em prática o instituto da *prisão-albergue* em face dos provimentos nºs XVI/65 e XXV/66, expedidos pelo Conselho Superior da Magistratura em 7 de outubro de 1965 e 14 de novembro de 1966. Foi um passo importante para romper com a omissão e o imobilismo gerados pela inutilidade da Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957, que dispunha sobre *Normas Gerais do Regime Penitenciário* e ampliava atribuições da Inspeção-Geral Penitenciária. Na verdade, aquele diploma⁽²⁾ limitava-se a reproduzir as *regras básicas* da ONU (1955) sobre os regimes penitenciários. Tinha natureza e conteúdo meramente programáticos mas não era dotado de eficácia coercitiva. Nada, portanto, alterava ou modificava o quadro vigente.

3. A incisão cirúrgica no sistema da prisão total

Por muitos anos, desde o advento do CP de 1940, a *prisão total* funcionou plenamente nos domínios do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais. Para um número aproximado de 260 infrações (sem contar as formas qualificadas e de especial diminuição penal), aplicava-se a pena privativa de liberdade, com maior número para a detenção. A conversão da pena de prisão pela sanção pecuniária era admitida em raras oportunidades. Por exemplo: arts. 129, § 5º; 155, § 2º; 170, 171, § 1º; 175, § 2º e 180, § 3º.

Uma *incisão cirúrgica* foi feita no sistema com a introdução de idéias e propostas que viriam flexibilizar a execução da pena privativa de liberdade. O CP de 1969/1973⁽³⁾ já previa como variante de execução da pena de prisão a existência do *estabelecimento penal* aberto no qual cumpriria pena, em regime de semiliberdade, os condenados por tempo inferior a seis anos de reclusão ou oito anos de detenção, que fossem de escassa ou nenhuma periculosidade (art. 38, § 3º). Também se institucionalizou a prisão-albergue para o condenado primário e de nenhuma ou escassa periculosidade (art. 40).

4. A Moção de Nova Friburgo

A Associação Paulista do Ministério Público encaminhou ao ministro da Justiça, **Alfredo Buzaid**, um anteprojeto de mudança do sistema de penas. O trabalho teve como ponto de partida a *Moção de Nova Friburgo*, evento promovido para discutir o anteprojeto de Código de Execuções Penais (1970) elaborado por comissão da qual participou, como relator, o professor **Benjamin de Moraes Filho**.

O documento advertia que “as falhas do nosso sistema penitenciário são devidas, antes de mais nada, ao anacronismo da legislação penal e processual penal, presas, ainda, à idéia de ser a pena de prisão o remédio indispensável ao tratamento do criminoso, de qualquer grau de periculosidade e seja qual for a gravidade do delito praticado, bem como de ser a segregação cautelar o melhor meio para garantir a eficácia da persecução criminal”⁽⁴⁾. Partindo de suas conclusões, os procuradores **Francisco Papaterre Limongi Neto** e **Antonio Carlos Pentead de Moraes** elaboraram a tese “Sugestões para a reforma do sistema de penas”, aprovada no I Congresso do Ministério Público de São Paulo, em dezembro de 1971⁽⁵⁾.

5. A Moção de Goiânia I

Em 1973, comemorando o cinquentenário da morte de **Ruy Barbosa**, foi realizado em Goiânia o Seminário de Direito Penal e Criminologia, coordenado pelo professor **Licínio Leal Barbosa**. Notáveis mestres e profissionais compareceram ao evento aprovando a *Moção de Goiânia I*, na qual se preconizou: a) a necessidade de considerar o Direito Penal como disciplina de defesa social e da recuperação do delinqüente, objetivando a

prevenção de novos delitos; b) a inclusão da Criminologia nos currículos dos cursos de Direito; c) a adoção do regime de prisão aberta através da prisão-albergue para os condenados de escassa ou nenhuma periculosidade; d) ampliação dos institutos do perdão judicial, do *sursis*, do livramento condicional e de outras medidas substitutivas da prisão⁽⁶⁾.

6. O V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins

Com a preocupação de discutir as propostas legislativas emergentes do CP de 1969/1973 e dos projetos de códigos de Processo Penal e de Execuções Penais, a capital paulista acolheu o V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (1975). Os principais temas foram: a) das penas e sua aplicação; b) das penas e sua execução; c) periculosidade: aferição e consequências penais; d) a reforma penitenciária.

Um grande número de participantes aprovou as conclusões que agora são fielmente transcritas para que se tenha a exata compreensão dos problemas da época e dos esforços para enfrentá-los.

1ª - O grau de periculosidade aferido obrigatoriamente pelo juiz, na sentença, consoante a legislação penal proposta, ainda que possa ser revisto no curso da execução da pena, é de transcendental relevância, pois indicará o tipo de estabelecimento penal a que o sentenciado deverá ser recolhido, ligando-se diretamente, com a oficialização da prisão-albergue, além do *sursis* em regime de penas.

2ª - Tendo em vista os dispositivos da legislação penal brasileira proposta, que estabelece a aferição de periculosidade mediante exame criminológico, deve tal exame ser feito, na medida do possível, por especialistas aptos para definir a capacidade criminológica e o grau de adaptação social do delinqüente. **3ª** - Deve ser mantida a aplicação da pena por tempo relativamente indeterminado, quanto ao mínimo, e somente às categorias dos criminosos habituais e por tendência. **4ª** - Reexame parcial do conceito de criminoso habitual, principalmente no que tange à habitualidade presumida que, na forma da legislação penal proposta, constitui uma presunção de culpabilidade. **5ª** - Reexame do conceito de criminoso por tendência, que deveria ser melhor explicitado. **6ª** - A pena deve assentar-se no requisito da culpa, de sorte que, ao ser aplicada, surge como retribuição ética da conduta. No curso da execução, porém, deve ser acrescido um sentido de readaptação. **7ª** - Urgência de uma reforma no sistema de penas. Que se fortaleça a luta que se vem empenhando, no sentido de que a pena de prisão se restrinja a delinqüentes que representam um perigo social, ou aos casos de comprovada necessidade, encontrando-se para os outros tipos de infratores substitutivos penais satisfatórios. **8ª** - Nos casos de infrações passíveis de penas leves, e, ademais, sendo o agente primário, sem periculosidade e tiver reparado o dano, é

de conveniência possa o juiz encerrar o processo após a instrução, reconhecendo a preempção. **9ª** - Independentemente da vigência do novo Código Penal, adoção em todos os Estados do Brasil do regime de 'prisão-albergue', quer através de lei estadual, quer através de provimentos dos órgãos competentes das magistraturas estaduais, pois, a concessão do trabalho externo em obras públicas ou entidades privadas, nada mais é do que a execução da pena através de laborterapia. **10ª** - Na parte geral da legislação repressiva proposta devem figurar dispositivos regulamentando a possibilidade de perdão judicial, considerando-o causa de extinção da periculosidade, subordinado a determinadas condições subjetivas e objetivas. **11ª** - A legislação penal proposta deverá admitir, como já o faz o vigente Código Penal Militar, a renovação do sursis quando a infração anterior não revelar má índole do agente. Ficaria assim redigido um dispositivo: 'A execução de pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa por dois a seis anos, se o condenado não tiver sofrido condenação anterior por infração penal reveladora de má índole, for de escassa ou nenhuma periculosidade e tiver demonstrado o sincero desejo de reparar o dano'. **12ª** - Aquele que comete novo crime cinco anos após a extinção ou cumprimento da pena por crime anterior tem direito a postular o sursis, graças à prescrição da reincidência em todos os seus efeitos. **13ª** - Necessidade de um Código de Execuções Penais dirigindo e orientando toda a política penitenciária do País, objetivando-se que não fiquem à mercê de deficiências da Administração, aqueles que estão privados de liberdade (reservado, é claro, aos Estados, o direito de elaborar normas supletivas). **14ª** - Reformulação do sistema de execução das penas, modernizando o ultrapassado regime penitenciário brasileiro, como fundamento na realidade do País e nas necessidades do momento, atinando-se para os novos conceitos de execução penal no mundo moderno. **15ª** - A execução da pena deve ser feita sob um sistema interacionista, dinâmico e que garanta maiores poderes ao juiz na individualização concreta da pena, com efetiva fiscalização jurisdicional e que proteja todos os direitos da pessoa humana não atingidos pela sanção. **16ª** - A duração da pena pode ser reduzida na fase de execução por força da prevenção especial, corrigindo-se os erros de valorização do grau de desadaptação do condenado, não ficando o juiz da execução adstrito ao grau mínimo. **17ª** - No atual momento histórico brasileiro, devem ser eliminadas as expressões 'reclusão', 'detenção' e 'prisão simples', substituídas pela expressão 'prisão'. **18ª** - É conveniente a substituição das expressões 'velho', 'enfermão' ou 'enfermo' e 'criança' contidas na legislação penal proposta, pela fórmula genérica: crime cometido contra quem tenha sua capacidade de defesa de qualquer forma reduzida. **19ª** - O traficante de entorpecentes deve ser punido com maior severidade, levando-se em conta a nocividade da droga e a extensão do tráfico⁽⁷⁾.

7. A CPI do Sistema Penitenciário

Nos anos de 1975 e 1976, no âmbito da Câmara dos Deputados, foi instaurada a Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a proceder ao levantamento da situação carcerária nacional. Colheram-se depoimentos e informações da maior importância. As conclusões do relatório, elaboradas com sensibilidade e precisão pelo deputado **Ibrahim Abi-Ackel**, foram as mais pessimistas frente às gravíssimas violações de direitos humanos dos presidiários, em desobediência às regras da Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957, e da norma constitucional, impondo a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário (art. 153, § 14).

A promiscuidade entre presos primários e reincidentes, perigosos e não perigosos; a inexistência de classificação dos condenados visando a individualização executiva da pena; a superlotação carcerária e a ausência de exame criminológico. Em suma, o Relatório desvendava as mazelas do sistema e dos presídios, muito apropriadamente chamados pelo deputado-relator de "sementeiras da reincidência"⁽⁸⁾.

8. A Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977

Foram da maior importância as alterações introduzidas no sistema das penas e medidas de segurança em face da Lei nº 6.417/77, cujo projeto foi elaborado por uma comissão coordenada pelo professor **Francisco de Assis Toledo**. Já se indicavam, naquele texto, algumas linhas da Reforma Penal e Penitenciária que o mesmo e saudoso mestre iria orientar poucos anos depois, por ocasião dos anteprojeto das Leis nºs 7.209 e 7.210/84, elaborados e publicados em 1981.

Embora mantendo integralmente o art. 29 do CP de 1940, declarando que a pena de reclusão e a de detenção "devem ser cumpridas em penitenciária, ou, à falta, em seção especial de prisão comum", a Lei nº 6.416/77 inovou no campo da execução. O § 2º do referido dispositivo previa em favor das mulheres condenadas "o benefício do trabalho externo".

O art. 30 teve o seu caput ampliado, dispondo que o período inicial, do cumprimento da pena privativa de liberdade, "consiste na observação do recluso, sujeito ou não ao isolamento celular, por tempo não superior a 3 (três) meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade". Além disso, houve flexibilização no processo executório com a instituição dos regimes fechado, semi-aberto e aberto.

Não obstante os grandes avanços determinados pela Lei nº 6.416/77, que revelou grandes preocupações com a individualização executiva da pena e a dignidade pessoal do condenado, não foi ela cumprida pelos sistemas penitenciários brasileiros de um modo geral. E o problema resultou, basicamente, da orientação em se deferir à legislação local ou, à sua falta, aos "provimentos do

Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente" a regulamentação de aspectos fundamentais à boa execução penal, como os tipos de regimes, com suas transferências e retornos; a prisão-albergue; o cumprimento da pena em prisão da comarca da condenação ou da residência do condenado; o trabalho externo; a frequência a cursos profissionalizantes, bem como de segundo grau ou superior fora do estabelecimento, e as licenças periódicas para visitar a família, frequentar a igreja e participar de atividades que pudessem concorrer para a emenda e reintegração no convívio social.

9. A nova Parte Geral do Código Penal

Pode-se afirmar que a nova Parte Geral do Código Penal, nos campos reservados às penas e às medidas de segurança, teve a orientação determinadas coordenadas que podem ser assim resumidas:

A. O princípio da intervenção mínima

Já nos trabalhos de revisão da Parte Especial do Código Penal, iniciados em 1983, se destacava a preocupação em reduzir a intervenção penal do Estado aos casos de extrema necessidade. Os desvios da política legiferante vem se acentuando ao longo dos anos com a hipercriminalização. O princípio da *intervenção mínima* traduz a ideia justamente expressa por **Maihofer**, de um Direito Penal como *ultima ratio* da política social, verdadeira exigência ética para o legislador a funcionar num duplo sentido: quanto aos fatos a punir e quanto às penas a aplicar⁽⁹⁾.

Pode-se afirmar que com a introdução das penas restritivas de direitos a Lei nº 7.209/84 acolheu o generoso princípio para admitir a perda de liberdade somente em casos de maior gravidade objetiva e da maior culpabilidade do agente.

B. As alternativas à prisão

Dominou o espírito da Reforma a ideia de reduzir, ao máximo possível, o encarceramento. Essa orientação vinha sendo defendida nos mais variados e distantes foros de especialistas em Direito e Processo Penal desde o início dos anos 60. Em texto publicado logo após a entrada em vigor da nova Parte Geral, eu dizia que "a massificação do procedimento de execução das penas privativas de liberdade, a ineficácia da pena de multa — não obstante a sua recente e já desatualizada correção⁽¹⁰⁾ — bem a insegurança decorrente do funcionamento das chamadas **penas acessórias**, mostram que o sistema punitivo brasileiro se confina na perda da liberdade. A prisão é o monócórdio imposto para executar a grande sinfonia do bem e do mal. Em consequência de tal fenômeno, os problemas sociais e culturais que se vertem no crime e na conduta do agente estão imersos na desgraça e na maldição"⁽¹¹⁾.

C. A culpabilidade como fundamento e limite da pena

A culpa deve ser, sempre, o fundamento e ➤

➔ o limite para justificar a pena tanto nos momentos de cominação e aplicação, como também na fase de execução. Daí a eliminação do sistema do *duplo binário*, ou seja, da execução sucessiva da pena e da medida de segurança, pelo *sistema vicariante*. Tal mudança, profunda e indispensável, estabelece que a *pena* tem como pressuposto a *culpabilidade*; a *medida de segurança* tem como base a *periculosidade*.

D. A individualização da pena

A garantia constitucional da individualização da pena foi ampliada com a Reforma de 1984 para prever que a culpabilidade é o primeiro indicador para a pena-base. E, inovando quanto à redação original do CP, o art. 59 prevê a necessidade do juiz examinar o comportamento da vítima como fator de flutuação — para mais ou para menos — da medida penal. Também foi da maior importância a fixação do *princípio da proporcionalidade* através da fórmula da *necessidade e suficiência* para a *reprovação e prevenção* do crime.

E. Os novos limites da pena de multa

O resgate histórico da pena de multa em dias, assim como previa o Código Criminal do Império (art. 55), é mantido pelo Código de 1890 e pela Consolidação das Leis Penais (1932). O critério foi abandonado pelo Código de 1940, produzindo a maior vaga de impunidade quanto à sanção patrimonial.

Com o sistema fixado pela Reforma liberou-se o magistrado das quantidades tarifadas de resposta quanto à multa, podendo realizar uma individualização mais adequada ao condenado e aos interesses sociais.

F. A pena como processo de diálogo

Em síntese muito expressiva, Calliess demonstra que tanto o Direito Penal como o direito positivo em geral constituem a estrutura dialógica de sistemas sociais e, por via de consequência, a pena deve ser concebida como um processo de diálogo entre o Estado e a comunidade⁽¹²⁾. Partindo dessa equação, entendendo que esse *processo de diálogo* deve ser estabelecido entre o condenado e a sociedade com a moderação do Estado. Em outras palavras: é necessária a abertura dos cárceres à comunidade.

Essa dimensão do problema leva à conclusão de que a pena cumpre importante função social quando oferece alternativas ao comportamento criminal através da *criação de possibilidades de participação* como um processo de integração permanente entre o delinquente e a comunidade. Em tal sentido, **Mir Puig** adverte que o condenado não pode ser tratado como puro *objeto* de um processo coercitivo do Estado, mas como verdadeiro *sujeito* de um processo de regulação e aprendizagem que deve tender não só à adaptação das normas dominantes como também a elaborar alternativas para o comportamento delituoso e, com elas, a participação nas relações sociais⁽¹³⁾.

As penas restritivas de direitos, introduzidas com a Lei nº 7.209/84 e ampliadas com a Lei nº 9.714/98, são instrumentos adequados para realizar uma Política Criminal que responde satisfatoriamente aos interesses do magistério punitivo, e não têm o caráter aflitivo e discriminatório das sanções de feição clássica.

10. A experiência dos anos

Passados 20 anos da promulgação das leis de reforma, é possível chegar-se a duas conclusões: *a)* as deformações de uma *legislação de pânico* não conseguiram descaracterizar o sentido humanitário e social do novo sistema de penas, apesar das mazelas administrativas de execução; *b)* as penas alternativas e, em especial, a pena de serviços comunitários, constituem uma *revolução copérnica* nos usos e costumes do penitenciarismo clássico.

A maldição, o tormento, a execração e o abandono constituem os *pontos cardeais* para a viagem em que as penas de feição clássica transportam o corpo e o espírito do condenado. A morte, as mutilações, a prisão perpétua e outras modalidades de reações brutais se alternaram no curso da história da humanidade e do Direito Penal, como expressões da divindade ofendida, da vingança individual ou coletiva, ou como instrumento de segurança e paz.

As penas cruéis e infamantes geralmente são impostas em nome da exemplaridade; portanto assumem um caráter generalizador e atentam contra o princípio da individualização, que é um desdobramento lógico do direito natural ao propor a máxima *suum cuique tribuere*.

Nos tempos modernos, a função da pena em um Estado Democrático de Direito, assim como está proclamado no primeiro artigo da Constituição, deve atender às exigências de proteção de todos os membros da sociedade. É preciso evitar que a perda da liberdade se transforme em expressão contemporânea das antigas penas de expulsão da comunidade, a exemplo da *perda da paz*, quando o ofensor era banido da comunhão social. Ele era o *ex lege*, o *utlah* do direito saxônico, o *exul et profugus* da lei sálica. Em outras palavras: a pena não pode se converter em instrumento de supressão dos direitos e dos deveres inerentes à cidadania.

As penas alternativas tiveram um grande avanço em nosso sistema através da Lei nº 7.209/84. A Exposição de Motivos ao Projeto de lei nº 1.656/83, do qual resultou a nova Parte Geral do CP, contém passagens de rigorosa atualidade⁽¹⁴⁾.

A Constituição de 1988 apresentou duas novas *vertentes* que deságuam na orientação doutrinária e jurisprudencial que defende a aplicação das penas alternativas: trata-se da obrigação de motivar as decisões judiciais, e da prestação social alternativa. Uma dirigida ao juiz; outra ao condenado. Ambas libertas dos males e dos preconceitos típicos das sanções tormentosas e infamantes. Com efeito, em nenhuma Carta Políti-

ca anterior, as hipóteses de reação penal e as *molduras de segurança* individuais e coletivas apresentam-se com as fórmulas claras e impositivas como agora se verifica.

Mas para a eficácia e prestígio dessas formas alternativas da prisão é indispensável que o cotidiano da magistratura as adote como providências idôneas para combater uma vasta gama de ilicitudes, viabilizando o aspecto pedagógico da resposta penal sem perder de vista os objetivos de prevenção e retribuição que devem ser inerentes a todas as penas criminais.

É forçoso reconhecer que o tema das penas alternativas é uma dessas *terras não cultivadas* pelos trabalhadores do Direito, apesar de sua notável importância como instrumento adequado para responder à multiplicidade de infrações previstas no Código Penal e nas leis especiais, além de não padecer dos quatro vícios cardeais já aludidos (maldição, tormento, execração e abandono). ●

Notas

- (1) O CP de 1969 deveria entrar em vigor em 1º.01.1970, o que não ocorreu em face das leis de adiamento (nº 5.573, de 1º.12.1969; nº 5.597, de 31.7.1970; nº 5.749, de 1º.12.1971; nº 5.857, de 7.12.1972 e nº 6.063, de 27.6.1974). Finalmente, a Lei nº 6.578, de 11.10.1978, revogou o Decreto-lei nº 1.004/69.
- (2) Expressamente revogado pela Lei nº 7.210/85, art. 204.
- (3) Código Penal de 1969 com as alterações determinadas pela Lei nº 6.016, de 31.12.1973.
- (4) A *Moção* foi publicada na RT, v. 425, p. 407.
- (5) Em *Reforma do Sistema de Penas*, São Paulo, 1972, pp. 37 e segs.
- (6) Em *Ciência Penal*, Rio de Janeiro: Forense, nº 1 de 1982, pp. 9/11.
- (7) Em *Revista de Direito Penal*, direção de **Hele- no Cláudio Fragoso**, secretária de **Nilo Batista**, São Paulo: edição RT, nº 17/18, jan.-jun. 1975, pp. 131/133.
- (8) O relatório e as conclusões da CPI do Sistema Penitenciário foram publicados no *Diário do Congresso Nacional*, suplemento ao nº 61, de 4.6.1976, pp. 5 e segs.
- (9) Referido por **Anabela Miranda Rodrigues**, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra, 1982, p. 17.
- (10) A Lei nº 6.416/77 reajustou os valores de multa constantes do CP, do CPP e na Lei de Contravenções Penais, na proporção de 1:2.000 (um por dois mil) (art. 4º).
- (11) **René Ariel Dotti**. “O novo sistema de penas”, em *Reforma Penal*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 87.
- (12) Cf. **Santiago Mir Puig**, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 86.
- (13) *Introducción*, cit., pp. 85/86.
- (14) Vide, a propósito, os itens nºs 26 a 28.

René Ariel Dotti

Advogado e professor universitário, foi co-redator dos projetos de reforma da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal

René Ariel Dotti

O NECESSÁRIO É APLICAÇÃO DA LEI A TEMPO E MODO

Jair Leonardo Lopes



Jair Leonardo Lopes

Há mais de vinte anos, precisamente em 17 de dezembro de 1981, o ministro **Assis Toledo**, o professor **Miguel Reale Junior** e eu, reunidos em Minas Gerais, terminávamos a última revisão do Anteprojeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal de 40, o qual, submetido ao Congresso Nacional, onde teve curso como Projeto 1.656-A, fora aprovado com apenas duas emendas substanciais e algumas outras de redação.

A emenda modificativa do art. 13 do Projeto foi proposta em excelente trabalho, elaborado pela Comissão instituída pelo Conselho Secional da Ordem dos Advogados de Pernambuco, integrada pelos professores de Direito Penal, **Everardo da Cunha Luna** e **Romualdo Marques Costa**, e pelos professores de Processo Penal, **Nilzardo Carneiro Leão** e **Anamaria Campos Torres**, todos do corpo docente da tradicional Faculdade de Direito do Recife.

O trabalho dessa Comissão foi apresentado ao Congresso pelo deputado **Egídio Ferreira Lima**, tendo sido a emenda ao art. 13, justificada com o brilho e a segurança dos argumentos do mestre **Everardo da Cunha Luna**. Esta afirmação funda-se no conhecimento do texto completo de sua justificativa para a modificação do art. 13, a qual nos havia sido encaminhada, bem como ao ministro **Assis Toledo** e, com certeza, ao professor **Miguel Reale Junior**. Permito-me transcrever, pelo menos, a parte em que sustentou a substituição do modo do verbo *depende*, do presente do subjuntivo *dependa* para o presente do indicativo *depende*.

O eminente professor se perguntava por que a substituição do indicativo pelo conjuntivo, questionando assim a redação do Anteprojeto, cujo texto era o seguinte: “O resultado, de que dependa a existência do crime, somente é imputável a quem, por ação, o tenha causado ou, por omissão, não o tenha impedido”.

Ele aduzia: “Sem pedantismo gramatical, sabe-se que o encontro do presente do indicativo, como o verbo da oração principal, com o presente do subjuntivo, como o verbo da oração subordinada, seja esta substantiva ou adjetiva, sucede, entre outras hipóteses, quando o modo subjuntivo exprime algo futuro e incerto”. Mas a maioria da Comissão Revisora preferiu empregar o verbo no subjuntivo, tentando evitar o juízo da relação de causalidade, entendendo que a existência do crime nem sempre depende do resultado. O resultado *juridicamente relevante*, na sistemática do nosso Código, que era, também, a do Anteprojeto, não pode deixar de existir, tanto que, quando o resultado não ocorre, considera-se o crime impossível (art. 17 do CP), assim como não são puníveis o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio para a prática de crime, que não chega a ser tentado, e a instigação ao suicídio, se este não se consuma.

Mesmo antes de conhecer o confortador apoio da opinião do professor **Everardo**, o nosso ponto de vista era o de que deveria ser mantido o verbo *depende* no presente do indicativo: *depende* e não *dependa*. As razões

eram as mesmas do mestre pernambucano, mas, ainda outras, diferentes das dele, pois, desde trabalho publicado em 1965, sustentávamos que não há crime sem *resultado juridicamente relevante*, que é o dano ao bem jurídico ou sua probabilidade ou exposição a perigo, mas perigo *concreto* e não *abstrato*.

Afinal, o texto do art. 13, *caput*, do Anteprojeto, com a aprovação da emenda da Comissão do Recife, passou a ser o do vigente art. 13, *caput*, com a substituição da parte final do texto do Anteprojeto por aquele do Código de 40, *in verbis*: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Mantidos os parágrafos 1º e 2º do art. 13 do Anteprojeto.

A outra modificação, introduzida ao Anteprojeto no Congresso, foi a da emenda do deputado **Raymundo Asfóra**, que acrescentou ao art. 77, o seguinte § 2º: “A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade”. Convém lembrar, que a Lei nº 9.714, de 1988, aduziu à parte final do texto mais o seguinte: “ou razões de saúde justifiquem a suspensão”.

O Projeto de Lei nº 1.656 fora aprovado pelo Congresso, sancionado e publicado no *Diário Oficial* de 13 de julho de 1984, quase com o mesmo texto do Anteprojeto Revisto, tornando-se a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, com a *vacatio legis* de seis meses; portanto, passou a vigorar em janeiro de 1985.

Após a vigência da Nova Parte Geral, houve uma primeira investida contra o seu texto no governo do Presidente **Sarney**. A proposta foi submetida ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que a desaprovou; não obstante, foi dita proposta de alteração submetida ao Congresso Nacional.

Na época, estávamos naquele Conselho, dentre outros, o ministro **Evandro Lins, René Ariel Dotti** e eu, sendo que os três nos afastamos por entender que, se ao Conselho incumbia traçar a orientação de política criminal do Governo e este, a despeito da desaprovação do Conselho, encaminhava ao Congresso aquela proposta de modificação do Código Penal, perdia a razão de ser a participação naquele órgão. Felizmente, aquela proposta hibernou nos arquivos do Congresso Nacional.

Depois dessa frustrada tentativa de alteração da Nova Parte Geral, duas outras modificações foram feitas. Uma delas, como observou **Alberto Silva Franco**, “sob o impacto dos meios de comunicação de massa, mobilizados em face de extorsões mediante seqüestro, que tinham vitimizado figuras importantes da elite econômica e social do país (caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina, etc.), um medo difuso e irracional, acompanhado de uma desconfiança para com os órgãos oficiais de controle social, tomou conta da população, atuando como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir. Na linha de pensamento da law and order, surgiu a Lei nº 8.072

que é, sem dúvida, um exemplo significativo de uma posição político-criminal que expressa, ao mesmo tempo, radicalismo e passionalidade” (*Crimes Hediondos*, 4ª ed., RT, pp. 43/44).

Na obra acima citada, ao pé da página 43, há nota de uma referência feita pelo professor **Miguel Reale Junior**, à influência do caso Medina para a aprovação da lei, diz ele: “a lei de crimes hediondos, aprovada de afogatilho, foi uma resposta penal de ocasião, para dar satisfação diante do seqüestro de Roberto Medina, sem que o legislador sopesasse as vantagens em matéria de execução de pena das limitações impostas, que quebram o sistema do Código Penal, com a exigência de cumprimento integral da pena em regime fechado, gerando-se uma fera no meio prisional, que nada tem a perder”.

A malfadada Lei nº 8.072, que definiu os crimes hediondos, subverteu o sistema progressivo de cumprimento da pena, instituído pela Nova Parte Geral, ao determinar o cumprimento da pena, integralmente, em regime fechado, e só permitir o livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena, sendo que o autor do crime hediondo não poderá beneficiar-se de anistia, graça e indulto, embora a concessão de indulto não estivesse vedada pelo texto do inciso XLIII, do art. 5º da Constituição Federal.

Há quem entenda que, referindo-se à “graça”, a Constituição teria abrangido o “indulto”. Não há dúvida de que o indulto é uma forma de graça, tomado este termo no *sentido genérico*. Mas, em nosso Código, (art. 107, II) “graça” é referida no *sentido estrito* e não pode ser confundida com o “indulto”.

É regra de hermenêutica que não existem palavras inúteis na lei, sobretudo, dizemos nós, na lei penal. O art. 107, II, prevê a extinção da punibilidade pela anistia, graça ou indulto. Cumpre, pois, distinguir entre graça e indulto. A graça é **individual**, consiste em um pedido de indulgência dirigido pelo condenado ao Presidente da República; enquanto o indulto é **coletivo**, porque beneficia todos os condenados que se enquadrem nas condições previstas no decreto por via do qual seja concedido (nosso *Curso de Direito Penal*, 3ª ed., RT, p. 258).

Afinal, nos termos da Constituição (art. 5º, XLIII), os crimes hediondos são insuscetíveis da graça e da anistia e não foram considerados insuscetíveis do *indulto*. Logo, a nosso ver, o que o Presidente da República pode conceder (art. 84, XII, da CF), que é o *indulto*, não é insuscetível no chamado crime hediondo, e a graça, que não está, constitucionalmente, prevista para ser concedida pelo Presidente, foi o que se tornou insuscetível em tal crime. Ficou muito “engraçado”...

Esta e outras incoerências resultam da elaboração de leis penais “a toque de caixa” e sob a pressão de casos pessoais, dominados pelas emoções do momento, as quais retiram a seriedade e reflexão indispensáveis ao legislador.

Não foi outro o clima em que atuou a sra. Glória Perez, após o assassinato de sua filha, tendo conseguido fazer do homicídio qualifi-

➔ cado um crime hediondo; por sua vez, a mídia, depois de uma sensacionalista semana de notícias sobre falsificação de medicamentos, sem exigir a prisão dos falsificadores, para o que já existia lei suficiente, fez, no entanto, com que o governo, para livrar-se do noticiário, adotasse o seu habitual recurso, qual seja a severidade da lei penal, mediante a inclusão das falsificações entre os crimes hediondos.

As leis que emergiram de tais circunstâncias geraram conseqüências da maior gravidade no processo penal. Os representantes do Ministério Público, desde a vigência da Lei nº 8.072, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.930/1994, raramente denunciavam crime doloso de morte como homicídio simples; as denúncias por homicídio qualificado representavam, provavelmente, noventa por cento ou mais dos casos. Por sua vez, o juiz recebe a denúncia em despacho sem qualquer fundamentação e já houve quem o fizesse até por carimbo apostado pelo serventuário para assinatura. Depois, o mesmo juiz ou outro, na pronúncia, diz não poder excluir a qualificadora, porque o juízo é de mera admissibilidade da acusação e que a decisão sobre o mérito compete ao Júri. Se interposto o recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia, os Tribunais se abstêm de apreciar o pedido de retirada da qualificadora, com o cômodo fundamento de que se trata de crime doloso contra a vida, cujo julgamento a Constituição reservou ao Júri. E, no Tribunal do Júri, em julgamento pelo **sim** ou pelo **não**, é o indivíduo condenado a uma pena nunca inferior a 12 anos, a ser cumprida, integralmente, em regime fechado.

Afinal, à regra da legislação terrorista, segundo a qual a severidade das leis penais pode conter a violência, abriu-se uma exceção quando o Congresso aprovou e foi sancionada a Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que também introduziu alterações na Nova Parte Geral, porém de modo a ampliar os casos de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, evitando o recolhimento à prisão do condenado não reincidente em crime doloso, cuja pena aplicada não seja superior a quatro anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

Ora, essas modificações correspondem à orientação de política criminal que inspirou a Nova Parte Geral, ao adotar a substituição da pena privativa de liberdade, limitando o recolhimento à prisão aos condenados de maus antecedentes, autores de crimes de maior potencial ofensivo e em cuja prática o agente tenha revelado personalidade de má índole, motivação injustificável e circunstâncias de maior reprovação social, portanto de mais culpabilidade.

As duas mencionadas leis introduziram alterações substanciais na Nova Parte Geral, sendo que a dos crimes hediondos, a nosso juízo, foi draconiana, enquanto a Lei nº 9.714, na opinião de leigos em direito penal e, infelizmente, de alguns não

leigos, teria sido excessivamente liberal.

Afora essas modificações, aqui e ali, surgem propostas de, por exemplo, aumentar o prazo de permanência em cada regime como requisito para a progressão; introdução das inabilitações como penas; limitação do sistema progressivo a dois regimes, abolindo-se o regime aberto, por falta de estabelecimentos para cumprimento do mesmo.

As inabilitações, de certo modo, ressuscitam as antigas penas acessórias, em nosso entender de triste memória (nosso *Da Reabilitação no Direito Penal* - Tese de Concurso para a Cátedra na Faculdade de Direito da UFMG). Além disso, são reminiscências das penas infamantes. **Costa e Silva**, o nosso consagrado penalista, entendia que *“a interdição de direitos é uma pena restritiva da capacidade jurídica do condenado. É um plus acrescentado à pena privativa de liberdade e que importa uma diminuição do valor social, da honra, em sentido objetivo, da pessoa que o sofre. Muito se tem dito, com razão, contra essa categoria de penas. O futuro não lhe parece propício”* (in: *Código Penal*, vol. I, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943, p. 346).

A abolição do regime aberto, à primeira vista, pode parecer razoável, ao argumento da falta de estabelecimento; porém, se considerado que o número de condenados, a cumprir pena em regime semi-aberto, iria aumentar assustadoramente, sem que, também, existam estabelecimentos próprios e em número suficiente para o cumprimento de tais penas, torna-se mais conveniente manter o regime aberto. Mesmo porque é mais viável a obtenção de casas de albergado, inclusive pelo seu menor custo, do que *“colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar”* (art. 33, § 1º, “b”, CP) para o cumprimento da pena em regime semi-aberto. Abstração feita da promiscuidade que se verificará entre o condenado que veio do regime fechado, desde que assegurada a progressão, em regra autor de crime mais grave, e todos aqueles outros que serão recolhidos ao regime semi-aberto, único a subsistir depois do fechado. A promiscuidade no regime aberto, quando ocorresse, seria menos nociva, porque o condenado não permanece em contato com os demais durante o dia, já que ao estabelecimento só se recolhe à noite. Por outro lado, o aumento da permanência em cada regime agravará problemas atuais, dentre eles, a superpopulação carcerária.

A crítica da suposta liberalidade excessiva do regime progressivo, a qual faz alguns pensarem no aumento da permanência em cada regime, decorre menos da lei do que de seu descumprimento. A progressão não depende só do cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, como faz supor o procedimento adotado por alguns juizes. Aliás, o art. 112 da Lei de Execução diz que a transferência para regime menos rigoroso ocorrerá quando o preso tiver cumprido *ao menos um sexto da pena* no regime anterior e seu mérito indicar a progressão. A progressão não é automática e compete ao juiz, atento à lei, concedê-la ou

não, em decisão devidamente fundamentada.

Enfim, não há necessidade imediata de introduzirem-se modificações no sistema de penas e de sua aplicação instituído pela Lei nº 7.209, de 11-7-84. Antes de tudo, porque ela não se aplicou a muitos casos por lhe terem sido anteriores e não sujeitos à norma mais grave; e aos casos posteriores, em que fora aplicada, nem sempre o foi conforme suas disposições. A verdade é que há juizes que ainda não têm plena consciência da lei ou não absorveram ainda o seu espírito ou a sua orientação de política criminal.

Do nosso conhecimento pessoal é o caso de um magistrado que, em crime de trânsito, substitui a pena privativa de liberdade por uma só pena restritiva de direito “sem a multa”, sendo que, como sabido, a substituição se processa por uma pena restritiva de direito e multa, ou por duas penas restritivas de direito exequíveis simultaneamente.

Quanto à pena de multa, não foi ainda bem compreendida a técnica de sua aplicação e a eficácia que tal pena pode ter como meio de repressão. Encontram-se sentenças em que não há proporção ou coerência entre o valor do dia-multa fixado e o número de dias pelo qual é multiplicado aquele valor. Se o juiz fixa o dia-multa no mínimo, não deve multiplicá-lo senão pelo número mínimo de dias, pois a fixação do dia-multa no mínimo há de significar que se trata de condenado de baixa renda ou que vive somente de salário; logo, a pena deve situar-se no mínimo.

É comum conceder-se a suspensão condicional da execução e não se exigir, no primeiro ano do período de prova, a prestação de serviço à comunidade ou a limitação de fim de semana (art. 78, § 1º, CP). O **Boletim do IBCCRIM** chegou a publicar decisões que consideraram a exigência um *bis in idem*, porém o tema já foi tratado pelo STF, no HC nº 22.233-4, quando se decidiu que *“a imposição da prestação de serviço à comunidade como condição para o sursis não constitui constrangimento ilegal”* (DJU de 2/06/95).

Por sua vez, o livramento condicional é às vezes deferido, sem se considerar o disposto no parágrafo único do art. 83 do Código Penal, a despeito de ter sido o requerente condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. O juiz, após a análise de todas as circunstâncias, pode chegar à conclusão de que não seja conveniente conceder-se o benefício, não obstante o condenado tenha cumprido um terço da pena.

Chega-se à conclusão de que, se há favores em excesso — o que leva a imprensa escrita, falada e televisada a referir-se à impunidade e atribuí-la à lei, cuja mudança sugere — constitui um equívoco que precisa ser revisto, porque o necessário é o cumprimento da lei a TEMPO e MODO. ●

Jair Leonardo Lopes
Professor catedrático da
Faculdade de Direito da UFMG

Jair Leonardo Lopes

Não existissem tantos outros motivos, 1984 teria valido só por ter sido o demorado ponto de destino de um bilhete, que **Costa e Silva** remetera à Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado. Naquele bilhete, **Costa e Silva** preconizava codificar a seguinte regra: *“pelos resultados que agravam especialmente as penas só responderá o agente que os houver causado pelo menos culposamente”*⁽¹⁾. Quase meio século transcorreu para que tal regra, que em 1969 passara ao Direito castrense (art. 34 do CPM)⁽²⁾, chegasse ao Código Penal, pelas mãos da Reforma de 1984, pretendendo banir definitivamente a responsabilidade objetiva pelo resultado.

Ter **Francisco de Assis Toledo** conseguido, nas delicadas circunstâncias do governo do último presidente militar, o espaço político para uma reforma com tal densidade e alcance, foi algo admirável. Estava ele, naquela conjuntura, completamente amadurecido como penalista, o que se sinalizava na consciência dos *“limites do Direito Penal”*, no sentido de que *“as medidas de controle do fenômeno do crime não podem ser exclusivamente jurídicas”*, para que o sistema penal *“não pretenda inutilmente ser panacéia ineficaz para todos os males e dificuldades”*⁽³⁾. A articulação de um conjunto de respostas penais não privativas da liberdade obedecia a uma compreensão cujas raízes estavam em **von Liszt**, e cujo futuro estaria na categoria roxiniana da necessidade preventiva, de vez que, para **Toledo**, *“se uma certa pena apresenta-se apta aos fins da prevenção (...) não estará justificada a aplicação de outra pena mais grave”*⁽⁴⁾. Ter reunido uma comissão tão homogênea, integrada por professores experientes, que compartilhavam as mesmas preocupações, foi outro componente fundamental para o bom êxito da reforma. Tais professores estavam também convencidos de que as reformulações pontuais no CP 1940 — um texto de *“indiscutida precisão científica”*, como diria um deles⁽⁵⁾ — haviam efetivamente comprovado, tal como se argumentara quando da revogação do CP, 1969, que o diploma

da Era Vargas estava *“mais atualizado do que o vacante”*.

No âmbito da autoria e participação, houve muitos avanços. A regra do velho parágrafo único do artigo 48, CP (redação de 1940) contemplava, como dizia **Fragoso**, *“intolerável responsabilidade objetiva”*⁽⁶⁾. A doutrina procurava reduzir o estrago recorrendo à interrupção do nexo causal, como

Foi uma reforma em que o reconhecimento acadêmico prevaleceu sobre o oportunismo das políticas criminais de ocasião, na qual os materiais teóricos aproveitados traziam selo de qualidade — nada de improvisações. Sobre tudo, foi uma reforma ainda sob o ethos do desengano penalístico no mundo industrial, ao qual os professores do Projeto Alternativo alemão deram forma indelével: a pena não passa de “amarga necessidade em uma comunidade de seres imperfeitos”.

Hungria⁽⁷⁾ e **Bruno**⁽⁸⁾, o que era totalmente compatível com a causatividade que dominava então a teoria do concurso de agentes. Em 1979, inspirado numa construção de Latagliata, formulei a proposta de tomar o caracterizado excesso do co-autor como erro acidental ou erro de execução para os demais co-autores⁽⁹⁾, chamando à solução o então artigo 54 do CP (redação de 1940). Minha proposta, talvez algo

barroca porém introdutora de chaves teóricas que contornavam a responsabilidade objetiva, não foi minimamente discutida durante seu lustro de validade, porquanto a introdução do § 2º do artigo 29 pela reforma de 1984 tornou-a dispensável. Rigorosamente, o simples acréscimo *“na medida de sua culpabilidade”* à regra geral unitária (art. 29 do CP) já importaria temperar a leitura da velha *“atenuante”* do parágrafo único do artigo 48 do CP (redação de 1940). Com discricção e firmeza, a reforma recuperou aquela *“classificação subterrânea mas real”* dos agentes do crime, à qual se referia **Esther de Figueiredo Ferraz**⁽¹⁰⁾; na própria Exposição de Motivos se registra a existência de *“regras precisas que distinguem a autoria da participação”* (nº 25). Não são tão precisas assim, mas são melhores do que as anteriores, das quais a Exposição de Motivos de 1940 dizia terem *“abolido a distinção entre autores e partícipes”* (nº 22).

Valeu, **Toledo**. É claro que nem tudo saiu como planejado. Apesar da afinação no articulado da teoria do delito, e até nas rubricas, os termos *“ilicitude”* e *“ilícito”* não baniram os correlatos *“antijuricidade”* e *“antijurídico”*, como ele tanto propugnou⁽¹¹⁾. Mas foi uma reforma em que o reconhecimento acadêmico prevaleceu sobre o oportunismo

das políticas criminais de ocasião, na qual os materiais teóricos aproveitados traziam selo de qualidade — nada de improvisações. Sobre tudo, foi uma reforma ainda sob o *ethos* do desengano penalístico no mundo industrial, ao qual os professores do Projeto Alternativo alemão deram forma indelével: a pena não passa de *“amarga necessidade em uma comunidade de seres imperfeitos”*. Disso se recordava **Heitor Costa Júnior**, explicando a reforma de um ângulo em que o princípio da intervenção mínima constituiria *“para o legislador verdadeira exigência ética”*⁽¹²⁾. Seria possível hoje uma reforma similar, com os novos papéis que a mídia alcançou desempenhar como portavoza do pensamento único político-criminal? Seria possível hoje uma reforma similar, com a crença arraigada no direito penal simbólico, como *“panacéia para todos os males”*? Valeu, **Toledo!** 

Notas

- (1) **HUNGRIA, Nelson**. “Costa e Silva penalista”, em *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio de Janeiro: Ed. Nac. Dir., 1945, p. 309.
- (2) Cf. **BATISTA, Nilo**. “Notas sobre o artigo 34 do Código Penal Militar”, em *Temas de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Ed. L. Juris, 1984, pp. 276 e segs.
- (3) **TOLEDO, Francisco de Assis**. “Princípios gerais do novo sistema penal brasileiro, em **GIACOMUZZI, Vladimir** (org.), *O Direito Penal e o Novo Código Penal Brasileiro*, Porto Alegre: Ed. Fabris, 1985, pp. 7 e segs.
- (4) Ob. cit., p. 15.
- (5) **ANDREUCCI, Ricardo Antunes**. “Culpabilidade e erro”, em *AA.VV. Reforma Penal*, São Paulo: Ed. Saraiva, p. 117.
- (6) *Comentários ao Código Penal (Acréscimos a Nelson Hungria)*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, v. I, t. II, 1978, p. 638.
- (7) **HUNGRIA, Nelson**. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, v. I, t. II, 1958, p. 417.
- (8) **BRUNO, Aníbal**. *Direito Penal*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, t. 2º, 1959, p. 273.
- (9) **BATISTA, Nilo**. *Concurso de Agentes*, Rio de Janeiro: Ed. L. Juris, 1979, pp. 92 e segs.
- (10) *A Co-Delinquência no Direito Penal Brasileiro*, São Paulo: Ed. J. Bushatsky, 1976, p. 10.
- (11) **TOLEDO, Francisco de Assis**, “Considerações sobre a ilicitude na reforma penal brasileira”, em *AA. VV. Reforma Penal*, cit., pp. 1 e segs.
- (12) “A reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro”, em **GIACOMUZZI, Vladimir** (org.), *O Direito Penal...* cit., p. 55.

Nilo Batista

Professor titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Cândido Mendes e presidente do Instituto Carioca de Criminologia

1. Considerações gerais

O Direito Penal contém normas proibitivas e normas imperativas. A infração dessas normas imperativas constitui a essência do crime omissivo. A conduta que infringe uma norma imperativa consistirá em não fazer a ação ordenada pela norma. Logo, a omissão em si mesma não existe, pois somente a *omissão de uma ação determinada* pela norma configurará a essência da omissão.

Configura-se o *crime omissivo* quando o agente não faz o que pode e deve fazer, e lhe é juridicamente ordenado. Portanto, o crime omissivo consiste sempre na omissão de uma determinada ação que o sujeito tinha obrigação de realizar e que podia fazê-lo⁽¹⁾. O crime omissivo divide-se em *omissivo próprio* e *omissivo impróprio*. Os primeiros são *crimes de mera conduta*, como, por exemplo, a omissão de socorro, aos quais não se atribui resultado algum, enquanto os segundos, os omissivos impróprios, são *crimes de resultado*.

Os *crimes omissivos próprios* são obrigatoriamente previstos em tipos penais específicos, em obediência ao princípio da reserva legal, dos quais são exemplos típicos os previstos nos arts. 135, 244, 269, etc. Os *crimes omissivos impróprios*, por sua vez, como crimes de resultados, não têm uma *tipologia própria*, inserindo-se na tipificação comum dos crimes de resultado, como o homicídio, a lesão corporal, etc. Na verdade, nesses crimes *não há uma causalidade fática mas jurídica*. Neles o *omitente*, devendo e podendo, não impede o resultado. Convém destacar, desde logo, que o *dever de evitar o resultado* é sempre um *dever decorrente* de uma norma jurídica, não o configurando deveres puramente éticos, morais ou religiosos⁽²⁾.

Neste trabalho, no entanto, premidos pela falta de espaço, nos limitaremos a tecer algumas considerações somente em relação ao crime omissivo impróprio, cuja regulamentação expressa foi objeto da Reforma Penal de 1984, que teve como grande responsável o saudoso ministro **Francisco de Assis Toledo**, a quem, neste momento, rendemos nossas homenagens.

2. Crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão

No crime *comissivo por omissão* ou *omissivo impróprio*, o *dever de agir* é para *evitar um resultado concreto*. Nesses crimes, o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a *obrigação de agir para evitar um resultado*, isto é, deve agir com a *finalidade* de impedir a ocorrência de determinado evento. Nos crimes *comissivos por omissão* há, na verdade, um *crime material*, isto é, um crime de resultado. São elementos dessa modalidade de omissão, segundo o art. 13, § 2º, do nosso Código Penal⁽³⁾: a) a abstenção

da atividade que a norma impõe; b) a superveniência do resultado típico em decorrência da omissão; c) a ocorrência da situação geradora do dever jurídico de agir.

Nos *crimes comissivos* estamos diante de uma *norma proibitiva*. Sempre que um determinado *desenvolvimento causal* for favorável, o Direito, em virtude dos fins a que se propõe, *ordena* que o homem não interfira nesse *processo causal* para, com a sua interferência, não vir a ocasionar um resultado indesejável, um resultado socialmente danoso. O direito *ordena-lhe*, portanto, uma abstenção, proíbe que aja para não causar um prejuízo.

Já nos crimes *comissivos por omissão*, pode existir uma norma, que **Novoa Monreal** chama de *norma de dever de segundo grau*⁽⁴⁾, dirigida a um grupo restrito de sujeitos. *Norma* esta que impõe um *dever de agir*, para *impedir que processos alheios ao sujeito*, estranhos a ele, venham a ocasionar um resultado lesivo. Essa norma, mandamental, é dirigida a um grupo restrito, enquanto a *norma proibitiva* dirige-se a todos aqueles que podem ser sujeitos ativos do crime. Essa norma de mandado de segundo grau dirige-se apenas àquelas pessoas que têm uma *especial relação de proteção* com o bem juridicamente tutelado. Devem, em primeiro lugar, logicamente, abster-se de praticar uma conduta que o lese, como qualquer outro; em segundo lugar, devem também agir para evitar que outros *processos causais* possam ocasionar esse dano.

Esses sujeitos, relacionados assim de maneira especial com determinados interesses jurídicos, são chamados de *garantidores* que, segundo **Sauer**⁽⁵⁾, devem prevenir, ajudar, instruir, defender e proteger o bem tutelado ameaçado. São a *garantia* de que um resultado lesivo não ocorrerá, pondo em risco ou lesando um interesse tutelado pelo Direito.

Essa questão foi debatida na doutrina durante longo tempo, aliás desde a obra de **Feuerbach**, principalmente em virtude da ausência de previsão legal que orientasse o intérprete na identificação do garantidor. A *figura do garantidor* era, portanto, pura elaboração doutrinário-jurisprudencial. A doutrina criou uma série de condições ou hipóteses que poderiam ser consideradas *as fontes* do dever de evitar o resultado⁽⁶⁾.

Essa questão foi debatida na doutrina durante longo tempo, aliás desde a obra de **Feuerbach**, principalmente em virtude da ausência de previsão legal que orientasse o intérprete na identificação do garantidor. A *figura do garantidor* era, portanto, pura elaboração doutrinário-jurisprudencial. A doutrina criou uma série de condições ou hipóteses que poderiam ser consideradas *as fontes* do dever de evitar o resultado⁽⁶⁾.

No Código de 1940, nos encontrávamos nessa situação, onde a figura do *garantidor*

era simples produto de elaboração doutrinária, não havendo nenhuma norma legal que permitisse identificá-lo. A *Reforma Penal* de 1984 regulou expressamente — quando tratou da relação de causalidade — as hipóteses em que o *agente assume a condição de garantidor*.

2.1. Pressupostos fundamentais do crime omissivo

a) *Poder agir*: o *poder agir* é um pressuposto básico de todo comportamento humano. Também na omissão, evidentemente, é necessário que o sujeito tenha a *possibilidade*

física de agir, para que se possa afirmar que *não agiu voluntariamente*. É insuficiente, pois, o *dever de agir*. É necessário que, além do *dever*, haja também a *possibilidade física* de agir, ainda que com risco pessoal. Essa possibilidade física falta, por exemplo, na hipótese de *coa-*

ção física irresistível, não se podendo falar em *omissão penalmente relevante*, porque o *omitente* não tinha a possibilidade física de agir. Aliás, a rigor, nem poderia ser chamado de *omitente*, porque lhe faltou a própria vontade.

b) *Evitabilidade do resultado*: mas, ainda que o omitente tivesse a possibilidade de agir, fazendo-se um *juízo hipotético de eliminação* — seria um juízo hipotético de acréscimo —, imaginando-se que a conduta devida foi realizada, precisamos verificar se o resultado teria ocorrido ou não. Ora, se a realização da *conduta devida* impede o resultado, considere-se a sua omissão *causa* desse resultado. No entanto, se a realização da conduta devida não tivesse impedido a ocorrência do resultado que, a despeito da ação do agente, ainda assim se verificasse, deve-se concluir que a *omissão* não deu “causa” a tal resultado. E a ausência dessa *relação de causalidade*, ou melhor, no caso, *relação de não-impe-dimento*, impede que se atribua o resultado ao omitente, sob pena de consagrar-se uma odiosa *responsabilidade objetiva*, como acaba de fazer o famigerado Código de Trânsito Brasileiro (art. 304, parágrafo único).

c) *Dever de impedir o resultado*: mas, se o agente podia agir e se o resultado desapareceria com a conduta omitida, ainda assim não se pode *imputar* o resultado ao sujeito que se absteve. É necessária uma *terceira condição*, ou seja, é preciso que o sujeito tivesse o

➔ *dever de evitar o resultado*, isto é, o *especial* *dever* de evitá-lo ou, em outros termos, que ele fosse *garantidor* da sua não-ocorrência.

A Reforma Penal de 1984 (Parte Geral), cedendo à antiga elaboração doutrinária, ao regular a *figura do garantidor*, determina que o *dever de agir* para evitar o resultado incumbe a quem: a) *tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*; b) *de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*; c) *com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado* (art.13, § 2º).

3. As fontes que fundamentam a posição de garantidor

Vejamos cada uma dessas *fontes* da posição de garantidor, que, equivocadamente, nosso Código define como hipóteses de “omissão relevante” (art.13, § 2º), dando a falsa impressão de que, nos crimes *omissivos próprios*, a “omissão não é penalmente relevante”.

3.1. A obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância

A primeira *fonte* do dever de evitar o resultado é a *obrigação de cuidado, proteção ou vigilância* imposta por lei. É um *dever legal*, decorrente de lei, aliás o próprio texto legal o diz. *Dever* esse que aparece numa série de situações, como, por exemplo, o *dever de assistência* que se devem mutuamente os cônjuges, que devem os pais aos filhos, e assim por diante. Há também um *dever legal* daquelas pessoas que exercem determinadas atividades, as quais têm implícita a *obrigação de cuidado ou vigilância* ao bem alheio, como, por exemplo, o policial, o médico, o bombeiro etc.

Nesses casos, portanto, se o sujeito, em virtude de sua *abstenção*, descumprindo o *dever de agir*, não obstruir o *processo causal* que se desenrola diante dele, digamos assim, é considerado, pelo Direito Penal, como se o tivesse causado. Isso ocorre, por exemplo, naqueles casos tão debatidos, quase sempre chamados pela mídia de *omissão de socorro*, em que médicos negam-se a atender determinado paciente em perigo de vida, o qual em virtude dessa omissão vem a morrer. O crime que praticam, na verdade, não é *omissão de socorro*, mas *homicídio*, ainda que culposos, porque o *médico* tem essa *especial função de garantir* a não-superveniência de um resultado letal, e esse *dever* lhe é imposto por lei.

3.2. De outra forma, assumir a responsabilidade de impedir o resultado

Durante muito tempo se falou em *dever contratual*. Ocorre, porém, que o *contrato* não esgota todas as possibilidades de assun-

ção de responsabilidades. Pode não existir contrato e o sujeito ter *de fato* assumido uma determinada responsabilidade para com outrem. Por outro lado, pode existir contrato e esse contrato não ser válido, o que equivale a sua *inexistência*.

De qualquer forma, o que importa é que o sujeito *voluntariamente* se tenha colocado na condição de *garantidor*. E não é necessário que essa posição dure por determinado período de tempo, podendo ser transitória, podendo existir somente pelo espaço de algumas horas, por exemplo. Lembramos um exemplo comum: em locais, digamos, menos favorecidos, onde as mulheres não têm condições de pagar babá para seus filhos, é comum que uma vizinha se ofereça para cuidar do filho da outra, enquanto esta se ausenta, rapidamente. A *assunção da responsabilidade* de cuidar da criança, portanto *uma obrigação de cuidado* assumida voluntariamente, torna essa vizinha *garantidora*. E essa obrigação existirá até o momento em que a mãe voltar e retomar o cuidado do próprio filho. Nesse espaço de tempo, essa vizinha é *garantidora*. Portanto, se omitir uma conduta necessária para impedir um *processo causal* que pode produzir um resultado lesivo, será responsável por esse resultado, porque tinha o *especial dever* de impedi-lo. Da mesma forma, o médico de plantão, embora já se tenha esgotado o seu turno, não poderá abandonar o serviço enquanto o seu substituto não tiver chegado e assumido regularmente a sua função.

3.3. Com o comportamento anterior, criar o risco da ocorrência do resultado

Nesses casos, o sujeito coloca em andamento, com a sua atividade anterior, um *processo* que chamaríamos de *risco*, ou, então, com seu comportamento, *agrava um processo já existente*. Não importa que o tenha feito voluntária ou involuntariamente, dolosa ou culposamente; importa é que com sua ação ou omissão originou uma *situação de risco* ou agravou uma situação já existente. Em virtude desse comportamento anterior, surge-lhe a *obrigação de impedir* que essa *situação de perigo* evolua para uma *situação de dano efetivo*, isto é, que venha realmente a ocorrer um resultado lesivo ao bem jurídico tutelado.

Nessas situações, especialmente quando ocorre *culpa*, e não *dolo*, pode haver uma

certa dificuldade em determinar se se trata de *crime culposos comissivo por omissão*, portanto, que só pode ser praticado por quem é *garantidor*, ou, ao contrário, se se trata de um *crime culposos comissivo*, simplesmente.

A doutrina alemã arrola uma série de hipóteses em que poderia haver dúvida quanto à interpretação sobre a existência de *crime comissivo por omissão*, ou simplesmente *comissivo*. Podem ocorrer, na verdade, duas hipóteses: 1ª) *uma conduta omissiva do agente seguida de uma conduta comissiva*; 2ª) *uma conduta comissiva seguida de uma conduta omissiva*. Um desses exemplos é aquele em que uma pessoa

oferece a outra um copo d'água, sem ferver, quando, na localidade, grassava uma epidemia de tifo, que a outra pessoa desconhecia. Essa outra toma a água sem ferver, contrai a doença e morre. Aqui há *uma conduta omissiva anterior*, primitiva, que é o fato de não ter fervido a água antes de oferecê-la, sabendo da existência de uma epidemia de tifo. A seguir há uma segunda conduta, agora ativa, *comissiva*, que é *oferecer* o copo d'água naquelas circunstâncias. Nesse caso, há uma *omissão* e uma *ação* posterior. A solução mais correta, a nosso juízo, é considerar o *crime comissivo* quando podemos relacionar o resultado com uma conduta ativa imediatamente anterior a ele, ficando a omissão como a conduta remota. Nesse exemplo, portanto, teríamos um *crime culposos comissivo* e não *comissivo por omissão*.

O contrário também pode acontecer, isto é, *a uma conduta ativa do sujeito seguir-se uma omissão*. Nessa hipótese, sim, teríamos a situação contemplada na letra c do § 2º do art. 13. Por exemplo, o sujeito, imprevidentemente, coloca um vidro de remédio ao alcance de uma criança que mora no local a qual apanha o frasco, toma o medicamento e passa mal. O sujeito percebe o que está ocorrendo e não a socorre. Conseqüentemente, se omite de uma obrigação que lhe incumbe, em virtude de, com a *conduta anterior*, ter criado a situação de perigo. E em virtude de sua omissão a criança morre. Nesse caso, há um *crime comissivo por omissão*, porque o que relacionamos ao resultado não é a conduta anterior — a ação de deixar o vidro —, mas, ao contrário, o que relacionamos diretamente ao resultado é a omissão que se seguiu à conduta primitiva. Na realidade, criou com sua ação uma situação de risco e depois absteve-se de evitar que esse risco se transformasse em dano efetivo. Nessa hipótese, há um *crime comissivo por omis-*

Portanto, se omitir uma conduta necessária para impedir um processo causal que pode produzir um resultado lesivo, será responsável por esse resultado, porque tinha o especial dever de impedi-lo.

→ são. E note-se que não tem de ser necessariamente culposos. A conduta anterior pode ter sido culposa, e no exemplo foi, mas a omissão posterior pode ser dolosa, e no exemplo foi, isto é, um homicídio doloso, por omissão imprópria.

No entanto, não se pode esquecer que, nas hipóteses de homicídio culposo e de lesão corporal culposa, o agir precedentemente culposos, lesando bens jurídicos pessoais (vida e integridade física), não transforma o agente em garantidor, diante da especialidade das majorantes previstas nos arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, respectivamente. Como os *pressupostos fáticos* que configuram a *condição de garantidor* são elementos constitutivos do tipo, devem ser abrangidos pelo dolo. Por isso, o agente deve ter *consciência da sua condição de garantidor* da não-ocorrência do resultado⁽⁷⁾. O erro sobre os pressupostos fáticos dessa condição constitui *erro de tipo*, e o erro sobre o dever de impedir o resultado constitui *erro de proibição*.

4. Abandono de incapaz e crimes omissivos impróprios

O crime de *abandono de incapaz* tem uma peculiaridade toda especial, pois, embora não se trate de uma figura essencialmente subsidiária, seja crime de perigo e possa ser praticado por ação ou omissão, reúne, em tese, os pressupostos de um crime *omissivo impróprio*, prescritos no art. 13, § 2º e suas alíneas. Em outros termos, o *sujeito ativo* do crime de *abandono de incapaz* poderá tornar-se o *garantidor*, e, como tal, se não evitar o resultado danoso, decorrente da situação de perigo, deveria responder, como *garante*, pelo evento, na modalidade de crime *comissivo por omissão*, e não simplesmente como *crime qualificado pelo resultado*. Em razão da complexidade deste tema, faremos sua análise em tópico específico.

As fontes dessa *especial relação de dever* de assistência e proteção do incapaz, constante do art. 133, podem provir de *lei*, de *convenção* ou de *situação anterior* (lícita ou ilícita) criada pelo próprio agente. Coincidentemente, são basicamente as mesmas fontes contidas no art. 13, § 2º, que fundamentam a responsabilidade do *garantidor* pelo resultado que não evitar. De notar-se, que as proclamadas inovações constantes do art. 13, § 2º e respectivas alíneas, não são assim tão novas, pois já constavam em tipos penais da parte especial do Código Penal de 1940.

Quem *abandonar* alguém *capaz* (ou *incapaz* sem qualquer vínculo de assistência) não responderá por crime algum, salvo se a conduta adequar-se ao descrito na definição do crime de omissão de socorro (art. 135); contudo responderá pelo crime de abandono de incapaz (art. 133), se o *abandonado for inca-*

paz, havendo o especial *vínculo de assistência*. Mas, na primeira hipótese, existindo a condição de *garantidor*, o agente responderá por eventual resultado danoso, pelo crime de homicídio por exemplo, se não *evitá-lo* (art. 13, § 2º); na segunda hipótese, sendo o abandonado *incapaz*, sobrevivendo a morte, o agente responderá somente pelo *crime de abandono qualificado pelo resultado* (art. 133, § 2º). Será racional, lógico e jurídico que, nesse caso, o agente

não responda, como *garantidor*, pelo resultado- homicídio — somente porque o sujeito passivo é *incapaz* de defender-se? Exatamente quando a conduta de abandonar o *incapaz*, por sua condição mais carente da proteção penal, é teoricamente mais desvaliosa, o agente não responde, como *garantidor*, pelo resultado morte. No entanto, nas mesmas circunstâncias, não havendo vínculo especial ou se tratando de *capaz* abandonado em perigo grave, o agente que, com sua conduta, criou a situação responderá pelo resultado, se não *evitá-lo*.

Com efeito, a reforma penal de 1984 (Parte Geral), ao regular a *figura do garantidor*, determina que o *dever de agir*, para evitar o resultado, incumbe a quem: a) *tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*; b) *de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*; c) *com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado* (art. 13, § 2º). *Mutatis mutandis*, apenas com uma terminologia mais moderna, são as mesmas *fontes* indicadas pelos doutrinadores anteriormente citados, para as hipóteses do crime de abandono de incapaz. A única diferença reside no fato de que as *fontes* citadas pela antiga doutrina, nesse crime, limitam-se à hipótese de o sujeito passivo ser *incapaz*, enquanto as fontes relativas à *causalidade da omissão relevante* referem-se a qualquer situação. Em outros termos, pode-se afirmar, com segurança: todas as hipóteses previstas nos dois parágrafos do art. 133, se evoluírem para um resultado danoso, constituiriam, pelo disposto no art. 13, § 2º, *crimes omissivos impróprios* (e não simples crimes qualificados pelo resultado).

No entanto, a específica previsão da Parte Especial, particularizando uma conduta e, assim, destacando-a da regra geral, transforma o sujeito ativo desse crime em um, digamos, “*garantidor privilegiado*”, que não responde pelo resultado, como crime autônomo, conforme determina o art. 13, § 2º, mas

que responde somente pelo simples crime omissivo agravado pelo resultado (art. 133 e parágrafos). Embora pareça contraditório, ilógico e até irracional sustentar que a responsabilidade do *garantidor* somente existirá se o

garantido não for incapaz e não se encontrar vinculado ao sujeito ativo, a despeito da maior improbabilidade deste autoprotoger-se, é isso que vem ao encontro justamente das garantias representadas pelo tipo penal e pelo próprio

princípio da tipicidade.

Com efeito, não deixa de ser paradoxal negar maior proteção exatamente ao incapaz, a quem o ordenamento jurídico considerava hipossuficiente, pois, contraditoriamente, se do abandono de alguém capaz, maior, plenamente válido, resultar-lhe a morte, havendo aquele vínculo de “*assistência*”, o agente responderá pelo crime de homicídio, na forma comissiva omissiva, ao passo que, nas mesmas circunstâncias, se do abandono de um incapaz resultar-lhe a morte, o agente responderá somente pelo abandono de incapaz, qualificado pelo resultado (art. 133). Evidentemente que esse paradoxo persiste e somente poderá ser afastado, *de lege ferenda*, com a simples aplicação dos parágrafos do art. 133, adequando-o à Parte Geral, especialmente ao disposto no art. 13, § 2º. ●

Notas

- (1) Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán. *Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 253.
- (2) Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán. *Derecho Penal...*, p. 253.
- (3) O atual Código Penal espanhol, Lei orgânica nº 10/95, adotou em seu artigo 11, uma orientação semelhante à brasileira, embora mais restritiva, não incluindo a previsão constante da alínea b do nosso código.
- (4) Eduardo Novoa Monreal. *Fundamentos de los Delitos de Omisión*, Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 1.139.
- (5) Guillermo Saures. *Derecho Penal*, Barcelona: Ed. Bosch, 1956, p. 156.
- (6) Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal*, 6ª ed., Buenos Aires: Editora Ediar, 1991, p. 456.
- (7) Heleno Claudio Fragoso. *Lições de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, p. 233.

Cezar Roberto Bitencourt

Doutor em Direito Penal, advogado criminalista e diretor da Faculdade de Direito do CESUPA-RS

A SUPERAÇÃO DO HOMEM DISCIPLINAR

Em memória de Tufik Diba Neto

Alessandra Teixeira e Sérgio Mazina Martins



Alessandra Teixeira e Sérgio Mazina Martins

Em comemoração aos vinte anos de promulgação da Lei nº 7.210/84, cabe aqui, ironicamente, discutir as razões históricas e os processos sociais que culminaram na sua reforma há poucos meses, pela Lei nº 10.792/03, justamente em seus aspectos mais caracterizadores: a idéia de individualização da pena e uma *determinada* concepção ressocializadora.

Ainda que a análise primeira sobre o acirramento do que se denomina *questão disciplinar* pareça indicar que o novo estatuto privilegiou esta abordagem⁽¹⁾, intensificando assim a concepção panóptica que simboliza tão singularmente as instituições totais, é verdade que uma outra leitura se impõe, levando em conta as transformações socioeconômicas ocorridas sobretudo na esfera do trabalho e das relações de produção.

A idéia de disciplina está na gênese dos processos de constituição de espaços de confinamento e é caracterizadora do modelo fabril, encontrando sua versão mais acabada naquilo que se denominou como modo de produção *fordista*, que marcou vigorosamente o século XIX e boa parte do século XX.

Já antes o presídio secular brotara, mais amplamente, da preparação dos corpos para a revolução industrial anunciada desde o século XVI e ainda mais urgente no entardecer do século XVIII. Nesse instante, surgia a prisão não como mero desdobramento do claustro monástico há séculos silenciosamente praticado, mas, sim, como modelo excelente da *pena disciplinar*. Por esta, reafirmava-se não o controle do corpo — que em si dizia respeito a uma época anterior, em que as relações de produção espelhavam meios de produção eminentemente locais e diretos —, mas o controle do *adestramento* do corpo, de sorte que a *pena disciplinar* era a solução ótima para a *urgência fabril*.

Com relação à execução penal, no entanto, pode-se afirmar que sua *idéia* está antitética à *idéia* de disciplina e ambas são irreduzíveis. Essa antítese recíproca é também histórica: a disciplina sempre foi impeditiva da realização material da execução penal. Quando ainda hoje observamos microscopicamente nossos presídios, logo verificamos que a disciplina é o instrumento da *coisificação* do indivíduo, sustentando-se ela na *ideologia* do adestramento: constitui, em suma, o sonho mais imaginativo do administrador prisional, que

ambiciona transformar presídios inteiros em aquartelamentos militares, ou, pior ainda, em escolas infantis ou em autênticas unidades fabris. Enquanto o conteúdo da execução penal importa em uma disponibilização individualizada, obviamente de caráter propo-

sitivo, de direitos e obrigações ao condenado, cabendo ao mesmo decidir se deseja, ou se não deseja, titularizá-los, e, desse modo, cabendo a ele, em última análise, avançar e realizar a progressividade em sua pena, a disciplina apresenta-se heteronômica, baseando-se na imposição, ao condenado, de padrões de

conduta externos, não necessariamente racionais, fortalecidos por ameaças de graves sanções: ela visa, sobretudo, a massificação dos indivíduos.

A imagem que devemos ter da prisão não é outra que sua verdadeira imagem arquitetônica: a Penitenciária do Estado, inaugurada em São Paulo em 1920. A implantação da Penitenciária do Estado em São Paulo foi um tributo à percepção positivista do fenômeno criminal e, no entender de um dos seus mais críticos leitores, representou a reafirmação de uma concepção humana fortemente *hierarquizante*, para a qual os infratores estão constitutivamente predeterminados a compor os escalões mais baixos da pirâmide social, deles não tendo como escapar senão a partir de um rigoroso e autoritário projeto científico-disciplinar que estipulasse aquilo que o mesmo leitor designou, com inteira propriedade, de “*disposições milimétricas sobre a navegação do cotidiano prisional*” (Salla, 1999). Em outras palavras, para essa fase do pensamento penal, à ciência competia *predispôr* e à disciplina cabia *adestrar* o prisioneiro, nele positivando a possibilidade de construção do operário submisso, silencioso, obediente e autômato.

O preso era o modelo mais lapidado desse operário, podendo ser reaproveitado e corrigido porque nunca tinha nome ou vontade, mas apenas braços e obras. Era factível discipliná-lo para que seus movimentos virassem uma espécie de dança ondular, harmônica e graciosa: a prisão, com isso, transformava-se em um imenso espetáculo estético de seres absolutamente fungíveis. A ideologia disciplinar não era apenas importante para a prisão: ela era a própria prisão que, nela, por inteiro se resumia e encerrava.

A estreita vinculação da pena aos proces-

sos socioeconômicos circundantes foi pioneiramente descrita por Rusche e Kirchheimer (1999), e mais tarde por Foucault (1997). Observam aqueles que, ao tempo da transposição do sistema filadélfico para o auburniano, os EUA experimentavam vertiginoso aumento da atividade econômica, com crescente demanda de mão-de-obra, o que levava ao interesse pela idéia de aproveitamento máximo dos trabalhadores na economia produtiva. Repararam os autores, porém, que a Europa vivia então fenômeno inverso, com graves crises sociais e trabalhistas resultantes de largos excedentes de trabalhadores em vista de uma economia que desmoronava, com o que ali se prolongou o confinamento filadélfico que apenas veio a ser substituído por inteiro já no raio do século XX.

São ainda Rusche e Kirchheimer que apontam o crescimento econômico do final do século XIX e início do século XX como o ambiente propício ao surgimento de um reformismo penal que teve Liszt, Ferri e Prins como seus maiores ideólogos. Nessa linha de entendimento, foram os sucessos socioeconômicos, experimentados tardiamente pelos países europeus norte-ocidentais, que ensejaram uma maior benevolência para com os criminosos e, sobretudo, o abandono da idéia retributiva como filosofia capital da punição, substituindo-a por idéias preventivas, notadamente de caráter especial. Para esses historiadores, a razão última dessa maior benevolência preventiva especial — centralizada na perspectiva científica causalista de que é possível dominar o comportamento humano, tal como é possível dominar a natureza que nos circunda — deu-se em plano mais estrutural, ou seja, pela simples necessidade de reaproveitar os condenados nos processos produtivos da sociedade e como mão-de-obra que não poderia, racionalmente, ser descartada por razões retributivas economicamente inócuas.

Já aqui não se tratava mais — como antes ocorrera, no século XVIII — de estabelecer garantias penais e processuais penais à burguesia nascente contra o absolutismo régio ou contra os privilégios eclesiásticos. Agora que burguesia, Estado e Direito já haviam se encontrado e pacificado reciprocamente, tratava-se de usar o Direito Penal sob o domínio exclusivo de uma racionalidade teleológica, voltada ao aproveitamento dos condenados como mão-de-obra submissa ao capital e sob o império da “*idéia de garantir a volta do maior número possível de forças produtivas para a sociedade*”, de modo que “*a reabilitação de condenados é, assim, vista como um bom investimento, e não apenas como uma caridade*”. Cabe acrescentar que esse projeto reformista peca — ainda e sobretudo — por querer instrumentalizar o condenado para (re)conformá-lo a uma eco-

nomia produtiva exploratória de sua mão-de-obra e expropriatória de sua condição humana, ainda que para tanto mantenha a roupagem distorcida de um humanitarismo piedoso, cujo desmascaramento é, todavia, historicamente inevitável. Não se trata apenas — como inicialmente leram os primeiros autores críticos que se defrontaram com o tema — de reaproveitamento direto de alguns milhares de presos no processo produtivo, mas sim — o que é muito mais abrangente — de ter na prisão a imagem, ainda que distorci-

da, de relações sociais ditadas por meios de produção. Apenas dessa forma podemos, como era o propósito inicial de **Rusche** e **Kirchheimer**, realmente examinar o argumento de que “*todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações de produção*”.

Mas, se a tese é substancialmente correta, para que se possa compreender as mutações hoje ocorridas dentro da prisão é necessário que, primeiramente, se entenda as mutações que, concomitantemente, acontecem fora dela. A contemporaneidade tem sido marcada por um novo cenário socioeconômico, traduzido, uma vez mais, por profundas mudanças no modo e nas relações de produção. As recentes transformações do capitalismo têm acarretado, segundo muitos autores, a flexibilização e contínua desregulamentação das relações sociais, que definiriam tempos de *desengajamento* expressos em formas menos visíveis de controle e subordinação, mas não menos eficazes (**Sennet**, 2003, **Bauman**, 2001). Nesse sentido, as instituições disciplinares por excelência, ou seja, os meios de confinamento estariam vivendo uma incontornável crise, diante de sua incapacidade em dar conta de uma sociedade na qual as condutas de seus agentes não mais se *modelam* por sistemas hierarquizantes e palavras de ordem, mas através de comportamentos que são *moduláveis*⁽²⁾ pela lógica flutuante das relações flexíveis próprias do mercado, em substituição à rigidez estática da fábrica.

A reflexão mais importante a respeito vem de **Gilles Deleuze** em seu *Post-Scriptum Sobre as Sociedades de Controle* (1992), onde propugna o declínio das sociedades disciplinares (tão bem descritas por **Foucault** e das quais a prisão é o modelo mais acabado) e sua consequente substituição pelas **sociedades de controle**, nas quais a marcação sobre o indivíduo é ainda mais imprescindível. Este controle, porém, não mais opera em ambientes fechados, e sim diretamente sobre o corpo, referindo-se a cada ato da vida coti-

diana, sem necessitar do aparato disciplinar, realizando-se “a céu aberto”.

Segundo **Deleuze**, é possível descrever este novo cenário caracterizando a atualização do repertório de dominação nas instituições. Nisso, diz ele, inserem-se as chamadas penas alternativas para a pequena delinquência; a utilização de coleiras eletrônicas para o confinamento domiciliar de condenados; nas escolas, o surgimento de sistemas de avaliação contínua que buscam introduzir lógicas empresariais na educação dos jovens; nos

hospitais, a nova medicina “*sem médicos ou doentes*”, substituindo “*o corpo individual ou numérico pela cifra de uma matéria ‘dividual’ a ser controlada*”.

Ainda que se tenha em mente que ambos os tipos de sociedades elaboram formas diversificadas de dominação, é possível pensar o sistema atual como menos *incluente* do que o modelo normalizador e rígido da grande indústria. Nesse sentido, os atuais procedimentos de criminalização da pobreza (e seu sucedâneo hiperconfinamento) seriam a expressão mais acentuada de uma sociedade que não mais atua na lógica da *docilização e no adestramento de corpos*; mas sim pela idéia de absoluta exclusão, segregação e extermínio.

No entanto, seria ingênuo pensar que a prisão, em pleno apogeu das políticas conservadoras tipo tolerância zero e *broken windows*, teria perdido qualquer finalidade. Em tempos de incremento da população carcerária em praticamente todo o mundo ocidental como consequência da consolidação do exitoso *novo senso comum penal neoliberal*⁽³⁾, o uso recorrente da prisão apresenta uma funcionalidade renovada, mas que não mais se inscreve no modelo de adestramento e reinserção, ainda que se visasse tão-somente um reaproveitamento produtivo. A forte imagem do extermínio, defendida na obra de **Nils Christie** (1999), ganha redobrado sentido, encontrando nas sofisticadas e atualizadas formas de tortura, a exemplo do recém-legalizado regime disciplinar diferenciado, sua coerente expressão.

Por outro lado, as prisões do mundo ocidental passam a ter uma importância ainda mais magnífica que antes, embora igualmente simbólica. O papel simbólico agora desempenhado pelas prisões é o de covil de serpentes, sendo necessário transformar o preso em um ser radicalmente maligno, abjeto, repulsivo e incurável. A função simbólica desse novo *preso ideal* não é mais aquela de reincorporar-se mansamente a um exérci-

to de trabalhadores submissos, como antes ocorria. Agora, o *preso ideal* é aquele que possa realmente amedrontar as centenas de milhões de indivíduos que ficaram do lado de fora do sistema de justiça penal. O papel desse preso é o de convencer os novos trabalhadores tecnológicos que as ruas são autênticas selvas habitadas por animais ferozes, e que, diante disso, o melhor a fazer é ficar no refúgio doméstico, debruçado sobre a mesa do computador ou sentado no sofá em frente ao televisor. É necessário agora criminalizar os movimentos de solidarização humana; desincentivar as associações; desacreditar os clubes e os esportes; armar as torcidas organizadas; patrulhar as organizações de moradores e corromper até as escolas de samba. É necessário, principalmente, convencer que nossas ruas e nossos espaços públicos são campos de guerra total, sem tréguas, e que nossas praças são espaços de morticínio.

Com isso, a noção de execução penal perde a dimensão de *consensualidade* que a caracteriza e aprimora (**Anabela M. Rodrigues**, 1999), substituindo-a pela crença de que há uma relação de especial sujeição do indivíduo ao Estado, de sorte que apenas em favor deste último grita o direito, restando ao preso tão-somente sujeitar-se à sua pena e coisificar-se nela.

A reforma da nº Lei 7.210/84 inaugura, desse modo, em caráter oficial, uma nova *era* da execução penal, na qual o condenado não titulariza mais direitos, sendo transformado em um ser acéfalo de profunda periculosidade que deve ser, diante disso, domado e espetacularizado pelo Estado. 

Bibliografia

- BAUMAN, Zygmunt.** *Comunidade. A Busca por Segurança no Mundo Atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2003.
- CHRISTIE, Nils.** *A Indústria do Controle do Crime: A Caminho dos Gulags em Estilo Ocidental*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1998.
- DELEUZE, Gilles.** *Conversações*. São Paulo: Editora 34, 2000.
- FOUCAULT, Michel.** *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*. 16ª ed., Petrópolis: Vozes, 1997.
- RODRIGUES, Anabela Miranda.** “Consensualismo e prisão”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 28, out.-dez. 1999, pp. 11-27.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto.** *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.
- SALLA, Fernando.** *As Prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume Editora Comunicação, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - Fapesp, 1999.
- SENNET, Richard.** *A Corrosão do Caráter. Consequências Pessoais do Trabalho no Novo Capitalismo*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Record, 2003.
- WACQUANT, Loïc.** *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

Notas

- (1) A referência aqui é expressa ao RDD (regime disciplinar diferenciado) através do qual o preso submete-se a sanções disciplinares de 360 dias em isolamento celular, em presídios ditos de segurança máxima. Esse prazo é prorrogável até alcançar o período referente a 1/6 de sua pena, com suspensão e restrição de direitos (art. 52 a 60 da LEP, na redação da Lei nº 10.792/03).
- (2) A dicotomia modelo/modulação utilizada para expressar as sociedades fordista e pós-moderna, foi extraída do texto de **Gilles Deleuze** devidamente citado na bibliografia deste artigo.

LEGISLAÇÃO

LEI FEDERAL Nº 10.867

Altera o art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 6º.....

IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço;

§ 3º A autorização para o porte de arma de fogo das guardas municipais está condicionada à formação funcional de seus integrantes em esta-

LEI FEDERAL Nº 10.884

Altera os prazos previstos nos arts. 29, 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22-12-2003, e os arts. 5º e 6º da referida Lei e dá outras providências.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º O termo inicial dos prazos previstos nos arts. 29, 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a fluir a partir da publicação do decreto que os regulamentar, não ultrapassando, para ter efeito, a data limite de 23 de junho de 2004.

Art. 2º O art. 5º e o § 3º do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º O certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

- (3) A referência aqui é à rede sociotécnica formada nos EUA há mais de duas décadas para alastrar ao mundo concepções pseudocientíficas sobre crime e repressão. O desenvolvimento sobre a temática se encontra no emblemático trabalho de **Loïc Wacquant**, *Prisões da Miséria*.

Alessandra Teixeira

Mestranda em Sociologia pela USP

e coordenadora do Núcleo de

Pesquisas do **IBCCRIM**

Sérgio Mazina Martins

Professor de Direito Penal

e diretor do **IBCCRIM**

belecimentos de ensino de atividade policial e à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei, observada a supervisão do Comando do Exército.

§ 6º Aos integrantes das guardas municipais dos Municípios que integram regiões metropolitanas será autorizado porte de arma de fogo, quando em serviço.” (NR)

Art. 2º (Vetado)

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Brasília, 12 de maio de 2004;

183º da Independência e 116º da República.

Luiz Inácio Lula da Silva

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Este texto não substitui

o publicado no DOU de 13.5.2004

.....” (NR)

“Art. 6º

§ 3º A autorização para o porte de arma de fogo das guardas municipais está condicionada à formação funcional de seus integrantes em estabelecimentos de ensino de atividade policial, à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno, nas condições estabelecidas no regulamento desta lei, observada a supervisão do Ministério da Justiça.

.....” (NR)

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de junho de 2004;

183º da Independência e 116º da República.

Luiz Inácio Lula da Silva

Márcio Thomaz Bastos

José Viegas Filho

Este texto não substitui

o publicado no DOU de 18.6.2004



IBCCRIM

**INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

- IBCCRIM -

(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

COORDENADORES ESTADUAIS:

— AMAPÁ

• **João Guilherme Lages Mendes**

E-mail: cestadual.ap1@ibccrim.org.br

— AMAZONAS

• **Ana Beatriz Baraúna Lopes**

E-mail: cestadual.am1@ibccrim.org.br

• **Fabiola Monteconrado Ghidalevich**

E-mail: cestadual.am2@ibccrim.org.br

— BAHIA

• **Selma P. de Santana**

E-mail: cestadual.ba2@ibccrim.org.br

• **Elmir Duclerc**

E-mail: cestadual.ba1@ibccrim.org.br

— CEARÁ

• **Fernando Luiz Ximenes Rocha**

E-mail: cestadual.ce1@ibccrim.org.br

— DISTRITO FEDERAL

• **Carmen da Costa Barros**

E-mail: cestadual.df1@ibccrim.org.br

• **Heloisa Estellita**

E-mail: cestadual.df2@ibccrim.org.br

— MINAS GERAIS

• **Liliane Cristina de Oliveira**

E-mail: cestadual.mg1@ibccrim.org.br

• **Marcelo Leonardo**

E-mail: cestadual.mg2@ibccrim.org.br

— PARÁ

• **Edmundo Alberto Branco de Oliveira**

E-mail: cestadual.pa1@ibccrim.org.br

— PARAÍBA

• **Oswaldo Trigueiro Filho**

E-mail: cestadual.pb2@ibccrim.org.br

• **Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato**

E-mail: cestadual.pb1@ibccrim.org.br

— PARANÁ

• **Maurício Kuehne**

E-mail: cestadual.pr1@ibccrim.org.br

— PERNAMBUCO

• **Nilzardo Carneiro Leão**

E-mail: cestadual.pe1@ibccrim.org.br

— MATO GROSSO DO SUL

• **Fabio Trad**

E-mail: cestadual.ms1@ibccrim.org.br

— RIO DE JANEIRO

• **Maria Lúcia Karam**

E-mail: cestadual.rj1@ibccrim.org.br

— RIO GRANDE DO SUL

• **Fabio Roberto D'Avila**

E-mail: cestadual.rs1@ibccrim.org.br

• **Paulo Vinicius Sporleder de Souza**

E-mail: cestadual.rs2@ibccrim.org.br

— RIO GRANDE DO NORTE

• **Lena Rocha**

E-mail: cestadual.rn1@ibccrim.org.br

— SANTA CATARINA

• **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**

E-mail: felipe@moreiradeoliveira.com.br

Entre em contato com o coordenador de seu Estado para celebração de convênios, propôr e divulgar cursos, enviar artigos e se informar.
Participe!

A redação da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209 / 84) reformulou significativamente o texto do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, retificado aos 3 de janeiro de 1941. Buscou-se ajustar o texto às recomendações da doutrina penal e, particularmente, impedir a presença de institutos da responsabilidade objetiva. Nesse particular, merece ênfase o Título IV - Do Concurso de Pessoas. Aí, são tratadas a co-autoria e a participação, buscando intransigentemente preservar a responsabilidade subjetiva.

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

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

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

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

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

A infração penal não se esgota no aspecto objetivo da conduta; impõe-se não esquecer o plano subjetivo, que orienta e define a vontade na modificação do mundo físico. Além disso, a culpabilidade participa da ontologia do delito. Se assim

o é, evidentemente não poderá ser desprezada; caso contrário, definir-se-á o crime apenas objetivamente.

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

O Código, além de suprimir o parágrafo único do art. 48 do Código revogado, que

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

que **Mezger** foi o último representante, atribuindo a autoria a quem interviesse causalmente na produção do resultado, como ainda não satisfaz a teoria formal de **Beling**: é autor quem executa uma parte qualquer do tipo. O embate das

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

prática desse resultado típico, eis que, subjetivamente, não se identificam os referidos comportamentos.

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

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

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

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

Dotti, a respeito, expressou-se com as seguintes palavras: “Não é preciso dizer muito sobre a importância da inovação de sua perfeita sintonia com o direito penal da culpa. A propósito, convém lembrar que também no projeto de reforma portuguesa (Proposta de Lei nº 221/

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

➔ I) se consigna preceito de igual natureza: 'Cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente de punição ou do grau de culpa dos outros participantes' (art. 29). Igualmente o Código Penal da República Federal Alemã declara que cada um dos partícipes será punido na medida de sua própria culpa sem considerar a sanção correspondente aos demais (art. 29). E o Código Penal-Tipo para a América Latina consagra o princípio através do art. 37 afirmando que cada partícipe 'responderá na medida de sua culpabilidade'⁽¹⁾. Cernicchiaro escreveu: "Observa-se com facilidade que o Código Penal alemão foi a inspiração do novo texto. É sabido, por outro lado, que a lei germânica adotou o chamado princípio da acessoriedade, que faz distinção entre os agentes que executam o fato típico e os que se limitam a participar do iter criminis. Todavia, se o autor agir sem culpabilidade, os instigadores ou cúmplices serão punidos segundo a respectiva culpabilidade. Assim é porque a culpabilidade tem caráter pessoal e individualizador. Espínola ('Código Penal Alemão, Parte Geral', Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976, p. 89) observa que o instigador responderá penalmente ainda que o instigado atue amparado por uma causa de justificação que o exima de culpa... Em se projetando essas considerações para o art. 29 do anteprojeto, urge afirmar que, se no código tedesco a redação visou a definir o tema no âmbito do princípio da acessoriedade limitada, entre nós, em razão da teoria monista, exerce outra função, isto é, separar o tratamento penal segundo a culpabilidade de cada agente, repercutindo não só no quantum da pena como na eventual caracterização da co-autoria se inexistir culpabilidade de todos... Tomada a palavra segundo as concepções psicológica e normativa, evidentemente, na ausência de dolo, ou culpa, faltará elemento essencial do delito; de outro lado, se o termo for entendido conforme o enunciado da teoria finalista, distinto será do dolo e da culpa, porque elementos anímicos. O particular avulta

de interesse com a explícita adesão ao erro sobre elemento do tipo (art. 20). Dessa forma, o anteprojeto subscreveu o entendimento de só atuar culposamente quem, no momento de executar a ação, tinha efetiva possibilidade de conhecer o injusto de sua conduta... De qualquer forma, para efeito de caracterização do crime, a falta de dolo, ou culpa, ou a inexistência de

culpabilidade, no sentido de não-censurabilidade, representa a carência de elemento substancial, afetando a configuração do delito'⁽²⁾.

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

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

Notas

- (1) DOTTI, René Ariel. *O Concurso de Pessoas* (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981).
- (2) CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Concurso de Pessoas* (I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1981).

Luiz Vicente Cernicchiaro

Advogado e ministro do STJ aposentado

Entidades que assinam o Boletim:

— AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Amazonas

— CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados

— DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal

— ESPÍRITO SANTO

- Ministério Público do Estado do Espírito Santo

— GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público
- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - (Asmeço)

— MARANHÃO

- Associação dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Maranhão

— MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

— MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Praetorium - Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda.
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDPF/MG

— PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

— PARANÁ

- Ministério Público do Estado do Paraná

— RIO DE JANEIRO

- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ

— RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

— SÃO PAULO

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
- Curso Anglo Triumphus - Sorocaba
- Curso C.P.C.
- Ordem dos Advogados do Brasil
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

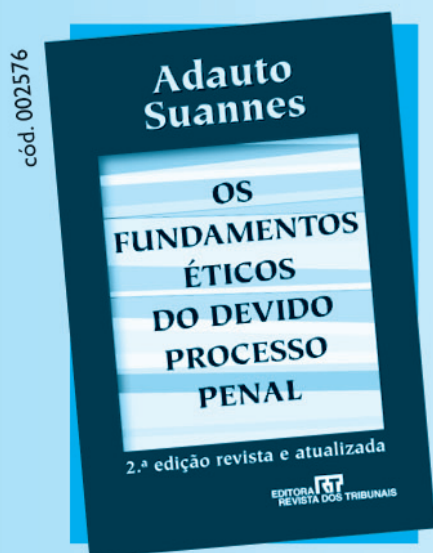
NOVA FACILIDADE NA "NAVEGAÇÃO" EM NOSSO SITE:

O site do IBCCRIM desenvolveu e implantou nova função de ampliação de fonte nas seções "Boletim" e Material Jurídico", para facilitar a leitura das matérias publicadas.

Para testar a novidade, basta um *click* sobre as letras "A s" que se encontram no canto superior direito, das seções acima citadas.

Confira!

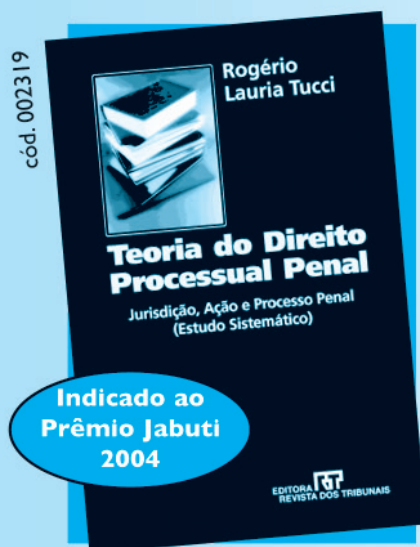
Editora Revista dos Tribunais



cód. 002576

416 páginas • brochura

- ✓ Questiona a conduta do Judiciário no que diz respeito aos direitos fundamentais do ser humano.



cód. 002319

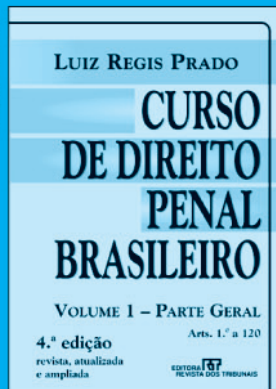
256 páginas • cartonado+sobrecapa

- ✓ Uma análise sistemática do direito processual penal brasileiro à luz da Constituição em vigor.

livraria
RT

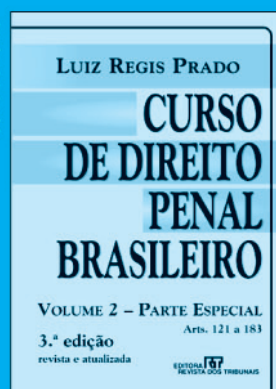
Adquira estas e
outras obras em
www.livrariart.com.br

cód. 002535



794 páginas • brochura

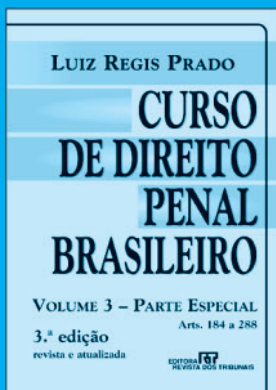
cód. 002528



670 páginas • brochura

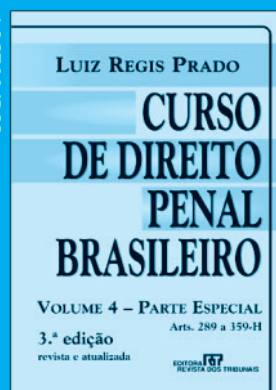
- ✓ Leitura voltada aos que se iniciam no estudo do Direito Penal;
- ✓ Acompanha a sequência dos artigos e a sistemática básica do programa curricular, facilitando a utilização da obra em sala e a preparação das aulas pelo professor;
- ✓ Os capítulos expõem a doutrina científica mais moderna, de forma clara e objetiva, e a jurisprudência apresentada esclarece a posição dos tribunais acerca dos temas em tela;
- ✓ Cada capítulo fornece um quadro sinótico que organiza a matéria de forma concisa;
- ✓ As indicações de leitura complementar foram transladadas para o início de cada capítulo, recebendo ênfase especial, a exemplo dos mais modernos tratados e cursos europeus de Direito Penal.

cód. 002565



878 páginas • brochura

cód. 002564



1.148 páginas • brochura

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br
Atendimento ao consumidor
0800 702 2433