

Exposição de motivos n.º 211

Código penal

Ex.^{mo} Sr. Presidente da República,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Da aplicação da lei penal

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

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

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

Do crime

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

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

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

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

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

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

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

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

19. Repete o projeto as normas do *Código* de 1940, pertinentes às denominadas ‘discriminantes

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

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

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

Da imputabilidade penal

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

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

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

Do concurso de pessoas

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

Das penas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Da cominação das penas

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

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

Da aplicação da pena

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

tudo, no parágrafo único do artigo 71, *in verbis*: “Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras dos artigos 70, parágrafo único, e 75”.

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

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

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

Da suspensão condicional

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

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

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

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

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

bem como relevantes os motivos e favoráveis as circunstâncias.

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

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

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

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

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

Do livramento condicional

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

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

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

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

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

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

77. Cumprida as condições do livramento,

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

Dos efeitos da condenação

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

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

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

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

Da reabilitação

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

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

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

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

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

Das medidas de segurança

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Da ação penal

95. O título ficou a salvo de modificações, ex-

cetadas pequenas correções de redação nos artigos 100, § II e III, 101 e 102.

Da extinção da punibilidade

96. Excluíram-se do rol das causas extintivas da punibilidade a reabilitação do ressarcimento do dano no peculato culposo. A primeira porque dependendo de anterior extinção da pena, não tem a natureza de causa extintiva da punibilidade. Diz mais com certos efeitos secundários de condenação já consumada (item 82). A segunda porque, tratando-se de norma específica e restrita, já contemplada expressamente na Parte Especial artigo 312, § III, nada justifica sua inócua repetição entre normas de caráter geral.

97. Deu-se melhor redação à hipótese de casamento da vítima com terceiro, ficando claro que essa forma excepcional de extinção depende da ocorrência concomitante de três condições: o casamento, a inexistência de violência real e a inércia da vítima por mais de sessenta dias após o casamento.

98. Incluiu-se o perdão judicial entre as causas em exame (artigo 107, IX) e explicitou-se que a sentença que o concede não será considerada para a configuração futura de reincidência (artigo 102). Afasta-se, com isso, as dúvidas que ora têm suscitado decisões contraditórias em nossos tribunais. A opção justifica-se a fim de que o perdão cabível quando expressamente previsto na Parte Especial ou em lei, não continue, como por vezes que tem entendido a produzir os efeitos de sentença condenatória.

99. Estatuí o artigo 110 que, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, a prescrição regula-se pela pena aplicada, verificando-se nos prazos fixados no artigo 109, os quais são aumentados de um terço, se o condenado é reincidente. O parágrafo primeiro dispõe que a prescrição se regula pela pena aplicada, se transitada em julgado a sentença para a acusação ou improvido o recurso desta. Ainda que a norma pareça desnecessária, preferiu-se explicitá-la no texto para dirimir de vez a dúvida alusiva à prescrição pela pena aplicada, não obstante o recurso da acusação, se este não foi provido. A ausência de tal norma tem estimulado a interposição de recursos destinados a evitar tão-somente a prescrição. Manteve-se, por outro lado, a regra segundo a qual, transitada em julgado a sentença para a acusação, haja ou não recurso da defesa, a prescrição se regula pela pena concretizada na sentença.

100. Norma apropriada impede que a prescrição pela pena aplicada tenha por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia (parágrafo II, do artigo 110). A inovação introduzida no *Código pe-*

nal pela lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, vem suscitando controvérsias doutrinárias. Pesou, todavia, em prol de sua manutenção o fato de que, sendo o recebimento da denúncia causa interruptiva da prescrição (artigo 117, I), uma vez interrompida esta o prazo recomença a correr por inteiro (artigo 117, parágrafo 2º).

101. Trata-se, além disso, de prescrição pela pena aplicada, o que pressupõe, obviamente, a existência de processo e de seu termo: a sentença condenatória. Admitir, em tal caso, a prescrição da ação penal em período anterior ao recebimento da denúncia importaria em declarar a inexistência tanto do processo quanto da sentença. Mantém-se, pois, o despacho de recebimento da denúncia como causa interruptiva, estraindo-se do princípio as consequências inelutáveis.

102. O prazo de prescrição no crime continuado, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não mais terá como termo inicial a data em que cessou a continuação (*Código penal*, artigo III, letra c).

103. Adotou o projeto, nesse passo, orientação mais liberal, em consonância com o princípio introduzido em seu artigo 119, segundo o qual, no concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá isoladamente sobre a pena de cada um. Poderá ocorrer a prescrição do primeiro crime antes da prescrição do último a ele interligado pela continua-

ção. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se nesse sentido tanto que não considera o acréscimo decorrente da continuação para cálculo do prazo prescricional (súmula 497).

104. Finalmente, nas Disposições Transitórias, cancelaram-se todos os valores de multa previstos no *Código* atual, de modo que os cálculos da pena pecuniária sejam feitos, doravante, segundo os precisos critérios estabelecidos na Parte Geral. Foram previstos, ainda, prazos e regras para a implementação paulatina das novas penas restritivas de direitos.

Conclusão

105. São essas, em resumo, as principais inovações introduzidas no anexo Projeto de Reforma Penal que tenho a honra de submeter a superior consideração de V.Ex.^a. Estou certo de que, se adotado e transformando em lei, há de constituir importante marco na reformulação do nosso direito penal, além de caminho seguro para a modernização da nossa justiça criminal e de nossos estabelecimentos penais.

Valho-me da oportunidade para renovar a V.Ex.^a a expressão do meu profundo respeito.

Ibrahim Abi-Ackel

Ministro da Justiça

Exposição de motivos n.º 212

Código de processo penal

Exmo. Sr. Presidente da República,

1. No governo do presidente Ernesto Geisel deu-se início à edição de novo *Código de processo penal*, tendo por base o anteprojeto elaborado em 1970 pelo professor José Frederico Marques, revisito por comissão composta dos professores Benjamin Moraes Filho, José Carlos Moreira Alves e José Salgado Martins, este último substituído, em virtude de falecimento, pelo professor Hélio Bastos Tornaghi.

2. Essa comissão submeteu o anteprojeto a debates em congressos de juristas, incorporando-lhe, ao cabo de extensa e profunda revisão, crítica,

a colaboração do que havia de mais expressivo em nossa cultura jurídica, na área do direito processual penal.

3. Em 1975, o Poder Executivo remeteu o projeto ao Congresso Nacional. Na comissão especial da Câmara dos Deputados o texto foi novamente submetido ao exame de professores, magistrados, advogados e membros do ministério público, entre junho de 1975 e novembro de 1977. A mencionada comissão especial da Câmara dos Deputados foram apresentadas 784 emendas (Parecer do relator geral, deputado Geraldo Freire, in *Diário do Congresso Nacional*, Suplemento ao n.º 136, de 4 de novembro de 1977), muitas das quais acolhidas pela comis-

são e aprovadas em plenário. A contribuição da Câmara dos Deputados resultou em inegável enriquecimento do projeto, que adquiriu daí por diante o caráter de obra comum, reveladora das tendências jurídico-culturais dominantes.

4. Datam, contudo, da aprovação do projeto pela Câmara dos Deputados os fatores que atuaram no sentido da reconstrução do texto. O desenvolvimento da sociedade brasileira na década de 1970 resultou em problemas novos para a administração da justiça criminal, o que impôs a revogação do *Código penal de 1969*, antes mesmo de sua entrada em vigor. Tornou-se, assim, inadequado o projeto em muitas de suas concepções, dada a sua relação com os postulados do *Código penal* revogado. A incorporação do rol de emendas aprovadas pela Câmara afetou-lhe a estrutura sistemática. Finalmente, repercutiram nele as modificações introduzidas no sistema de penas pela lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, imposta ao legislador pela crescente pressão dos índices de criminalidade.

5. Em decorrência desses fatos históricos, o projeto foi retirado do Congresso Nacional pela mensagem de 30 de agosto de 1978, do presidente Ernesto Geisel.

6. Os trabalhos destinados à edição do novo estatuto processual penal foram retomados no governo de V. Ex.^a, quando instituí a comissão composta dos professores Rogério Lauria Tucci, da Universidade de São Paulo, Francisco de Assis Toledo, subprocurador geral da República junto ao Supremo Tribunal Federal, e Hélio Fonseca, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, que sob minha assistência elaborou extenso e minudente trabalho de pré-elaboração legislativa, com a colaboração de especialistas e entidades jurídicas de todo o país — principalmente de São Paulo e do Rio de Janeiro — onde importantes debates foram realizados.

7. Tornou-se necessário reformular o projeto elaborado por essa comissão, dadas as múltiplas sugestões apresentadas. Incumbi dessa tarefa os professores Rogério Lauria Tucci e Francisco de Assis Toledo, cujo trabalho de reformulação foi submetido a revisão técnico-jurídica pelo professor José Frederico Marques, com revisão lingüística a cargo do professor Aires da Matta Machado.

8. Compôs-se, assim, o anteprojeto de *Código de processo penal*, que convinha submeter em sua redação final à comunidade jurídica do país, com o objetivo de colher ainda o maior número possível de contribuições. Com essa finalidade, o anteprojeto foi publicado em avulso pela Imprensa Nacional e também ao *Diário Oficial da União*, Suplemento ao nº 97, de 27 de maio de 1981.

9. O debate que então se estabeleceu teve caráter nacional, destacando-se entre as numerosas discussões realizadas as que transcorreram no I Congresso Nacional de Política Criminal e Penitenciária, promovido sob os auspícios do Conselho Nacional de Política Penitenciária, deste Ministério, da Universidade de Brasília e do Governo do Distrito Federal.

10. Nessa fase última de debate foram recebidas mais de seiscentas sugestões de emendas, muitas delas total ou parcialmente acolhidas pela comissão revisora que nomeei, integrada pelos professores Francisco de Assis Toledo, coordenador, José Frederico Marques, Jorge Alberto Romeiro e Rogério Lauria Tucci.

11. Coube a essa comissão revisora dar forma definitiva ao projeto, fruto de longo e valioso esforço de numerosos juristas, o qual tenho agora a honra de submeter à superior apreciação de V. Ex.^a.

Da orientação e das inovações

12. Mantém o projeto as partes fundamentais da codificação elaborada pelo professor José Frederico Marques. Adota boa parte do texto original, emendado pela Câmara dos Deputados. Embora resguarde a estrutura do referido anteprojeto, aproveita as sugestões úteis, formuladas ao longo de tão numerosos debates. Reorganiza-o, enfim, com as subtrações, modificações e adições tidas como apropriadas e relevantes.

13. Trata-se de projeto moderno, ajustado às exigências atuais da ciência processual penal e à realidade brasileira, cujas inovações principais devem ser desde logo destacadas: a) simplificação do sistema procedimental, designadamente do recursal, com a instituição de procedimento sumaríssimo adequado ao julgamento das causas de menor relevância e das atinentes aos denominados delitos de trânsito; b) utilização de gravação sonora ou meio equivalente, onde seja possível e conveniente, na audiência de instrução e julgamento; c) poder de aplicação, pelo juiz, de medidas alternativas à prisão provisória, de acordo com as recomendações da Organização das Nações Unidas em Congresso realizado em 1980 em Carácas, Venezuela, sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente; d) criação de órgão colegiado de primeira instância, para julgamento, em grau de recurso, das causas processadas em rito sumaríssimo, visando ao desfogo dos trabalhos dos tribunais; e) simplificação do procedimento relativo aos processos de competência do tribunal do júri, particularmente no tocante à formulação de quesitos; f) deslocação do exame criminológico para o processo de execução, como incidente deste; e g) fortalecimento do instituto da prisão preventiva com referência ao delinqüente perigoso,

nos crimes de roubo, latrocínio, extorsão, seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto não consensual, quadrilha ou banco, e tráfico de entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica, com o propósito de melhor aparelhar a justiça penal para o combate a essas modalidades mais graves de delinquência.

Da lei de processo penal

14. Ao regulamentar o processo penal e as cautelas, exclui o projeto o título pertinente à execução da pena, matéria constante de projeto autônomo — o Projeto de Lei de Execução Penal, cujo texto estou encaminhando, igualmente, ao exame de V. Ex.^a.

15. Delimita o projeto os órgãos da justiça comum, segundo os preceitos constitucionais específicos, razão pela qual são excluídos os processos por delitos de imprensa e os cometidos por meios de telecomunicação, os de extradição e os referentes a tóxicos, bem como os pertinentes a situações prescritas em tratados, convenções e regras de direito internacional.

16. Mantêm-se os princípios da interpretação extensiva, da aplicação analógica e do suplemento dos princípios gerais de direito.

17. Quanto à aplicação de lei processual no tempo, foram aduzidas à regra do artigo 3º, acolhida sem discrepância pela doutrina processual, as dos artigos 707 e 710, de caráter transitório, com o propósito de regulamentar situações abrangidas, simultânea e sucessivamente, pela nova legislação. Cabe, a propósito, a lição de Vincenzo Manzini (v. *Tra-tatto di diritto processuale penale italiano*, Turim, vol. I, p. 204 e 206, nota 3) de que não devem ser confundidos os problemas de direito transitório processual penal com os de direito transitório penal material, já que a lei processual penal se aplica ao procedimento, que diz respeito ao presente e ao futuro, e não à infração cometida.

Da ação penal

18. Ao estabelecer a disciplina da ação penal atém-se o projeto às disposições constantes da parte geral do *Código penal*, objeto da reforma cujo texto acabo de submeter ao alto descortino de V. Ex.^a. A ação penal distingue-se em pública e de iniciativa privada, expressão sugerida pelo saudoso professor Serrano Neves e sem dúvida mais adequada que a atual. A ação será pública quando promovida pelo ministério público, por via de denúncia; de iniciativa privada quando intentada mediante queixa formulada pelo ofendido ou por quem possua qualidade

para representá-lo, quer exclusiva, quer supletivamente (artigo 6º e § 1º).

19. Devolvendo ao ministério público a titularidade exclusiva da ação penal pública, aboliu-se, por vedação expressa, o procedimento de ofício (artigo 5º), ou seja, a atuação espontânea de órgão jurisdicional, visando à iniciação de processo penal (conforme Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo, 1973, p. 87 e 91-2).

20. Em obediência à mesma orientação, estabeleceu-se a imprescindibilidade do fundamento razoável, bem como a do legítimo interesse, como requisitos de justa causa, sem a qual não pode prosperar a acusação (conforme José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Rio de Janeiro, 1965, Vol. IV, p. 397-8).

Da notícia da infração penal

21. Na sistematização da denominada *notitia criminis*, estabelecida nos artigos 10 a 13, cuida o projeto de uniformizar a terminologia, adotando, em lugar de comunicação ou notícia, ou locução notícia da infração penal, abrangente tanto de crime como de contravenção.

22. Esses mencionados preceitos, complementados pelos dos artigos 211 e 212, confirmam como destinatários da notícia da infração penal apenas a autoridade policial e o ministério público, o que importa em posicionar com clareza os integrantes da persecução penal em todo o seu desenvolvimento.

23. Tendo disposto com precisão sobre os destinatários da notícia da infração penal, o projeto houve por bem afastar o juiz da *notitia criminis*, livrando-o da condição ainda que eventual de agente do Estado na *persecutio criminis*, ao mesmo tempo que lhe devolve o exclusivismo, absolutamente necessário, do poder de decisão.

24. Circunscrita unicamente ao ministério público a iniciativa da ação penal pública, a notícia de qualquer infração ser-lhe-á necessariamente dirigida pelo agente do Poder Judiciário, quer para requisitar a instauração de inquérito policial, quer para formular desde logo a acusação.

25. O projeto inclui dispositivo idêntico ao do artigo 40 do *Código de processo penal* em vigor, reproduzindo-o no parágrafo único do artigo 12.

26. Apresenta, finalmente, duas outras inovações: a do artigo 12, inciso I, que estende o dever de noticiar a infração penal aos que dela tenham conhecimento no exercício de atividade delegada pelo poder público, e a do parágrafo único do artigo

11, pertinente à retratabilidade da requisição do ministro da Justiça (que é, sem dúvida, notícia de infração penal, dada ao ministério público) até o oferecimento da denúncia (conforme Jorge Alberto Romero, *Da ação penal*, Rio, 1978, p. 165-70).

Da jurisdição e da competência

27. Quanto à jurisdição e à competência, o projeto discrimina os órgãos judiciários no artigo 20, expressa norma atinente ao princípio do juiz natural no artigo 22 e estabelece, no artigo 23, a *persecutio iuris dictionis*.

28. Ao estatuir as regras relativas à competência, adotou o projeto a concepção tripartida, fundada na observância da *ratione loci*, *ratione materiae* e *ratione personae* (conforme Vicente de Paulo-Vicente de Azevedo, *Curso de direito judiciário penal*, São Paulo, 1958, vol. 1.º, p. 161, e José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, cit., 2. ed., vol. I, p. 233-8), nesta mesma ordem, para melhor distribuição da matéria.

29. A regulamentação da competência territorial foi mantida praticamente na íntegra (artigos 24 a 29). Foram suprimidas, porém, disposições concernentes à competência em razão da matéria, disciplinada nos artigos 30 a 34, às quais acrescentou-se no entanto, a do parágrafo único do artigo 33, que atribui à justiça estadual o processo e julgamento de contravenções penais de competência da justiça federal, praticadas em município alheio ao da sede de sua seção judiciária.

30. A regra é análoga à das leis em vigor sobre tráfico de tóxicos e tem sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal aos processos por crimes de tráfico internacional de entorpecentes, para viabilizar a celeridade dos julgamentos.

31. Os preceitos relativos à competência funcional, contidos nos artigos 35 a 37, sofreram acen tuadas modificações, destacando-se a do parágrafo único do artigo 35, as do inciso VI e § 2.º do artigo 36 e a do artigo 37.

32. Derivam tais alterações da necessidade urgente de se adequar o novo estatuto processual penal às normas constitucionais e à realidade forense. A do parágrafo único do artigo 35, conjugada com os parágrafos únicos dos artigos 507 e 531, tem relevo ainda mais significativo, pela instituição do juízo colegiado de primeira instância, dotado de competência para julgamento dos recursos interpostos nas causas de procedimento sumaríssimo da justiça local. A criação e a organização desse órgão são remetidas às leis estaduais de organização judiciária.

Do juiz penal

33. Na determinação dos poderes e deveres do juiz (artigos 59 a 62), o projeto admite a iniciativa jurisdicional na perquirição da verdade, dado relevante de todo processo penal, sem afetar, contudo, a marcada tendência para o sistema acusatório, ora adotado.

34. Pôs-se em destaque, no artigo 59, inciso I, e no parágrafo único do artigo 61, conjunto de preceitos reguladores do contraditório, destinado à garantia de ampla defesa do acusado, em obediência à norma prescrita na *Constituição*.

35. Às hipóteses de impedimento e de suspensão aduziu-se a da incompatibilidade do juiz para exercer suas funções no processo (artigo 63 a 70), suprimindo-se, assim, omissão do *Código* em vigor. Substituiu-se texto anterior, pertinente a suborno, pelo inciso V do artigo 63.

36. A adição constante do artigo 65 cria obstáculo ao propósito de criar impedimento ou forjar suspeição. A do artigo 70 prescreve a exceção como forma processual de argüir o impedimento, a incompatibilidade e a suspeição, estabelecendo os artigos 240 e 245 a 257 o respectivo regulamento.

Dos auxiliares da justiça

37. O projeto reduz para um o número de peritos oficiais anteriormente estabelecido. Esta tem sido a solução encontrada pela jurisprudência brasileira e não há fundamento razoável para alterá-la (RTJ, 65/816; RF, 200/217; RT, 470/339; JTACSP, 10/339).

Suprimiu-se, ainda, o texto do primitivo § 1.º do artigo 77 (ao qual corresponde o artigo 76 do projeto), de forma a restringir a expressão peritos a 'pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos' (conforme Valentin Silva Melero, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, tomo I, p. 273).

Do ministério público

39. Já no projeto de sua organização, que teve a honra de submeter à alta consideração de V. Ex.^a e do qual resultou a lei complementar à *Constituição* n.º 40, de 14 de dezembro de 1981, buscávamos conferir ao ministério público a dignidade de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, reconhecendo-lhe não apenas a condição de titular exclusivo da ação penal pública e de fiscal da aplicação da lei, mas também a de responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade.

40. O projeto reafirma os conceitos anunciados na lei orgânica, ao estabelecer o conjunto de suas atribuições.

41. Atuando, embora, como parte, a finalidade com que se move o ministério público é a da preservação do interesse social. Definiu-o Carnelutti, por força dessas circunstâncias, como parte *sui generis* ou imprópria (*Principi del processo penale*, Morano, Napoli, 1960, p. 42).

42. O projeto acolhe os princípios doutrinários que situam o ministério público como instituição subordinada exclusivamente aos princípios da legalidade, da descoberta da verdade e da realização da justiça, extraindo dessa condição superior as conseqüências lógicas. Assume assim o ministério público, em razão da lei, a posição de *dominus litis*, cabendo-lhe, contudo, impetrar *habeas corpus* e interpor recursos em favor do réu (artigos 501, § 1.º e 646).

43. Confere-lhe, assim, poderes novos, indispensáveis ao desempenho de suas funções no sistema processual ora adotado, no qual se revaloriza igualmente o papel de defesa. Quebrar-se-ia, sem tais cautelas, o equilíbrio entre a acusação e a defesa, pressuposto básico de realização da justiça criminal.

44. O verdadeiro perfil do novo ministério público delinea-se com precisão não só nos capítulos que especificamente lhe dizem respeito, mas no projeto como um todo, e na respectiva lei orgânica (conforme Francisco de Assis Toledo, *O ministério público e a reforma penal*, conferência proferida no III Encontro do Ministério Público Fluminense, 1982).

45. Suas atribuições estão reestruturadas nos artigos 81 a 86, que regulamentam a fase pré-processual de apuração dos dados necessários ao oferecimento da denúncia, com a garantia da assistência de advogado ao indiciado.

Da polícia judiciária

46. As atribuições da polícia judiciária estão relacionadas no artigo 107 do projeto: cabe-lhe colher as provas na primeira fase da *persecutio criminis*, nos autos do denominado inquérito policial, destinado, eventualmente, a servir de base à acusação.

47. Na elaboração desse elenco de atribuições teve-se presente a interdependência funcional entre polícia judiciária, poder judiciário e ministério público, matéria cuja delicadeza exige precisão de limites e exatidão de conceitos.

48. Embora judiciária, essa ramificação da atividade policial está organicamente encartada na máquina executiva de outro poder, donde o reconhe-

cimento de seu caráter misto: é judiciária nos fins, mas administrativa em sua forma e substância (conforme Hélio Bastos Tornaghi, *Instituições de processo penal* cit., vol. II, p. 202; Fernando Henrique Mendes de Almeida, in *Arquivos da polícia civil de São Paulo*, São Paulo, 1942, vol. 3/1, p. 221 e ss.)

49. O projeto entrosa as atuações da polícia judiciária e do ministério público, regulamentando-as minuciosamente nos capítulos I a IV do título II (Do procedimento ordinário), integrantes do livro IV, relativo ao processo de conhecimento.

50. Nos artigos 211 a 222, 225 a 231 e 233 a 235 encontram-se as normas disciplinadoras do procedimento policial, desde a notícia da infração penal até o oferecimento da denúncia ou pedido de arquivamento do inquérito policial. Nos artigos 213, 214 e 215, estabelece-se a interdependência funcional entre polícia judiciária e ministério público. Nesses mesmos artigos confere-se a este o poder de determinar a realização de diligências indispensáveis ao esclarecimento de fato relevante para o direito penal e de quem tenha sido o seu autor.

51. Mantém o projeto a designação autoridade policial em lugar de delegado de polícia, por abranger a primeira os funcionários públicos que exerçam a mesma atividade, tanto nos estados como na polícia federal. Distingue, ainda, a autoridade policial de seus agentes. Tem-se a primeira como pessoa que, investida por lei, dirige as atividades da polícia judiciária, no âmbito de suas atribuições; têm-se os segundos como pessoas encarregadas da prática de atos investigatórios ou coativos, com a finalidade de prevenir ou reprimir a prática de infrações penais.

Do indiciado ou acusado e do direito de defesa

52. O projeto assegura ao ser humano submetido à *persecutio criminis* a amplitude do direito de defesa prescrita no artigo 153, § 15, da *Constituição federal* e na *Declaração universal dos direitos do homem*.

53. As regras essenciais, asseguradoras do direito de defesa, estão confirmadas nos artigos 14 a 17 e 87 a 90, que uniformizam ainda a terminologia com o emprego, tão-só, da expressão acusado, em lugar de réu. Ocorreu o mesmo no tocante aos atos do procedimento e às providências cautelares.

54. Destacam-se, a propósito, os preceitos contidos nos artigos 154, incisos V e VI, e 158, incisos IV e V, segundo os quais o ato de citação somente se perfaz com o "esclarecimento de que o acusado tem direito à defesa por intermédio de ad-

vogado da assistência judiciária, onde houver, ou de defensor dativo, se lhe faltar condição para efetuarla por defensor constituído”, e a “indicação do local onde funciona a assistência judiciária”.

55. Isso significa que a defesa do acusado, elaborada antes do oferecimento da denúncia ou da queixa (artigos 237, 240, 244 e 256), deve revestir-se de caráter efetivo, como verdadeira contrariedade à acusação.

56. O contraditório domina toda a instrução criminal, com o escopo de apuração da verdade material, revelando-se, por inteiro, no direito de audiência, ou seja, “na expressão necessária do direito do cidadão à concessão de justiça, das exigências comunitárias inscritas no estado de direito, da essência do direito como tarefa do homem e, finalmente, do espírito do processo, como ‘co-participação’ de todos os interessados na criação da decisão” (Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, vol. I, p. 158).

57. Essa conceituação ampla do direito de defesa levou o projeto a consagrar duas outras disposições: a do artigo 18, que considera o defensor como partícipe da jurisdição penal, e a do artigo 198, inciso III, que fulmina o processo com a sanção de nulidade insanável, quando, “por violação do contraditório, ou regra a ele inerente, houver prejuízo substancial à defesa do acusado”.

58. Estabeleceram-se os ônus e deveres do indiciado e do acusado, nos artigos 91 a 97. Se o acusado não pode ser compelido a apresentar prova que o incrimine (artigo 262), também lhe é vedado o exercício abusivo do direito de defesa. Impõe-se-lhe a cooperação, para o regular desenvolvimento da *persecutio criminis*.

Do ofendido

59. Nos artigos 98 a 104 o projeto disciplina a atuação do ofendido no desenrolar da persecução penal.

60. Evitou-se nessas disposições o emprego do vocábulo parte, visto que nem sempre o ofendido figura como tal, no âmbito do processo penal.

61. No artigo 100, § 2.º, fixou-se em seis meses o prazo de decadência da queixa ou representação, contados do dia em que o ofendido ou seu representante legal vem a saber quem é o autor do crime, na ação penal de iniciativa exclusivamente privada, ou a partir da data em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia, no caso de ação penal de iniciativa privada subsidiária, prevista no artigo 6.º, § 1.º.

62. O critério adotado é o do artigo 38 do atual *Código de processo penal*, acolhido sem restrições pelos mais autorizados doutrinadores da matéria em nosso país (ver Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro, *Comentários do Código penal*, Rio de Janeiro, 1979, Vol. IV, p. 402-4; José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, 2. ed., São Paulo, 1966, Vol. III, p. 398; Hélio Bastos Tornaghi, *Curso de processo penal*, São Paulo, 1980, Vol. I, p. 70; Christiano José de Andrade, *Da prescrição da matéria penal*, São Paulo, 1979, p. 36).

63. Suprindo a omissão existente, o projeto regulamenta o direito de representação nos §§ 3.º a 6.º do mesmo artigo 100; e admite o ofendido como litisconsorte no processo de *habeas corpus* “impe-trado por falta de justa causa da ação penal de iniciativa privada” (artigo 103, inciso I), restringindo, porém, a admissão a esse caso único, em que a decisão do *habeas corpus* poderá fulminar o direito de queixa. A exceção justifica-se diante do inegável interesse do ofendido no desfecho do *Writ*, destinada a trancar a ação penal por ele ajuizada.

64. Ao assegurar ao ofendido possibilidade de larga atuação no processo, atende o projeto ao propósito de assegurar a reparação do dano causado pelo crime, prescrito no livro V, artigos 662 a 689. Para tornar efetiva a medida alvitrada, dispõe-se sobre a reparação do dano nos artigos 688 a 689.

Dos atos processuais

65. O projeto efetuou modificações de caráter formal no livro pertinente aos atos processuais.

66. Adotou as regras da instrumentalidade das formas, exceto quando imprescindíveis à formação do ato, e as da publicidade dos atos processuais, ressalvadas as exceções estabelecidas no § 1.º do artigo 111.

67. Reafirmou a obrigatoriedade do uso do vernáculo em todos os atos e termos do processo (artigo 109). Confirmou a classificação dos atos do juiz, no processo do conhecimento, em sentenças, decisões e despachos (artigo 114). Manteve a regulamentação dos atos dos auxiliares do juízo, especialmente os do escrivão ou chefe de secretaria (artigos 116 a 120). Disciplinou a realização dos atos, estabelecendo as exigências de tempo, lugar, prazos e comunicação, inclusive cartas (artigos 121 a 171).

68. Encontram-se particularmente prescritos nos artigos 169 e 171, a distribuição, visando a distribuir os feitos entre juízes e escrivães segundo rigorosa igualdade, e o registro em livro próprio, com a finalidade de documentar-lhes a existência.

69. No parágrafo único do artigo 169 mantêm-se tais atos como indispensáveis, quando a notícia da infração penal tiver como destinatário o ministério público, visto que o arquivamento dos autos do inquérito policial ou de peças de informação, em face do que dispõe o artigo 227, somente se fará em juízo, e por decisão do juiz competente, a pedido do ministério público. A conveniência desse procedimento foi recomendada na conclusão do III Congresso Internacional de Magistrados, realizado em Berlim, em 1969 (III Internationaler Richter – Kongress in Berlin, conforme Jorge Alberto Romeiro, *Elementos de direito penal e processo penal*, São Paulo, 1978, p. 190-1).

70. Finalmente, quanto às nulidades, conjuraram-se os princípios da instrumentalidade das formas e da garantia constitucional da ampla e plena defesa do acusado (artigos 193 a 200).

71. O artigo 198 dispõe em particular a respeito das situações em que a nulidade deve ser declarada *ex-officio*. Já na Exposição de Motivos do anteprojeto primitivo se asseverava, com razão: "Abolir as nulidades absolutas do processo penal é comprometer o direito de defesa plena", pois "se é verdade que o fetichismo da forma já se encontra superado, menos certo não é que os atos destinados a assegurar a plenitude do direito de defesa não podem ser omitidos, nem desrespeitadas as formas que a lei lhes imprime justamente para garantir aquele direito em sua plenitude".

Do processo de conhecimento

72. O processo de conhecimento, regulamentado no livro IV, artigos 201 a 661, passa a abranger não só o de natureza condenatória, mas também o de caráter declaratório e constitutivo.

73. Tal abrangência deriva da concepção de que o processo de conhecimento não se restringe ao de natureza condenatória. Há ações, como as de *habeas corpus* e de revisão criminal, que a despeito de sua natureza declaratória ou constitutiva importam em processo de conhecimento, convindo, portanto, localizá-las no livro a este pertinente.

74. Cumpre salientar ainda que os incidentes se encontram disciplinados em boa parte do sistema procedimental, em cuja esfera se situam as providências cautelares, ora igualmente reguladas.

75. Daí contemplar o aludido livro IV, em dez (10) títulos, a constituição, a suspensão, a extinção e as formas do processo (I), os procedimentos ordinário, sumário e sumaríssimo (II e VIII), as especiais e incidentais (IX, III e VI), as destinadas à tutela dos direitos (X), as cautelares (IV), as questões prejudiciais (V) e o processo nos tribunais (VII).

76. Estabeleceu-se a necessária distinção entre processo e procedimento, conferindo a este, em que aquele se exterioriza índole finalística, de mera esquematização formal (ver João Mendes de Almeida Júnior, *Direito judiciário brasileiro*, 1960, p. 243-4; Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefesa*, 2 ed., México, 1970, p. 115-6; Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Pádua, 1939, Vol. III, p. 315, e 348-50; Edgar Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, 10. ed., São Paulo, 1978, p. 228; José Frederico Marques, *Tratado de direito processual penal*, cit., vol. II, p. 157-9).

77. Cuidou-se em primeiro lugar de constituição, suspensão, extinção e formas de processo, merecendo destaque o instituto da aquiescência do acusado à proposição acusatória, em determinadas circunstâncias (artigo 207, inciso II e §§ 1º e 2º).

78. Outro aspecto relevante é o que se refere à instituição do procedimento sumaríssimo, subespécie do sumário, prescrito no artigo 209, inciso III, o qual, combinado com os artigos 544 a 548, constitui uma das mais importantes inovações da fase de reformulação do projeto retirado do Congresso Nacional.

79. Esse procedimento destina-se às causas penais atinentes a crimes a que for cominada pena de detenção até um ano, a contravenções e a certos delitos culposos, particularmente aos denominados delitos de trânsito.

80. Dispensando inquérito policial, reclama instrução e julgamento breves (dez dias, no máximo), em juizados especiais a serem criados pelas leis locais sobre organização judiciária, ou em juízos atualmente competentes, assegurada ao acusado a plenitude do direito de defesa.

81. Manifestas serão as vantagens decorrentes de sua adoção, quer pela sensível diminuição do volume de autos de inquérito nos distritos policiais, quer pela simplificação do procedimento e celeridade do julgamento.

82. Acrescente-se a tais vantagens a possibilidade de rápido julgamento de recurso, pelo órgão colegiado de primeira instância, explicitado no item 32, e se concluirá facilmente pela excelência da inovação projetada.

83. Considerado o procedimento, em rigor técnico, como comum ou especial (artigo 208), é ele subdividido em ordinário, sumário e sumaríssimo (artigo 209).

84. Como pode ser verificado neste último, o critério distintivo repousa, de acordo com a tradição de nosso processo penal, na qualidade e quan-

tidade da sanção cominada para a infração, com ressalva, já acentuada, das causas concernentes a certos delitos culposos (artigo 209, III). Às demais espécies procedimentais devem ser aplicadas, subsidiariamente, as regras do procedimento ordinário (artigo 240).

85. Esse, à evidência, o motivo pelo qual a sua regulamentação se faz com maiores minúcias.

Do procedimento ordinário

86. A regulamentação do rito ordinário segue, igualmente, nas suas generalidades, os textos anteriores, com ênfase preambular no inquérito policial ou peças de informação (artigos 211 a 224), e na atuação do ministério público, ainda no pórtico da ação penal, especialmente no tocante à acusação (artigos 225 a 236).

87. Mantêm-se, outrossim, pela sua qualificação, a fase postulatória, com o despacho liminar (artigos 237 a 239) e a resposta do acusado, abrangente de defesa prévia e exceção (artigos 240 a 251).

88. Conservam-se diferenciados, na fase saneadora, o julgamento conforme o estado do processo — julgamento antecipado da causa ou extinção do processo sem julgamento do mérito, artigos 253, § 1º, 254 e 255 — do proferimento do despacho saneador (artigos 253, § 1º e 256) (conforme Alfredo Buzaid, *Do despacho saneador*, in *Estudos de direito*, São Paulo, 1972, p. 43/4; Rogério Lauria Tucci, *Do julgamento conforme o estado do processo*, 2. ed., São Paulo, 1982, p. 128; José Frederico Marques, *Do processo de conhecimento*, in *Estudos sobre o novo Código de processo civil*, São Paulo, 1974, p. 51-2; José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, 5. ed., Rio de Janeiro, 1982, p. 70-2).

89. Já na fase instrutória, praticamente intocada em matéria de provas, duas inovações, entre outras, devem ser ressaltadas.

90. Sob regras determinadas e de acordo com as instruções baixadas pelos tribunais, as provas orais poderão ser realizadas mediante sistema de gravação sonora ou equivalente (artigo 258, § 1º).

91. Visa-se, com tal providência, sem prejuízo da exatidão do registro, a reduzir o tempo de duração das audiências, subordinadas ainda à prática obsoleta de perguntas, reperguntas, respostas e ditados ao auxiliar do juízo incumbido de sua documentação.

92. A outra inovação destina-se a evitar a longa do encerramento do processo em razão do aditamento da denúncia. O aditamento, nos termos

do artigo 350, poderá operar-se ao final da fase instrutória, na própria audiência de instrução e julgamento, à semelhança do que se permite também no procedimento sumário, nos termos do artigo 542.

93. Esclareça-se, por último, que se atenua a oralidade em atenção às peculiaridades da causa, ao permitir-se a substituição do debate oral por memoriais (artigo 350, § 7º). A fase decisória resume-se, assim, na prolação da sentença pelo juiz singular — ato decisório ao qual se aplicam os artigos 354 e seguintes do projeto, e que deve situar-se nos limites da acusação e na definição legal constante do despacho saneador (artigos 355 e 356), salvo, nesta última hipótese, as exceções neste previstas.

94. Ainda com referência à sentença, absolutória ou condenatória, o acusado solto continua em liberdade, a não ser que o juiz lhe decrete a prisão preventiva (artigo 362, inciso I), sem substituí-la por uma ou mais das medidas alternativas previstas no § 2º do artigo 409, ou lhe imponha medida de segurança (artigo 362, III). A única exceção a esse princípio refere-se às condenações pelo júri, que se executam imediatamente (artigo 633, §§ 1º e 3º, b), para resguardo da soberania do tribunal popular.

95. Já o acusado preso deve ser posto imediatamente em liberdade, no caso de sentença absolutória (artigos 359, § 2º e 633, § 2º).

96. Isso significa que o projeto tem como regra a liberdade do acusado, enquanto não definitivamente condenado, só cogitando do seu encarceramento provisório em situações expressamente previstas.

97. Atende-se, destarte, às recomendações da moderna política criminal, no sentido de só utilizar a privação da liberdade quando essa medida apresentar-se como necessária e devidamente justificada.

Do procedimento sumário

98. O procedimento sumário, de acordo com o disposto no artigo 209, inciso II, destina-se ao processamento das causas relativas aos crimes a que for cominada pena de detenção superior a um ano (exceto, quanto a estas, os de lesão corporal culposa e homicídio culposo).

99. Situando-se em grau intermediário entre o ordinário e o sumaríssimo, o procedimento sumário efetiva-se pela simplificação da atos e diminuição de prazos a que se subordina o primeiro, como consta dos artigos 538 a 542.

100. Essa, sem dúvida, é a índole do procedimento sumário, no qual "só se observam os atos

substanciais, sendo dispensadas as demais formalidades do rito ordinário, e encurtando-se a sua marcha, pela redução dos termos, prazos e dilações” (Manoel Aureliano de Gusmão, *Processo civil comercial*, São Paulo, 1939, p. 203; Eduardo Espinola Filho, *Código de processo penal brasileiro anotado*, cit., vol. V, p. 222).

101. Nos processos por crime contra a honra es-tabelece-se a prévia tentativa de conciliação das partes, no início da audiência (artigo 541, §§ 1º e 2º), o que, entre outros fatores, conduz à exclusão de tais crimes do rito sumaríssimo, mesmo quando a pena não exceda a um ano de detenção.

102. O projeto situa a tentativa de conciliação no início da audiência, não só porque adotou também as fases postulatória e saneadora no procedimento sumário, tal como previsto nos artigos 539 e 540, como em razão da conveniência de se uniformizar o sistema procedimental instituído.

Dos procedimentos especiais

103. Na linha do anteprojeto revisto, os procedimentos especiais foram reduzidos ao mínimo imprescindível. São, ao todo, três: procedimento por crimes contra a propriedade imaterial (artigos 549 a 555), procedimento penal falimentar (artigos 556 a 562) e procedimento nas causas da competência do júri (artigos 563 a 633).

104. Atendidas as peculiaridades que os especificam, em atenção à fisionomia especial do direito submetido à declaração e satisfação pelos órgãos jurisdicionais, os dois primeiros observam o rito ordinário ou sumário desde o início do processo (artigos 553 e 562).

105. Especial por excelência — especialíssimo, portanto — é o procedimento nas causas de competência do tribunal do júri, cuja simplificação se tornou imperativa em face da experiência. O projeto suprime o libelo-crime acusatório e possibilita a ampliação do pedido formulado na acusação (artigo 581, *in fine*). Torna conciso o ato de pronúncia, preservando, porém, o caráter de decisão, ou decisão interlocutória, de que se reveste (artigos 114, § 2º, 115 e 583, § 2º). Dá tratamento inovador à formulação de quesitos, já delineada no artigo 616. E suprime o instituto ambíguo do protesto por novo júri.

106. Adota, ainda, a regionalização do tribunal do júri, que deverá verificar-se nos termos da legislação local sobre organização judiciária (artigo 568), com evidentes vantagens, quer quanto à imparcialidade do conselho de julgamento, quer quanto à desnecessidade de desaforamento na maior parte dos casos previstos no artigo 564.

107. Tais reformas regulamentam a competência do tribunal do júri nos detalhes necessários, com evidente obediência ao disposto na Carta Magna da República (artigo 153, § 18). Havendo conexão de causas, fica mantida a unidade processual dos crimes conexos, cabendo, porém, ao presidente do tribunal do júri decidir e sentenciar sobre o crime que refoge à competência do tribunal.

108. Dadas as suas características, a apelação contra a sentença do tribunal do júri merece tratamento específico, dispondo o projeto a respeito nos artigos 632 e 633. A exegese dessa disposição deve conjugar-se com a dos artigos 508 a 511, pertinentes a essa espécie de manifestação recursal.

Dos procedimentos incidentais e das questões prejudiciais

109. Além dos procedimentos incidentais relativos à verificação da insanidade mental do indiciado ou acusado (artigo 377 a 380), à declaração da extinção da punibilidade (artigos 381 a 386), à arguição de falsidade (artigos 387 a 389), à restauração de autos extraviados ou destruídos (artigos 390 a 393) e às justificações (artigos 394 a 398), o projeto institui dois outros: o pedido de explicações (artigos 399 a 402), e a exceção da verdade (artigos 403 e 404).

110. A regulamentação desses institutos no *Código de processo penal* tornou-se imperativa, em face de suas implicações na justiça criminal.

111. O pedido de explicações é instituído no *caput* do artigo 399 como procedimento incidental restrito à hipótese de ofensa imprecisa ou equívoca, não o admitindo, porém, o parágrafo único do mesmo artigo, para esclarecimento de autoria. Essas elucidações apresentam-se, muitas vezes, como pressuposto do ajuizamento da acusação, tornando-se, por isso, indispensável a sua previsão legal.

112. Tornou-se inafastável, em consequência, a inclusão de regra alusiva à competência para apreciar as explicações apresentadas, optando o projeto, em consonância com o entendimento doutrinário corrente, pela do juiz do processo principal, na oportunidade da apreciação prévia da denúncia ou da queixa (artigo 402). (Euclides Custódio da Silveira, *Direito penal — crimes contra a pessoa*, São Paulo, 1969, p. 237-4; Néelson Hungria, *Comentários ao Código penal*, Rio de Janeiro, 1945, vol. VI, p. 129; Rogério Lauria Tucci, *Pedido de explicações in Persecução penal, prisão e liberdade*, São Paulo, 1978, p. 132-3).

113. O projeto disciplina, a seu turno, a exceção da verdade, dadas as implicações de sua cog-

nição e exame até na suspensão do curso do processo, tal como estabelece o parágrafo único do artigo 404.

114. As questões prejudiciais subordinam-se no projeto à mesma diretriz dos textos precedentes. Desloca-se, apenas, o preceito referente à nulidade da sentença proferida com infração ao disposto no artigo 467 para o local adequado, o título VII do livro III, alusivo às nulidades dos atos processuais (artigo 195, parágrafo único, letra *d*).

115. A audiência de procedimento incidental está disciplinada no artigo 471. Foram feitas as adaptações indispensáveis, inclusive as de natureza terminológica, em obediência à orientação impressa pelo projeto ao sistema procedimental.

Das procedimentos relativos às ações para tutela dos direitos

116. Cuida o projeto da regulamentação das ações e respectivos procedimentos relacionados com a tutela dos direitos, no título X do livro IV.

117. Trata da reabilitação no capítulo I (artigos 631 a 638), do processo contra a condenação à revelia no capítulo II (artigos 639 a 641) e do *habeas corpus* no capítulo III (artigos 642 a 661).

118. Embora utilizável em determinadas circunstâncias, a denominada revisão especial constitui modalidade da revisão criminal, estatuída nos artigos 481 a 494. Suprime-a o projeto, pela desnecessidade de reiterá-la sob outro condicionamento.

Das providências cautelares

119. O projeto contém importantes inovações, relativas às providências cautelares.

120. Referem-se à aplicação, pelo juiz, de medidas alternativas à prisão provisória (parágrafos do artigo 409), consistentes em: a) proibição de ausentar-se da comarca, do domicílio ou da residência; b) proibição de freqüentar determinados lugares, c) obrigação de comparecer às audiências e atos do processo; d) prestação de assistência material à vítima ou a seus dependentes, se o indiciado ou acusado voluntariamente apresentar proposta neste sentido; e) obrigação de submeter-se a tratamento médico ou psiquiátrico; f) interdição provisória de certos direitos; g) obrigação de prestar determinados serviços não remunerados à comunidade, quando possível, fora do horário do trabalho normal, se o indiciado ou acusado voluntariamente apresentar proposta nesse sentido; h) obrigação de apresentar-se periodicamente ao juiz, em dia e hora por este designados.

121. A importância dessas alternativas à pena privativa da liberdade, nos casos em que as justificam a natureza do delito e as condições pessoais do agente, foi salientada na Exposição de motivos do projeto de reforma da parte geral do *Código penal*. No curso do processo com o objetivo de evitar prisões desnecessárias, pode o juiz aplicá-las em caráter temporário, tal como ocorre na 'prisão provisória'.

122. Essa 'prisão provisória', por outro lado, adquire dimensionamento e peculiaridades novas, sendo cabível quando exclusivamente decretada pelo juiz, e pelo prazo máximo de cinco dias, nas situações previstas no artigo 424.

123. Há discreta condescendência para com os indiciados e acusados primários e ocasionais, e acentuado rigor para com os agentes da criminalidade violenta, cuja repressão deve tornar-se mais efetiva.

Do processo nos tribunais

124. Institui o projeto, ao lado da declaração de inconstitucionalidade, o incidente de uniformização da jurisprudência (artigos 475 e 476), cuja significação é muito mais expressiva no processo penal do que em qualquer outro ramo do direito processual.

125. Nos processos de competência originária dos tribunais é sensivelmente alterada a disciplina do procedimento especial por prerrogativa de função (artigos 477 a 480).

126. Nos termos das modificações introduzidas, o auto de exame de corpo delito e os demais elementos da investigação, levados a termo pela autoridade policial que tomar conhecimento do fato penalmente relevante, devem ser remetidos ao tribunal competente, dependendo a instauração do inquérito da ordem do juiz relator (artigo 477).

127. A esse mesmo juiz competirá a direção do procedimento respectivo (artigos 478 e 479), até o julgamento, a ser realizado pelo plenário do tribunal ou seu órgão especial (artigo 480).

128. A regulamentação dada à revisão criminal (artigos 481 a 494) não contém alterações expressivas.

129. Atento à natureza jurídica dos embargos de declaração, corretamente conceituados como incidente de complementação do julgado (artigo 495 a 498), o projeto aperfeiçoa a técnica do sistema de recursos, compatibilizando-os com os atos decisórios recorríveis.

130. Dos atos decisórios na primeira instância são dois os recursos instituídos: da sentença cabe

o recurso de apelação (artigos 508), e da decisão o de agravo de instrumento (artigo 512).

131. Nos órgãos colegiados são três os recursos admissíveis: embargos infringentes, nos julgamentos de apelação e de revisão criminal, tomados por maioria de votos e nas circunstâncias previstas no artigo 520 e seu § 1º; recurso ordinário constitucional, no caso de denegação de *habeas corpus* por tribunais federais ou locais (artigos 524 a 526); e recurso extraordinário, nas situações alvitadas no artigo 119, inciso III, da *Constituição da República* (com a redação da emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969) e na forma prescrita nos artigos 527 a 530.

132. O projeto dispõe, ainda, sobre a regulamentação dos juízes colegiados de primeira instância, estabelece a ordem do processo nos tribunais (artigo 531 a 534) e regula a atuação do ministério público perante os órgãos colegiados (artigos 535 a 537).

Da reparação civil do dano causado pela infração penal

133. No livro V, trata o projeto da reparação do dano causado pela infração penal, regulamentando, em primeiro lugar, os efeitos civis da sentença penal (artigos 662 a 667) e, em seguida, as medidas preventivas de reparação do dano: o seqüestro e o arresto (artigos 668 a 673), a hipoteca legal (artigo 674) e a restituição (artigos 675 a 683). Particularizando o seqüestro nos crimes em prejuízo da Fazenda Pública (artigo 684 a 687) completa a regulamentação com preceitos atinentes ao arbitramento do dano (artigos 688 a 689).

134. Procurando, enfim, agilizar os respectivos procedimentos, adota o projeto a concepção da viabilidade e rapidez do recebimento de indenização pela vítima da infração penal, a quem é dada a merecida atenção.

Da cooperação internacional nos processos penais

135. O projeto introduziu profunda modificação na matéria concernente à cooperação internacional nos processos penais, versada no livro VI.

136. A regulamentação fica reduzida aos dispositivos imprescindíveis, uma vez que a matéria, em sua maior parte, tem sede própria em leis especiais e nas convenções internacionais.

137. Restringiu-se o projeto às disposições necessárias, tais como as referentes à extradição (artigos 693 a 695), ao trânsito de indiciados ou acusados (artigo 696), à entrega de objetos (artigo 697), às cartas rogatórias (artigos 698 e 699) e à homologação de sentenças estrangeiras (artigos 700 e 701).

Conclusão

138. O projeto de *Código de processo penal*, que tenho a honra de submeter à alta consideração de V. Ex.^a, é fruto das concepções dominantes na comunidade jurídica do país, na área específica do direito processual penal. Os institutos contemplados, quer os mais antigos, quer os traduzidos em significativas inovações, apresentam-se segundo moderna concepção técnico-científica, sem se afastarem, contudo, das linhas tradicionais do direito processual penal brasileiro. Como os demais projetos constitutivos da reforma do sistema penal, que igualmente estou submetendo ao exame de V. Ex.^a, a anexa proposta de codificação constitui relevante marco na formulação das leis penais brasileiras.

Valho-me do ensejo para renovar a V. Ex.^a a expressão do meu profundo respeito.

Ibrahim Abi-Ackel
Ministro da Justiça

Exposição de motivos n.º 213

Código de execução penal

Ex.^{mo} Sr. Presidente da República,

1. A edição de lei específica para regular a execução das penas e das medidas de segurança tem sido preconizada por numerosos especialistas.

2. Em 1933, a comissão integrada por Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Carrilho apresentou ao governo o anteprojeto de *Código penitenciário da República*, encaminhado dois anos depois à Câmara dos Depu-

tados por iniciativa da bancada da Paraíba, e cuja discussão ficou impedida com o advento do Estado Novo.

3. Em 1955 e 1963, respectivamente, os eminentes juristas Oscar Stevenson e Roberto Lyra traziam a lume os anteprojetos de *Código das execuções penais*, que haviam elaborado, e que não chegaram à fase de revisão. Objetava-se, então, à constitucionalidade da iniciativa da União para legislar sobre as regras jurídicas fundamentais do regime penitenciário, de moldo a instituir no país uma política penal executiva.

4. Contentou-se, assim, o governo da República com a sanção, em 2 de outubro de 1957, da lei nº 3.274, que dispõe sobre as normas gerais de regime penitenciário.

5. Finalmente, em 29 de outubro de 1970 o coordenador da comissão de estudos legislativos, professor José Carlos Moreira Alves, encaminhou ao ministro Alfredo Buzaid o texto do anteprojeto de *Código das execuções penais* elaborado pelo professor Benjamin Moraes Filho, revisto por comissão composta dos professores José Frederico Marques, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves.

6. Na Exposição de motivos desse último anteprojeto já se demonstrou com bastante clareza a pertinência constitucional da iniciativa da União para editar um *Código de execuções penais*.

7. Foi essa a posição que sustentamos no relatório da comissão parlamentar de inquérito instituída em 1975 na Câmara dos Deputados para apurar a situação penitenciária do país. Acentuávamos, ali, que a doutrina evoluíra no sentido da constitucionalidade de um diploma federal regulador da execução, alijando, assim, argumentos impugnadores da iniciativa da União para legislar sobre as regras jurídicas fundamentais do regime penitenciário. Com efeito, se a etapa de cumprimento das penas ou medidas de segurança "não se dissocia do direito penal, sendo, ao contrário, o esteio central de seu sistema, não há como sustentar a idéia de um *Código penal* unitário e leis de regulamentos regionais de execução penal". Uma lei específica atenderá "a todos os problemas relacionados com a execução penal, equacionando matérias pertinentes aos organismos administrativos, à intervenção jurisdicional e, sobretudo, ao tratamento penal em suas diversas fases e estágios, demarcando, assim, os limites penais de segurança. Retirá-la, em suma, a execução penal do hiato de legalidade em que se encontra" (*Diário do Congresso Nacional*, Suplemento ao nº 61, de 4 de junho de 1976, p. 9).

8. O tema relativo à instituição de lei específica para regular a execução penal vincula-se à au-

tonomia científica da disciplina, que em razão de sua modernidade não possui designação definitiva. Tem-se usado a denominação direito penitenciário, à semelhança dos penalistas franceses, embora se restrinja essa expressão à problemática do cárcere. Outras, de sentido mais abrangente, foram propostas, como direito penal executivo, por Roberto Lyra (*As execuções penais no Brasil*, Rio de Janeiro, 1963, p. 13) e direito executivo penal, por Ítalo Luder (*El principio de legalidad en la ejecución de la pena*, in *Revista del Centro de Estudios Criminológicos*, Mendoza, 1968, p. 29 e ss.)

9. Em nosso entendimento pode-se denominar esse ramo direito de execução penal, para abrangência do conjunto das normas jurídicas relativas à execução das penas e das medidas de segurança (conforme Cuello Calón, *Derecho penal*, Barcelona, 1971, vol. II, tomo I, p. 773; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 37).

10. Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do direito penal e do direito processual penal.

11. Seria, por outro lado, inviável a pretensão de confinar em diplomas herméticos todas as situações jurídicas oriundas das relações estabelecidas por uma disciplina. Na *Constituição* existem normas processuais penais, como as proibições de detenção arbitrária, da pena de morte, da prisão perpétua e da prisão por dívida. A *Constituição* consagra ainda regras características da execução ao estabelecer a personalidade e a individualização da pena como garantias do homem perante o Estado. Também no *Código penal* existem regras de execução, destacando-se, dentre elas, as pertinentes aos estágios de cumprimento da pena e respectivos regimes prisionais.

12. O projeto reconhece o caráter material de muitas de sua normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, avoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro de Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do país com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o direito de execução penal.

Do objeto e da aplicação da lei de execução penal

13. Contém o artigo 1º duas ordens de fina-

lidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.

14. Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade.

15. À autonomia do direito de execução penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no artigo 2º, se estabelece que a "jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do *Código de processo penal*".

16. A aplicação dos princípios e regras do direito processual penal constitui corolário lógico da interação existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução.

17. A igualdade da aplicação da lei ao preso provisório e ao condenado pela justiça eleitoral ou militar, quando recolhidos a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária, assegurada no parágrafo único do artigo 2º, visa a impedir o tratamento discriminatório de presos ou internados submetidos a jurisdições diversas.

18. Com o texto agora proposto, desaparece a injustificável diversidade de tratamento disciplinar a presos recolhidos ao mesmo estabelecimento, aos quais se assegura idêntico regime jurídico.

19. O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do direito penal.

20. É comum, no cumprimento das penas privativas da liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos crimíno-genos que propicia.

21. O projeto torna obrigatório a extensão, a toda a comunidade carcerária, de direitos sociais, econômicos e culturais de que ora se beneficia uma

restrita percentagem da população penitenciária, tais como segurança social, saúde, trabalho remunerado sob regime previdenciário, ensino e desportos.

22. Como reconhece Hilde Kaufman "la ejecución penal humanizada no solo no pone en peligro la seguridad y el orden estatal, sino todo lo contrario. Mientras la ejecución penal humanizada es un apoyo del orden y la seguridad estatal, una ejecución penal deshumanizada atenta precisamente contra la seguridad estatal" (*Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, p. 55).

23. Com a declaração de que não haverá nenhuma distinção da natureza racial, social, religiosa ou política, o projeto contempla o princípio da isonomia, comum à nossa tradição jurídica.

24. Nenhum programa destinado a enfrentar os problemas referentes ao delito, ao delinqüente e à pena se completaria sem o indispensável e contínuo apoio comunitário.

25. Muito além da passividade ou da ausência de reação quanto às vítimas mortas ou traumatizadas, a comunidade participa ativamente do procedimento da execução, quer através de um conselho, quer através das pessoas jurídicas ou naturais que assistem ou fiscalizam não somente as reações penais em meio fechado (penas privativas da liberdade e medida de segurança detentiva) como também em meio livre (pena de multa e penas restritivas de direitos).

Da classificação dos condenados

26. A classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas da liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais. A exigência dogmática da proporcionalidade da pena está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado.

27. Reduzir-se-á a mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução.

28. O projeto cria a comissão técnica de classificação com atribuições específicas para elaborar

o programa de individualização e acompanhar a execução das penas privativas da liberdade e restritivas de direitos. Cabe-lhe propor as progressões e as regressões dos regimes, bem como as conversões que constituem incidentes de execução resolvidos pela autoridade judiciária competente.

29. Fiel aos objetivos assinados ao dinamismo do procedimento executivo, o sistema atende não somente aos direitos do condenado, como também, e inseparavelmente, aos interesses da defesa social. O mérito do sentenciado é o critério que comanda a execução progressiva, mas o projeto também exige o cumprimento de pelo menos um sexto do tempo da pena no regime inicial ou anterior. Com essa ressalva, limitam-se os abusos a que conduz a execução arbitrária das penas privativas da liberdade em manifesta ofensa aos interesses sociais. Através da progressão, evolui-se de regime mais rigoroso para outro mais brando (do regime fechado para o semi-aberto; do semi-aberto para o aberto). Na regressão dá-se o inverso, se ocorrer qualquer das hipóteses taxativamente previstas pelo projeto, entre elas a prática de fato definido como crime doloso ou falta grave.

30. Em homenagem ao princípio da presunção de inocência, o exame criminológico, pelas suas peculiaridades de investigação, somente é admissível após declarada a culpa ou a periculosidade do sujeito. O exame é obrigatório para os condenados à pena privativa da liberdade em regime fechado.

31. A gravidade do fato delituoso ou as condições do agente, determinantes da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.

32. A ausência de tal exame e de outras cautelas tem permitido a transferência de reclusos para o regime de semiliberdade ou de prisão-albergue, bem como a concessão de livramento condicional, sem que eles estivessem para tanto preparados, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.

33. Com a adoção do exame criminológico entre as regras obrigatórias da execução da pena privativa da liberdade em regime fechado, os projetos de reforma da parte geral do *Código penal* e da Lei de Execução Penal eliminam a controvérsia ainda não exaurida na literatura internacional acerca do momento processual e dos tipos criminológicos de autores passíveis dessa forma de exame. Os escritores brasileiros tiveram o ensejo de analisar mais concretamente este ângulo do problema com a edição do anteprojeto do *Código de processo penal* ela-

borado pelo professor José Frederico Marques, quando se previu o exame facultativo de categorias determinadas de delinqüentes, no curso do processo ou, conforme a condição do autor, no período inicial do cumprimento da sentença (Álvaro Mayrink da Costa, *Exame criminológico*, São Paulo, 1972, p. 255 e ss.). As discussões amplamente travadas a partir de tais textos revelaram que não obstante as naturais inquietações a propósito dos destinatários das investigações e da fase em que se deve processá-las, a soma das divergências não afetou a convicção da necessidade desse tipo de exame para o conhecimento mais aprofundado não só da relação delito-delinqüente, mas também da essência e da circunstância do evento anti-social.

34. O projeto distingue o exame criminológico do exame da personalidade como a espécie do gênero. O primeiro parte do binômio delito-delinqüente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamavam os pioneiros da criminologia. O segundo consiste no inquérito sobre o agente para além do crime cometido. Constitui tarefa exigida em todo o curso do procedimento criminal e não apenas elemento característico da execução da pena ou da medida de segurança. Diferem também quanto ao método esses dois tipos de análise, sendo o exame de personalidade submetido a esquemas técnicos de maior profundidade nos campos morfológico, funcional e psíquico, como recomendam os mais prestigiados especialistas, entre eles Di Tullio (*Principi di criminologia generale e clinica*, Roma, 5. ed., p. 213 e ss.).

35. O exame criminológico e o dossiê de personalidade constituem pontos de conexão necessários entre a criminologia e o direito penal, particularmente sob as perspectivas da casualidade e da prevenção do delito.

36. O trabalho a ser desenvolvido pela comissão técnica de classificação não se limita, pois, ao exame de peças ou informações processuais, o que restringiria a visão do condenado a certo trecho de sua vida mas não a ela toda. Observando as prescrições éticas, a comissão poderá entrevistar pessoas e requisitar às repartições ou estabelecimentos privados elementos de informação sobre o condenado, além de proceder a outras diligências e exames que reputar necessários.

37. Trata-se, portanto, de individualizar a observação como meio prático de identificar o tratamento penal adequado, em contraste com a perspectiva massificante e segregadora, responsável pela avaliação feita "através das grades: 'olhando' para um delinqüente por fora de sua natureza e distante de sua condição humana" (René Ariel Dotti, *Bases*

Da assistência

38. A assistência aos condenados e aos internados é exigência básica para se conceber a pena e a medida de segurança como processo de diálogo entre os seus destinatários e a comunidade.

39. No Relatório da CPI do Sistema Penitenciário acentuamos que "a ação educativa individualizada ou a individualização da pena sobre a personalidade, requisito inafastável para a eficiência do tratamento penal, é obstaculizada na quase totalidade do sistema penitenciário brasileiro pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupo e sua consequente distribuição por estabelecimentos distintos, onde se concretize o tratamento adequado"... "Tem, pois, esta singularidade o que entre nós se denomina sistema penitenciário: constitui-se de uma rede de prisões destinadas ao confinamento do recluso, caracterizadas pela ausência de qualquer tipo de tratamento penal e penitenciárias entre as quais há esforços sistematizados no sentido da reeducação do delinqüente. Singularidade, esta, vincada por característica extremamente discriminatória: a minoria ínfima da população carcerária, recolhida a instituições penitenciárias, tem assistência clínica, psiquiátrica e psicológica nas diversas fases da execução da pena, tem cela individual, trabalho e estudo, pratica esportes e tem recreação. A grande maioria, porém, vive confinada em celas, sem trabalho, sem estudos, sem qualquer assistência no sentido da ressocialização" (*Diário do Congresso Nacional*, Suplemento ao nº 61, de 4 de junho de 1976, p. 2).

40. Para evitar esse tratamento discriminatório, o projeto institui no capítulo II a assistência ao preso e ao internado, concebendo-a como dever do Estado, visando a prevenir o delito e a reincidência e a orientar o retorno ao convívio social. Enumera o artigo 11 as espécies de assistência a que terão direito o preso e o internado — material*, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa — e a forma de sua prestação pelos estabelecimentos prisionais, cobrindo-se, dessa forma, o vazio legislativo dominante neste setor.

41. Tornou-se necessário esclarecer em que consiste cada uma das espécies de assistência em obediência aos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, especialmente as que defluem das regras mínimas da ONU.

42. Em virtude de sua importância prática e das projeções naturais sobre a atividade dos estabelecimentos penais, o tema da assistência foi dos mais

discutidos durante o I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária (Brasília, 27 a 30 de setembro de 1981) por grande número de especialistas. Reconhecido o acerto das disposições contidas no anteprojeto, nenhum dos participantes fez objeções à existência de textos claros sobre a matéria. Os debates se travaram em torno de seus pormenores e de seu alcance, o mesmo ocorrendo em relação às emendas recebidas pela comissão revisora.

43. O projeto garante assistência social à família do preso e do internado, consistente em orientação e amparo, quando necessários, estendendo à vítima essa forma de atendimento.

44. Nesta quadra da vida nacional, marcada pela extensão de benefícios previdenciários a faixas crescentes da população, devem ser incluídas entre os assistidos, por via de legislação específica, as famílias das vítimas, quando carentes de recursos. A perda ou lesão por elas sofrida não deixa de ter como causa a falência, ainda que ocasional, dos organismos de prevenção da segurança pública, mantidos pelo Estado. Se os poderes públicos se preocupam com os delinqüentes, com mais razão devem preocupar-se com a vítima e sua família.

45. Adotam alguns países, além do diploma legal regulador da execução, lei específica sobre o processo de reintegrar à vida social as pessoas liberadas do regime penitenciário.

46. O projeto unifica os sistemas. A legislação ora proposta, ao cuidar minuciosamente dos problemas da execução em geral, cuida também da questão do egresso, ao qual se estende a assistência social nele estabelecida.

47. Para impedir distorção na aplicação da lei, o projeto reconhece como egresso o liberado definitivo, pelo prazo de um ano, a contar da saída do estabelecimento penal, e o liberado condicional, durante o período de prova (artigo 25).

48. A assistência ao egresso consiste em orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade e na concessão, se necessária, de alojamento e alimentação em estabelecimento adequado, por dois meses, prorrogável por uma única vez mediante comprovação idônea de esforço na obtenção de emprego.

Do trabalho

49. No projeto de reforma da parte geral do Código penal ficou previsto que o trabalho do preso "será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social".

50. A remuneração obrigatória do trabalho prisional foi introduzida na lei nº 6.416, de 1977, que

estabeleceu também a forma de sua aplicação. O projeto mantém o texto, ficando assim reproduzido o elenco das exigências pertinentes ao emprego da remuneração obtida pelo preso: na indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; na assistência à própria família, segundo a lei civil; em pequenas despesas pessoais; e na constituição de pecúlio, em caderneta de poupança, que lhe será entregue à saída do estabelecimento penal.

51. Acrescentou-se a essas obrigações a previsão do ressarcimento do Estado quanto às despesas de manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores (artigo 28, § 1.º e 2.º).

52. A remuneração é previamente estabelecida em tabela própria e não poderá ser inferior a três quartos do salário mínimo (artigo 28).

53. Essas disposições colocam o trabalho penitenciário sob a proteção de um regime jurídico. Até agora, nas penitenciárias onde o trabalho prisional é obrigatório, o preso não recebe remuneração e seu trabalho não é tutelado contra riscos nem amparado por seguro social. Nos estabelecimentos prisionais de qualquer natureza, os poderes públicos têm-se valido das aptidões profissionais dos presos em trabalhos gratuitos.

54. O projeto adota a idéia de que o trabalho penitenciário deve ser organizado de forma tão aproximada quanto possível do trabalho na sociedade. Admite, por isso, observado o grau de recuperação e os interesses da segurança pública, o trabalho externo do condenado, nos estágios finais de execução da pena.

55. O trabalho externo, de natureza excepcional, depende da aptidão, disciplina e responsabilidade do preso, além do cumprimento mínimo de um sexto da pena. Tais exigências impedirão o favor arbitrário, em prejuízo do sistema progressivo a que se submete a execução da pena. Evidenciado tal critério, o projeto dispõe sobre os casos em que deve ser revogada a autorização para o trabalho externo.

56. O projeto conceitua o trabalho dos condenados presos como dever social e condição de dignidade humana — tal como dispõe a *Constituição*, no artigo 160, inciso II —, assentando-o em dupla finalidade: educativa e produtiva.

57. Procurando, também nesse passo, reduzir as diferenças entre a vida nas prisões e a vida em liberdade, os textos propostos aplicam ao trabalho, tanto interno como externo, a organização, métodos e precauções relativas à segurança e à higiene, embora não esteja submetida essa forma de atividade à Consolidação das Leis do Trabalho, dada a inexis-

tência de condição fundamental, de que o preso foi despojado pela sentença condenatória: a liberdade para a formação do contrato.

58. Evitando possíveis antagonismos entre a obrigação de trabalhar e o princípio da individualização da pena, o projeto dispõe que a atividade laboral será destinada ao preso na medida de suas aptidões e capacidade. Serão levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

59. O conjunto de normas a que se subordinará o trabalho do preso, sua remuneração e forma de aplicação de seus frutos, sua higiene e segurança poderiam tornar-se inócuas sem a previsão de mudança radical em sua direção e gerência, de forma a protegê-lo ao mesmo tempo dos excessos da burocracia e da imprevisão comercial.

60. O projeto dispõe que o trabalho nos estabelecimentos prisionais será gerenciado por fundação ou empresa pública dotada de autonomia administrativa, com a finalidade específica de se dedicar à formação profissional do condenado. Incumbirá a essa entidade promover e supervisionar a produção, financiá-la e comercializá-la, bem como encarregar-se das obrigações salariais.

61. O projeto limita o artesanato sem expressão econômica, permitindo-o apenas nos presídios existentes em regiões de turismo.

62. Voltado para o objetivo de dar preparação profissional ao preso, o projeto faculta aos órgãos da administração direta ou indireta da União, estados, territórios, Distrito Federal e municípios a adquirir, com dispensa da concorrência pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares.

Dos deveres

63. A instituição dos deveres gerais do preso (artigo 37) e do conjunto de regras inerentes à boa convivência (artigo 38), representa uma tomada de posição da lei em face do fenômeno da prisionalização, visando a depurá-lo, tanto quanto possível, das distorções e dos estigmas que encerra. Sem característica infamante ou aflitiva, os deveres do condenado se inserem no repertório normal das obrigações do apenado como ônus naturais da existência comunitária.

64. A especificação exaustiva atende ao interesse do condenado, cuja conduta passa a ser regulada mediante regras disciplinares claramente previstas.

Dos direitos

65. Tornar-se-á inútil, contudo, a luta contra os efeitos nocivos da prisionalização, sem que se estabeleça a garantia jurídica dos direitos do condenado.

66. O projeto declara que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (artigo 3º). Trata-se de proclamação formal de garantia, que ilumina todo o procedimento da execução.

67. A norma do artigo 39, que impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios, reedita a garantia constitucional que integra a *Constituição do Brasil* desde 1967.

68. No estágio atual de revisão dos métodos e meios de execução penal, o reconhecimento dos direitos da pessoa presa configura exigência fundamental.

69. As regras mínimas da ONU, de 1955, têm como antecedentes remotos as disposições do Congresso de Londres, de 1872, e as da reunião de Berna, de 1926. Publicadas em 1929 no *Boletim da Comissão Internacional Penal Penitenciária*, essas disposições foram levadas ao exame do Congresso de Praga em 1930 e submetidas à Assembléia Geral da Liga das Nações, que as aprovou em 26 de setembro de 1934.

70. Concluída a 2ª Grande Guerra, foram várias as sugestões oferecidas pelos especialistas no sentido da refusão dos textos. Reconhecendo que nos últimos vinte anos se promovera acentuada mudança de idéias sobre a execução penal, a Comissão Internacional Penal Penitenciária propôs no Congresso de Berna de 1949 o reexame do elenco de direitos da pessoa presa. Multiplicaram-se, a partir de então, os debates e trabalhos sobre o tema. Finalmente, durante o I Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Genebra, em agosto de 1955, foram aprovadas as novas regras-mínimas que progressivamente se têm positivado nas legislações dos países membros.

71. O tema foi novamente abordado pelo Grupo Consultivo das Nações Unidas sobre Prevenção de Delito e Tratamento do Delinqüente, que recomendou ao secretário geral da ONU a necessidade de novas modificações nas regras estabelecidas, em face do progresso da doutrina sobre a proteção dos direitos humanos nos domínios da execução da pena (*Pacto internacional de direitos civis e políticos*, Nova York, 1956).

72. Cumprimento determinação tomada no

IV Congresso da ONU sobre Prevenção de Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Kioto, em 1970, a Assembléia Geral recomendou aos Estados membros, pela resolução n.º 2.858, de 20 de dezembro de 1971, reiterada pela resolução n.º 3.218, de 6 de novembro de 1974, a implementação das regras mínimas na administração das instituições penais e de correção. A propósito dessa luta pelos direitos da pessoa presa, retomada, ainda, no V Congresso da ONU, realizado em Genebra, em 1975, merecem leitura a pesquisa e os comentários de Heleno Fragoço, Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind, em *Direitos dos presos*, Rio de Janeiro, 1980, p. 17 e seguintes.

73. As regras mínimas da ONU constituem a expressão de valores universais tidos como imutáveis no patrimônio jurídico do homem. Paul Cornil observa a semelhança entre a redação do texto final de 1955 e as recomendações ditadas por John Howard dois séculos antes, afirmando que são "assombrosas as analogias entre ambos os textos" (*Las reglas internacionales para el tratamiento de los delincuentes*, in *Revista Internacional de Política Criminal*, México, 1968, n.º 26, p. 7).

74. A declaração desses direitos não pode conservar-se, porém, como corpo de regras meramente programáticas. O problema central está na conversão das regras em direitos do prisioneiro, positivados através de preceitos e sanções.

75. O projeto indica com clareza e precisão o repertório dos direitos do condenado, a fim de evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissos: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, quando compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos; chamamento nominal; igualdade de tratamento; audiência com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito; contato com o mundo exterior através de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação (artigo 40).

76. Esse repertório, de notável importância para o habitante do sistema prisional, seja ele condenado ou preso provisório, imputável, semi-imputável ou inimputável, se harmoniza não somente com as declarações internacionais de direitos mas também com os princípios subjacentes ou expressos de nosso sistema jurídico e ainda com o pensa-

mento e idéias dos penitenciariistas (Jason Soares de Albergaria, *Os direitos do homem no processo penal e na execução da penal*, Belo Horizonte, 1975).

Da disciplina

77. O projeto enfrenta de maneira adequada a tormentosa questão da disciplina. Consagra o princípio da reserva legal e defende os condenados e presos provisórios das sanções coletivas ou das que possam colocar em perigo sua integridade física, vedando, ainda, o emprego da chamada cela escura (artigo 44 e §§).

78. Na comissão parlamentar de inquérito que levantou a situação penitenciária do país, chegamos à conclusão de que a disciplina tem sido considerada "matéria vaga por excelência, dada a interveniência de dois fatores: o da superposição da vontade do diretor ou guarda ao texto disciplinar e o da concepção predominantemente repressiva do texto. Com efeito, cumulativamente atribuídos à direção de cada estabelecimento prisional a competência para elaborar o seu código disciplinar e o poder de executá-lo, podem as normas alterar-se a cada conjuntura e se substituírem as penas segundo um conceito variável de necessidade, o que importa afinal na prevalência de vontades pessoais sobre a eficácia da norma disciplinar. O regime disciplinar, por seu turno, tem visado à conquista da obediência pelo império da punição, sem a tônica da preocupação com o despertar do senso de responsabilidade e da capacidade de autodomínio do paciente". (*Diário do Congresso Nacional*, Suplemento ao n.º 61, de 6 de abril de 1976, p. 6).

79. O projeto confia a enumeração das faltas leves e médias, bem como as respectivas sanções, ao poder discriminatório do legislador local. As peculiaridades de cada região, o tipo de criminalidade, mutante quanto aos meios e modos de execução, a natureza do bem jurídico ofendido e outros aspectos sugerem tratamentos disciplinares que se harmonizem com as características do ambiente.

80. Com relação às faltas graves, porém, o projeto adota solução diversa. Além das repercussões que causa na vida do estabelecimento e no quadro da execução, a falta grave justifica a regressão, consistente, como já se viu, na transferência do condenado para regime mais rigoroso. A falta grave, para tal efeito, é equiparada à prática de fato definido como crime (artigo 117, I) e a sua existência obriga a autoridade administrativa a representar ao juiz da execução (parágrafo único do artigo 47) para decidir sobre a regressão.

81. Dadas as diferenças entre as penas de prisão e as restritivas de direitos, os tipos de ilicitude são igualmente considerados como distintos.

82. As sanções disciplinares — advertência verbal, repreensão, suspensão, restrição de direito e isolamento na própria cela ou em local adequado, com as garantias mínimas de salubridade (artigo 52) — demonstram moderado rigor.

83. Teve-se extremo cuidado na individualização concreta das sanções disciplinares, na exigência da motivação do ato determinante do procedimento e na garantia do direito de defesa.

84. O projeto elimina a forma pela qual o sistema disciplinar, quase sempre humilhante e restritivo, é atualmente instituído nos estabelecimentos prisionais. Abole o arbítrio existente em sua aplicação. Introduce disposições precisas, no lugar da regulamentação vaga e quase sempre arbitrária. Dá a definição legal taxativa das faltas. Prevê as regras do processo disciplinar, assegura a defesa e institui o sistema de recursos. Submete, em suma, o problema da disciplina, a tratamento legislativo científico e humanizado.

Dos órgãos da execução penal

85. De forma incomparavelmente superior às disposições atuais, que indicam os órgãos encarregados da execução e regulamentam as suas atribuições, o projeto abre a relação indicando o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

86. Hoje não mais se admite que o fenômeno da execução das penas e das medidas de segurança se mantenha neutro em relação aos aspectos variados e dinâmicos da delinqüência e da justiça criminal, nos quadros da prevenção e repressão dos ilícitos penais. Nem que persista como processo indiferente ou marginal às preocupações do Estado e da comunidade quanto aos problemas de política criminal e penitenciária, de estatística, de planificação geral de combate ao delito, de avaliação periódica do sistema criminal para sua adequação às necessidades do país, de estímulo e promoção das investigações criminológicas, de elaboração do programa nacional penitenciário e de formação e aperfeiçoamento do servidor, de estabelecimento de regras sobre arquitetura e construção de estabelecimentos penais, de inspeção e fiscalização dos estabelecimentos penais e dos poderes de representação, sempre que ocorra violação das normas de execução ou quando o estabelecimento estiver funcionando sem as condições adequadas.

87. O juízo da execução, o ministério público, o conselho penitenciário, os departamentos penitenciários, o patronato e o conselho da comunidade (artigos 64 e seguintes) são os demais órgãos da execução, segundo a distribuição feita no projeto.

88. As atribuições pertinentes a cada um de

tais órgãos foram estabelecidas de forma a evitar conflitos, realçando-se, ao contrário, a possibilidade da atuação conjunta, destinada a superar os inconvenientes graves, resultantes do antigo e generalizado conceito de que a execução das penas e medidas de segurança é assunto de natureza eminentemente administrativa.

89. Diante das dúvidas sobre a natureza jurídica da execução e do conseqüente hiato de legalidade nesse terreno, o controle jurisdicional, que deveria ser freqüente, tem-se manifestado timidamente, para não ferir a suposta 'autonomia' administrativa do processo executivo.

90. Essa compreensão sobre o caráter administrativo da execução tem sua sede jurídica na doutrina política de Montesquieu sobre a separação dos poderes. Discorrendo sobre a 'individualização administrativa', Montesquieu sustentou que a lei deve conceder bastante elasticidade para o desempenho da administração penitenciária, "porque ela individualiza a aplicação da pena às exigências educacionais e morais de cada um" (*L'individualisation de la peine*, Paris, 1927, p. 267-68).

91. O rigor metodológico dessa divisão de poderes tem sido, ao longo dos séculos, uma das causas marcantes do enfraquecimento do direito penitenciário como disciplina abrangente de todo o processo de execução.

92. A orientação estabelecida pelo projeto, ao demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução, vem consagrar antigos esforços no sentido de jurisdicionalizar, no que for possível, o direito de execução penal. Já em 1893, no Congresso promovido pela recém-fundada União Internacional de Direito Penal, concluiu-se que como os tribunais e a administração penitenciária concorriam para um fim comum — valendo a condenação, principalmente, pelo seu modo de execução — o divisionismo consumado pelo direito do final do século, entre as funções repressiva e penitenciária, deveria ser relegado como 'irracional e danoso'. O texto da conclusão votada naquele conclave já deixava antever a figura do juiz de execução, surgindo na Itália em 1930 e em França após 1945.

93. Esse juízo especializado já existe, entre nós, em algumas Unidades da Federação. Com a transformação do projeto em lei, estamos certos de que virá a ser criado, tão celeremente quanto possível, nos demais estados e territórios.

Dos estabelecimentos penais

94. Os estabelecimentos penais compreendem: 1º — a penitenciária, destinada ao condenado à reclusão, a ser cumprida em regime fechado;

2º — a colônia agrícola, industrial ou similar, reservada para a execução da pena de reclusão ou detenção em regime semi-aberto; 3º — a casa do albergado, prevista para acolher os condenados à pena privativa da liberdade em regime aberto e à pena de limitação de fim de semana; 4º — o centro de observação, onde serão realizados os exames gerais e o criminológico; 5º — o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que se destina aos doentes mentais, aos portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado e aos que manifestam perturbação das faculdades mentais; e 6º — a cadeia pública, para onde devem ser remetidos os presos provisórios (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva ou em razão da pronúncia e, finalmente, os condenados enquanto não transitarem em julgado a sentença) (artigos 86 e seguintes).

95. O projeto regulou as diferentes situações pessoais, dispondo que "a mulher será recolhida a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal", "o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado", "o preso primário cumprirá a pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes" e "o preso que, ao tempo do fato, era funcionário da administração da justiça criminal ficará em dependência separada" (artigos 81, § 1º, 83, e §5).

96. Relaciona-se com o problema da separação dos presídios a superlotação dos estabelecimentos penais.

97. Na CPI do sistema penitenciário salientamos que o "dramático problema da vida sexual nas prisões não se resume na prática do homossexualismo, posto que comum. Seu aspecto mais grave está no assalto sexual, vitimador dos presos vencidos pela força de um ou mais agressores em celas superpovoadas. Trata-se de conseqüência inelutável da superlotação carcerária, já que o problema praticamente desaparece nos estabelecimentos de semi-liberdade, em que se faculta aos presos saídas periódicas. Sua existência torna imperiosa a adoção de cela individual" (*Diário do Congresso Nacional*, Suplemento ao nº 61, de 4 de junho de 1976, p. 9).

98. O projeto adota, sem vacilação, a regra da cela individual, com requisitos básicos quanto à salubridade e área mínima. As penitenciárias e as cadeias públicas terão, necessariamente, as celas individuais. As colônias, pela natureza de estabelecimento de regime semi-aberto, admitem o alojamento em compartimentos coletivos, porém com os requisitos legais de salubridade ambiental (aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana).

99. Relativamente ao hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não existe a previsão da ce-

la individual, já que a estrutura e as divisões de tal unidade estão na dependência de planificação especializada, dirigida segundo os padrões da medicina psiquiátrica. Estabelecem-se, entretanto, as garantias mínimas de salubridade do ambiente e área física de cada aposento.

100. É de conhecimento geral que "grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção de inocência. Nesses ambientes de estufa, a ociosidade é a regra, a intimidade, inevitável e profunda. A deterioração do caráter, resultante da influência corruptora de subcultura criminal; o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde, são conseqüências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como 'sementeiras de reincidências', dados os seus efeitos criminógenos" (conforme o nosso Relatório à CPI do Sistema Penitenciário, loc. cit. p. 002).

101. O projeto é incisivo ao declarar que "o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade" (artigo 84).

102. Para evitar o inconveniente de se prefixar, através da lei, o número adequado de presos ou internados, defere-se ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a atribuição para determinar os limites máximos de capacidade de cada estabelecimento, atendendo à sua natureza e peculiaridades (parágrafo único, artigo 84).

103. A violação da regra sobre a capacidade de lotação é punida com a interdição do estabelecimento, a ser determinada pelo juiz da execução (inciso VIII, artigo 65). O projeto igualmente prevê a sanção a ser imposta às unidades federativas, consistente na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinadas pela União, a fim de atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança (§ 4º, artigo 202).

104. A execução da pena privativa da liberdade em estabelecimento penal pertence a outra unidade federativa é uma possibilidade já consagrada em nossos costumes penitenciários pelo *Código penal de 1940* (§ 3º, artigo 29).

105. Anteriormente, o *Código republicano* (1890) dispunha que a prisão celular poderia ser cumprida em qualquer estabelecimento especial ainda

que não fosse no local do domicílio do condenado (artigo 54).

106. O artigo 85 do projeto atende não somente ao interesse público da administração penitenciária como também ao interesse do próprio condenado.

107. Em princípio, a pena deve ser executada na comarca onde o delicto se consumou, em coerência, aliás, com a regra da competência jurisdicional. Existem, no entanto, situações que determinam ou recomendam, no interesse da segurança pública ou do próprio condenado, o cumprimento da pena em local distante da condenação. Sendo assim, a previsão legal de que se cogita (§ 1º, artigo 85) é pertinente à categoria especial de presidiários sujeitos a pena superior a quinze anos. O recolhimento depende de decisão judicial e poderá ocorrer no início ou durante a execução. Os estabelecimentos a serem construídos pela União podem ser tanto penitenciárias, como colônias agrícolas, industriais ou similares.

108. O artigo 82 dispõe que o estabelecimento penal, segundo a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática desportiva. Trata-se de norma destinada a desartificializar o cenário que ainda hoje transparece em muitos presídios, nos quais se conservam a arquitetura e o cheiro de antiguidades medievais. Com grande propriedade, Eberhard Schmidt se referiu ao arcaísmo do sistema ortodoxo mundial, impregnado de "erros monumentais talhados em pedra" (conforme Peter Aebersold, *Le projet alternatif allemand d'une loi sur l'exécution des peines* (A.E.), trabalho divulgado na *Revue Internationale de Droit Pénal*, n.ºs 3/4 de 1975, p. 269 e ss.).

109. A casa do albergado deverá situar-se em centro urbano, separada dos demais estabelecimentos, caracterizando-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (artigo 93). Tratando-se de estabelecimento que recolhe os condenados à pena privativa da liberdade em regime aberto e também os apenados com a limitação de fim de semana, há necessidade de conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local apropriado para cursos e palestras (artigo 94).

110. A experiência da prisão-albergue obteve grande receptividade no estado de São Paulo, quando secretário da justiça o professor Manoel Pedro Pimentel. Até o mês de outubro de 1977 já estavam instaladas 59 casas de albergado com uma população de 2.000 sentenciados. A propósito, o ilustre penalista iniciou uma grande campanha, "convocando as forças vivas da comunidade" (clubes de serviço, lojas maçônicas, federações espíritas, igrejas evangélicas, igrejas católicas), de maneira a ensejar uma pergunta: "por que o Estado, que já arrecada

impostos para a prestação de serviços, não se encarrega da construção e manutenção das casas do albergado? A resposta é simples. Trata-se da necessidade de modificação da atitude da sociedade frente ao preso e da atitude do preso frente à sociedade. Essas atitudes jamais se modificarão se a sociedade não ficar conhecendo melhor o preso e este conhecendo melhor a sociedade. Não devemos esperar que o sentenciado seja o primeiro a estender a mão, por óbvias razões. O primeiro passo deve ser dado pela sociedade" (*Prisões fechadas — prisões abertas*, São Paulo, 1978, p. 43).

111. Com a finalidade de melhor apurar o senso de responsabilidade dos condenados e promover-lhes a devida orientação a casa do albergado deverá ser dotada de instalações apropriadas. Esta providência é uma das cautelas que, aliadas à rigorosa análise dos requisitos e das condições para o cumprimento da pena privativa da liberdade em regime aberto (artigo 113 e seguintes), permitirá à instituição permanecer no sistema, já que ao longo dos anos tem sido consagrada nos textos da reforma, como se poderá ver pelas leis n.ºs 6.016, de 31 de dezembro de 1973, e 6.416, de 24 de maio de 1977, e pelo projeto de revisão da parte geral do *Código penal*.

112. O funcionamento satisfatório da prisão-albergue depende, portanto, de regulamentação adequada quanto às condições de concessão e ao sujeito a que se destina. Além disso, a necessidade de efetivo controle jurisdicional, que impeça abusos, se coloca como providência indispensável para a estabilidade da instituição. O projeto cuidou de tais aspectos visando a fazer da casa do albergado um estabelecimento idôneo para determinados tipos de condenados (conforme, para maiores detalhes sobre o tema, Alípio Silveira, *Prisão albergue — teoria e prática*).

Da execução das penas privativas da liberdade

113. O título V do projeto abre a parte que se poderia reconhecer como especial, em cotejo com uma parte geral. Inicia-se com disposições sobre a execução das penas em espécie, particularmente as penas privativas da liberdade.

114. A matéria tratada nas disposições gerais diz respeito às exigências formais relativas ao início do cumprimento da pena com a declaração da garantia de que "ninguém será recolhido, para cumprimento da pena privativa da liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária" (artigo 106).

115. O projeto evoluiu sensivelmente, ao ampliar o conteúdo da carta de guia, documento que

deve servir de indicador e roteiro primários para o procedimento da execução.

116. Nos termos do artigo 676 do *Código de processo penal*, a carta de guia deve conter: I — o nome do réu e a alcunha por que for conhecido; II — a sua qualificação civil (naturalidade, filiação, idade, estado, profissão), instrução e, se constar, o número do registro geral do instituto de identificação e estatística ou de repartição congênere; III — o teor integral da sentença condenatória e a data da terminação da pena.

117. Segundo a redação agora proposta, a carta de guia conterá, além desses dados, informações sobre os antecedentes e o grau de instrução do condenado. Ao ministério público se dará ciência da guia de recolhimento, por lhe incumbir a fiscalização da regularidade formal de tal documento, além dos deveres próprios no processo executivo (artigos 66 e 67).

118. O projeto dispõe que o regime inicial de execução da pena privativa da liberdade é o estabelecido na sentença da condenação, com observância do artigo 33 e seus parágrafos do *Código penal* (artigo 109). Mas o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações. As mudanças no território da execução consistem na transferência do condenado de regime mais rigoroso para outro menos rigoroso (progressão) ou de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso (regressão).

119. A progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial ou anterior. A transferência é determinada somente pelo juiz da execução, cuja decisão será motivada e precedida de parecer da comissão técnica de classificação. Quando se tratar de condenado oriundo do sistema fechado, é imprescindível o exame criminológico (artigo 111 e parágrafo único).

120. Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semi-aberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução.

121. Segundo a orientação do projeto, a prisão-albergue é espécie do regime aberto. O ingresso do condenado em tal regime poderá ocorrer no início ou durante a execução. Na primeira hipótese, os requisitos são os seguintes: a) pena igual ou inferior a quatro anos; b) não ser o condenado reincidente; c) exercício do trabalho ou comprovação da possibilidade de trabalhar imediatamente; d) apresentar, pelos antecedentes ou resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que

irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novô regime (projeto de revisão da parte geral do *Código penal*, letra c, § 2.º, artigos 33 e 113 do presente projeto).

122. Para a segunda hipótese, isto é, a passagem do regime semi-aberto (progressão), além dos requisitos indicados nas letras c e d, exige-se, também, o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior (artigo 111).

123. O deferimento do regime aberto pressupõe a aceitação do programa de execução e as condições impostas pelo juiz, que se classificam em especiais e gerais. As primeiras serão impostas segundo o prudente arbítrio do magistrado, levando em conta a natureza do delito e as condições pessoais de seu autor. As outras têm caráter obrigatório e consistem: 1.ª — na permanência, no local designado, durante o repouso e nos dias de folga; 2.ª — na saída para o trabalho e no retorno, nos horários fixados; 3.ª — em não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; 4.ª — no comparecimento a juízo, para informar e justificar as atividades (artigo 114).

124. Reconhecendo que a prisão-albergue não se confunde com a prisão domiciliar, o projeto declara, para evitar dúvidas, que o regime aberto não admite a execução da pena em residência particular, salvo quando se tratar de condenado maior de setenta anos ou acometido de grave doença e de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou, finalmente, de condenada gestante (artigo 116). Trata-se aí de exceção plenamente justificada em face das condições pessoais do agente.

125. A regressão (transferência do condenado de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso) será determinada pelo juiz quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; sofrer condenação, por delito anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. Relativamente à execução em regime aberto, a regressão também poderá ocorrer se o condenado frustrar os fins de execução, ou, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

126. A legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa da liberdade em regime aberto, no que tange à regulamentação das atividades exercidas fora do estabelecimento penal, bem como dos dias e dos horários de recolhimento e dos dias de folga.

127. As autorizações de saída (permissão de saída e saída temporária) constituem notáveis fatores para atenuar o rigor da execução contínua da pena de prisão. Não se confundem tais autorizações

com os chamados favores gradativos que são característicos da matéria tratada no cap. IV do Título II (mais especialmente dos direitos e da disciplina).

128. As autorizações de saída estão acima da categoria normal dos direitos (artigo 40), visto que constituem, ora aspectos da assistência em favor de todos os presidiários, ora etapa da progressão em favor dos condenados que satisfaçam determinados requisitos e condições. No primeiro caso estão as permissões de saídas (artigo 119 e incisos) que se fundam em razões humanitárias.

129. As saídas temporárias são restritas aos condenados que cumprem pena em regime semi-aberto (colônias). Consistem na autorização para sair do estabelecimento para, sem vigilância direta, visitar a família, freqüentar cursos na comarca da execução e participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social (artigo 121 e incisos). A relação é exaustiva.

130. A limitação do prazo para a saída, as hipóteses de revogação e recuperação do benefício, além da motivação do ato judicial, após audiência do ministério público e da administração penitenciária, conferem o necessário rigor a este mecanismo de progressão que depende dos seguintes requisitos: 1.º — comportamento adequado; 2.º — cumprimento mínimo de um sexto da pena para o primário e um quarto para o reincidente; 3.º — a compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (artigo 122 e incisos).

131. Na lição de Elias Neuman, as autorizações de saída representam um considerável avanço penalógico e os seus resultados são sempre proveitosos quando outorgados mediante bom senso e adequada fiscalização (*Prisión abierta*, Buenos Aires, 1962, p. 136-137).

132. A remição é uma nova proposta ao sistema e tem, entre outros méritos, o de abreviar pelo trabalho parte do tempo da condenação. Três dias de trabalho correspondem a um dia de resgate. O tempo remido será computado para a concessão do livramento condicional e do indulto, que a exemplo da remissão constituem hipóteses práticas de sentença indeterminada como fenômeno que abranda os rigores da pré-fixação invariável, contrária aos objetivos da política criminal e da reversão pessoal do delinqüente.

133. O instituto da remição é consagrado pelo *Código penal espanhol* (artigo 100). Tem origem no direito penal militar da guerra civil e foi estabelecido por decreto de 28 de maio de 1937 para os prisioneiros de guerra e os condenados por crimes especiais. Em 7 de outubro de 1938 foi criado um patronato central para tratar da 'redención de penas por

el trabajo' e a partir de 14 de março de 1939 o benefício foi estendido aos crimes comuns. Após mais alguns avanços, a prática foi incorporada ao *Código penal* com a reforma de 1944. Outras ampliações ao funcionamento da remição verificaram-se em 1956 e 1963 (conforme Rodrigues Devesa, *Derecho penal español*, parte geral, Madrid, 1971, p. 763 e ss.).

134. Com a finalidade de se evitarem as distorções que poderiam comprometer a eficiência e o crédito desse novo mecanismo em nosso sistema, o projeto adota cautelas para a concessão e revogação do benefício, dependente da declaração judicial e audiência do ministério público. E reconhece caracterizado o crime de falsidade ideológica quando se declara ou atesta falsamente a prestação de serviço para instruir o pedido de remição.

135. Relativamente ao livramento condicional as alterações são relevantes, conforme orientação adotada pelo projeto de revisão da parte geral do *Código penal* (artigos 83 e ss.).

136. No quadro da execução (artigos 130 e ss.) o tema do livramento condicional acompanhou as importantes modificações introduzidas pela lei n.º 6.416/77, que alterou os artigos 710 e seguintes do *Código de processo penal*. Além do minucioso e adequado repertório de obrigações, deu-se ênfase à solenidade da audiência de concessão da medida e adotaram-se critérios de revogação fiéis ao regime de legalidade, de necessidade e de oportunidade. A observação cautelar e a proteção social do liberado constituem medidas de grande repercussão humana e social ao substituírem a chamada 'vigilância da autoridade policial' prevista pelo *Código de 1940* onde não existisse (e não existe em quase lugar algum do país!) patronato oficial ou particular.

137. Esses são alguns dos aspectos de acentuado valor para maior flexibilidade do livramento condicional, que é uma das medidas alternativas ao encarceramento.

Da execução da penas restritivas de direitos

138. A atividade judicial é de notável relevo na execução dessas espécies de pena. Como se trata de inovação absoluta, inexistem parâmetros rigorosos a guiá-la. Cabe-lhe, assim, designar entidades ou programas comunitários ou estatais; determinar a intimação do condenado e adverti-lo das obrigações; alterar a forma de execução; verificar a natureza e a qualidade dos cursos a serem ministrados; comunicar à autoridade competente a existência da interdição temporária de direitos; determinar a apreensão dos documentos que autorizam o direito interditado, etc. (artigo 148 e ss.).

139. Na execução das penas restritivas de direitos domina também o princípio da individualização, aliado às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal (artigo 147).

140. A responsabilidade da autoridade judiciária no cumprimento das penas restritivas de direitos é dividida com as pessoas jurídicas de direito público ou privado ou com os particulares beneficiados com o prestação de serviços gratuitos. Mas o seu desempenho não é minimizado pelo servidor ou pela burocracia, como sucede, atualmente, com a execução das penas privativas da liberdade. O caráter pessoal e indelegável da jurisdição é marcante na hipótese de conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade (artigo 108) ou desta para aquela (artigo 179).

141. Tais procedimentos revelam o dinamismo e a personalidade da execução.

Da suspensão condicional

142. A prática da suspensão condicional da pena tem revelado com frequência a perda do poder aflitivo que constitui a essência da reação anticriminal. Considerado como garantia de impunidade para o primeiro delito ou como expressão de clemência judicial, o instituto não tem atendido aos objetivos próprios à sua natureza.

143. O problema, visto pelos escritores italianos como a *debolezze della repressione*, tem contribuído para o descrédito da medida sob os ângulos da proporcionalidade e da intimidação. Marc Ancel analisa essa corrente crítica em obra vertida para a língua italiana sob o título *La sospensione dell'esecuzione della sentenza*, Milão, 1976, p. 80 e ss.).

144. Na rotina forense, o procedimento da suspensão condicional da pena se encerra com a leitura de condições rotineiras que, distanciadas da realidade e do condenado, permanecem depois como naturezas-mortas nos escaninhos dos cartórios.

145. Reagindo, porém, a essa letargia, o projeto consagra as linhas da reforma introduzida pela lei n.º 6.416/77 que emprestou novos contornos materiais e formais à suspensão da pena privativa da liberdade, mediante condições. Além de alterações que deram mais amplitude, como a aplicação geral aos casos de reclusão e aos reincidentes, salvo exceção expressa, o sistema exige que o juiz, ao impor pena privativa da liberdade não superior a dois anos, se pronuncie, obrigatória e motivadamente, sobre o *sursis*, quer o conceda quer o denegue.

146. As condições devem ser adequadas ao fa-

to e à situação pessoal do condenado, evitando-se dessa forma as generalizações incompatíveis com o princípio da individualização.

147. A leitura da sentença pelo juiz, com advertência formal sobre as conseqüências de nova infração e do descumprimento das condições (artigo 159), confere dignidade à mecânica do instituto, que não se pode manter como ato de rotina. A audiência especial presidida pelo magistrado visa a emprestar à cerimônia dignidade compatível com o ato, evitando-se que a sentença e as condições sejam anunciadas por funcionários do cartório, que colhem, no balcão, a assinatura do condenado.

Da execução da pena de multa

148. A pena de multa fixada em dias constitui grande evolução no sistema ora proposto à consideração de V. Ex.^a. Para compatibilizar tal progresso com os meios para efetivar a cobrança, o projeto prevê que a nomeação de bens à penhora e a posterior execução (quando o condenado, regularmente citado, não paga o valor da multa e nem indica bens à penhora) se processem segundo as disposições do *Código de processo civil* (§ 2º, artigo 163). Recaindo a penhora sobre bem imóvel, os autos de execução (que se formam em apartado) serão remetidos ao juízo cível para o devido prosseguimento (artigo 164).

149. Melhor flexibilidade para o instituto da multa advém da forma de cobrança mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, com a intimação do responsável pelo desconto para que proceda ao recolhimento mensal da importância determinada, até o dia fixado pelo juiz. A recusa ou a simples omissão caracteriza o delito de desobediência.

150. O desconto, porém, é limitado (no máximo, a quarta parte da remuneração, e no mínimo um décimo) a fim de impedir que a execução da pena de multa alcance expressão aflitiva exagerada ou desproporcional, com sacrifício do objetivo da prevenção especial, tanto em se tratando de condenado em meio livre (artigo 167) como de condenado que cumpre, cumulativamente, a pena privativa da liberdade (artigo 169).

Da execução das medidas de segurança

151. Extremamente simplificada é a execução das medidas de segurança em face da revisão imposta pelo projeto que altera a parte geral do *Código penal*, com a supressão de algumas espécies de medidas e estabelecimentos.

152. O sistema agora proposto contém apenas dois tipos de medidas de segurança: internamento e sujeição a tratamento ambulatorial.

153. A guia expedida pela autoridade judiciária constitui o documento indispensável para a execução de qualquer uma das medidas. Trata-se da reafirmação da garantia individual da liberdade que deve existir para todas as pessoas, independentemente de sua condição, salvo as exceções legais.

154. A exemplo do que ocorre com o procedimento executivo das penas privativas da liberdade, a guia de internamento ou tratamento ambulatorial contém as indicações necessárias à boa e fiel execução fiscalizada pelo ministério público, que deverá manifestar a ciência do ato no próprio documento.

155. Tanto o exame criminológico como o exame geral de personalidade são, conforme as circunstâncias do caso concreto, necessários ou recomendáveis em relação aos destinatários das medidas de segurança. Daí porque o projeto expressamente consigna a realização de tais pesquisas. Em relação aos internados, o exame criminológico é obrigatório. É facultativo — na dependência da natureza do fato e das condições do agente — quanto aos submetidos a tratamento ambulatorial.

156. Findo o prazo mínimo de duração da medida de segurança, detentiva ou não detentiva, proceder-se-á à verificação do estado de periculosidade. Trata-se, em tal caso, de procedimento *ex-officio*. A decisão judicial será instruída com o relatório da autoridade administrativa, laudo psiquiátrico e diligências. O ministério público e o curador ou defensor do agente serão necessariamente ouvidos, exigência que caracteriza a legalidade e o relevo de tal procedimento.

157. Significativa é a alteração proposta ao sistema atual, no sentido de que a averiguação do estado de periculosidade, antes mesmo de expirado o prazo mínimo, possa ser levado a cabo por iniciativa do próprio juiz da execução (artigo 175). Atualmente, tal investigação somente é promovida por ordem do tribunal (*Código de processo penal*, artigo 777) suprimindo-se, portanto, a instância originária e natural, visto que a cessação da periculosidade é procedimento típico de execução.

158. A pesquisa sobre a condição dos internados ou dos submetidos a tratamento ambulatorial deve ser estimulada com rigor científico e desvelo humano. O problema assume contornos dramáticos em relação aos internamentos que não raro ultrapassam os limites razoáveis de durabilidade, consumando, em alguns casos, a perpétua privação da liberdade.

Dos incidentes de execução

159. Os incidentes de execução compreendem as conversões, o excesso ou desvio de execução, a anistia e o indulto, salientando-se, quanto a esses dois últimos, o caráter substantivo de causas de extinção da punibilidade.

160. A conversão se distingue da transferência do condenado de um regime para outro, como ocorre com as progressões e as regressões.

161. Enquanto a conversão implica alterar de uma pena para outra (a detenção não superior a dois anos pode ser convertida em prestação de serviços à comunidade; a limitação de fim de semana pode ser convertida em detenção), a transferência é um evento que ocorre na dinâmica de execução da mesma pena (a reclusão é exequível em etapas: desde o regime fechado até o aberto, passando pelo semi-aberto).

162. As hipóteses de conversão foram minuciosamente indicadas no projeto (artigo 179 e seguintes) de modo a se cumprir fielmente o regime de legalidade e se atenderem amplamente aos interesses da defesa social e aos direitos do condenado.

163. A conversão, isto é, a alternatividade de uma pena por outra, no curso da execução, poderá ser favorável ou prejudicial ao condenado. Exemplo do primeiro caso é a mudança da privação da liberdade para a restrição de direitos; exemplo do segundo caso é o processo inverso ou a passagem da multa para a detenção.

164. A instituição e a prática das conversões demonstram a orientação da reforma como um todo, consistente em dinamizar o quadro da execução de tal maneira que a pena finalmente cumprida não é, necessariamente, a pena da sentença. Esta possibilidade, permanentemente aberta, traduz o inegável empenho em dignificar o procedimento executivo das medidas de reação ao delito, em atenção ao interesse público e na dependência exclusiva da conduta e das condições pessoais do condenado. Todas as hipóteses de conversão, quer para agravar, quer para atenuar, resultam, necessariamente, do comportamento do condenado, embora sejam também considerados os antecedentes e a personalidade, mas de modo a complementar a investigação dos requisitos.

165. Uma das importantes alterações consiste em se eliminar a conversão da multa em detenção quando o condenado reincidente deixa de pagá-la, conforme prevê o artigo 38, primeira parte, do *Código penal*.

166. Limitando a conversão da pena de multa em privativa da liberdade somente quando o conde-

nado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução (artigo 181), o projeto se coloca em harmonia com as melhores lições que consideram desumana a prisão por insuficiência econômica.

167. A conversão também ocorre quando se substitui a pena privativa da liberdade pela medida de segurança, sempre que, no curso da execução, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental.

Do excesso ou desvio

168. Todo procedimento está sujeito a desvios de rota. Em harmonia com o sistema instituído pelo projeto, todos os atos e termos da execução se submetem aos rigores do princípio de legalidade. Um dos preceitos cardeais do texto ora posto à alta consideração de V. Ex.^a proclama que "ao condenado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei" (artigo 3º).

169. O excesso ou desvio na execução caracterizam fenômenos aberrantes não apenas sob a perspectiva individualista do *status* jurídico do destinatário das penas e das medidas de segurança. Para muito além dos direitos, a normalidade do processo de execução é uma das exigências da defesa social.

170. O excesso ou o desvio de execução consistem na prática de qualquer ato fora dos limites fixados pela sentença, por normas legais ou regulamentares.

171. Pode-se afirmar, com segurança, que a execução no processo civil guarda mais fidelidade aos limites da sentença, visto que se movimenta pelos caminhos rigorosamente traçados pela lei, o que nem sempre ocorre com o acidentado procedimento executivo penal. A explicação maior para essa diferença de tratamento consiste de sanções específicas para neutralizar o excesso de execução no civil — além da livre e atuante presença da parte executada —, o que não ocorre quanto a execução penal. A impotência da pessoa presa ou internada constitui poderoso obstáculo à autoproteção de direitos ou ao cumprimento dos princípios de legalidade e justiça que devem nortear o procedimento executivo. Na ausência de tal controle, necessariamente judicial, o arbítrio torna inseguras as suas próprias vítimas e o descompasso entre o crime e sua punição transforma a desproporcionalidade em fenômeno de hipertrofia e de abuso de poder.

172. As disposições em torno da anistia e do indulto (artigo 186 e seguintes) aprimoram sensivelmente os respectivos procedimentos e se ajustam também à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser indi-

vidual ou coletivo. A *Constituição federal*, aliás, não se refere à graça mas somente à anistia e ao indulto (artigo 8º. XVI; 43, VIII; 57, VI; 81, XXII). Em sentido amplo, a graça abrangeria tanto a anistia como o indulto.

Do procedimento judicial

173. O juízo da execução é o foro para o conhecimento de todos os atos praticados por qualquer autoridade, na execução das penas e das medidas de segurança (artigo 193 e seguintes).

174. A legitimidade para provocar o procedimento se estende para além da iniciativa judicial, cabendo, também, ao ministério público, ao interessado, ao conselho penitenciário e às autoridades administrativas invocar a prestação jurisdicional em face da natureza complexa da execução.

175. O procedimento judicial comporta a produção de prova pericial ou oral e as decisões são todas recorríveis (artigos 194 e seguintes). O agravo, sem efeito suspensivo, é o recurso adequado.

Disposições finais e transitórias

176. A segurança pública e individual é comprometida quando as fugas ou as tentativas de fuga se manifestam, principalmente fora dos limites físicos dos estabelecimentos prisionais, quando a redução do número de guardas e as circunstâncias do transporte dos presos impedem o melhor policiamento. Daí a necessidade do emprego de algemas como instrumentos de construção física.

177. O uso de tal meio deve ser disciplinado em caráter geral e uniforme. Esta é a razão do disposto no artigo 198, segundo o qual "o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal".

178. A preocupação generalizada em preservar o condenado por delito político de tratamento penitenciário idêntico ao dos delinquentes comuns é hoje dominante. Daí a orientação do projeto.

179. O cumprimento da prisão civil ou administrativa não se dará nos estabelecimentos do sistema. Até que se construa ou adapte o estabelecimento adequado, tais formas não criminais de privação da liberdade serão efetivadas em seção efetivadas em seção especial da cadeia pública.

180. A reabilitação ganhou autonomia científica quando o projeto de reforma da parte geral do *Código penal* libertou o instituto do confinamento imposto pelo atual sistema, tratado timidamente entre as causas de extinção da punibilidade. Alcançando quaisquer penas e também os efeitos da condenação (artigo 93 e parágrafo único) a reabilitação de-

ve ser preservada contra a devassa pública ou particular que compromete o processo de ajustamento social do condenado.

181. O *Código penal de 1969* previa o cancelamento mediante averbação dos antecedentes criminais, uma vez declarada a reabilitação. Em consequência, o registro oficial das condenações penais não poderia ser comunicado senão à autoridade policial ou judiciária, ou ao representante do ministério público para instrução do processo penal que viesse a ser instaurado contra o reabilitado (artigos 119 e 120).

182. O projeto adota solução mais econômica e eficiente. Dispõe que cumprida ou extinta a pena "não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidos por autoridade policial ou por auxiliares da justiça, nenhuma notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal" (artigo 201).

183. O artigo 202 e seus parágrafos contêm preceitos de absoluta necessidade a fim de se prover a execução das penas e das medidas de segurança dos meios materiais e humanos e dos mecanismos indispensáveis à fiel aplicação do futuro diploma.

184. Atualmente o chamado direito penitenciário em nosso país é reduzido a meras proclamações otimistas oriundas de princípios gerais e regras de proteção dos condenados ou internados. As normas gerais do regime penitenciário, caracterizadas na lei nº 3.274/57, não são verdadeiras normas jurídicas: materialmente, porque ineficazes nos casos concretos e, assim, inaplicáveis; formalmente, porque não contém o elemento de coercibilidade, consistente na sanção para o descumprimento do comando emergente da norma. O referido diploma é sistematicamente ignorado, e ao longo de sua existência — mais de vinte anos — não ensejou o desenvolvimento da doutrina nem sensibilizou juizes, tribunais e a própria administração pública.

185. As unidades federativas, sob a orientação do novo diploma, devem prestar a necessária contribuição para que a frente de luta aberta contra a violência e a criminalidade possa alcançar bons resultados no campo prático, atenuando o sentimento de insegurança oriundo dos índices preocupantes da reincidência. O apoio da União é também fator poderoso para que o sistema de execução das penas e das medidas de segurança possa contar com os padrões científicos e humanos apropriados ao progresso social e cultural de nosso país.

Conclusão

186. O projeto que tenho a honra de apresen-

tar à consideração de V. Ex.^a constitui a síntese de todo um processo histórico no conjunto de problemas fundamentais à comunidade. A contribuição prestada por magistrados, membros do ministério público, professores de direito, advogados e especialistas na questão penitenciária foi extensa e constante durante o tempo de maturação do anteprojeto de Lei de Execução Penal, até o estágio final da revisão. As discussões abertas com a divulgação nacional do documento foram ensejadas pela portaria n.º 429, de 22 de julho de 1981, quando se declarou ser "do interesse do governo o amplo e democrático debate sobre a reformulação das normas referentes à execução da pena". O I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, realizado em Brasília (27 a 30 de setembro de 1981), foi o ponto de convergência das discussões entre os melhores especialistas, oportunidade em que o texto de reforma sofreu minudente e judiciosa apreciação crítica para aprimorá-lo. A elaboração do anteprojeto foi iniciada em fevereiro de 1981, por comissão integrada pelos professores Francisco de Assis Toledo, coordenador, René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto. Os trabalhos de revisão, de que resultou o presente projeto, foram levados a bom termo, um ano após, por comissão revisora composta pelos professores Francisco de Assis Toledo, coordenador, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci. Contou esta última, nas reuniões preliminares, com a colaboração dos professores Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Everardo da Cunha Luna.

187. Merece referência especial o apoio dado

às comissões pelo Conselho Nacional de Política Penitenciária. Este órgão, eficientemente presidido pelo Dr. Pio Soares Canedo, tem proporcionado desde a sua recente instalação, em junho do ano de 1980, valioso contingente de informações, de análises, de deliberações e de estímulo intelectual e material às atividades de prevenção da criminalidade.

188. Devo recomendar especialmente a V. Ex.^a os juristas mencionados, que tudo fizeram, com sacrifício de suas atividades normais, para que o projeto alcançasse o estágio agora apresentado. Os trabalhos sintetizam a esperança e os esforços voltados para a causa universal do aprimoramento da pessoa humana e do progresso espiritual da comunidade.

189. Vencidas quatro décadas, durante as quais vigorou o regime penal-processual-penitenciário amoldado ao pensamento e à experiência da Europa do final do século passado e do começo deste, abre-se agora uma generosa e fecunda perspectiva. Apesar de inspirado também nas modernas e importantes contribuições científicas e doutrinárias, que não têm pátria, o sistema ora proposto não desconhece nem se afasta da realidade brasileira.

190. A sua transformação em lei fará com que a obra de reforma legislativa de V. Ex.^a seja inscrita entre os grandes monumentos de nossa história.

Valho-me da oportunidade para renovar a V. Ex.^a as expressões do meu profundo respeito.

Ibrahim Abi-Ackel

Ministro da Justiça

