

Alguns Aspectos sobre a Reforma do Código Penal

Alexandre Victor de Carvalho

Procurador de Justiça

Este trabalho visa examinar a reforma do Código Penal Brasileiro, que já se iniciou e prosseguirá gradualmente, exigida por vários setores da sociedade, com exame de alguns aspectos das leis que já entraram em vigor e, por outro lado, dos projetos que se encontram tramitando no Congresso Nacional, bem como apresentar sugestão para solução de grave problema da legislação criminal pátria.

O tema é muito amplo e complexo, razão pela qual deliberei fracionar a exposição em quatro distintas etapas, as quais denominei:

- I - Da Subsidiariedade do Direito Penal;
- II - Das Modificações Ocorridas (Comentários sobre alguns aspectos);
- III - Dos Projetos de Lei que Tramitam no Congresso Nacional (Comentários sobre alguns aspectos);

IV - Da Sugestão para Alteração na Legislação Penal Codificada.

I - Da Subsidiariedade do Direito Penal

Há no país, indubitavelmente, uma sanha reformista, no que diz respeito à legislação processual e material.

Movida por uma idéia, cada vez mais forte, de que o aumento de ilícitos civis, penais, tributários, comerciais, administrativos etc., teria origem na impunidade, que por sua vez seria ensejada pela formalidade da legislação processual e ineficácia da legislação material, que estariam em dissonância com as necessidades da vida contemporânea, a parcela da sociedade que consegue exteriorizar sua opinião e, portanto, é tida como porta-voz dos anseios da coletividade, pressiona os Poderes Executivo e Legislativo para a efetivação das modificações que reputa necessárias.

No conjunto destas alterações, insere-se a reforma do Código Penal, especialmente da Parte Especial, onde são descritos os delitos e cominadas as sanções respectivas. É que a referida porção do Diploma Penal é cinquentenária, tendo vindo à tona com o Decreto-Lei nº 2.848, de 7.12.1940, ao contrário da Parte Geral, que sofreu profunda modificação em 1984, pela Lei nº 7.209, de 11 de julho.

Se não fosse pela motivação já mencionada, o sentimento de que a impunidade gera o aumento dos

ilícitos penais e está umbilicalmente ligada à ausência de meios legais de coerção eficaz, em virtude da caducidade do ordenamento positivo, ainda assim justificar-se-ia o movimento reformista.

Com efeito, conforme salienta ALBERTO SILVA FRANCO:

“entre o Código de 40 e a atualidade já transcorreu mais de meio século e, nesse lapso temporal, o mundo (e nele o Brasil) se modificou, de modo marcante. Uma guerra mundial e conflitos limitados foram travados. Assistiu-se à derrubada dos “muros” ideológicos, mas os totalitarismos continuaram às soltas. As sociedades modernizaram-se e os processos de desenvolvimento tecnológico, desprovidos de qualquer direção ética, tiveram impulso incomum. A energia atômica tanto foi manipulada para o bem, como para o mal. Aviões supersônicos, satélites com as mais variadas finalidades, e mísseis reduziram os espaços físicos e tornaram menor o universo: puseram em xeque a idéia de soberania nacional e desvendaram os segredos militares estatais. Os meios de comunicação de massa assumiram um poder político de incrível expansão e de difícil controle. Os computadores, dos mais simples aos mais aprimorados, passaram a ser instrumentos de uso comum, armazenando um volume inimaginável de informações. Aparelhos

extremamente sofisticados invadiram a privacidade das pessoas. As ciências biomédicas chegaram às técnicas de reprodução assistida e a engenharia genética não terá dificuldade maior, num futuro não tão remoto, de produzir concretamente o homem-clone do Admirável Mundo Novo. A psicanálise desvendou os intrincados atalhos da alma humana e a mulher, após longa luta, ocupou, na sociedade, o seu espaço público” (em artigo intitulado *A Reforma da Parte Especial do Código Penal - Propostas Preliminares*, publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RT nº 03/93, p. 69).

É óbvio, como frisa o citado professor bandeirante, que “participando desse mundo tão complexo e tão diferenciado, o Brasil conheceu, em confronto com o ano de 1940, transformações profundas, radicais...” (ob. cit., p. 69).

A imperiosidade das alterações resulta evidenciada. Todavia, o *grau de intervenção reformista* deve correlacionar-se, ao meu sentir, com a idéia de *subsidiariedade do Direito Penal*.

Segundo CLAUD ROXIN, em modelar lição:

“o direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde

bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. Com efeito, para a pessoa atingida, cada pena significa um dano dos seus bens jurídicos cujos efeitos atingem não raro o extermínio da sua existência ou, em qualquer caso, restringem fortemente a sua liberdade pessoal. Conseqüentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar..." (trecho do estudo *Sentido e Limites da Pena Estatal*, contido no livro *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, edição portuguesa da Vega, p. 28).

A natureza subsidiária do Direito Penal fundamenta o princípio da *intervenção mínima*, pelo qual tal ramo jurídico "só deve intervir em relação às condutas humanas que constituam ataques graves e consistentes a bens jurídicos de relevância", excluindo do seu raio de abrangência todas aquelas questões que possam ser razoavelmente solucionadas por outras vias (o trecho entre aspas refere-se a citação constante do artigo de ALBERTO SILVA FRANCO, já mencionado, p. 73).

Configurar as mudanças da Parte Especial, tendo-se em mente o princípio da *intervenção mínima*, é uma diretriz unânime entre os criminalistas, especialmente no momento em que é percebida uma tendência criminalizadora, como se a inserção de fatos materiais no âmbito do ilícito penal e o aumento desmesurado das penas fossem a panacéia para todos os males de que padece a sociedade brasileira.

Corre-se o risco, caso este alerta não seja entendido pelos legisladores, de ser criada a figura de um *Direito Penal Simbólico*, ao qual se refere o penalista alemão WINFRIED HASSEMER.

Conforme o criminalista germânico:

“este tipo de reação, em tempos de especial temor generalizado em virtude da delinquência, é muito capaz a curto prazo de jogar por terra os esforços de muitas décadas para se conseguir um Direito Penal equilibrado e moderno e pode reduzir o Direito Penal a uma mera função simbólica: as normas e as cominações sociais penais sobre as quais recaem sérias dúvidas acerca de sua efetividade frente ao delito, somente podem ter sentido se o sistema penal demonstrar sua presença e capacidade de reação ante o interesse socializado da vítima, é dizer, de transmitir a aparência de efetividade e proteção social. Um Direito Penal que em muitos de seus âmbitos tenha tão-só um efeito simbólico não será capaz de cumprir com sua tarefa...” (trecho extraído do livro *Fundamentos del Derecho Penal*, tradução espanhola de *Francisco Muñoz Conde* e *Luis Arroyo Zapatero*, Editora Bosch, Barcelona, Espanha).

O Eminentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, respeitado estudioso do Direito Penal, adverte que com a falência das

“instâncias informais de controle da criminalidade, tais como a moral, religião, família, escola, clubes”, que se constituíam em verdadeiros filtros de contenção dos “comportamentos desviantes” em seu nascedouro, ocorrida em função da “anomia que contamina a sociedade contemporânea”, há crescente utilização do Direito Penal como instrumento de substituição destas entidades retentoras da delinquência, atribuindo-lhe função para a qual não foi arquitetado e nem pensado, “e portanto não está preparado” (trechos extraídos de palestra proferida na Associação Mineira do Ministério Público sobre a *Reforma do Código Penal*, quando do 1º Seminário de Direito Penal e Processual Penal do MPMG, realizado de 26 a 28/10/1994).

Idêntica preocupação foi revelada na exposição de motivos da proposta de Lei nº 92/VI, de Portugal, que autorizou o governo lusitano a rever o Código Penal daquele país, *verbis*:

“Um sistema penal moderno e integrado não se esgota naturalmente na legislação penal. Num primeiro plano há que se destacar a importância da prevenção criminal nas suas múltiplas vertentes: a operacionalidade e articulação recíproca das forças de segurança e, sobretudo, a eliminação de factores da marginalidade através da promoção da melhoria das condições económicas, sociais e culturais das populações e da criação de mecanismos de integração das minorias. Paralelamente, o combate à criminalidade não pode deixar de assentar numa investigação rápida e eficaz e

numa resposta atempada dos tribunais. Na verdade, mais do que a moldura penal abstractamente cominada na lei, é a concretização da sanção que traduz a medida da violação dos valores pressupostos na norma, funcionando, nessa medida, como referência para a comunidade. Finalmente, a execução da pena revelará a capacidade ressocializadora do sistema com vista a prevenir a prática de novos crimes.”

É importante que as propostas reformistas não contenham qualquer desvio às concepções e princípios de política criminal que inspiraram a mudança da Parte Geral em 1984, assim como a edição da Lei nº 7.210.

Embasando a Teoria do Crime na noção de culpabilidade e inspirando a Teoria da Pena no princípio da prevenção especial, que vê no fim da sanção criminal a melhoria do delinqüente, objetivando a sua ressocialização, a reforma levada a cabo em 1984 propôs uma política criminal absolutamente aceitável, mesmo que possamos criticá-la num ou noutro aspecto.

Os princípios estatuídos pela alteração ocorrida na legislação penal há doze anos conformam-se, indubitavelmente, com os valores e interesses fundamentadores do Estado Democrático de Direito.

Desejo, sinceramente, que nesta reforma já iniciada o legislador não macule o sistema jurídico-penal com textos desarmônicos do resto do ordenamento positivo, tal

qual fez quando editou a Lei nº 8.072/90 (Dos Crimes Hediondos).

Feitas estas iniciais reflexões, passo ao exame de alguns aspectos das modificações já ocorridas.

II - Das Modificações Ocorridas (Comentários sobre alguns aspectos)

No plano das principais alterações já existentes, há alguns aspectos que devem ser examinados.

A Lei nº 9.099, de 26/09/1995, que dispôs sobre o Juizado Especial Criminal, estabeleceu este como competente para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, considerando-se como tais as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Tal diploma legal, que se constituiu na mais profunda modificação da legislação penal e processual penal brasileira desde a reforma da Parte Geral do Estatuto Repressivo em 1984, foi objeto, desde sua publicação e período de *vacatio*, de exame em várias obras doutrinárias, todas construídas para o esclarecimento dos inovadores institutos constantes do supra mencionado texto legal.

Procurarei, em breves considerações, manifestar-me sobre alguns tópicos que considero mais importantes e que são de natureza material.

Disciplina-se, no art. 84 e seu parágrafo único, o pagamento da pena de multa e a conseqüente extinção da punibilidade.

Inexiste dúvida que a execução da multa resultante de definitiva condenação deverá ser feita nos moldes estabelecidos nos arts. 50 e 51 do Código Penal e dos arts. 164 e seguintes da Lei de Execução Penal.

Assim sendo, apesar de não constar expressamente do texto do referido art. 84, o prazo para o pagamento espontâneo da sanção pecuniária será de dez dias depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, podendo haver parcelamento para a quitação, segundo os termos da legislação penal codificada e da LEP.

Suprimida que foi a hipótese da conversão da multa em pena privativa de liberdade, ocorrente com a vigência da Lei nº 9.268/96, evidencia-se, a meu juízo, a revogação tácita do art. 85 da Lei nº 9.099/95, restando vedada qualquer possibilidade de conversão da sanção pecuniária resultante de condenação transitada em julgado, inclusive a inovação relativa à sua transformação em pena restritiva de direitos.

Isto porque, apesar da derrogação não ter sido expressa, o sobredito art. 85 determinava que a conversão se fizesse nos termos da lei, devendo-se entender por esta tanto o Código Penal quanto a Lei nº 7.210/84.

Poder-se-ia objetar: mas os dispositivos revogados previam apenas a conversão da multa em detenção, espécie de pena privativa de liberdade, não se referindo à transformação da sanção pecuniária em pena restritiva de direitos, uma inovação surgida na Lei nº 9.099/95. Assim sendo, o sistema conversional estabelecido pela referida lei, neste particular, seria especial e, inexistindo expressa referência à sua revogação, como ocorreu com os §§ do art. 51 do CP e com o art. 182 da LEP, não permaneceria em vigor?

Parece-me que não. Como argumento cito a exposição de motivos do projeto de lei que deu origem à 9.268/96, em que S. Exa. o Ministro da Justiça aduz:

“Com efeito, a execução da multa criminal deve ser revigorada através de procedimento adequado e infenso às dificuldades que atualmente se opõem à eficácia desta forma de reação penal. A sanção pecuniária é uma das mais importantes alternativas da pena privativa de liberdade e uma das fontes de receita que deve alimentar o fundo penitenciário, instituído pela Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994, e regulamentado pelo Decreto nº 1.093, de 23 de março de 1994. Como se verifica por esses diplomas, existe uma generosa e necessária destinação dos recursos obtidos: construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais; manutenção dos serviços penitenciários; formação,

aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário, além de programas de assistência aos presos, aos internados carentes e às vítimas do crime... Se o Estado, como ente político de representação da sociedade, responde a determinada conduta delituosa com a pena de multa é esta sanção que, efetivamente, se apresenta como necessária e suficiente para repressão e prevenção do delito. A conversão da pena de multa em prisão, por fato posterior à sua aplicação (omissão do pagamento ou frustração de sua execução), perde o sentido de proporcionalidade que deve ser inerente a todas as formas de reação punitiva...”

Inferese do texto que a modificação não visou impedir a conversão da multa em detenção, mas sim vedar a possibilidade da transformação da sanção pecuniária em outra espécie de pena, para permitir a execução da multa criminal, o que dificilmente ocorria com a licença legal para a mutação do tipo de pena a ser executada.

A busca de recursos para a implementação de uma política penitenciária, pelo que se depreende, falou mais alto para a mudança. Pouco importa. O certo é que a alteração objetivou pôr fim a qualquer possibilidade de conversão da multa, seja em detenção ou em pena restritiva de direitos.

Finda a possibilidade de conversão da multa aplicada em outra espécie de sanção criminal, privilegiando-se a execução da pena pecuniária e o recebimento do seu

valor pelo Estado, submetem-se o pagamento espontâneo e coativo da pena pecuniária à regra geral, obstruída a via da transformação da natureza da sanção.

Entretanto, será que a impossibilidade da conversão pode ser argüida na hipótese da multa resultante da transação penal proposta pelo Ministério Público, no caso do art. 76 da Lei nº 9.099/95?

Proponho tal questionamento, que pode parecer à primeira vista absurdo, em virtude da discussão acerca da natureza jurídica desta sanção originada da decisão que homologa a transação penal havida entre o órgão do *Parquet*, no exercício de sua *discretionariedade regulada*, e o acusado, autuado ou indiciado (repilo a expressão “autor do fato”, imprópria e abusiva).

Com efeito, vozes de doutrinadores renomados levantaram-se contra o instituto introduzido na legislação penal brasileira pelo referido art. 76, ao argumento de que permite ele aplicação de pena, seja de multa ou restritiva de direitos, conversíveis, uma ou outra, em pena privativa de liberdade, sem que o acusado responda ao devido processo legal.

A tese fundamenta-se na própria dicção legal, onde se observa a locução “o juiz aplicará a pena...”, afirmando tais doutrinadores não ser admissível tal aplicação inexistindo ação penal e sem a garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com ofensa ao princípio maior do *nulla poena sine iudicio*.

Este entendimento, pelo que se nota das construções doutrinárias e pretorianas, foi superado pela consideração de que se cuida de instituto novo, que deve ser examinado sem as amarras das idéias doutrinárias tradicionais, constituindo-se em importante instrumento para a “despenalização”, ou seja, propiciar, sem descriminalizar, que a máquina judiciária não seja movimentada desnecessariamente para os delitos pouco significantes, que importem em diminuta lesividade social, conforme, com outros termos, afirmou LUIZ FLÁVIO GOMES em sua obra *Suspensão Condicional do Processo*, RT, 1995.

Assim, abriu-se o leque para as especulações dogmáticas acerca da natureza jurídica da sanção decorrente da transação penal.

Alguns, como AFRÂNIO SILVA JARDIM, entendem haver em tal procedimento preliminar a aplicação de efetiva sanção penal, averbando existir uma atividade jurisdicional do Estado (em palestra proferida na AMMP em dezembro de 1995).

Diz o referido doutrinador:

“quando o Juiz aplica a pena...em razão da transação aceita pelo réu, não se viola o Princípio do Devido Processo Legal, como alguns andaram dizendo, porque esse é o Devido Processo Legal. Há atividade jurisdicional do Estado, por isso há pena. O Juiz aplica a pena e, parece-nos que não deixa de ser, temos que pensar a respeito, um outro tipo de ação penal que está sendo

exercitada pelo Ministério Público. O Ministério Público está indo ao Poder Judiciário, manifestando uma determinada pretensão e sugerindo a aplicação de uma determinada pena. Sanção no sentido penal mesmo, restritiva de direito, pena não privativa de liberdade, pena de multa”.

Esta idéia pode ser encontrada inclusive na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 1.480/89, em que se declara, sobre a medida aplicada em função da transação penal, que “a sanção tem natureza penal, mas sem reflexos na reincidência...”.

Em trabalho de fôlego constante do Boletim nº 35 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, consideram os Drs. PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, Promotores de Justiça de São Paulo, não possuir a sanção resultante da sentença prevista no art. 76 caráter penal, constituindo-se, conforme doutrina de MANUEL DA COSTA ANDRADE, professor português citado pelos referidos articulistas, em “sanção de índole especial, a que não está ligada a censura ético-jurídica da pena nem a correspondente comprovação de culpa ” (em *O Novo Código de Processo Penal, Consenso e Oportunidade*, Almedina, 1988).

Adiro, modestamente, a esta última posição. Não concebo a imposição de pena sem culpa. Aliás, a Carta Magna brasileira contém esta vedação pelos princípios adotados no art. 5º. No procedimento da transação não há aferição de culpa, há, tão-somente, um acordo de vontades,

“de um lado, o Ministério Público deixa de exercer o poder-dever de instaurar a ação penal (com a exclusão do processo) ; e, de outro, o acusado aceita submeter-se a uma multa ou a algumas regras de conduta, que, uma vez adimplidas, motivarão a extinção da punibilidade” (trecho extraído do artigo *Breves Considerações sobre A Proposta do Ministério Público*, publicado no Boletim nº 35/95 do IBCCrim, de autoria dos Promotores paulistas retromencionados).

É, em verdade, um consenso, excludor do processo e da própria pretensão punitiva, caso seja cumprida a medida aplicada, mas não estabelecedor de culpa, tanto assim que a sentença não importará em reincidência (§ 4º), não gerará antecedentes criminais (§ 6º) e não se constituirá em título executivo judicial, cabendo a discussão do mérito do fato supostamente delituoso na esfera cível, onde inclusive poder-se-á julgar improcedente o pedido por ausência de responsabilidade dolosa ou culposa do réu.

Trilhando o mesmo caminho, o Dr. ANTÔNIO CARLOS BATISTA TORRES, Promotor de Justiça em São Leopoldo, Rio Grande do Sul, diz que “a ‘sanção consentida’ não implica em confissão ou reconhecimento de culpa..., não produz qualquer efeito de uma sentença condenatória criminal...”, entendendo-a como de natureza declaratória, pois não absolve nem condena (trecho extraído do artigo *A Nova Justiça Criminal*, publicado na Revista Jurídica da Editora Síntese, nº 219, p. 140).

Assentada tal premissa, para responder à primeira pergunta cabe um outro questionamento: não sendo de natureza penal a sanção aplicada em razão da transação, aplicam-se à hipótese as regras da Quarta Seção do Capítulo III da Lei nº 9.099/96, denominada Da Execução?

PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, Promotores bandeirantes já mencionados, sustentam que:

“as medidas cumuladas na proposta, eventualmente descumpridas, não devem ser submetidas a processo de execução, que fica reservado para as penas aplicadas no procedimento sumaríssimo” (artigo supra-referido).

Todavia, ainda quando não havia sido vedada a possibilidade de transformação da multa em privação da liberdade ou restrição de direitos, não foram poucos os que responderam afirmativamente à pergunta e defenderam uma idéia mista, negando a hipótese da conversão da sanção pecuniária em pena privativa de liberdade, sob a alegação de que para a aplicação desta espécie de pena seria necessário um devido processo legal, e admitindo, por outro lado, a mutação da multa em restrição de direitos, em virtude de o próprio dispositivo legal permitir a imposição alternativa de uma ou outra por proposta do Ministério Público.

Apesar de inadmitir a execução por entender que ela só é possível quando da condenação resultante do procedimento sumaríssimo, inclino-me a aceitar a tese da

conversão da multa em restrição de direitos, quando do não-pagamento daquela, ao fundamento de que o próprio art. 76 admite a imposição de uma ou de outra através de proposta do Ministério Público.

Ora, se a imposição de uma das duas espécies da sanção não penal é alternativa, o não-cumprimento da multa poderia, perfeitamente, ser convertido em cumprimento de sanção restritiva de direitos, precipuamente porque a finalidade da transação, como já se disse, é a não movimentação da burocracia judiciária para o processamento e julgamento das infrações de pequeno potencial lesivo, enquadrando-se neste objetivo - atrevo-me a afirmar - a ausência de movimentação da máquina para a execução coativa das sanções.

Retorno ao questionamento inicial: mas a vedação da conversão da multa em outro tipo de pena não teria suprimido a hipótese de transformação também na situação do art. 76?

Lembremo-nos da anterior exposição acerca da natureza jurídica da sanção originada da transação. Considerando que o art. 51 do Código Penal cuida do cumprimento ou da execução da pena de multa, é dizer, da pena pecuniária prevista no art. 32, inc. III, do mesmo diploma, que, por sua natureza, deve resultar de sentença condenatória definitiva, e que a sanção pecuniária resultante do procedimento prévio do art. 76 da Lei nº 9.099/95 não tem estrita natureza criminal, por não se originar de decreto condenatório, configurando-se em medida de índole especial, logo não teria sido atingida pela modificação havida com a vigência da Lei nº 9.268/96.

Sendo assim, possibilitada ainda estaria a conversão, em caso de omissão no pagamento da multa aplicada em razão de transação penal, da sanção pecuniária em medida de restrição da liberdade.

É evidente que esta é apenas uma tese, lançada para a análise criteriosa e severa de todos aqueles que se dignarem a apreciá-la.

Ainda sobre a Lei nº 9.099/95, há um outro aspecto relevante, que merece exame.

Respeita à suspensão condicional do processo, prevista no art. 89.

Disciplinam os §§ 3º e 4º do dispositivo suso indicado as hipóteses de revogação obrigatória e facultativa do *sursis* processual.

Excluída a hipótese de não-reparação do dano injustificadamente, não foi estabelecida pela lei qualquer forma de prorrogação do período de prova quanto às demais, à semelhança do que pode ser encontrado no análogo instituto da suspensão condicional da pena (art. 81, §§ 2º e 3º, CP) e no livramento condicional (art. 89, CP).

Tal se deu, creio, em virtude da natureza do instituto, por haver o legislador entendido que havendo suspensão do curso da ação penal, e não da pena, as hipóteses de revogação deveriam ser mais rígidas, existentes, inclusive, quando o beneficiário viesse a ser, no curso do prazo, processado por outro crime ou por contravenção.

A solução, neste particular, não foi das melhores, pois poderá ensejar injustiças quando de decisões revocatórias do benefício.

É que, inexistente o mecanismo da prorrogação do período de prova até a condenação definitiva, possível será que o beneficiário possa ser processado, por ação penal instaurada no curso do prazo, pela prática de crime ou contravenção e, ao final do processo criminal, seja absolvido (por haver praticado o fato típico em legítima defesa, por exemplo).

Neste caso, a suspensão condicional do processo já terá sido revogada e o acusado, muito provavelmente, condenado.

Ora, além de injusta, a hipótese traduz solução contrária aos objetivos da lei, pois haverá dispêndio de trabalho, tempo e pessoal, quando o fim legislativo foi abortar o trâmite do processo, com considerável economia judiciária.

Constata-se, com facilidade, que a suspensão da ação penal contém os mesmos matizes do *sursis* e relativamente a ela deveriam ter sido adotados os mesmos efeitos da suspensão condicional da pena. Frise-se que há extinção da punibilidade quanto ao delito objeto da denúncia, efeito semelhante ao prescrito no art. 82 do Estatuto Penal.

Mesmo sendo benefício, a suspensão do processo, desde que aceita pelo acusado, constitui forma de extinção da punibilidade, direito público subjetivo que não lhe

pode ser retirado por presunção de culpa. Há que estar provada a culpa.

Friso que entendo a suspensão condicionada do processo como instituto que se insere no princípio da *discricionarietà regulada*, tal qual a transação penal, considerando que somente pode ser proposta pelo Ministério Público.

Antes, portanto, da formulação da proposta, do aceite do denunciado e da decisão judicial, não há qualquer direito subjetivo daquele à suspensão processual.

Contudo, após o aperfeiçoamento deste ato complexo, tenho como direito público subjetivo do beneficiado o cumprimento das condições impostas na suspensão, durante o período de prova fixado, inexistindo possibilidade de revogação do benefício, caso tenha havido a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e o beneficiário estiver cumprindo as demais condições impostas, apenas em virtude do trâmite de processo por crime ou contravenção, instaurado no curso do prazo probatório.

Há, creio, indireta afronta ao princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição da República.

Não sei como os juízes irão se comportar diante deste problema. Pelo menos, *de lege ferenda*, é indispensável, ao meu sentir, a inserção ao art. 89 de um parágrafo disciplinando a prorrogação do período de prova na hipótese de o beneficiário vir a ser processado, no curso do prazo, por outro crime ou contravenção.

Volto os olhos, agora, para a Lei nº 9.268, de 01/04/1996. Tal lei, tradução da nova estratégia legiferante de reforma dos sistemas positivos, modificou substancialmente o regime da execução da pena de multa, suprimindo, como já afirmado alhures, a possibilidade de conversão desta em detenção, quando o condenado solvente deixasse de pagá-la ou frustrasse a sua execução, e estabelecendo que a multa será, doravante, considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no concernente às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Algumas dúvidas surgiram a respeito da modificação. Duas, contudo, desejo examinar.

A primeira respeita à submissão da execução da multa ao regime da dívida ativa da Fazenda Pública.

Ou seja, será que ao determinar a aplicação à execução da pena pecuniária das normas da legislação relativa à dívida ativa pretendeu o legislador sujeitar a sanção penal ao burocratizado procedimento de constituição da dívida ativa da Fazenda Pública?

Em outubro de 1994, estando no auditório da Associação Mineira do Ministério Público para proferir palestra sobre *A Reforma Do Código Penal*, o Eminentíssimo Ministro do STJ, Professor FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, apreciado doutrinador do Direito Penal, elencou algumas mudanças que considerava necessárias para corrigir distorções da legislação, inserindo, dentre elas, a não-

submissão da pena de multa à prescrição penal do art. 114 do Código Penal, que a torna incobrável na maioria dos casos, pois, como dívida de valor, “deveria sujeitar-se à prescrição quinquenal das dívidas ativas da Fazenda Pública, com as mesmas causas interruptivas e suspensivas”.

Não é surpreendente, pela autoridade do digno Ministro e penalista e por sua influência na reforma, que a idéia por S. Exa. esposada ainda em 1994 tenha sido praticamente agasalhada na Lei nº 9.268/96.

Note-se que a preocupação do Professor *ASSIS TOLEDO* ao propor a modificação embasou-se no aspecto da falta de cobrança da pena de multa, que S. Exa. entendeu em grande parte ocorrente pelo curto prazo prescricional estabelecido no art. 114 (2 anos), além da inexistência de hipóteses interruptivas ou suspensivas da perda do direito estatal de execução da sanção.

Análoga preocupação demonstrou o não menos eminente Ministro *NÉLSON JOBIM* na exposição de motivos do projeto gerador da Lei nº 9.268/96, afirmando que:

“duas grandes frustrações com a execução da pena de multa resultam de fatores históricos. O primeiro deles, diz respeito à inflação que corrói o valor nominal da moeda; e o segundo, resulta da prescrição. Para corrigir a primeira distorção, a Lei nº 7.209/84, de 11 de julho de 1984, instituiu o sistema do dia-multa, cuja introdução no Código Criminal do Império demonstrava, já naquele tempo, a necessidade de adequação

às flutuações do valor monetário. E, para obviar o problema da prescrição, tanto pela pena cominada como pela pena aplicada, o projeto contém duas propostas: a) trata diferentemente a multa quando for cominada, alternativa ou cumulativamente, com a pena privativa de liberdade, regulando-se a prescrição pelo tempo da pena de prisão; b) amplia as causas de interrupção da prescrição...”.

Verifica-se, iniludivelmente, que o ponto fulcral da atenção dos Ministros do STJ e da Justiça foi a luta contra a usina prescricional que, é verdade, havia no processo executivo da pena de multa.

Realmente, a demora no ajuizamento da ação executiva e qualquer suspensão em seu curso, delineado conforme os contornos previstos nos arts. 164 e seguintes da Lei de Execução Penal, propiciava a fluência do lapso prescricional, tornando a multa, no dizer de TOLEDO, incobrável.

Do exposto, inclino-me a concluir não haver sido a pena de multa submetida ao regime de constituição da dívida ativa da Fazenda Pública, apesar da abrangência que a Lei nº 6.830/80 dá ao conceito de Dívida Ativa, admitindo a execução fiscal como procedimento judicial aplicável tanto à cobrança dos créditos tributários como dos não-tributários.

Em verdade, a menção feita à legislação relativa à Dívida Ativa da Fazenda Pública teve dois objetivos, ao meu sentir: a) explicitar claramente qual o

procedimento da execução da multa, em virtude da redação constante do § 2º do art. 164 da LEP; b) criar barreiras interruptivas ou suspensivas da prescrição, aproveitando-se dos marcos existentes na Lei nº 6.830/80.

Se diferente fosse, porque o legislador não utilizou a oração: "...a multa será considerada como dívida de valor, constituindo-se em dívida ativa da Fazenda Pública..."? Por que a manutenção do procedimento especial previsto no art. 164 da LEP (considerando que foi revogado expressamente o art. 182 da LEP, que tratava da conversão da multa em detenção)?

Desta forma, parece-me, a matéria é nova e tormentosa, que para a execução da sanção pecuniária não se cogita de inscrição e nem da lavratura do Termo de Inscrição, nos moldes mencionados na Lei de Execução Fiscal.

A ação de execução da sanção pecuniária é de natureza penal, respeitando as opiniões em contrário, configurando uma hipótese anômala, eis que depende de citação necessária para a formação válida à existência da ação executória, ao contrário das penas privativas de liberdade e das restritivas de direitos, cuja execução

"inicia-se independentemente da provocação dos órgãos da persecução penal, procedendo o juiz de ofício ao ordenar a expedição da guia de recolhimento ou execução" (trecho extraído da obra *Execução Penal*, de JÚLIO FABBRINI MIRABETE, Atlas, 2. ed., p. 413).

Entretanto, uma questão avulta-se como extremamente complexa: se ao processo executivo da multa devem ser aplicadas as causas interruptivas e suspensivas da prescrição, qual o marco inicial do impedimento da marcha do curso prescricional previsto no § 3º do art. 2º da Lei nº 6.830/80?

Reza o sobredito dispositivo:

“A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição para todos os efeitos de direito, por 180 dias ou até a distribuição de execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.”

De acordo com ANTÔNIO CARLOS COSTA
E SILVA:

“é a partir da inscrição, vale dizer da constituição definitiva do crédito (art. 174, C.T.N.), que se verifica a suspensão” (trecho extraído da obra *Teoria e Prática Do Processo Executivo Fiscal*, Aide, 2. ed., p. 64).

A expressão “*constituição definitiva do crédito*”, ainda segundo COSTA E SILVA, significa que o crédito transforma-se em dívida pública, ou seja, torna-se apto à provocação da jurisdição executiva (ob. cit., p. 61).

Na execução da sanção pecuniária, é cediço que somente após ultrapassado o décimo dia da citação do condenado (art. 164 da LEP) é exigível o débito. Durante tal período o pagamento é espontâneo.

Logo, poder-se-ia imaginar uma hipótese de inscrição da exigência na Secretaria do Juízo Criminal, caso o condenado, ultrapassados os dez dias, não efetuasse o pagamento da multa ou o depósito da respectiva importância ou, ainda, não nomeasse bens à penhora, o que caracterizaria a necessidade de execução, havendo a suspensão da prescrição.

Após, a execução tramitaria da forma como mencionado nos arts. 6º e seguintes da Lei nº 6.830/80.

Como não considero haver a lei tornado a sanção criminal pecuniária dívida ativa da Fazenda Pública, entendo não haver perdido eficácia o disposto no art. 166 da LEP, que dispõe sobre a prorrogação da competência do juiz da execução penal para processar a execução caso a penhora não recaia em bens imóveis.

Isto porque a regra de que a competência das Varas da Fazenda Pública para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública é absoluta, excluindo a de qualquer outro Juízo, não se aplica à hipótese, pois neste caso há execução de uma sanção penal, não transformada em dívida ativa.

Desta forma, subsistem as disposições dos arts. 165 e 166 da Lei de Execução Penal.

Como consequência do entendimento esposado, não considero haver o Ministério Público sido alijado da execução da sanção pecuniária, mantendo sua legitimidade para a propositura da ação penal executiva.

Aliás, tendo natureza penal, a ação de execução da multa é prolongamento necessário, inexistindo o pagamento espontâneo, da ação de conhecimento criminal, motivo pelo qual sujeita-se aos princípios desta, quais sejam, em se tratando de ação penal pública incondicionada ou condicionada: legitimação privativa do MP; obrigatoriedade; indisponibilidade etc.

Confesso aos senhores que o tema é por demais complexo, ainda mais em razão da dubiedade da redação legal e da ausência de elementos possibilitadores de uma interpretação mais clara acerca do objetivo da modificação. Desejo ouvir outras opiniões, sujeitando-me, humildemente, à mudança de entendimento, caso seja convencido por argumentos contrários.

O segundo aspecto a ser abordado em relação à alteração procedida no art. 51 do Código Penal refere-se à definição da multa penal como dívida de valor.

Dívida de valor é aquela na qual a moeda aparece como a medida de valor, contrapondo-se à dívida de dinheiro, onde a moeda recebe tratamento de mercadoria.

A distinção entre as duas espécies de dívidas tem grande importância no campo da incidência da correção monetária.

Antes da vigência da Lei nº 6.899/81, que determinou a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial, admitia o Supremo Tribunal Federal a correção monetária apenas em relação a hipóteses de dívidas de valor, nos casos de responsabilidade civil por ato ilícito, não tolerando a incidência dos fatores e índices de recomposição nas dívidas caracterizadas como de dinheiro, casos de responsabilidade decorrente de culpa contratual.

“Posteriormente, evoluiu a jurisprudência do Excelso Pretório no sentido da equiparação das dívidas, uma e outra, para fim da incidência da correção monetária. Assim se fez sob o fundamento de que *a obrigação do devedor não é a de pagar uma quantia em dinheiro, mas sim, a de restaurar o patrimônio do credor na situação em que se encontrava, anteriormente, à lesão*” (trecho extraído da obra *Comentários às Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*, Editora Saraiva, LOURIVAL GONÇALVES DE OLIVEIRA, 1993, p. 138).

Consolidando e consagrando a construção pretoriana veio a Lei nº 6.899/81, estendendo a incidência de correção monetária aos casos em que legalmente ainda não se aplicava.

Todavia, questão polêmica surgiu após a vigência da referida lei. É que a Lei nº 5.670/71 excluiu a incidência de fatores de correção monetária legalmente prevista sobre período anterior a sua instituição. Mas, a partir da Lei nº 6.899/81 ficou legalmente admitida quanto à dívida

de dinheiro, ou no que diz respeito a responsabilidade por ilícito contratual.

Subsistiu, pois, indagação acerca da incidência da correção monetária em período anterior à Lei nº 6.899/81, cuidando de dívidas de valor, diga-se, decorrentes de atos ilícitos contratuais ou extracontratuais.

Conforme esclarece o Ministro do STJ, GUEIROS LEITE:

“a orientação jurisprudencial que se prolongou após a Lei nº 6.899/81 deve ser mantida...em face do princípio da mais ampla reparação do dano (CC, art. 159). Como a reparação deve ser expressa pelo seu valor em moeda corrente (CC, art. 1.534) e esse valor encontra-se corroído pela inflação, importa seja corrigido monetariamente a partir do evento, quando se tratar de dívida de valor” (REsp. 1.519-PR).

O entendimento de que a incidência da correção monetária, nas dívidas de valor, ocorre a partir do efetivo prejuízo, restou sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 43), nos seguintes termos: “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”.

Penso que a consideração da multa como dívida de valor termina com a discussão que havia quanto ao momento da incidência da correção monetária.

Havia várias posições, a saber:

- a) incide a partir da data da infração penal;
- b) incide a partir da data da sentença condenatória;
- c) incide a partir da data do trânsito em julgado da sentença condenatória para o réu;
- d) incide a partir da data do trânsito em julgado da sentença para ambas as partes;
- e) incide quando esgotado o prazo para o recolhimento espontâneo da pena de multa;
- f) incide a partir da citação do réu para a execução;
- g) incide a partir da data da infração, mas desta ao trânsito em julgado o valor da multa será corrigido pela variação do salário mínimo. A partir daí, sua atualização será pelos índices de correção monetária.

Não tenho dúvidas na subsistência da primeira posição, tão-somente. Ou seja, a correção monetária deverá incidir a partir da data do evento infracional, tomando-se por base o salário mínimo vigente ao tempo da infração.

No que se refere às modificações realizadas, finalizo fazendo breve comentário sobre o reflexo que haverá na prescrição da pretensão punitiva com o estabelecimento, pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, ainda não vigente, de uma causa de suspensão do prazo prescricional.

Altera a lei mencionada a redação dos arts. 366 a 370 do Código de Processo Penal, prevendo, no art. 366, que

“se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

Conforme a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.897-A/95, gerador da retroreferida lei modificativa:

“em relação à citação por edital, artigo 366, cogita-se da suspensão do processo e do próprio curso da prescrição para a hipótese do não comparecimento do acusado. Tal hipótese, sem dúvida, leva à incerteza quanto ao conhecimento, pelo acusado, da acusação a ele imputada, o que pode motivar a alegação, posterior, de cerceamento de defesa. Com efeito, os princípios da ampla defesa e do contraditório, adotados no ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão da Constituição Federal de que ‘ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5º, LVI) conferem o respaldo legal à nova pretensão do art. 366, ainda mais quando a ela se acrescenta (§ 1º) a autorização para que se produzam, antecipadamente, as provas consideradas de maior urgência. No entanto, a revelia do acusado após o seu comparecimento inicial não pode servir de obstáculo ao

prosseguimento da instrução criminal (art. 367)".

Tencionando, portanto, evitar seja o acusado processado e julgado sem conhecer a imputação, alude a alteração legislativa a uma suspensão do processo e do curso do prazo prescricional.

Suspensão do curso do prazo prescricional "significa um hiato, uma parada momentânea": a fluência do lapso fica pendente, recomeçando o trâmite após a cessação da causa impeditiva, com o cômputo do tempo anteriormente decorrido (trecho em parênteses extraído da obra *Manual de Direito Penal*, de JÚLIO FABBRINI MIRABETE, Atlas, 6. ed., p.389).

Evidente resta que a suspensão impede o curso da prescrição da pretensão punitiva com lastro na pena em abstrato.

Também é esta a conclusão a que se pode chegar no pertinente à denominada prescrição retroativa, ocorrente, neste particular, entre a data do recebimento da denúncia e a data da prolação da sentença condenatória recorrível, ou sua publicação em mãos do escrivão, e regulada pela pena em concreto, conforme a permissão constante do § 1º do art. 110 do CP.

É que a suspensão determinada pelo art. 366 é do curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva, como ocorre também na denominada prescrição retroativa, que fulmina o *ius puniendi* estatal e não a pretensão executória.

Outro não pode ser o entendimento, eis que a chamada “usina prescricional” ocorre exatamente pela possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva regulada pela pena em concreto, tendo como referência prazos anteriores à própria sentença.

A suspensão da fluência do prazo da prescrição da pretensão punitiva, neste caso e na hipótese do art. 368, é medida salutar, que trará reflexos, não tenho dúvidas, na redução da impunidade.

III - Dos Projetos de Lei que Tramitam no Congresso Nacional (Comentários sobre alguns aspectos)

Está em tramitação no Congresso Nacional uma série de projetos de lei objetivando a modificação de várias disposições do Código Penal, em especial quanto à Parte Especial.

Os mais importantes, respeitados os demais, são os que tiveram origem no Poder Executivo, emanados da Comissão de Juristas constituída pelo Ministério da Justiça para a reformulação gradual da legislação penal brasileira.

Destaca-se, preambularmente, o de nº 724-A/95, que, modificando os arts. 33, 83, 121 e 334 do Estatuto Repressivo, define os delitos de especial gravidade.

Segundo consta da exposição de motivos elaborada pelo Ministro NÉLSON JOBIM:

“o projeto cria uma nova categoria de crimes denominados ‘de especial gravidade’, enumerando-os taxativamente para evitar controvérsias a respeito. São espécies de crimes cometidos com emprego de violência à pessoa ou que apresentam essa potencialidade, como é o caso do narcotráfico e da quadrilha. Essa proposta, transformada em Lei, permitirá o tratamento rigoroso destes crimes, que se irradiará para todo o sistema, seja na aplicação da pena, seja na sua execução, sem contudo viabilizar a individualização dessa mesma pena. A nova categoria de crimes contém uma distinção técnica, justifica-se à luz de princípios de Política Criminal e, além disso, tem o mérito de não trazer em seu bojo a carga de indefinição e de emocionalidade de que padece a inusitada e recente denominação ‘crimes hediondos’, tão criticada por todos”.

Como se percebe, o projeto visa dar nova regulamentação ao inc. XLIII do art. 5º da Constituição Federal, elencando novamente os crimes hediondos, renomeados “de especial gravidade”, derogando a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) em vários aspectos, que eram objeto de severas críticas doutrinárias e jurisprudências.

Assim é que haverá permissão da progressão de regimes, malgrado seja obrigatório o cumprimento de pelo menos metade da pena, terminando com a odiosa vedação constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que colide

com o princípio constitucional da *individualização da pena*, previsto no art. 5º, XLVI, da Magna Carta.

Outras mudanças propostas, não relacionadas diretamente com os delitos de especial gravidade, são:

- a) “a permissão da execução do regime aberto, com repouso noturno em casa de albergado, em recinto especial e separado de estabelecimento penal, nas Comarcas em que não haja casa de albergado. Essa possibilidade evitará a prática de colocar-se em regime fechado o condenado que obteve o regime aberto, como também a de conceder-se liberdade plena ou prisão domiciliar a quem a isso não faça jus” (conforme exposição de motivos);
- b) a previsão de uma nova qualificadora para o delito de homicídio, quando praticado com plano de extermínio. Alude a exposição de motivos, como exemplo desta hipótese de qualificação do homicídio, ao crime dos denominados “justiceiros”;
- c) a previsão de uma nova qualificadora para os crimes de contrabando ou descaminho de armas ou munições. Obviamente que esta medida visa coibir, pela punição mais grave, o ingresso ilegal de armas e munições para os traficantes e seqüestradores;
- d) a revogação expressa dos parágrafos únicos dos arts. 213 e 214 do CP, acrescentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, “nos quais contraditoriamente são estabelecidas penas menores para o estupro e o

atentado violento ao pudor quando a vítima seja criança menor de quatorze anos” (conforme exposição de motivos). Esta questão já estava resolvida pela doutrina e jurisprudência, que consideraram revogados tacitamente os parágrafos, ao argumento de que a anterioridade da lei se estabelece pela promulgação e não pela vigência, razão pela qual a Lei nº 8.072/90, promulgada depois que a Lei nº 8.069/90, teria derogado implicitamente as figuras qualificadas, ao aumentar os limites mínimo e máximo da pena abstrata cominada aos tipos fundamentais dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, tornando-as maiores que as penas cominadas aos parágrafos.

A par dos aspectos positivos da proposta, detecto alguns negativos:

- a) a ausência de referência expressa à revogação do rol dos delitos previstos no art. 1º e parágrafo único da Lei nº 8.072/90. Esta medida seria providencial, porquanto a epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), não constante do elenco dos crimes de especial gravidade, pode continuar, em interpretação absolutamente admissível, a ser entendida como crime hediondo, sujeitando-se o agente ao cumprimento integral de dois terços da pena em regime fechado, com o que lhe estará sendo imposta situação mais gravosa que os praticantes de delitos de especial gravidade, também resultante da mesma matriz: o art. 5º, XLIII, CF, em evidente ofensa ao princípio da isonomia;

- b) a falta de definição expressa do número mínimo de participantes para a configuração do *grupo de extermínio*. Não comungo, *concessa venia*, com o entendimento expendido por DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, no sentido de que tal mínimo seria de cinco. Diz o respeitado doutrinador que o número não seria de duas pessoas, porque a legislação, quando se contenta com tal mínimo, refere-se expressamente, como no furto e no roubo. Não seria de três, porque a legislação, quando se contenta com tal mínimo, utiliza-se de expressão genérica, como no art. 141. Não seria de quatro, porque senão o legislador teria usado a expressão *quadrilha* ou *bando*, do art. 288. Então, conclui, seria de cinco. Malgrado o respeito que nutro pelo penalista citado, discordo. Parece-me que o número mínimo seria de quatro pessoas, porque o legislador não quis vincular a hipótese da existência do homicídio cometido com participação em grupo de extermínio à existência da quadrilha ou bando, em virtude da exigência, para a caracterização deste delito, do elemento subjetivo referente à especial finalidade de agir ("para o fim de cometer crimes"). Pode ocorrer que haja eventual associação das pessoas para o extermínio, como no caso dos "justiceiros", não se configurando a figura típica o art. 288 por falta da idéia de estabilidade ou permanência da associação. Todavia, concordo com DAMÁSIO quando alerta se teria o legislador pretendido tratar como de especial gravidade o homicídio cometido por um grupo de cinco e não aquele cometido por um grupo de quatro. Creio que não, mas o legislador tem a oportunidade, neste projeto de lei, de esclarecer a duvidosa interpretação (o entendimento do penalista suso mencionado foi extraído

da palestra sobre *Crimes Hediondos*, que S. Exa. proferiu no 1º Seminário de Direito Penal e Processual Penal, promovido pela AMMP, de 26 a 28 de outubro de 1994).

Outro projeto de lei que demanda apreciação acurada é o de nº 725/95, que modifica os arts. 155, 157, 180, 309, 310 e 311 do Estatuto Penal.

Tal projeto propõe a alteração da Parte Especial para o “combate a uma crescente e inquietante forma de criminalidade contemporânea”, qual seja, “o roubo, furto, receptação, remarcação, desmanche e transporte para outras regiões do País e até para o exterior, de veículos automotores” (cf. exposição de motivos).

São várias as modificações sugeridas.

Destaco, como mais importantes, a criação de uma figura qualificada de furto, consistente na subtração de veículo que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; o aumento de pena do roubo na hipótese supra aludida e quando o agente mantiver a vítima em seu poder restringindo sua liberdade; a elevação para sete anos do mínimo da pena cominada ao roubo qualificado por lesão grave; a ampliação do rol das condutas configuradoras da receptação dolosa, com a adição, ao tipo básico, dos verbos transportar e conduzir; a criação de figura qualificada da receptação dolosa, com a seguinte formulação: “Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que

deveria saber ser produto de crime”, com evidente supressão da exigência de dolo direto constante do tipo fundamental e contentamento com a existência de dolo eventual; a criação do tipo autônomo de “adulteração de sinal identificador de veículo automotor” (art. 311).

Respeitante a estas modificações, que fencionam coibir especificamente os crimes contra o patrimônio que tiverem por objeto material veículos automotores, desejo tecer duas considerações.

A primeira concerne à figura da receptação qualificada. Pelo projeto irá se configurar tal hipótese quando o agente desmontar, no exercício de atividade comercial ou industrial, em proveito próprio ou alheio, coisa que deveria saber ser produto de crime. A pena, no caso, é de reclusão de três a oito anos e multa. Diz o § 2º do art. 180 “equiparar-se-à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência”.

Supondo que o proprietário de um ferrovelho, clandestino ou não, subtraia um automóvel, desmonte-o, com a ajuda de um auxiliar e venda suas peças, repartindo o dinheiro com o assistente, qual delito cometeria?

Num primeiro momento a resposta parece fácil. Toda a doutrina afirma não poder ser sujeito ativo do delito de receptação o autor, co-autor ou partícipe do delito anterior ou original.

Assim sendo, tendo cometido o delito de furto, responderia o agente pelo fato tipificado no art. 155,

caput. Acresça-se, para reforçar a mencionada solução, a tese doutrinária de que o dano posterior ao furto não é punível, se praticado pelo mesmo sujeito ativo, contra o mesmo bem jurídico e do mesmo sujeito passivo, objetivando o proveito do delito anterior (pelo princípio da consunção - *postfactum* impunível).

Contudo, tal solução, dependendo das circunstâncias do fato, pode configurar-se injusta. Imaginando ter havido furto simples, do *caput*, o agente do exemplo acima proposto seria punido com pena de reclusão de um a quatro anos e multa. Tal apenação seria muito menor que aquela prevista no sugerido § 1º do art. 180 (reclusão de três a oito anos e multa). Com uma agravante: este agente do nosso exemplo, que furtou o veículo e depois o desmontou, auferindo grande lucro com a venda das peças, seria punido de uma forma mais branda que o seu auxiliar que, devendo saber que a coisa era produto de crime, ajudou a desmontar o automóvel em proveito comum.

Penso que, na hipótese, há de se estipular, legalmente, uma preferência punitiva pelo delito mais grave ou determinar-se um concurso de crimes, sob pena de ser estabelecida mais uma polêmica doutrinária e jurisprudencial, à semelhança da ocorrente entre os delitos de falsificação de documento público e estelionato.

A segunda abordagem toca à construção do delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Conforme a exposição de motivos:

“o anteprojeto procura coibir a adulteração ou remarcação de chassi ou sinal identificador

de veículo automotor, de seu componente ou equipamento, instituindo crime autônomo a respeito. Tal conduta, indispensável para o sucesso da comercialização do produto do crime, predominantemente veículo automotor ao qual se restringe o tipo, tem encontrado sérias dificuldades de enquadramento na legislação vigente, tornando-se necessária a medida ora cogitada”.

Com razão o Ministro da Justiça, autor da exposição de motivos. Em verdade, enorme dificuldade existe para a tipificação correta da conduta daquele que adultera ou remarca número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento.

Há decisões discrepantes. Existem julgados que consideraram tal conduta como caracterizadora de favorecimento real (art. 349).

A criação de um tipo autônomo afigura-se-me a solução mais correta e, mesmo que o agente tenha participado do delito anterior, de furto, roubo ou receptação, parece-me caracterizado o concurso de crimes, por serem diferentes os bens jurídicos ofendidos (patrimônio em relação aos delitos mencionados e fé pública em relação ao crime do art. 311).

IV - Da Sugestão para Alteração na Legislação Penal Codificada

Apresento, por derradeiro, de forma tímida, uma sugestão para mudança a ser introduzida na legislação penal pátria.

Dispõe o art. 28, II, do Estatuto Penal, que a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, não exclui a imputabilidade penal.

Norteia-se a regra, como se infere da exposição de motivos da Parte Geral de 1940, aplicável por expressa menção da exposição de motivos de 1984, pelo princípio da *actio libera in causa seu ad libertatem relata*, que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência preordenado, mas a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência.

Vem a doutrina afirmando, com razão, que nem em todos os casos de embriaguez voluntária ou culposa, ao contrário da hipótese de preordenação, o agente, ao ingerir a substância que o levou ao estado de inconsciência, poderia alcançar a previsão do delito que vem a cometer no estado de intoxicação.

Assim mesmo, o legislador, utilizando-se de uma verdadeira ficção jurídica (deu por imputável quem, na realidade, não o era), considerou o agente, em qualquer hipótese, como portador tanto da capacidade de entender o caráter ilícito do fato, como da capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Há, evidentemente, uma hipótese de responsabilidade penal objetiva, ofensiva ao princípio do *nullum crimen sine culpa*, princípio maior em que se assenta toda a reforma da Parte Geral ocorrida em 1984.

Para solucionar a questão, entendo, como anota ALBERTO SILVA FRANCO, que melhor seria a inserção na legislação brasileira de fórmula semelhante à concebida no Código Penal Português.

Reza o art. 282 do CP lusitano, sob a rubrica “Crime praticado em estado de embriaguez”:

“1 - Quem, pela ingestão, voluntária ou por negligência, de bebidas alcoólicas ou outras substâncias tóxicas, se colocar em estado de completa inimputabilidade e, nesse estado, praticar um ato criminalmente ilícito, será punido com prisão até 1 ano e multa até 100 dias.

2 - Se o agente contou ou podia contar que nesse estado cometeria factos criminalmente ilícitos, a pena será de prisão de 1 a 3 anos e multa até 150 dias.

3 - A pena aplicada nunca pode, porém, ser superior à prevista para o facto que foi praticado pelo inimputável e o procedimento criminal depende de queixa se o procedimento criminal pelo crime cometido também o exigir.”

Apreciando o dispositivo, VICTOR SÁ PEREIRA, magistrado e doutrinador português, ensina que:

“a criação de estados de inimizabilidade não consente correlativa impunibilidade. Daí este tipo autónomo, que se funda em perigo abstracto. A inimizabilidade exclui a culpa do acto criminalmente ilícito que o agente praticou. Mas esta regra tem de ceder às hipóteses em que aquele se tenha posto, propositada ou intencionalmente, em estado de completa inimizabilidade, para cometer o facto criminoso. Então haverá dolo do facto cometido, funcionando o nº 4 do art. 20º (*actio libera in causa*)” (in *Código Penal*, Livros Horizonte, p. 319).

art. 282:

Averba o mesmo autor, examinando o nº 2 do

“O nº 2 não se refere à punição do acto ilícito perpetrado, em cujo âmbito não existe uma verdadeira vontade do facto. O agente limita-se a prever ou a estar em condições de prever eventual comissão de factos criminalmente tipificados. E não tem de aceitar esta mesma comissão, porque a agravação qualificativa - reportada ao nº 1 - a propósito, se funda na personalidade, ao nível da preparação para manter uma conduta lícita (art. 72) (ob. cit., p. 319).”

Verifica-se que o legislador português soluciona a hipótese da embriaguez de forma interessante. Pune a própria conduta, voluntária ou negligente (culposa), daquele que se embriaga sem ao menos prever o fato pelo qual depois vem a responder.

Não se trata, como visto, de punição pelo fato ilícito causado pelo agente em estado de embriaguez. Mas de punição da grave falta de preparação para a manutenção de uma conduta lícita, manifestada no fato.

Discordo da solução lusitana para as hipóteses em que o agente, ao se embriagar, teve previsão do evento lesivo, malgrado não o admitisse, não aceitasse sua ocorrência (nº 2 do art. 282 do CP português).

Este caso, entendo, soluciona-se pela regra geral da *actio libera in causa*, manifestada no art. 28, II, do CP brasileiro, assim como na hipótese de dolo eventual, em que o agente previu o resultado lesivo e consentiu na sua ocorrência.

Penso, arrimado nestes argumentos, que nossa legislação penal poderia conter um dispositivo assim:

Quem, pela ingestão voluntária ou culposa de álcool ou substância de efeitos análogos, colocar-se em estado de completa inimputabilidade e, assim, praticar um fato tipicamente ilícito, será punido com pena de reclusão de um a cinco anos.

§ 1º A pena será aumentada de um a dois terços no caso de resultar morte ou lesão corporal de natureza grave.

§ 2º A ação penal dependerá de representação ou queixa, se assim o exigir a relativa ao fato tipicamente ilícito cometido.