

Revista Jurídica

Volume 4 - março de 1986

FACULDADE DE DIREITO - PUCCAMP

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER:

D. Gilberto Pereira Lopes

MAGNÍFICO REITOR:

Prof. Eduardo José Pereira Coelho

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ACADÊMICOS:

Prof. Paulo de Tarso Barbosa Duarte

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS:

Prof. Antonio José de Pinho

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO:

Prof. Álvaro César Iglésias

REVISTA JURÍDICA

CONSELHO EDITORIAL

Presidente: Fernando de Almeida Prado
Marino Emílio Falcão Lopes
Roberto Telles Sampaio
Feliciano Roberto da Silva
Nahim Pedro Kachan
Francisco Isolino de Siqueira
Roberto Mário Rodrigues Martins

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Rua Marechal Deodoro, 1099 — Tel. 2-7001 — Caixa Postal 317
CEP 13100 — Campinas, SP

Revista Jurídica

Volume 4 - março de 1986

FACULDADE DE DIREITO - PUCCAMP

SUMÁRIO

Artigos

Adoção e Tutela

Marcos Nogueira Garcez 5 — 24

Aspectos da Recente Reforma Penal

Marino Falcão 25 — 34

Constituição e Constituinte

José Antonio Minatel 35 — 47

Da Remição na Execução

Lúgia Cristina de Araújo Bisogni 48 — 64

Co-autoria e Inépcia da Denúncia

Silvio Artur Dias da Silva 65 — 67

Origem Cristã do "Habeas-Corpus"

Francisco Vicente Rossi 68 — 80

Alguns Aspectos Relativos à Perícia de Investigação de Paternidade e Maternidade na Prática

Ayush Morad Amar 81 — 87

Quadro Comparativo entre a Lei nº 7.209/84 e a Parte

Geral do Código Penal 88 — 166

Resenhas 167 — 181

Noticiário

Homenagem Ao Dr. Carlos Foot Guimarães 182 — 183

Formandos de 1985 184 — 185

Vestibular de 1986 185

Professores da Faculdade de Direito da PUCCAMP 186 — 187

Revista Jurídica	Campinas	V. 4	MARÇO DE 1986	p. 1 — 188
------------------	----------	------	---------------	------------

ADOÇÃO E TUTELA*

Marcos Nogueira Garcez

Súmario da Conferência

- 1 – Apresentação do trabalho e justificativa do enfoque nele adotado.

A ADOÇÃO NO SISTEMA DA LEI CIVIL

- 2 – Ligeiro histórico do instituto.
- 3 – Exame crítico dos benefícios e inconvenientes comumente apontados.
- 4 – Natureza jurídica da adoção.
- 5 – Formalidades essenciais para validade do ato. Questões interessantes e controvertidas na doutrina e jurisprudência.
- 6 – Efeitos pessoais e patrimoniais da adoção. Alguns reflexos no Direito Sucessório.
- 7 – Formas de extinção da adoção. O repúdio pelo adotado e as demais hipóteses contempladas no art. 374 do Código Civil.

A ADOÇÃO NO CÓDIGO DE MENORES

- 8 – Menores passíveis de adoção no sistema da Lei nº 6.697/79.
- 9 – Adoção simples. Aplicabilidade dos princípios da lei civil. Estágio de convivência com o menor. Normas processuais a serem observadas.
- 10 – Adoção plena. Instituto substitutivo da legitimação adotiva. Conseqüente revogação da Lei nº 4.655/65. Disciplina legal da adoção plena. Menores que podem ser beneficiados através dela. Quem pode requerê-la. Efeitos constitutivos da sentença que defere o pedido. Considerações sobre a irrevogabilidade da adoção plena.

(*) Palestra proferida pelo Des. Marcos Nogueira Garcez, no Teatro Castro Mendes, em Campinas, em agosto de 1985, durante Semana Jurídica realizada sob os auspícios do Centro Acadêmico XVI de Abril.

- 11 — Disposições comuns aos processos judiciais de adoção regulados pelo Código de Menores. Recurso das sentenças nele proferidas.

TUTELA

- 12 — Conceito. Espécies em relação ao ato de que se originam.
- 13 — Considerações gerais sobre a tutela testamentária, legítima e dativa.
- 14 — Curatela especial de menor.
- 15 — Menores em situação irregular postos sob tutela. Disposições específicas aplicáveis a esse tipo de tutela dativa.
- 16 — Tutor. Pessoas impedidas para o exercício da tutela. Causas de escusa. Processo do pedido de dispensa.
- 17 — Compromisso do tutor e especialização de hipoteca legal. Formalidades que devem ser observadas.
- 18 — Exercício da tutela. Deveres do tutor e inspeção do juiz. Atos para cuja prática se exige autorização judicial. Atos proibidos por lei.
- 19 — Responsabilidade civil do tutor e do juiz pelos prejuízos que causam aos pupilos.
- 20 — Gratificação pelo exercício da tutela. Quando é devida e critério do arbitramento.
- 21 — Regras de prudência cuja observância se recomenda ao juiz na fiscalização do exercício da tutela.
- 22 — Prestação de contas do tutor. Quando e como deve ser feita.
- 23 — Casos de cessação da tutela.
- 24 — Remoção do tutor. Regras processuais aplicáveis.

Honrou-me sobremaneira o convite que, através de seu Vice Presidente, recebi do Diretório Acadêmico da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas para participar deste ciclo de conferências.

Mais ainda. Aquele convite, dando-me a oportunidade de conviver por alguns momentos com a mocidade interessada no estudo de direito, trouxe-me a alegria e o conforto de supor que a experiência de um velho juiz possa de alguma forma, ser útil na procura de pistas para o encaminhamento e deslinde de problemas tão atuais e de tanto relevo para a sociedade.

Cabe-me falar sobre a adoção e a tutela.

Escolhi o tema por se relacionar de perto com o magno problema do menor necessitado de amparo.

Dispensável encarecer a relevância da matéria. Não há melhor índice de grave enfermidade que afeta a sociedade em que vivemos do que a contemplação do aterrador espetáculo de sua juventude transviada, carente de amor, de orientação e de amparo.

Quando se fala em menor abandonado ocorre a muitos a exclusiva lembrança dos carentes de recursos materiais. Associação de idéia que se explica pelo trabalho insistente dos meios de comunicação interessados em reduzir toda a realidade social ao fator econômico. Tal enfoque, parcial e acanhado, traz a marca das deformações ideológicas. A realidade é bem mais complexa. O econômico é apenas um capítulo da carência de muito maior extensão a afligir tantos jovens em nossos dias. Carência, sobretudo, de natureza moral e religiosa. Que o digam os abandonados, filhos de pais ricos, que se perdem em vícios e drogas, vítimas da própria abundância e do mau emprego dos bens materiais que não lhes faltam !

Por isso mesmo, a contribuição do jurista para a solução desses problemas é limitada. Pomos à disposição dos que necessitam os recursos da lei. Devemos porém, ter a humildade de reconhecer que a lei, por mais perfeita que seja, não poderá acudir a todos os problemas da juventude carente de nossa sociedade enferma.

Só o retorno aos princípios da moralidade e à prática sincera do cristianismo pode operar, através da conversão dos indivíduos e da sociedade, a indispensável redenção da família. Nem é preciso ser sábio para compreender que na falência da instituição familiar estão a raiz e a fonte de quase todos os problemas angustiantes dos menores.

Ainda está expresso em nossa Constituição Federal que a família, nascida do casamento, tem direito à proteção dos Poderes Públicos (art. 175) e é no sentido dessa proteção que nós, interessados na ordem jurídica, devemos cerrar fileiras, contrapondo-nos às forças deletérias que tudo fazem para desmoralizar ou abastardar a célula mater da sociedade e da pátria.

As instituições do Direito de Família devem, pois, merecer o estudo carinhoso dos futuros juristas.

Justificados o tema e sua atualidade, desde logo observo que a extensão da matéria e a exiguidade do tempo, bem como o desejo de, quanto possível, dar do conjunto uma idéia geral, levou-me, por deliberada opção, a afastar-me de minúcias, a evitar citações eruditas, discussões doutrinárias e jurisprudenciais e a fugir de outros aspectos interessantes mas não estritamente jurídicos, como por exemplo, os sócio-econômicos.

Mesmo o enfoque legal teve de ser limitado, despojando-se da exposição, sempre que possível, o histórico e o exame de textos não mais vigentes na disciplina daqueles institutos.

Pela apresentação apenas a florada de tão relevantes problemas que mereciam exame mais profundo peço escusas ao paciente auditório, lembrando-lhe que o mérito desta palestra, se algum tiver, será o de suscitar o interesse de alguém, capaz de trabalho melhor...

Feitas tais considerações justificativas, vamos de imediato ao tema proposto.

A adoção, como outros institutos do direito, tem sua origem vinculada à crenças religiosas.

Entre os romanos, como lembra o sempre citado FOUSTEL DE COULANGES, "o dever de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção. A própria religião que obrigava o homem a se casar, que decretava o divórcio em caso de esterilidade, que em caso de impotência ou de morte prematura, substituía o marido por um parente, oferecia ainda à família uma última possibilidade de fugir à infelicidade, tão deplorada, da extinção; esta possibilidade era o direito de adotar" ("La Cité Antique", 18ª ed., pág. 55).

Aliás, essa preocupação, muito humana, de sobreviver no culto dos pósteros, pode-se dizer comum a todos os povos e civilizações, a testemunhar a ânsia da imortalidade que se abriga no coração de cada indivíduo.

A ela não é estranha, por exemplo, a Lei do Levirato, de Moisés, para nos ater apenas ao povo que tanto influenciou a cultura ocidental e cristã.

É de sabença comum que os judeus viviam na esperança da vinda do Messias, o Libertador, que os reconduziria da escravidão do pecado para a liberdade do Reino, ou seja, da morte para a vida. Crença comum entre eles a de que só se beneficiariam da Vida que o Messias havia de trazer os que através de descendentes estivessem representados quando do advento do Libertador. Não é por outra razão que no Deuterônômio piedosamente se determina que "quando morarem irmãos juntamente, e um morrer sem filhos, a viúva não casará com um estranho, mas o irmão do defunto a receberá, e suscitará descendência a seu irmão; e ao filho primogênito que tiver dela porá o nome de seu irmão, para que o nome deste não se extinga em Israel" (XXV, 5 e 6).

Como todos se lembram, baseando-se nessa prescrição da Lei do Levirato um grupo de Saduceus procurou envolver Jesus numa questão

casuística, de formulação irônica, mas obteve resposta magistral, definindo o Divino Mestre a certeza e o sentido da vida futura (São Mateus, XXII, 23 e seguintes).

Tais considerações, que pela natureza e duração da palestra não podem ser alongadas, positivam o aspecto inicialmente religioso do instituto da adoção; o desejo do homem de se perpetuar, de alguma forma, através da sua descendência natural ou, não sendo isso possível, pela descendência substituta, através de ficção legal.

Conheciam-se em Roma duas formas de adoção: a adrogação e a adoção propriamente dita. Diferiam por ser a adoção a passagem de um *alieni juris* de uma para outra família, enquanto, pela adrogação era pessoa *sui juris* que, com todos os membros de sua família, entrava para a do adotante.

Como observa EGBERT CHAMOUN: "a adrogação acarretava o desaparecimento de uma família, modificando, portanto, a constituição política da cidade. Por essa razão exigia a intervenção do povo e dos pontífices. Procediam estes a um inquérito prévio, o qual, se favorável, autorizava a convocação, pelo *pontifex maximus*, dos comícios por cúrias. Os pontífices perguntavam ao adrogante se queria ter o adrogado como filho, e a este e o povo se consentiam. Antes de ingressar na nova família, o adrogado renunciava, perante os comícios, ao seu antigo culto" ("Instituições de Direito Romano", Forense, 5ª ed., pág. 171).

A adrogação, inclusive sua sub espécie de adoção testamentária, tem hoje apenas interesse histórico posto que o direito moderno dela não cuida, fixando-se, apenas, na adoção propriamente dita. Esta mesmo, objeto de apreciações negativas, a que adiante nos referiremos, foi perdendo aos poucos sua importância a ponto de quase cair em desuso no direito medievo. Sua revigoração foi obra do Código Civil Francês, de Napoleão, ao que se tem notícia por instância do próprio Imperador, muito interessado em perfilhar um sobrinho para fazê-lo seu sucessor. Por influência do direito francês voltou o instituto a figurar na codificação de quase todos os povos.

CLÓVIS BEVILÁQUA, ao justificar a regulamentação do instituto no Código de 1916, faz, com profundidade e clareza a síntese dos benefícios que da adoção se pode esperar:

"Não tendo as leis pátrias regulado a adoção, e contra ela se tendo pronunciado alguns civilistas, não estava o instituto em florescência, nem se achavam bem definidos os seus contornos. Mas o Código fez bem em reerguê-lo, e dar-lhe feição acentuada, porque, na sociedade moderna, ele é chamado a desempenhar uma função valiosíssima. Não se trata, sim-

plesmente, de encontrar um continuador da família; nem, por outro lado, nos devemos arrepiar do que pela adoção se possam perfilhar adulterinos e incestuosos. Se somente para esse fim servisse a adoção, já seria de alta valia o seu préstimo. O que é preciso, porém, salientar é a ação benéfica, social e individualmente falando, que a adoção pode exercer, na sua fase atual. Dando filhos a quem os não tem pela natureza, desenvolve sentimentos afetivos do mais puro quilate, e aumenta, na sociedade, o capital de afeto e de bondade, necessário ao seu aperfeiçoamento moral; chamando para o aconchego da família e para as doçuras do bem estar filhos privados de arrimo ou de meios idôneos, aproveita e dirige capacidades, que, de outro modo, corriam o risco de se perder, em prejuízo dos indivíduos e do grupo social, a que pertencem" ("Código Civil", 2º vol., pág. 346).

Às vantagens acima referidas, muitos antepõem inconvenientes diversos que da adoção poderiam advir. Criticam-na pela possibilidade entrevista de burla à lei com a introdução na família legítima de filhos incestuosos e adulterinos. Fala-se da adoção, outras vezes, como fonte de ingratidões e arrendimentos.

Sem dúvida, instituição humana, embora imitando a natureza, terá a adoção seus inconvenientes que a lei e seus aplicadores procurarão minorar na medida do possível, mas de qualquer forma os benefícios que traz são incomparavelmente maiores que os malefícios acima apontados.

Até mesmo porque alguns desses inconvenientes são mais aparentes que reais. Já se viu, pela lição de CLÓVIS, que muito relativa é a crítica referente à possibilidade de adoção de filhos adulterinos e incestuosos. Aliás, atualmente, a legislação permite, para efeito de alimentos, a investigação da paternidade ajuizada por filho de qualquer natureza. Por outro lado, como bem observa **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO**, o fato da adoção poder ser causa de ingratidões não a desmerece absolutamente pois "o defeito advirá do próprio indivíduo e não da instituição jurídica" ("Curso de Direito Civil", Direito de Família, 2º vol., 17ª ed., 1978). Não se deve esquecer, ademais, que o vínculo da adoção sempre poderá ser dissolvido por ingratidão do adotado. Recorde-se, outrossim, que muitos outros benefícios (e não apenas o da adoção) são pagos com a moeda da ingratidão. Nem por isso se há de desaconselhar a prática do bem ou de se incentivar o pessimismo como filosofia de vida.

Feitas as contas, o saldo da adoção é positivo, sendo significativa a circunstância do instituto, de uma ou outra forma, figurar nas legislações de quase todos os povos, inclusive nas mais modernas codificações. O Projeto do novo Código Civil Brasileiro, como se sabe, também o consagra, atualizando sua disciplina e distinguindo as formas de adoção plena e restrita.

Controverte-se a respeito da natureza jurídica da adoção. Negócio solene e unilateral, dizem alguns, pelo qual o adotante admite um estranho na qualidade de filho. Outros, anotando que a adoção depende sempre do assentimento do adotado ou de seu representante legal (art. 372 do Código Civil) e que este, se for menor ou interdito pode desvincular-se da adoção no ano seguinte àquele em que cessar a menoridade ou a interdição (art. 373) defendem a idéia de se tratar de negócio bilateral, chegando certos juristas, a exemplo de PLANIOL, a defini-lo como contrato solene. Na classificação de DUGUIT seria, antes, ato condição, uma vez que seus efeitos decorrem exclusivamente da lei e não podem ser alterados pelas partes.

A adoção far-se-à por escritura pública (art.375), solenidade substancial à validade do ato (art. 134, I), não admitindo condição ou termo. Essa escritura, que deve obrigatoriamente ser levada a registro, independe de palavras sacramentais, bastando que o adotante declare ao tabelião que recebe alguém por filho adotivo. Mas, como o Prof. BARROS MONTEIRO anota e justifica: "já se julgou válida mesmo adoção exteriorizada no registro de nascimento do adotado feito pelo adotante; tratando-se também de instrumento público, ele equivale à escritura pública exigida pela lei. Essa tendência jurisprudencial inspira-se certamente no índole benéfica do ato, a ser prestigiado e não desfavorecido" (Op. cit., pág. 265).

Não se exige, no sistema do nosso Código Civil, a homologação judicial da adoção. Legislações mais rigorosas existem, incluindo tal exigência e atribuindo ao magistrado não apenas o exame dos requisitos formais da lei, mas a verificação de ser ou não a adoção conveniente para o adotado.

O adotante deve ser maior de trinta anos e ter, pelo menos, dezesseis a mais que o adotado. Se for casado, há de provar que seu matrimônio data de mais de cinco anos (arts. 368 e 369).

No ato da adoção, como dispõe o art. 2º da Lei nº 3.133/57, serão declarados quais os apelidos da família que passará a usar o adotado. Este poderá formar seus apelidos conservando os dos pais de sangue; ou acrescentando os do adotante; ou ainda, somente os do adotante, com exclusão dos apelidos dos pais de sangue.

Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher. Um só dos cônjuges pode adotar e para isso não depende da anuência do outro. Se ambos o fizerem, não se exige concomitância no ato.

Questão interessante a de saber se o art. 370 do Código Civil proíbe ou não a adoção sucessiva em caso de morte do adotante. As

opiniões são a respeito conflitantes, mas como observa o ilustre Prof. SÍLVIO RODRIGUES, "a inexistência de qualquer ressalva tem conduzido escritores do mais alto merecimento a responderem pela negativa e o eminente WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, a partir da 4ª edição de seu formoso livro, afirma ser inadmissível que alguém seja adotado, sucessiva ou simultaneamente, por duas ou mais pessoas. Tal posição, data máxima vênia, é inexata e inconveniente. O que se visa através da proibição de duas adoções, vigentes a um mesmo tempo, é evitar a divisão do vínculo do parentesco civil (Cf. CLÓVIS BEVILÁQUA, in Código Civil, obs. ao art. 370). Ora, se a segunda adoção surge após a extinção da primeira, é óbvio que não há divisão do vínculo do parentesco. Portanto, é inexato afirmar-se que o vínculo de parentesco se divide, nas adoções sucessivas. Tal posição é inconveniente, porque não milita a seu favor nenhum interesse social, muito pelo contrário. Se a adoção se reveste, atualmente, de um inescandível sentido assistencial, qualquer causa que limite seu alcance deve ser afastada. Os que eventualmente acolhem a posição negativista se inspiram na premissa de que *adoptio naturam imitatur* que se era verdadeiro no passado, não o é dentro do sentido atual do instituto" ("Direito de Família", ed. Saraiva, vol. 60, 6ª ed., pág. 335).

A jurisprudência tem admitido a adoção por avós e também por tios (Rev. Trib. 418/139; R.J.T.J. 11/96; 28/98) e com o acerto, ante a inexistência de impedimento legal a que isso se faça e atendendo à natureza benéfica do instituto.

O tutor ou curador que não haja prestado contas de sua administração ou que esteja em alcance não pode adotar o pupilo ou o curatela-do (art. 371).

Os efeitos da adoção, derivados do parentesco civil que se estabelece entre o adotante e o adotado, são pessoais e patrimoniais.

A regra é a de que tal parentesco se limita às pessoas do adotante e do adotado. Não mais vige a adrogação do velho direito romano, pela qual, como já se disse, também as pessoas da família do adotado *sui juris* se incorporavam à clan do adotante. Mas a regra do art. 376 do Código Civil admite exceções no tocante aos impedimentos matrimoniais, proibindo-se os casamentos do adotante com o cônjuge do adotado e do adotado com o cônjuge do adotante, bem como do adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 183, ns. III e V).

Outro efeito pessoal da adoção é a transferência do pátrio poder do pai natural para o adotivo. A opinião geralmente acolhida pelos doutrinadores é a de que a morte adotante não restabelece o pátrio poder do pai natural, extinto com a adoção (art. 392, IV), devendo, nesse caso, o adotado menor ser posto sob tutela.

Lembre-se, porém, que outros deveres e direitos resultantes do parentesco natural não se extinguem pela adoção. Assim, pode o adotado demandar e ser demandado pelos parentes naturais em ação de alimentos e entre eles não se alteram as regras do direito sucessório.

O mais importante efeito patrimonial da adoção, entre adotante e adotado, refere-se à matéria sucessória. Neste capítulo a interpretação de alguns textos da vigente legislação tem ensejado acesas controvérsias entre os doutos. Diz o art. 377 do Código Civil que "quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária" e desse enunciado alguns concluem que havendo prole, anterior ou posterior ao ato da adoção, o adotado nada herda do adotante.

Todavia, o entendimento mais razoável é que resulta da harmonização daquele dispositivo com o art. 1.605 e § 2º, também do Código Civil, que continua em vigor e segundo o qual, para efeito de sucessão o filho adotivo se equipara ao legítimo, ao natural, ao legitimado e ao reconhecido, sendo que no concurso com o legítimo superveniente à adoção, o adotivo terá direito de receber metade do que por herança àquele couber.

Resumindo: Se no momento da adoção o adotante já tem filho legítimo, legitimado ou reconhecido, o adotado nenhum direito terá à herança. Ao invés, se a prole advém posteriormente ao ato da adoção, o adotivo herderá somente a metade do que couber ao filho legítimo e ao legitimado, este último, por força do art. 352 do Código Civil. Concorrerá, todavia, em igualdade de condição com filhos supervenientes, se estes não forem legítimos ou legitimados.

Ainda no capítulo da sucessão legítima deve-se ressaltar que se o adotado falecer sem descendência sua herança se transmite a seus pais naturais e não ao adotante. Mas em falta dos pais, mesmo que o adotado tenha outros ascendentes, a herança se devolverá ao adotante (art. 1.609 e parágrafo único).

Em consonância com a regra de que o parentesco resultante da adoção limita-se ao adotante e o adotado, não há direito de sucessão entre o adotado e os parentes do adotante (art. 1.618).

Questão interessante, ainda não pacificada na doutrina, a de saber se os descendentes do adotado herdam do adotante. Entendem alguns, que o disposto nos arts. 377 e 1.618 do Código Civil não impediria a sucessão, pois dizendo que a adoção não cria parentesco entre o adotado e os parentes do adotante e que entre eles não há direito sucessório, todavia, explicitamente não afirma o inverso, ou seja, que não exista parentesco entre o adotante e os parentes do adotado. Baseados nisso, juristas do

coturno de CLÓVIS BEVILÁQUA e ITABAIANA DE OLIVEIRA sustentaram que a norma excludente do parentesco diz respeito tão só ao direito de família, não porém ao sucessório.

A opinião contrária, prestigiada por outros festejados juristas, como CARLOS MAXIMILIANO, HERMENEGILDO DE BARROS, CARVALHO DOS SANTOS e JOÃO LUIS ALVES, predominou na jurisprudência atual dos nossos Pretórios (R.T.J. 42/161 e RE n. 87.340, D.J. de 25.04.78, pág. 2.627; R.J.T. J. Lex, 63/221).

Quanto às formas de extinção da adoção, já fizemos referência à manifestação unilateral do adotado incapaz, repudiando o vínculo no ano imediato ao da cessação de sua incapacidade. Além dessa hipótese, o Código Civil, no art. 374, contempla outras: a resultante de convenção das partes e casos de ingratidão do adotado, os mesmos que dão direito à deserção (arts. 1595, 1.744 e 1.745 do Código Civil).

A dissolução unilateral e a amigável deve ser feita através de escritura e a resultante da ingratidão do adotado se promove em juízo, por ação ordinária, devendo o adotante demonstrar a ocorrência de um dos casos justificativos da deserção. Observa-se que, falecido o adotante, tal demanda poderá ser intentada por qualquer pessoa que tenha interesse na sucessão (art. 1596).

Até aqui tratamos da adoção, como atualmente em vigor no sistema do Código Civil.

É chegando o momento de enfocar, ainda que resumidamente, as expressivas disposições do Código de Menores (Lei nº 6.697/79) e as inovações que introduziu no instituto da adoção.

Tal Código regula a assistência, proteção e vigilância a menores de dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular, assim considerados:

- a) os privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente;
- b) vítimas de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
- c) os expostos a perigo moral;
- d) os privados de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
- e) os que apresentem desvios de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
- f) os autores de infração penal.

Entre as medidas de proteção e assistência aos menores em situação irregular, prevê o Código a colocação deles em lares substitutos e entre as formas de colocação se inclui a adoção, que poderá ser simples ou plena (art. 17, IV e V).

À adoção simples aplicam-se os princípios já mencionados da lei civil com o acréscimo de que a adoção de menor em situação irregular, sempre dependente de autorização judicial, será precedida de estágio de convivência com o menor, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar. Tal estágio poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade.

O interessado na adoção simples deverá requerê-la ao juiz de menores, indicando, no requerimento, os apelidos de família que usará o adotado. Se deferida a pretensão, esses apelidos constarão do alvará e da subsequente escritura, sendo, ao depois, averbados no registro de nascimento do menor (arts. 27 e 28).

Pela adoção plena, que substituiu em nosso direito o instituto da legitimação adotiva, com revogação da Lei nº 4.655/65, atribuiu-se ao menor em situação irregular a condição de filho, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo para efeito de impedimentos matrimoniais.

Sua disciplina consta do Código de Menores (arts. 29 a 37) e seus traços principais são os seguintes:

Cabe em favor do menor de até sete anos em situação irregular não eventual ou em benefício daqueles que, tendo mais idade, já se encontravam sob a guarda dos adotantes quando completaram os sete anos.

Seu deferimento, precedido de estágio de, no mínimo, um ano de convivência do menor com os adotantes, depende da comprovada conveniência da medida (o que ao juiz competirá aferir).

Podem requerer adoção plena casais com mais de cinco anos de matrimônio, desde que um dos cônjuges conte mais de trinta anos de idade. A lei, todavia, dispensa o prazo se provada a esterilidade de um dos cônjuges e a estabilidade conjugal dos adotantes.

Normalmente a adoção plena só se defere, em conjunto, à marido e mulher, mas estão autorizados a requerê-la o viúvo desde que provém que o menor está integrado em seu lar e que nele havia iniciado estágio de convivência de três anos ainda em vida do outro cônjuge. Nas mesmas condições também se admite a adoção plena por cônjuges separados, desde que entre eles haja acordo sobre a guarda do menor após a separação judicial.

Em substancioso artigo publicado na Revista Forense, vol. 275/91 a 93, ilustre Juiz no Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. DURVAL DA FONSECA BRAGA, demonstrou, a meu ver com todo acerto, a possibilidade da adoção plena por requerentes com prole. Objeções em contrário apenas fazem eco à velha sistemática que até mesmo a lei civil já repudiou (art. 377).

A sentença que conceder a adoção plena tem efeito constitutivo e será inscrita, mediante mandado no registro civil, dela não se fornecendo certidão. Na inscrição, os adotantes figurarão como pais, mas será consignado também o nome dos ascendentes do adotado. Cessam, com a inscrição, os vínculos de filiação e parentesco anteriores cancelando-se, por mandado, o registro original do menor. Certidões posteriores, nenhuma referência farão à origem do ato, salvo por expressa determinação da autoridade judiciária, para salvaguarda de direitos.

A sentença concessiva da adoção plena atribuirá ao menor o nome de família do adotante e poderá, a pedido deste, determinar a modificação do prenome do adotado. Esse dispositivo introduz uma exceção à regra do art. 58 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), segundo a qual "o prenome será imutável".

Por fim, o Código de Menores conceitua a adoção plena como irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos, aos quais estão equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres.

Essa disposição cria para os beneficiários da adoção plena, no campo do direito sucessório, uma situação privilegiada relativamente aos que são adotados no regime da lei civil, pois a estes, como já vimos, o art. 1605, § 2º do Código Civil manda que se pague apenas a metade da herança cabente aos filhos legítimos que sobrevierem ao adotante.

Não me parece razoável a dualidade de tratamento, convindo, de *lege ferenda*, que se harmonizem os critérios com prevalência da orientação mais liberal, agora consagrada no Código de Menores.

Segundo entendo, ao declarar irrevogável a adoção plena, o art. 37 da Lei nº 6.697/79 apenas quiz dizer que ela não se dissolve por ato unilateral dos adotantes. Isso não impede, salvo melhor juízo, que se possa invocar os casos de extinção da adoção referidos nos artigos 373 e 374 do Estatuto Civil.

O processo judicial da adoção simples e plena é regulado pela Lei nº 6.697/79 em seus artigos 107 e 109. Da sentença que nele for proferida cabe recurso, no Estado de São Paulo para a Câmara Especial do E. Tribunal de Justiça (assento nº 70, de 04-05-83, art. 4, n. 1).

*

Se a adoção, de que até aqui tratamos, é forma de se introduzir alguém, como filho, na família do adotante, a tutela é instituto que vem em socorro do menor não amparado pelo pátrio poder por morte ou ausência dos genitores ou por haverem eles decaído desse direito-dever (art. 406 do Código Civil).

Na definição de LAFAYETTE, tutela é o poder conferido à alguém, em virtude de lei, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora da ação do pátrio poder (Família, Seção V, Cap. I, § 144).

Deve ser entendida, principalmente, como encargo, munus imposto pelo Estado em benefício do tutelado ou pupilo.

Relativamente ao ato de que se origina três são as espécies de tutela: a testamentária, a legítima e a dativa.

A primeira é a instituída por testamento ou qualquer outro instrumento autêntico pelo pai ou mãe que estejam, ao falecer, no exercício do pátrio poder e também, na falta daqueles, sucessivamente, pelo avô paterno e o materno. A possibilidade dos avós instituírem tutores para os netos, resquício do Direito Romano, é geralmente criticada pelos comentaristas, a partir de CLÓVIS, mas o Projeto do novo Código Civil, a conservou (art. 1.777). Nomeação de tutor para menor que tenha pai ou mãe vivos e no exercício do pátrio poder é ineficaz.

Na ausência de nomeação testamentária, competirá ao juiz nomear o tutor, escolha que deverá recair em pessoa idônea. Tal escolha obedecerá, preferentemente, a ordem dos parentes consanguíneos do menor, que é a indicada no art. 409 do Código Civil: o avô paterno, o materno, a avó paterna, a materna, os irmãos, preferindo os bilaterais aos unilaterais, o de sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço. Em seguida, os tios, em igual ordem de preferência.

A ordem indicada na lei é para ser seguida não havendo motivos graves que aconselhem sua alteração em benefício do menor. Na matéria, a jurisprudência admite flexibilidade e reserva largo espaço ao critério do magistrado. Critério que deve ser exercitado com prudente arbítrio.

Não havendo tutores testamentários ou legítimos ou nas hipóteses de haverem sido eles excluídos escusados ou removidos da tutela, competirá ao juiz a nomeação de um dativo, devendo a escolha recair em pessoa idônea e residente no domicílio do menor. Aqui, por motivos óbvios, deve o magistrado se esmerar no exame da idoneidade da pessoa que escolher para o exercício da tutela.

Aos irmãos órfãos se dará um só tutor. Se mais de um constar de indicação testamentária, entende-se que a tutela foi atribuída ao primei-

ro indicado e que os outros lhe hão de suceder pela ordem da nomeação, em ocorrendo morte, incapacidade, escusa ou outro impedimento legal dos antecedentes.

Paralelamente ao tutor, poderá o menor ter um curador especial. É o que dispõe o art. 411, parágrafo único do Código, permitindo a quem institua o menor seu herdeiro ou legatário nomear-lhe curador para os bens deixados. Portanto, a função desse curador especial limita-se exclusivamente aos negócios relativos aos bens oriundos da herança ou legado.

Aos menores em situação irregular (antes considerados abandonados), que carecerem de representação permanente (art. 26 do Código de Menores), o juiz nomeará tutor dativo se não preferir recolhê-los a estabelecimentos públicos especializados. Em se tratando de menores em situação irregular, o tutor nomeado assume, necessariamente, o dever de guarda. Ademais, nesses casos o exercício da tutela é por prazo indeterminado, não se aplicando o limite de dois anos referido no art. 443, I do Código Civil.

Como o tutor deve velar pela pessoa do pupilo e proteger-lhe os bens, é natural que o legislador impeça o exercício dessa função àqueles que não tenham condições mínimas para desempenhá-la. Estão legalmente impedidos para o exercício da tutela (art. 413) os incapazes, os constituídos em obrigação para com o menor ou com direitos a reclamar dele; aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tenham demanda contra o menor; os inimigos deste ou de seus pais; os que pelos pais do menor tenham sido expressamente excluídos da tutela; os condenados por crimes de furto, roubo, estelionato ou falsidade, ainda que não hajam cumprido a pena; as pessoas de mau procedimento, falhas em probidade e as culpadas de abuso em tutorias anteriores.

Todas essas pessoas (de uma ou de outra forma inidôneas) e mais os que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela estão legalmente impedidas para a nomeação.

A tutela, como já se disse, é **munus público**. Quem for nomeado deve obrigatoriamente exercê-la a menos que tenha motivo legal de escusa, que deve ser apreciado pelo magistrado. Se a escusa não for admitida e enquanto pende eventual recurso, no nomeado exercerá a tutela sob pena de responder pelas perdas e danos que o menor venha a sofrer.

Podem se escusar da tutela (art. 414) as mulheres; os maiores de sessenta anos; os que tiverem em seu poder mais de cinco filhos; os impossibilitados por enfermidade; os que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela; os que já exerceram tutela ou curatela e os militares em serviço.

Igualmente, não poderá ser obrigado a aceitar a tutela quem não for parente do menor, desde que prove existir, no lugar, parente idôneo, consanguíneo ou afim do tutelado e em condição de exercê-la (art. 415).

Das causas de escusa, todas compreensíveis e razoáveis à época em que o Código de 1916 foi editado, pode-se agora criticar a que autoriza a dispensa da mulher. A respeito, observa o Prof. SÍLVIO RODRIGUES que hoje, vivendo a mulher em direta concorrência com o homem, partilhando das vantagens de uma autonomia merecidamente conquistada, não deveria gozar de privilégio como o referido neste dispositivo (Op. cit., pág. 396).

O Projeto do novo Código Civil limita o direito de escusa às mulheres casadas (art. 1.784, I), subtraindo-se, em parte, à crítica acima referida.

A escusa ao encargo da tutela deve ser manifestada ao juiz no prazo de cinco dias, que se conta na forma do art. 1192 do Código de Processo. Ressalte-se que no tocante ao prazo esse dispositivo do Estatuto Processual alterou o art. 416 do Código Civil, que concedia dez dias para apresentação da escusa. O magistrado decidirá de plano o pedido de escusa (art. 1.193 do CPC).

Escolhido e compromissado o tutor, por termo, em livro próprio rubricado pelo juiz (art. 1.188 do C.P.C.) e ocorrendo a hipótese do menor ter bens, antes de assumir a tutela deve o nomeado especializar, em hipoteca legal devidamente inscrita, bens suficientes à garantia de sua administração. Se os bens do tutelado forem mais valiosos que o patrimônio do tutor, este reforçará a hipoteca com caução real ou fidejussória, salvo se não tiver meios ou for de idoneidade reconhecida (arts. 418, 419, 827, IV do Código Civil e 1.188 do C.P.C.). Nessa mesma oportunidade, o tutor, antes de entrar em exercício, deverá declarar tudo o que lhe deva o menor sob pena de não lhe poder cobrar enquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o débito, quando a assumiu (art. 430 do Código Civil).

O magistrado que não nomear tutor ao menor ou que não o fizer oportunamente terá responsabilidade direta e pessoal pelos prejuízos que disso possa advir ao incapaz. Essa responsabilidade será subsidiária se, embora nomeando, não exigiu do tutor a garantia legal ou quando deixou de o remover, tanto que se tornou suspeito (art. 420 e 421).

Entrando em exercício, incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, reger a pessoa do menor, velar por ele e administrar-lhe os bens. Estes lhe serão entregues mediante termo que os especifiquem, com seus valores. Esse termo, assinado pelo tutor, não pode ser dispensado.

No que diz respeito à pessoa do pupilo deve o tutor dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme seus haveres e condição e reclamar do juiz providências se o menor haja mister de correção (art. 424 do Código Civil). No que se refere a alimentos, sendo o caso, poderá o tutor, representando ou assistindo o menor, reclamá-los também das pessoas que por lei estejam na obrigação de prestá-los.

São ainda deveres que decorrem do exercício da tutela: a representação ou assistência ao pupilo nos atos da vida civil para suprir-lhe o consentimento; o recebimento de rendas e pensões a ele devidas; o pagamento de despesas de subsistência e educação do menor e as relativas à administração de seus bens; a venda dos bens do tutelado que se destinem à alienação (art. 426).

Para a prática de determinados atos o tutor deve, antes, solicitar autorização do juiz. Entre eles, como enumerado no art. 427 do Código Civil: as despesas necessárias com a conservação e melhoramento dos bens; a cobrança de créditos e pagamento de débitos do menor; a aceitação de herança, legado ou doação, com ou sem encargo; transigir em nome dele; vender-lhe, em praça, os móveis de conservação inconveniente e os imóveis (estes últimos apenas na hipótese de que haja manifesta vantagem — art. 429). E, finalmente, propor as demandas para defesa dos direitos do tutelado e responder às que contra ele forem ajuizadas. Todos esses atos dependem de prévia autorização do magistrado.

A venda dos bens será sempre precedida de estimativa judicial para que se possa aferir da conveniência da alienação que obrigatoriamente deve ser feita em hasta pública. Pode o magistrado determinar que, mesmo em hasta, o imóvel não seja vendido por preço inferior ao da avaliação.

Não pode o tutor, ainda que conseguisse absurda autorização judicial, praticar os seguintes atos, pela lei considerados nulos: adquirir por si ou interposta pessoa, qualquer que seja a forma da aquisição, bens do tutelado; dispor de tais bens a título gratuito ou constituir-se cessionário de crédito ou direito contra o menor (arts. 428 e 1.133 do Código Civil).

Responderá o tutor pelos prejuízos que, por culpa ou dolo, causar ao pupilo. Deve, porém, ser reembolsado da tutela. Tem direito, ainda, a uma gratificação que se não fixada pelos pais será arbitrada pelo magistrado em importância nunca excedente a 10% da renda líquida anual dos bens por ele administrado. Observe-se, porém, que o exercício da tutela de menores em situação irregular é sempre gratuita (art. 431) ainda que o tutelado possua bens.

Na administração dos bens dos órfãos algumas regras de prudência são impostas pelo legislador e devem ser objeto de atenta fiscalização por parte dos magistrados.

O tutor não deverá ter consigo dinheiro mais que suficiente para as despesas ordinárias de sustento, educação e administração dos bens do tutelado. O excedente deve ser obrigatoriamente recolhido, em conta de correção monetária, devendo o depósito ser feito em Caixa Econômica, no Banco do Brasil ou em outro em que Estado membro da União possua mais da metade do capital social integralizado. No caso do Estado de São Paulo, o nosso BANESPA (art. 432, § 1º do Código Civil e 666, I do C.P.C.). Também os objetos preciosos que não forem vendidos em hasta com conversão de seu valor em títulos públicos, deverão ser objeto de depósito.

Pelo retardamento na aplicação de valores pertencentes aos menores responderão os tutores e, embora o Código só se refira aos juros legais como objeto do ressarcimento (art. 432), pode-se sustentar a obrigatoriedade da incidência da correção monetária a partir do momento em que por desídia do responsável a aplicação deixou de ser feita.

As quantias pertencentes aos menores e depositadas não poderão ser levantadas sem ordem do juiz. E os levantamentos apenas hão de ser autorizados nas estritas hipóteses previstas na lei (art. 433). Também aqui o magistrado há de examinar as pretensões de levantamento à luz do exclusivo interesse no menor, com o critério e o cuidado do bom pai de família. Não favorecerá aplicações arriscadas, mas deverá ter visão suficiente para discernir o interesse imediato e futuro do menor. Nessa tarefa, como em todas as mais relativas à fiscalização da tutela, contará o juiz com o indispensável apoio e o lúcido parecer do Ministério Público.

Quem administra bens alheios fica na obrigação de prestar contas. Consequentemente, aos tutores incumbe tal dever.

Pelo sistema de nossa lei deve o tutor, anualmente, submeter ao juiz um balanço que aprovado, se anexará ao inventário. De dois em dois anos fará periódica prestação de contas. E assim procederá também sempre que o juiz entenda conveniente ou quando deixar o exercício da tutela. Tais contas, após ouvidos os interessados, serão julgadas. Saldo se houver, deve ser recolhido, com as cautelas já recomendadas, ou aplicado na aquisição de imóveis ou títulos de dívida pública. Ao se findar a tutela, por maioria ou emancipação do tutelado, não poderá este eximir o tutor de prestar contas (art. 437), dispositivo razoável se atentarmos para o caráter de delegação estatal da tutela e para o possível constrangimento do ex-tutelado em reclamar contas da pessoa até então encarregada de por ele velar. Aliás, é tão estrita essa obrigação que, mesmo na hipótese de morte, ausência ou interdição do tutor, as contas hão de ser prestadas por seu representante ou sucessores.

As despesas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao menor serão levadas a crédito do tutor, inclusive as referentes à própria prestação das contas.

A partir do julgamento definitivo das contas, vencerão juros tanto sobre o alcance do tutor como sobre o saldo contra o tutelado, valendo aqui o que antes se disse a respeito da incidência de correção monetária, igualmente exigível.

Aplica-se às contas do tutor, no que couber, os dispositivos dos artigos 914 e seguintes do Estatuto Processual, de modo particular a regra do art. 919 que determina sejam elas prestadas em apenso ao processo da nomeação. O tutor condenado a pagar o saldo, não o fazendo no prazo legal, poderá ser destituído por ato do juiz, cabendo o sequestro dos bens sob sua guarda e a glosa da gratificação a que teria direito.

Por fim, resta examinar os casos de cessação da tutela. Por sua própria natureza o instituto é de duração temporária. Não mais existindo as razões justificativas da tutela, cessa a condição de pupilo. Isso ocorre se o tutelado se torna *sui juris* pela maioria ou emancipação. Também na hipótese do menor cair em pátrio poder, por legitimação, reconhecimento ou adoção (art. 442).

Por outro lado, cessam as funções do tutor, expirando o termo de dois anos em que era obrigado a servir. Como é óbvio, concordando o tutor, o encargo poderá ser renovado por biênios sucessivos. Anote-se que a recusa à renovação de encargo por mais um biênio deve ser obrigatoriamente manifestada pelo tutor, dentro de dez dias contados da expiração do termo (art. 1198 do C.P.C.).

É também causa de cessação, a escusa legítima oportunamente manifestada. As hipóteses de escusa, já analisadas, são as que figuram nos artigos 414 a 416 do Código Civil.

Finalmente, cessa a tutela se o tutor for removido por ato judicial. Devem ser removidos os irregularmente nomeados apesar de sua legal incapacidade para o exercício (art. 413) e aqueles que se revelarem, no desempenho do *munus*, negligentes, prevaricadores ou incursos em incapacidade.

A remoção de tutor deve ser pleiteada no juízo da tutela pelo órgão do Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse (art. 1.194 do C.P.C.) nos casos previstos em lei. Citado, terá o tutor cinco dias para a defesa, depois do que se adotará o processo das medidas cautelares (art. 803 do C.P.C.).

Pode o magistrado, em casos de extrema gravidade, suspender o tutor de exercício de suas funções, enquanto tramita o processo de

remoção ou dispensa. Nessa hipótese, dar-lhe-á substituto, interinamente (art. 1.197 do C.P.C.).

São essas as observações que me ocorreram sobre o tema proposto. Escusando-me, mais uma vez, pelas imperfeições do trabalho, ponho-me a disposição dos que desejem discuti-lo, após havê-lo aturado com tanta paciência e benevolência...

Ao encerrar, reitero a todos a alegria que tive em participar desta Semana de Estudos Jurídicos posta sob o patrocínio do grande estadista Tancredo Neves, cuja equilibrada e pacífica liderança no cenário político-administrativo, tão conforme à índole e à tradição do povo brasileiro, fez acender, de um a outro extremo da Pátria, a chama da esperança em dias melhores e mais justos.

Meu contentamento é tanto maior por observar que este entusiasmo é partilhado por jovens estudantes de Direito, prestes a assumir as imensas responsabilidades a eles reservadas na condução dos destinos desta grande nação.

Estamos no limiar de uma Constituinte. Praza aos céus que no momento oportuno se faça ouvir dos cultores do Direito a palavra certa, de orientação segura, para que nossa Lei Estrutural efetivamente corresponda às necessidades e anseios do sofrido povo brasileiro. E que, ao se erguer tal voz, interesses mesquinhos não posterguem nem façam esquecidas os direitos da-Família, à qual estão jungidos de forma necessária e indissolúvel, o futuro e a grandeza da Pátria.

A esta Pátria todos nós devemos o máximo de dedicação. De modo particular, vós, jovens universitários, ponde vosso amor a serviço do Brasil, que será no futuro grande e respeitado na medida em que a ele dedicardes com entusiasmo vossas atividades e, se preciso, vossas próprias vidas.

Possamos, todos, com orgulho, apresentá-lo um dia aos pósteros usando a imagem do Poeta Sublime:

"Esta é a ditosa Pátria, minha amada,
À qual, se o Céu me dá que eu sem perigo
Torne, com esta empreza já acabada,
Acabe-se esta luz alí comigo."

("Lusíadas", conto III, 21).

ASPECTOS DA RECENTE REFORMA PENAL*

Marino Falcão

1. Nenhum Código pode pretender o apanágio da imutabilidade.

É de reconhecer-se que o Código Penal de 1940 já se fazia carecedor de alterações, pois em muitos tópicos se tornara ultrapassado pela enorme velocidade das mudanças de costumes e pelos extraordinários progressos materiais e tecnológicos das últimas décadas.

Entretanto, como disse o historiador César Cantù, "o pior momento para fazer-se uma reforma é quando já não há possibilidade de adiá-la"...

A reforma introduzida pela Lei nº 7.209, que alterou, substancialmente, dispositivos da Parte Geral do Código Penal de 1940, não escapará, por certo, à increpação de açodada, sendo visível o esforço pressuroso que a fez, depois de aprovada pelos votos das lideranças no Congresso Nacional, entrar em vigor a partir de 13 de janeiro do corrente ano, apenas dois dias antes da reunião do Colégio Eleitoral, em Brasília, e dois meses antes que se iniciasse o novo governo, o governo da Nova República.

Não teria sido preferível, não consultaria mais ao bem público aguardar a conclusão dos trabalhos atinentes à Parte Especial, para que tudo, como um corpo estruturalmente indissociável, tivesse vigência na mesma data?

O açodamento, todavia, ocorreu e a Lei nº 7.209 é um "fait accompli", é um fato consumado, ensejando apenas este comentário crítico inicial, que se fará prestigiado pela sabedoria imensa de MONTAIGNE:

"É duvidoso que a vantagem que pode haver em modificar uma lei por todos acatada, seja incontestavelmente maior do que o mal resultante da mudança; tanto mais quanto os usos e costumes de um povo são como um edifício constituído de peças diversas de tal maneira juntadas que é impossível abalar uma sem que o abalo se comunique ao conjunto. O legislador dos Thuriens ordenara que quem quisesse propor a abolição de uma lei existente, ou a adoção de uma nova, se apresentasse diante do povo, corda ao pescoço, a fim de que, em não sendo aprovada a ino-

(*) Palestra proferida pelo Des. Marino Falcão, em Manaus, a convite da Associação dos Magistrados do Amazonas, em 28-6-85.

vação fosse imediatamente enforcado" ("ENSAIOS", Livro I, Cap. XXIII).

Aqui no Brasil, perdoai-nos o inofensivo gracejo, se fôssemos seguir a sugestão do legislador dos Thuriens, precisaríamos certamente de muitas cordas... e não faltariam peçoços !

Vejamos, agora, alguns aspectos inovadores da questionada Lei nº 7.209, que constitui, a esta altura, sem embargo dos defeitos que apresenta, um diploma da maior importância para o nosso ordenamento jurídico-penal.

2. Logo no § 2º do art. 13, deparamos com a rubrica "Relevância da omissão", disciplinando a importância etiológica da omissão na causalidade delitiva.

Foi retomada pelo atual legislador a fórmula já delineada no Código de 1969, atendendo-se, dessa maneira, ao estágio mais adiantado da elaboração penal, que procura fixar, como fontes da omissão relevante, a trindade representada pelo dever legal, pela chamada "posição de garantidor" e pela perigosa situação de fato criada pelo próprio omitente.

Deu-se, assim, um tratamento lógico, embora sem compromisso doutrinário, ao tormentoso problema da causalidade da omissão, que importa muito ao Direito Penal, menos pelo seu aspecto naturalístico e mais — repetindo as palavras de ANTONIO DE QUEIROZ FILHO — "como resposta à exigência de racionalidade na atribuição do fato criminoso a alguém" ("Lições de Direito Penal", p. 128).

3. A seguir, no art. 16, vamos encontrar outra rubrica nova: "Arrependimento posterior": "Nos crimes cometidos sem violência ou agrave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços".

Um primeiro reparo há que ser feito à redundância pleonástica dessa rubrica, já que não se pode conceber arrependimento que não seja posterior... Também poder-se-á criticar a colocação do artigo 16 entre aquele que trata da desistência voluntária e do arrependimento eficaz e aquele outro que trata do crime impossível. Ora, a matéria do focalizado artigo nada tem que ver com a discipoina da tentativa e com o arrependimento eficaz só tem em comum o vocábulo "arrependimento"...

Melhor fora que a inovação fosse lançada noutro capítulo, possivelmente no da aplicação da pena, pois ele, a rigor, não diz respeito à teoria do crime, menos ainda ao instituto da tentativa.

Superadas estas observações, só resta louvar o saudável alcance de Política Criminal que o artigo 16 representa. "Essa inovação — como

diz a Exposição de Motivos (item) — 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”.

Este é, pois, um dos raros momentos em que o novel legislador, de maneira explícita, volve os olhos para os interesses da vítima, daquela pessoa que está no outro pólo da relação gerada pelo crime e que também deve merecer a atenção da lei penal, muito mais do que, na realidade, acontece.

A raiz vitimológica desse dispositivo talvez esteja na Súmula nº 554 do Colendo S. T. F., que obstava a ação penal, nos casos de cheque emitido sem provisão de fundos, quando o pagamento ocorresse antes do recebimento da denúncia.

Entendemos que a Súmula nº 554 continua de pé, não foi derubada pelo art. 16, aplicando-se aquela, em seu amplo efeito obstativo da ação penal, nos casos dos cheques sem fundos quitados antes do recebimento da denúncia, e aplicando-se este último nas demais hipóteses de delitos cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa, ressalvando-se porém a hipótese do peculato culposo, onde a reparação do dano surge como causa de extinção da punibilidade, especialmente prevista no § 3º art. 312, “se precede a sentença irrecorrível”; “se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta”.

Anota-se, aqui, um descompasso entre a Parte Geral, modificada pela Lei nº 7.209, e a Parte Especial, pois no atual Título VIII, que trata da “Extinção da Punibilidade”, foi suprimido do elenco do art. 107 o “ressarcimento do dano no peculato culposo” — que correspondia ao antigo inciso X do art. 108 — enquanto a Parte Especial, ainda incólume aos propósitos reformistas, continua prevendo a causa extintiva da punibilidade, quando o ressarcimento do dano é feito antes da sentença irrecorrível.

Claro que o dispositivo especial sobreleva ao da Parte Geral, tanto mais que visa ao benefício do réu, constituindo a solução mais benigna.

Destarte, cumpre concluir que o dispositivo do art. 312, § 2º, continua perfeitamente aplicável, inobstante a supressão na Parte Geral do ressarcimento do dano como causa de extinção da punibilidade no peculato culposo.

Serve isso para ilustrar os equívocos resultantes do açodamento com que se fez entrar em vigor a Lei nº 7.209, o que deu como consequência essa falta de sintonia entre a nova Parte Geral e a Parte Especial, com prejuízo para todo o sistema estrutural do Código.

4. Outra novidade da reforma penal está no Título IV, onde é regulado o concurso de pessoas.

O Código de 1940 cuidava da matéria sob a rubrica "Da Co-Autoria".

Agora, a mudança começa pela própria denominação do Título: "Do Concurso de Pessoas", expressão mais abrangente.

O art. 29 repete as palavras do antigo art. 25: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas", mas acrescenta um importante adinículo: "... na medida de sua culpabilidade".

Esta cláusula aditiva faz a grande diferença entre o primitivo texto e o novo, decorrente da recente reforma.

Naquele, era perfilhada a teoria monística, segundo a qual, como assinalava o Ministro FRANCISCO CAMPOS na Exposição de Motivos, "o crime é sempre único e indivisível, tanto no caso de unidade de autoria, quanto no de co-participação", de tal sorte que "quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito da sua consciência e vontade".

Agora, pelo modelo inovador, foi prestigiado o chamado "Direito Penal da culpabilidade" e aceita a inspiração da teoria finalista; por isso, é na medida da sua culpabilidade que o agente responde pelo concurso.

Adotou-se, assim, a denominada teoria do domínio funcional do fato, que mereceu de NILO BATISTA a seguinte observação: "Isto significa que só pode interessar como co-autor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera de participação (instigação ou cumplicidade)" ("Concurso de Agentes", 1979, pág. 77).

"À luz desta teoria, que se entrelaça com os postulados finalistas" — pondera MANOEL PEDRO PIMENTEL — "o concurso de pessoas é tratado de forma a distinguir autores, co-autores e cúmplices, derogando a fundamentação da teoria monística".

E prossegue o ilustre Professor paulista:

"Daí os dispositivos dos §§ 1º e 2º do art. 29 da lei nova, nos quais se prevê a participação de menor importância e a punição diferenciada para a hipótese em que o agente quis participar de crime menos grave, caso em que se aplica a pena prevista para este crime e, se previsível o resultado mais grave, a agravamento da pena até a metade" (RT 591/294).

A participação de menor relevância deixou de ser mera atenuante, balizada pelo mínimo cominado, para tornar-se causa de diminuição de pena.

Esse tratamento diferenciado entre os casos de autoria e de mera participação, no concurso de pessoas, exigirá, sem dúvida, muita sensibilidade e grande acuidade mental por parte dos julgadores, no momento do exame das situações concretas.

O texto novo em si mesmo não é mau, mas incumbirá a nós juízes torná-lo efetivamente bom, na hora da aplicação prática da lei.

Aumentou, certamente, a responsabilidade dos julgadores.

Antes, pela aplicação singela da teoria monística, as penas de todos os partícipes de um delito eram niveladas.

Agora, com o advento da Lei nº 7.209, o art. 29 e seus §§ 1º e 2º obrigam os julgadores ao aprofundamento no sopesar as provas e no exame da consciência da ilicitude e da reprovabilidade da conduta individual de cada um dos que tomaram parte na ação coletiva, auscultando, particularmente, o papel daqueles que, porventura, quiseram participar de crime menos grave e aplicando-lhes o tratamento penal correspondente.

Nem sempre será fácil essa tarefa judicante, pois será comum a alegação defensiva no sentido de que tal ou qual acusado quis participar do fato, mas sem o "plus" do resultado agravador.

O êxito da nova norma penal vai depender da sua prudente e criteriosa aplicação por parte dos juízes.

Como lembrava o clássico CARLOS MAXIMILIANO: "Não há sistema capaz de prescindir do coeficiente pessoal. A justiça depende, sobretudo, daqueles que a distribuem" ("Hermenêutica". ed. 1925, p. 110).

5. Enfoquemos, agora, numa rápida visualização, alguns aspectos do capítulo "Das Penas".

Aqui, as mudanças foram grandes e, certamente, preocupantes, pelo caráter de liberalidade, por vezes demasiada, de que se revestem.

Diz o art. 33, § 2º: "As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado".

E dispõe, a seguir, sobre critérios a serem observados:

"a) o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”.

Coroando este sistema de extremada complacência, a Lei de Execução Penal — que entrou em vigor simultaneamente com a Lei nº 7.209 — dispõe em seu art. 112 que “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior”.

Quer isto dizer que um réu condenado a 12 anos de reclusão, iniciado o seu cumprimento em regime fechado, depois de apenas dois anos, ou seja, um sexto, já poderá passar para o regime semi-aberto.

Aqui, caberia uma indagação: cumprido um sexto (dois anos), passa o sentenciado, na hipótese que estamos formulando, para o regime semi-aberto; agora, para ser transferido para o regime aberto, deverá cumprir mais um sexto da pena total, doze anos, ou da pena restante, dez anos ?

Cremos, acolhendo o magistério do Prof. DAMÁSIO E. DE JESUS, que ele deve cumprir mais um sexto da pena restante (dez anos).

Dai a conclusão algo melancólica: para atingir o estágio do regime aberto, que equivale na prática a uma situação de plena liberdade, os condenados a uma pena elevada, superior a oito anos de reclusão, poderão cumprir, não sendo reincidentes, talvez menos de um terço do total.

Uma pena de doze anos poderá significar, concretamente, o cumprimento de menos de quatro...

Isso não implicará descrédito na eficácia do sistema repressivo ?

E que dizer, então, das penas menores ?

Estas terão, em muitos casos, efeito puramente platônico.

As iguais ou inferiores a quatro anos poderão ser premiadas, desde o início, com o regime aberto e as que se situarem entre os parâmetros de quatro e oito anos poderão merecer, desde o princípio, o regime semi-aberto, o qual, dada a escassez de estabelecimentos apropriados, acabará trazendo, como consequência, a antecipação da benesse maior.

Isso não implicará também descrédito na eficácia do sistema repressivo ?

Ademais, veja-se que, tanto no regime da prisão-albergue, como nos institutos dos “sursis” e do livramento condicional, a Lei de Execução Penal arrola, em seus arts. 115, 132 e 158, várias condições a que estaria sujeito o sentenciado.

Inexequível, porém, a fiscalização dessas condições.

Trata-se, pois, de uma Lei de Execução que, paradoxalmente, não pode ser executada, por absoluta falta de mecanismos idôneos, capazes de fazê-la respeitada e cumprida.

6. Aspecto importante no capítulo "Das Penas" é a supressão das penas acessórias. No lugar delas, encontramos agora as penas denominadas "restritivas de direitos".

No elenco destas, surge logo, em primeiro lugar, a prestação de serviços à comunidade (art. 43, I, do CP).

Consiste tal prestação "na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais" (art. 46 do CP).

De observar-se, contudo, que o juiz não poderá indicar, por seu livre alvedrio, qualquer estabelecimento para o cumprimento da pena em questão. O art. 149, I, da Lei de Execução Penal diz que: "Caberá ao juiz da execução designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, **devidamente credenciado** ou **convencionado**, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões".

Ora, torna-se fácil prever que serão grandes as dificuldades em estabelecer o convênio ou o credenciamento, tendo em vista que, nos termos do art. 150 da citada Lei de Execução, "a entidade beneficiada com a prestação de serviços" deverá encaminhar "mensalmente, ao juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar".

Quer isto dizer, em última análise, que caberá à entidade fiscalizar o cumprimento da pena, coisa que, realmente, não lhe competiria e que na prática, vai acarretar evidentes obstáculos à viabilização da lei.

7. No que concerne às penas acessórias, a sua supressão trouxe relevante reflexo em relação aos crimes falimentares.

O art. 195 da Lei de Falências dispõe que: "Constitui efeito da condenação por crime falimentar a interdição do exercício do comércio".

Entendemos que tal dispositivo foi revogado pela nova Parte Geral do Código Penal, na esteira do voto proferido pelo Des. DIRCEU DE MELLO na Apel. Crim. nº 32.738-3-SP (E. 5ª Câmara Criminal — T.J.S.P.).

Não se argumente que ele vem previsto em texto especial, porque, no estabelecimento do seu prazo, tinha o julgador que se valer do diploma básico (cf. art. 69, n. IV e § único, n. IV, do antigo CP).

Nem se diga que a interdição para o exercício do comércio não seria sanção acessória, mas efeito permanente da condenação falitária. Veja-se, a este propósito, a clara lição de Professor WALDEMAR FERREIRA, em "Instituições de Direito Comercial-A Falência", ed. liv. Freitas Bastos, 1951, vol. 5, págs. 398/399.

"No regime penal atual, não há mais penas acessórias e a proibição do exercício de atividade aparece como pena principal, aplicada em substituição a pena privativa de liberdade, nos casos do art. 54 do CP.

Também como efeito da condenação não há falar na proibição em causa (cf. arts. 91 e 92 do CP)."

Em resumo, portanto, deve-se reafirmar que o art. 195 da Lei de Falências foi revogado pela nova Parte Geral do Código Penal, descabendo, agora, na sentença condenatória por delito falimentar, a imposição da já inexistente pena acessória de interdição para o exercício do comércio.

8. Deixamos para comentar em último lugar — "last but not least" um tema assás preocupante. O referente ao limite das penas.

"O tempo de cumprimento das penas" — reza o art. 75, *caput* — "não pode ser superior a trinta anos".

Reproduz-se, com pequena variação de palavras, aquilo que já vinha disposto no art. 55 do texto primitivo do Código.

Não há, como é sabido, empecilho a que um réu seja condenado a penas cujo total exceda o limite dos trinta anos. O tempo de cumprimento é que não pode, em caso algum, ultrapassar esse período.

Esse preceito compatibiliza-se com a idéia, que até a Carta Magna consagra, de que não devem existir penas de prisão perpétua, que atentam contra a dignidade do homem e contém, necessariamente, a indicação de que o seu destinatário é incapaz de um projeto existencial, é um "ser não aberto ao mundo". Segundo a feliz expressão de ANGEL TÓRIO LOPEZ: "Podría decirse que la reclusión perpetua es la verdadera zoología de la represión" ("Estudio de la reforma de los delitos contra vida" em "Repercusiones da la Constitución en el Derecho Penal", Bibao, 1983, p. 97).

Até aqui, nada de novo nem que possa suscitar restrições.

Entretanto, o § 1º do art. 75 do CP dispõe:

“Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo”.

Pergunta-se: a unificação tem validade somente para a fixação do limite máximo do tempo de execução da pena ou para todos os efeitos, como livramento condicional, transferência de regime prisional, remição pelo trabalho, etc. ?

Coloquemos claramente a questão: suponha-se o caso de um réu condenado a 50 anos de reclusão. Reincidente em crime doloso, para obter o livramento condicional deverá cumprir mais da metade dos 50 ou mais da metade de 30 anos ? E a transferência de regime prevista no art. 112 da Lei de Execução, assim como a remição pelo trabalho prevista no art. 126 e §§ da mesma Lei, deverão ter como base o **quantum** da pena efetiva ou da unificada ?

Duas correntes já se digladiam, polemizando em torno do assunto.

A primeira, perfilhando a posição liberal, pretende que os requisitos objetivos de certos benefícios, como o livramento, a remição, a transferência de regime, etc., deverão ser apreciados tomando-se como ponto de referência a pena unificada (trinta anos) e não o total da pena efetiva.

A segunda — que é sustentada, entre outros, pelo Prof. DAMÁSIO E. DE JESUS — entende que os aludidos benefícios da fase executória devem tomar como balizamento o total da pena efetiva e não o **quantum** unificado do art. 75 (trinta anos).

Argumentam os defensores da posição liberal que, a prevalecer a interpretação mais rigorosa, o § 1º do art. 75 seria dispensável, constituindo uma superfetação inútil do legislador.

E também vão buscar apoio na própria Exposição de Motivos da Lei nº 7.209, em seu item 61, quando diz que “as penas devem ser limitadas para alimentarem no condenado a esperança de liberdade e a aceitação da disciplina, pressupostos essenciais da eficácia do tratamento penal”.

Não se pode — argumenta-se — alimentar a esperança do condenado com a afirmação de que terá de cumprir trinta anos de prisão, se estiver condenado a várias penas de larga duração (artigo de Prof. JULIO FABBRINI MIRABETE, in “O Estado de São Paulo” de 16-06-85).

Sem embargo dessa argumentação, adotamos sem vacilar a segunda posição, prestigiada, como já dissemos, pelo ilustre Professor

DAMÁSIO, em estudo publicado no jornal "O Estado de São Paulo" de 05-05-85:

"Note-se que o questionado § 1º diz que as penas "devem ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo 75. E a disposição cuida do "limite das penas" (indicação marginal) para efeito do tempo de seu cumprimento, restringindo, segundo cremos, o âmbito de eficácia do benefício.

Além disso, a interpretação liberal equipara a situação do condenado a trinta anos a outro que sofreu imposição da pena de noventa anos. Se o limite máximo de trinta anos regula todos os institutos penais, o condenado, a partir da imposição de tal pena obtém um **bill** total de impunidade no tocante ao excesso. Significaria a intervenção do direito penal, com sua finalidade repressiva e preventiva, até o limite da imposição da pena de trinta anos de privação da liberdade. A partir daí, nenhuma consequência teriam outras condenações por crimes diversos e contemporâneos. Seria um estímulo à delinquência múltipla. Para o criminoso pouca diferença faria cometer dez ou quinhentos assaltos".

E conclui o eminente comentarista do direito penal:

"Ao argumento de que a tese restritiva anima a desesperança da liberdade contrapõe-se a idéia de que o delinqüente contumaz, autor de uma multiplicidade de crimes contemporâneos, deve aceitar de antemão os riscos resultantes de sua eficácia delitiva, a tornar mais severa a resposta penal e mais difícil a expiação de sua culpa" (loc. cit.).

Dentro do quadro de amplas benesses que a recente reforma penal emoldurou, não devemos compactuar com a interpretação liberal do focalizado dispositivo, que só contribuiria para pôr em crescente descrédito a Justiça Criminal.

Lê-se na "Hermenêutica" de CARLOS MAXIMILIANO que, no século XIV, quando alguém perguntou a célebre membro da "Court of Common Pleas" qual a vontade do legislador ou, ao menos, a dos juízes, manifestada em várias decisões, ele respondeu: "Law is reason". "A lei é a razão", é a obra do bom senso, aplicação lógica de um princípio superior às realidades sociais contemporâneas" (ed. 1925, p. 34).

Portanto, se o texto penal em foco permite duas interpretações, vamos ficar com aquela que, sem agravo à manifestação do legislador,

atende àquilo que é aconselhado pela razão e pelos superiores interesses do bem comum e da defesa social. (*)

Ainda repetindo as palavras do grande mestre da Hermenêutica, "Não pode um povo imobilizar-se dentro de uma fórmula hierática por ele próprio promulgada; ela indicará de modo geral o caminho, a senda, a diretriz; valerá como um guia, jamais como um laço que prenda, um grilhão que encadeia. Dilata-se a regra severa, com imprimir elasticidade relativa por meio da interpretação" (ed. 1925, p. 69).

Estamos diante de um texto legislativo que põe à prova as faculdades completas dos juízes e sua imensa responsabilidade, não diremos diante dos jurisdicionados, mas diante da própria Nação.

Devemos reconhecer a triste realidade da alarmante criminalidade e do clima de violência que sufoca e amedronta a população brasileira.

Temos de combatê-la através da interpretação rigorosa das leis e não da interpretação emoliente, complacente e escancaradora das grades para bandidos temíveis, pois isso contribuiria, perigosamente, para a ruína definitiva do sistema penal e desprestígio do Poder Judiciário perante a opinião pública.

Travemos o bom combate e isso jamais acontecerá !

(*) Em singular coincidência, ao mesmo tempo em que esta palestra era proferida em Manaus, a convite da Associação dos Magistrados do Amazonas, realizava-se em São Paulo o 6º Congresso Nacional do Ministério Público, em junho/85, no qual foi aprovada a seguinte CONCLUSÃO:

"1. No concurso de penas privativas de liberdade, cuja soma seja superior a 30 anos, a consideração dos requisitos objetivos de certos institutos, como o indulto, a remição, o livramento condicional, etc., deve ser feita em face do total da pena efetivamente imposta e não sobre o **quantum** unificado do art. 75 do Código Penal.

2. A denominada 'unificação dos 30 anos' é mera expectativa de direito do condenado, que somente poderá requerer um provimento jurisdicional a respeito quando ocorrerem as condições previstas em lei: quando completar os 30 anos de cumprimento de pena e se não houver superveniência de condenação decorrente de fato posterior ao início do cumprimento da pena".

CONSTITUIÇÃO E CONSTITUINTE

José Antonio Minatel

O momento histórico-político a que estamos assistindo, com a perspectiva da inovação e transformação da nossa ordem jurídica que, necessariamente, para atendimento aos anseios da sociedade, implicará na ruptura do sistema então vigente, motivou-me a dirigir este singelo trabalho para o tema ora em foco.

Alerta-se, "ab initio", que estas notas não têm o objetivo de aqui, simplesmente, reproduzir tudo o que já se disse, cientificamente, sobre o tema, nem tampouco cotejar as diferentes posições assumidas por juristas que versaram a matéria. Inevitavelmente, a sustentação deste trabalho está calcada em princípios já consagrados pela Doutrina e em concepções jurídicas, de longo amadurecidas pelos doutos, cujo produto final, de concreto, é uma tentativa de mostrar, numa visão panorâmica atual, tudo que foi lido e sentido a propósito das nossas aspirações.

1 – CONSTITUIÇÃO: VISÃO DOUTRINÁRIA

Desde Kelsen, Constituição é vista como um conjunto de preceitos imperativos fixadores de direitos e deveres, distribuidores de competências que dão estrutura social, pela ligação das pessoas (povo) que se encontram num determinado espaço físico (território) em determinada época. Daí, porque, chegou-se a afirmar que a constituição é um conjunto de normas que organizam os elementos constitutivos do Estado (população, território e governo), ou, como sublinhou o Prof. Celso Bastos, "é a particular maneira de ser do Estado".

O Estado se revela e se apresenta como pessoa através das regras constitutivas consagradas na Carta que possui. Afinal, se o Estado é um corpo organizado, sua estruturação decorre da vontade (popular ou unilateral) materializada naquele conjunto de preceitos idealizados por uma sociedade que pretende organizar-se.

Doutrinariamente, a Constituição é analisada em três diferentes sentidos:

a) **Sociológico:** Sob este enfoque, a Constituição é a soma dos fatores reais do poder que regem um determinado Estado, ou seja, um

conjunto de forças "sócio-políticas" do poder ativo dentro da sociedade. A Constituição será legítima quando representa o efetivo poder social e ilegítima quando se distancia desta representação, constituindo-se, daí, em mera "folha de papel".

b) **Político**: Nesse sentido, a Constituição é vista como decisão política fundamental, encontrando seu fundamento de validade numa decisão política que a antecede e não na norma jurídica. A constituição, aqui, é marcada pelo **decisionismo**, revelando um ato de vontade do Poder que a estabelece, pouco importando se esta vontade corresponde ou não aos anseios sociais. Assim, pode-se falar em constituição fascista, constituição liberal, constituição revolucionária, etc., em função da vontade determinante para aquela decisão fundamental, de caráter eminentemente político.

c) **Jurídico**: Sob este aspecto, a Constituição é um conjunto de normas articuladas, sendo irrelevante se corresponde às aspirações sociais ou representa os fatores reais do poder, ou, ainda, se decorre de uma vontade marcada por decisão política. Os conflitos concretos resultantes de uma sociedade serão solucionados pelo jurista através de normas constitucionais postas, por isso a constituição é vista como um conjunto de regras de conteúdo, eminentemente técnico.

A análise dessas três concepções, que nos apontam para diferentes possibilidades de se entender uma constituição, tem relevância para a noção de CONSTITUINTE, isto porque, conforme for a noção pressuposta da futura Constituição, se **sociológica**, por exemplo, levar-nos-á, certamente, ao problema da realidade social e dos processos sociais que conduzem à elaboração da Constituição; terá expressiva influência a qualidade dos membros que comporão o corpo da assembléia constituinte, na medida em que possam representar os "fatores reais do poder".

Por outro lado, pressupondo-se uma nova constituição no sentido **político**, tem relevância o processo de formação da decisão política fundamental que irá nortear o colégio constituinte, antevendo-se um choque de forças políticas na consecução deste objetivo. E, por último, se o pressuposto for uma constituição no sentido **jurídico**, ressalta o papel da CONSTITUINTE na elaboração do conjunto de regras básicas que implicarão na atribuição das competências e na fixação dos limites e fronteiras dos institutos e princípios buscados pela sociedade.

Impõem-se, a bem da verdade, a conjugação das três concepções para que, dessa associação, possa resultar numa constituição que tenha, **como forma**, um complexo de normas; **como conteúdo**, a conduta humana motivada pelas relações sociais e **como fim**, a realização de valores que

identificam a comunidade, além de ter **como causa**, criadora e recriadora, o poder, entendido este como o poder resultante da legitimidade e não da usurpação.

2 – CONSTITUIÇÃO COMO NECESSIDADE:

Já afirmou o Prof. Geraldo Ataliba que “mesmo uma constituição defeituosa é, seguramente, melhor do que nada, na medida em que reduz o arbítrio e assegura os direitos individuais”.

Nessa mesma linha de entendimento, renomados juristas estão a afirmar que assegurar direitos individuais na constituição, nada mais é que impor uma limitação do Poder do Estado, no sentido de proteger determinados bens e valores de uma possível ação do Estado.

Enfim, o homem que, para viver numa sociedade sentiu a necessidade de organizá-la e, para isso, idealizou o Estado, criando-o e estruturando-o pela constituição, vê-se na iminência de erigir barreiras a sua frente para não ser atingido e dilapidado pelo próprio ente criado.

Mas, uma Constituição (escrita ou não escrita) é uma necessidade emergente de toda sociedade, no sentido de que é a regra maior fixadora dos princípios e diretrizes. Desta norma suprema devem decorrer todas as demais regras reguladoras dos procedimentos da coletividade.

Por mais rudimentar que seja o desenvolvimento institucional do ente político, sempre será possível identificar uma norma, ainda que puramente consuetudinária, que qualifique determinadas pessoas em posição de comando e outras como comandadas.

Nem sempre estará presente uma Constituição em sentido formal, como documento solene que mostra a estrutura e existência de um Estado. Mas, é necessidade imperiosa a existência da Constituição no seu sentido substancial.

Exigir uma constituição, contudo, não significa a pretensão de postulados limitadores do direito dos cidadãos.. Tampouco significa a consagração da decantada supremacia do Estado em relação ao indivíduo. O relacionamento entre ambos não pode operar-se de forma vertical como hoje se apresenta, figurando o Estado no polo superior e o indivíduo no inferior. O Estado não faz regras, não dita normas, não cria leis. O Estado foi criado pelo homem para servi-lo e não para servir-se da sociedade.

Também a Constituição não é meio ou instrumento de defesa dos indivíduos contra o Estado, mas a estruturação da organização da sociedade.

3 – CONTEÚDO DA CONSTITUIÇÃO: REGRAS FUNDAMENTAIS OU IDEOLÓGICAS

Já ficou visto que a noção de Constituição, por influência de Kelsen, pressupõe a existência de uma norma fundamental de um país, que contém normas da organização básica do Estado, ao lado de normas de reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, assim como regras de delimitação das competências do Poder Público.

Esse caráter de regra fundamental é traduzido como **lei primeira** que contém normas básicas que se constituirão em fontes inspiradoras e necessárias de outras normas. Significa que acima dela não há outra norma, pois se existir outra antes e acima dela, ela deixa de ser fundamental e suprema.

Há quem entenda que esta noção de constituição fica prejudicada pelo reconhecimento de princípios, que, embora não expressos na lei fundamental, estão implícitos em qualquer organização, como por exemplo, os chamados Direitos Humanos (direito à vida, à liberdade, à propriedade, etc.). Isto, porque esses direitos formam um corpo jurídico dito de direito natural, ínsito na natureza humana, e, por decorrência, está acima das constituições que são obras políticas elaboradas pelos homens.

Admitido isto, pondera o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., se uma constituição não respeitar esse direito natural, nesse ponto ela não tem eficácia, não produzindo obrigação, vislumbrando um direito de se opor a própria constituição.

O constitucionalismo moderno tem admitido que além do direito natural, e da norma básica fundamental, há outros princípios que são adotados, implicitamente, pela constituição.

Tem relevância essa concepção no sentido de que esta idéia traz à tona a noção de Poder Constituinte, uma vez que, para reconhecer direitos ou princípios implícitos tenho que, necessariamente, me valer dos fatores históricos, políticos, econômicos e sociais que nortearam a vontade e o pensamento de quem estabeleceu a Constituição.

E, surge a indagação: Se admito que o **povo** é quem estabeleceu a sua Constituição, o não reconhecimento de um direito fundamental implícito pode dar margem a que uma parcela do próprio povo exija o seu reconhecimento?

Isto pode dar margem ao que se ousou chamar de "direito de resistência" ou de "desobediência civil", chegando ao extremo de algumas

constituições (ex. Alemanha) tentar garantir, constitucionalmente, a desobediência civil pela inserção, no seu texto, de dispositivo que assegura a sua própria desobediência, o que se nos afigura como contraditório.

Passamos, então, das regras básicas fundamentais para o conteúdo ideológico que poderá estar norteando a futura Constituinte. Nesta, se prevalecer o grupo dominante que advogue a inclusão de princípio que assegure a desobediência civil, teremos, ideologicamente uma constituição superliberal. Caso oposto, se prevalecer a tese da restrição do direito de oposição e de protestos, de impedimento de manifestação dos desacordos, a nova constituição conterá características autoritárias, sempre em nome da segurança e da ordem.

4 – CONSTITUIÇÃO PROGRAMÁTICA E PRAGMÁTICA:

Em regra, a constituição é posta por forças dominantes na forma de um pacto ou um compromisso do corpo social, na busca de solução de conflitos.

Para cumprimento de tal pacto são introduzidas normas que a doutrina qualificou como normas **programáticas**, que consubstanciam somente princípios, dotados de força jurídica menor, que assumiriam eficácia plena quando implementados pelo legislador ordinário. Como a raiz etmológica leva a concluir, são verdadeiros “programas” erigidos a nível constitucional que ainda não configuram direitos que possam ser objeto de garantia jurídica.

Tratam-se de direitos que não são juridicamente garantidos e, por isso, a sociedade não pode exigir do Estado o cumprimento e respeito desses “direitos”, senão quando o legislador ordinário os tiver regulado.

Na verdade, são ainda expectativas de direitos inseridas no texto constitucional com função de retardar a sua efetiva conquista pela sociedade.

A constituição promete e as promessas ficam na dependência da iniciativa do Legislativo ou mesmo do Executivo, os quais, pela simples omissão, colocam abaixo aparentes conquistas da sociedade.

Exemplo disso temos às escâncaras na nossa atual CARTA, notadamente no Título pertinente à ordem Econômica e Social, com “promessas” aos trabalhadores, ditadas no art. 165, de:

I – “Salário mínimo capaz de satisfazer... as suas necessidades normais e as de sua família;”

XV – “assistência sanitária, hospitalar e médico-preventiva;”

XVI — "...seguro desemprego,..."

XVIII — "colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei;"

Outro exemplo é o do art. 180, "verbis":

"O amparo à cultura é dever do Estado".

"Cumpre-nos desmistificar a Constituição", reivindica Eros Roberto Grau, que postula imediata eficácia e aplicação às normas constitucionais, para que possa deixar de cumprir o papel de instrumento de engodo e ilusão do povo.

Restaurar a dignidade da constituição significa dizer que ela não deve contemplar promessas inexecutáveis, devendo contemplar direitos que possam ser prontamente fruídos pela sociedade.

Em suma, aspira-se, hoje, uma nova constituição que seja pragmática, com raízes fincadas no seio da sociedade, revelando-se como verdadeiro instrumento de ação social e não de utopias da elite intelectualizada que tem agido em benefício dos poderes de dominação social.

A Constituição pragmática deve representar a vontade concreta do povo que não pode ser confundida com os programas dos partidos políticos. Deve ser a constituição da sociedade e não somente a estruturação do Estado como ente político.

Espera-se que, expungidas as promessas inexecutáveis, possa o povo, como titular do poder constituinte, tomar consciência de que a CARTA deve traduzir a sua vontade.

Mais ainda, se vive entre nós o princípio democrático-Repúblicano, calcado na representatividade legítima pela maioria, impõe-se que os anseios da coletividade venham à tona para definir, principalmente, o papel que há de ser atribuído às Forças Armadas que têm se arrogado no direito de exercício de verdadeiro PODER MODERADOR no suceder das crises, pela ausência de instituições estáveis e respeitáveis.

5 — CONSTITUINTE E PODER

Sendo o Estado uma sociedade, é estruturado formalmente através de regras ditadas pelo Direito.

Essa organização é marcada por atos de vontade, força ou desejo de constituí-la, de onde decorre a idéia de PODER CONSTITUINTE, como a capacidade de fazer nascer um grupo social organizado, ou o poder de elaborar uma constituição.

Quando se fala em constituinte, sobressalta-nos a idéia primeira de **Assembléia**, no sentido de grupo, colégio, congresso. Claro está que não há necessidade de assembléia para ditar uma constituição, e não precisamos ir além das fronteiras para reavivar exemplos de constituições produzidas e baixadas por uma única pessoa.

Ao se denominar a capacidade da **CONSTITUINTE** em elaborar uma constituição de "PODER" e daí a terminologia, usualmente adotada por todos aqueles que versam a matéria, de "PODER CONSTITUINTE", não se pode perder de vista a distinção entre a **titularidade** e a **capacidade do exercício** desse poder.

A doutrina é assente no sentido de que o titular do poder é o povo, enquanto que a capacidade de exercitá-lo pode dar-se, ou por eleição de representantes populares (**Assembléia Constituinte**), ou por ato de usurpação, quando uma pessoa ou grupo assume aquele exercício sem manifestação direta da coletividade.

Parece-me, então, claro que o "Poder" de exercício da Constituinte não pode ser entendido como noção de "força" ou de "coerção" em relação ao grupo social que detém a titularidade (povo). Muito pelo contrário, em relação a este o "PODER" da Constituinte se transmuda em verdadeiro "Dever", no sentido de que, eleitos pelo povo os membros da "Assembléia" com o fim de expressar a vontade dos titulares do "poder", a relação que perdura entre as partes é de obrigação dos representantes para com os representados de bem e fielmente desempenhar a missão que lhes foi atribuída.

Aprendemos com o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr. que a idéia de "Poder" pressupõe a noção de controle que, necessariamente, implica em neutralização de forças. Assim, o verdadeiro "poder" que se busca atribuir à **CONSTITUINTE** nada mais é que a capacidade de neutralizar os conflitos, mediante um pacto ou compromisso entre forças sociais.

6 – PODER ORIGINÁRIO E PODER DERIVADO:

Falar em pacto ou contrato nos leva a pensar na questão da representatividade e, mais além, na legitimidade. Como se farão representar os pactuantes? Qual a norma que deve determinar o processo de escolha dos representantes que elaborarão a lei dita primeira e suprema?

Essas questões têm a ver com a distinção que se procura fazer de "poder originário" e "poder derivado".

A princípio, o Poder Originário seria aquele que, partindo da estaca zero, sem nenhum pressuposto ou limitação, elabora a norma fundamental, criando o Estado.

Implica numa ruptura da ordem anterior, pressupondo-se que nada do que existia seja tomado como comando, como regra ou norma, mas somente como dado histórico.

Já, o "Poder Derivado" retira sua competência das normas estabelecidas pelo poder originário. É um poder exercido pelo poder político eleito conforme a nova constituição e que pode reformá-la através de emendas, mas, respeitando as regras estabelecidas pelo poder constituinte originário. Trata-se na verdade do "poder constituído" que é limitado e condicionado e atua segundo a constituição, em contraposição ao "poder constituinte" que é um poder de Direito, que não encontra limites no Direito positivo anterior, mas, apenas e tão somente no direito natural. É inicial, inalienável, permanente e incondicionado.

O poder constituinte originário estabelece limites às alterações da própria constituição o que pode torná-la rígida ou flexível. Podem esses limites ser **formais**, como por exemplo, a fixação do quorum especial para que seja alterada a constituição, ou, **materiais**, expressamente constantes no texto, como exemplo, a alteração do regime republicano e a federação, ou implicitamente admitidos, como é o caso dos direitos fundamentais.

Essas considerações servem para alimentar a dissidência já instaurada entre nós entre se atribuir ao congresso poderes constituintes (poder derivado) ou eleger uma assembléia, com poderes ilimitados (poder originário). Àqueles que consideram irrelevante uma forma ou outra cumpre lembrar que a primeira hipótese (poder constituinte derivado) vinculará, obrigatoriamente, a futura constituição à Revolução de 64, enquanto que a segunda (poder constituinte originário) rompe definitivamente com ela.

7 – CONSTITUINTE E LEGITIMIDADE

O questionamento acerca da representatividade tem a ver com a legitimidade. Repousa em SIEYÈS as primeiras noções sobre participação da vontade do povo na elaboração da vontade nacional.

Mas, como saber qual é a vontade nacional ? Como satisfazer a aspiração comum de que uma constituinte seja legítima, que produza uma constituição autêntica ?

É SIEYÈS quem recomenda que se vá buscar a vontade nacional junto ao povo, o que significa que os constituintes têm de ser e vir do povo.

É imperioso que os constituintes sejam investidos do título legítimo, para que possam, com legitimidade, exercer o poder constituinte.

Logo, se cuidarmos de buscar os constituintes no povo, de modo a assegurar-lhes a legitimidade suficiente para impedir que sejam corrompidas pelos interesses privilegiados, pode a Constituição ser concebida como algo mais substancial que mero instrumento de defesa do povo contra um falso inimigo — o Estado.

Os constituintes legítimos não de representar os interesses comuns e não os dos privilegiados. Contesta-se, hoje, a transformação do atual congresso em constituinte visto que estaria viciado de ilegitimidade, primeiro por contar com senadores que, além de alguns "biônicos", não têm representatividade, uma vez que representam os Estados Federados e não o povo.

Cumpra, ainda, dar ouvidos aos que imploram para que a Constituinte seja composta por representantes eleitos por candidaturas sustentadas em organizações de grupos sociais criadas livremente pela sociedade civil e não tendo por base os partidos políticos que precedem a nova ordem jurídica que irá regulamentá-los. Ainda mais, como advertia SIEYÈS, há que se temer as alianças "interna corporis" que têm por fim a busca de vantagens somente para a corporação.

Não se trata de condenar as alianças que conduzam à provisão do interesse nacional, que além de adequadas são necessárias, mas sim de exorcizar as que se fundem sob o manto espúrio de interesses que nutrem a classe da minoria dominante.

E, voltamos ao ponto de partida: como avaliar a vontade do povo? Como será a representação do povo na Constituinte?

Rousseau faz interessante distinção entre a **vontade de todos** e a **vontade geral**, pelo que se poderia afirmar que uma constituição não seria, necessariamente, produto da vontade de todos, ou seja uma espécie de vontade censitária, colhida pela soma dos votos de cada um, mas sim, fruto da vontade geral.

Essa idéia de vontade geral está ligada à noção de razão política que incorpora tanto a vontade majoritária como a minoritária, isto porque as minorias também devem estar representadas na formulação do pacto.

Pode-se concluir que haverá maior legitimidade de representação da constituinte quando os mandatários forem colhidos através do voto, entre os elementos do povo, apesar das limitações que se conhece no processo eletivo. Por outro lado, o papel a ser desempenhado pelos constituintes, cuja missão primeira é legislar para atender a "vontade geral", não pode sofrer vícios ou influências de grupos dominantes, no momento da elaboração do pacto. Nem se exige que, na elaboração da Constituição, os

trabalhos sejam orientados exclusivamente por razões de eficiência técnica, mas sim que sejam norteados por princípios de compatibilização política de interesses, de controvérsias ideológicas, de manifestação aberta de conflitos de toda espécie.

8 – LEGITIMIDADE E ESTADO DE DIREITO

CONCLUSÃO:

Não se pode perder de vistas que o Direito é um produto cultural, resultante do confronto entre as forças sociais e a sua legitimidade decorre da coerência entre as normas e os valores ideológicos consagrados para o grupo social e sua organização.

Isto significa que, como produto cultural, há o Direito de ser analisado, também, axiologicamente, buscando a confirmação ou negação de identidade da norma posta com a cultura e situações valorizadas pelo todo social.

Neste ponto, vemos que é comum a utilização das expressões **legitimidade** e **legalidade**, como sinônimas, expressando uma situação de conformidade com as leis vigentes. Urge que se faça uma distinção: uma norma é **legítima**, ou seja, dotada de **legitimidade**, quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido nela admitido e consentido pelo grupo social, a partir da realidade coletada e valorizada como justificadora do preceito normatizado. Por outro lado, a norma jurídica é **legal**, dotada de **legalidade**, quando criada conforme o procedimento previsto pela Constituição.

A distinção leva a conclusão de que a **legalidade** é termo de conceito **formal**, ao passo que a **legitimidade** é termo de um conceito **material**.

A utilização da expressão “Estado de Direito” ganhou relevância, nos dias atuais, mais precisamente pela preocupação da coletividade na eliminação do arbítrio e no repúdio às investidas do Estado nos interesses privados.

O que verificamos é que a noção de “Estado de Direito” tem sido construída, exclusivamente à luz do conceito de **legalidade**, que como vimos, tem fundamento essencialmente **formal**, pelo que a idéia de “Estado de Direito”, desponta como noção vazia de conteúdo, pela neutralidade axiológica.

Penso, com Eros Roberto Grau, que só há Estado de Direito sob a égide de um Direito legítimo, fruto da coerência das normas com as

aspirações sociais. O decantado Estado de Direito fundado tão só na legalidade, na coerência da norma com uma lei superior, ganha ares de infidelidade, principalmente quando a norma superior foi ditada com base na autoridade, com usurpação do poder ao povo. Por outro lado, a sustentação do "Estado de Direito" na coerência exclusivamente formal das normas com a Constituição que representa a materialização dos valores idealizados pela sociedade, posto que foi ditada pelo povo, implica em identidade dos contextos da legalidade e legitimidade. É falsa a premissa de que a democracia só conhece a legalidade, assim como falsa também a afirmação de que a legitimidade é obtida pela obediência.

Só o Direito legítimo é o verdadeiro instrumento de organização da sociedade, cujo suporte repousa no critério racional, pela normatização da produção cultural que identifica os valores idealizados pela sociedade.

O relacionamento racional entre os comandos emitidos pelos que detêm o poder e o consenso do grupo social resulta na idéia de autoridade. O Direito não deve fundamentar a autoridade mas, pelo contrário, necessita dela para elaborar normas jurídicas legítimas. Direito legítimo é aquele produzido com autoridade, de modo a expressar os padrões de cultura, ou seja, os sentidos moldados pela sociedade como expressões das aspirações e dos rumos que ela pretende seguir.

Obviamente que esta consideração do Estado de Direito, sustentado na legitimidade, encontra fervorosas críticas no seio da comunidade jurídica, principalmente daqueles que vêem o Direito como norma de "dever ser".

Mas, o estudo do Direito, enquanto conteúdo de regras de organização social, não pode se privar do exame da legitimidade, ainda mais porque, a não coincidência das normas com as aspirações do povo (ilegitimidade) autoriza a rebeldia da sociedade contra esta contrafação do Direito, a fim de que uma ordem ilegítima seja substituída por uma ordem legítima.

Estas considerações não são inovadoras nem revolucionárias, cuja inquietação pela resistência já foi lembrada pelo mestre Ruy Barbosa, citado por Geraldo Ataliba, que assim já se expressava:

"Mas, senhores, se não é o povo quem faz a lei, desde que não elege os legisladores, ninguém se pode admirar de que o povo lhe desobedeça. Um povo livre não está sujeito senão às leis, que vote pelos seus representantes. Mas se, com a mentira eleitoral, esbulham o povo do voto, que é a soberania do povo; se, com as oligarquias parlamentares, varrem o povo do Congresso Nacional, que é a representação do povo; se,

com as dilapidações orçamentárias, malbaratam a receita do imposto, que é o suor do povo; se com as malversações administrativas, devoram a fazenda nacional, que é o patrimônio do povo; se, com o pretorianismo e a caudilhagem anulam a defesa da pátria, que é o grande lar comum do povo; se, com a postergação oficial das sentenças, destroem a justiça, que é o último asilo dos direitos do povo; se com a organização da incompetência, do afilhadismo e da venalidade, excluem do serviço do Estado a inteligência, o saber e a virtude, que são os elementos do Governo do povo pelo povo e para o povo; se, em suma, escorcham, dessangram e envilecem o povo, subtraindo-lhe tudo o que realmente distingue um povo de uma besta de carga; não nos espantemos de que, como aos mais lerdos muars, ou às reses mais mansas, esgotada um dia a paciência à cansada alimária, junte os pés e num corcovo, desses que nem o gaúcho nem o cossaco se agüentam, voem aos ares sela, estribos, chilenas, rebenques e cavaleiros” (Come ntários à Constituição Federal Brasileira, coligidos por Homero Pires, vol. I, p.35).

Da lição transcrita restaura a assertiva de que o direito de resistência contra o direito ilegítimo é o mais autêntico e legítimo dos direitos do todo social.

“Constituição e Constituinte”, por certo, é um tema que provocará, ainda, inúmeras inquietações de toda ordem, pelo que, sabedor que os mestres versá-lo-ão com as tintas científicas do saber jurídico, cumpro-me limitar nestas modestas linhas as considerações inicialmente propostas.

BIBLIOGRAFIA

- ATALIBA, Geraldo – “República e Constituição” – Editora Revista dos Tribunais – 1985.
- BASTOS, Celso Ribeiro – “Curso de Direito Constitucional” – Editora Saraiva – 7ª. edição – 1984.
- BOBBIO, Norberto – “Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant” – Editora Universidade de Brasília – 1984.
- DALLARI, Dalmo de Abreu – “Elementos de Teoria Geral do Estado” – Editora Saraiva – 11ª. edição – 1985.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio – “Constituinte – Assembléia, Processo e Poder” – Editora Revista dos Tribunais – 1985.
- GRAU, Eros Roberto – “A Constituinte e a Constituição que Queremos” – Editora Revista dos Tribunais – 1985.

GROPPALI, Alexandre — "Doutrina do Estado" — Editora Saraiva, 2ª. edição — 1968.

SILVA, José Afonso — "Curso de Direito Constitucional Positivo" — Editora Revista dos Tribunais — 3ª. edição — 1985.

TEMER, Michel — "Elementos de Direito Constitucional" — Editora Revista dos Tribunais — 3ª edição — 1985.

DA REMIÇÃO NA EXECUÇÃO

(Arts. 651 e 787 a 790 do CPC)

Lígia Cristina de Araújo Bisogni.

ÍNDICE GERAL

	Páginas
1. Diferença entre Remissão e Remição	49
2. Remição da Execução	49
3. Remição dos Bens Penhorados	50
4. Remição de Bens no Direito Brasileiro	51
5. Natureza Jurídica da Remição	53
5a — Processo Incidente	54
5b — Questão Incidente	55
5c — Nossa Opinião	55
6. Legitimação para Remir	56
7. Penhora do Bem Remido	57
8. Embargos à Remição	59
9. Remição na Execução Fiscal	60
(Lei 6.830 de 22-09-80)	
10. Conclusão	61

1 – DIFERENÇA ENTRE REMISSÃO E REMIÇÃO

Não se pode confundir os institutos de **remissão de dívidas** que vem consagrado no art. 1.053 do Código Civil, com **remição** em direito processual, seja **remição da execução** (art. 651 do CPC) ou **remição de bens penhorados** (arts. 787 a 790 do CPC).

Remissão (art. 1.053 do Cód. Civil) significa misericórdia, piedade, perdão, conforme define Washington de Barros Monteiro:

“Remissão é a liberação graciosa de uma dívida, ou a renúncia efetuada pelo credor, que, espontaneamente, abre mão de seus direitos creditórios, colocando-se na impossibilidade de exigir-lhes o respectivo cumprimento.”¹

Remição em direito processual, significa remimento, redenção, quitação, resgate. A remição da execução (art. 651 do CPC) põe fim ao processo de execução (art. 794 do CPC) com o pagamento integral do crédito executado e despesas decorrentes do ajuizamento da ação.

Contudo, a remição de bens penhorados (arts. 787 a 790 do CPC) efetuada pelos parentes do devedor, tem por objetivo liberá-los da transferência coacta em favor de terceiros, operada com a arrematação ou com a adjudicação.

Portanto, enquanto que remissão com dois ss é assunto de direito material, remição com ç acedilhado é matéria de direito processual.

Em última análise, a remição da execução é o pagamento ou consignação do “quantum” devido objeto da execução. A remição dos bens é a faculdade que tem determinadas pessoas para liberar determinados bens penhorados. Como salienta Carlos S. Barros Jr.:

“Distingue-se do pagamento, porque este versa sobre o valor da dívida, enquanto que a remissão versa sobre o valor alcançado pelos bens na avaliação ou na praça.”²

2 – REMIÇÃO DA EXECUÇÃO

Esta tem por objetivo pôr fim ao processo de execução. Diz o artigo 651 do Diploma Processual Civil:64,

“Antes de arrematados ou adjudicados os bens, pode o devedor, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância da dívida mais juros, custas e honorários advocatícios.”

Nesse caso, apurado o "quantum" ou consignando judicialmente, libera-se os bens penhorados e extingue-se a execução, nos termos do art. 794, inciso I do Código de Processo Civil.

A remição da execução é facultada ao executado, e o seu termo final é antes da arrematação ou adjudicação dos bens. Todavia, se a arrematação foi desfeita face a ocorrência de uma das hipóteses elencadas no Parágrafo único do art. 694 do CPC, o devedor poderá novamente utilizar-se dos benefícios do art. 651.

Assim entendido nossa jurisprudência **"Sendo desfeita a arrematação é lícito ao devedor remir a execução."**³

Com acerto tal entendimento, pois ocorrendo o desfazimento da arrematação, os bens voltarão a nova praça ou leilão.

Agora pergunta-se, no caso do credor não preferir nova hasta pública, conforme dispõe o § 1º do art. 695 do CPC, poderá o devedor, ainda valer-se da remição da execução? Entendemos que sim, pois a finalidade da execução é obter a solvência da obrigação constante de título judicial ou extrajudicial, sendo assim, o devedor remindo a execução, nos termos do art. 651 do CPC, adimplirá obrigação, em consequência, o credor terá satisfeita sua pretensão, não havendo mais interesse na execução.

3 – REMIÇÃO DOS BENS PENHORADOS

Deixando de lado a remissão de dívidas, de que tratam os artigos 1.053 a 1.055 do Código Civil, bem como a remição da execução prevista no art. 651 do Código de Processo Civil, vamo-nos ater à remição dos bens penhorados, hoje disciplinada pelos artigos 787 a 790 do estatuto processual.

Trata-se de remição de bens penhorados (art. 659 do CPC) ou arrecadados (art. 751 — II — do CPC) deferida ao cônjuge, ao descendente, ou ao ascendente do devedor.

Em outras palavras, o cônjuge, o descendente, ou o ascendente do devedor no prazo de 24 (vinte e quatro) horas que mediar entre a arrematação dos bens em praça ou leilão e a assinatura do auto (inciso I do art. 788 do CPC); entre o pedido de adjudicação e a assinatura do auto, ou entre o pedido de adjudicação e a publicação da sentença (inciso II do art. 788 do CPC), poderá remir todos os bens penhorados ou quaisquer deles, oferecendo preço igual ao da alienação ou adjudicação.

A remição pode ser total ou parcial. Se, entretanto houver licitantes para todos os bens, o direito de remir não pode ser parcial. (Parágrafo único do art. 787 do CPC).

Quanto ao prazo estatuído no art. 788 do "Codex" em comento, afirma Pontes de Miranda que refere-se a **"comunicação de vontade de remir em vinte e quatro horas"**⁴ Por outro lado, pelo que se extrai dos incisos I e II do dispositivo supra mencionado, nos leva a concluir de que muito além das 24 (vinte e quatro) horas, até quando assinado o auto, até quando proferida, publicada a sentença, continua possível a remição. Contudo, não é esse o entendimento do jurista acima citado, que afirma expressamente:

"O prazo para ingressar o pedido de remição é um só e curto (vinte e quatro horas). Se dois ou mais remidores se apresentam, têm de fazê-lo no mesmo prazo."⁵

Por isso "ad cautelam", deve o interessado fazer o pedido de remição na hora da praça, ao ser a mesma encerrada, tendo em vista que o auto seja lavrado e assinado logo em seguida, e nessa hipótese fica impedido o pedido de remição.

A regra estabelecida no art. 789 do estatuto processual civil, não comporta maiores indagações, uma vez que é explícita. Primeiro estabelece a preferência tomando como base a maior oferta; se as ofertas forem idênticas, atende-se a ordem prevista nos incisos I a III do dispositivo em pauta. Se ainda nesse caso, houver igualdade, recorre-se à parte final do Parágrafo único do art. 789, buscando-se a solução: "...; em igualdade de grau, licitarão entre si os concorrentes, preferindo o que oferecer maior lance."

Finalmente o art. 790, refere-se à "carta da remição", cujo texto prescreve em que termos e condições ela será extraída. A polêmica gerada por esse artigo, que divide a doutrina e a jurisprudência, diz respeito ao emprego da palavra "sentença", ou seja, se o legislador empregou-a corretamente, ou se na realidade, empregou o termo "sentença" referindo-se à "decisão". Tal questão face a sua complexidade abordaremos adiante, em item especial.

4 – REMIÇÃO DE BENS NO DIREITO BRASILEIRO

Temos nas Ordenações Filipinas, Livro I, Título 84, § 11 que **"se a parte quiser pagar, e lhe tornarem esses penhores."** No Livro II, Título 53, § 7 encontramos **"depois de tomadas as fazendas para os próprios"**, se **"... farão notificar as pessoas, cujas foram, que dentro de oito dias paguem as quantias, por que foram tomadas."** No Livro IV, Título 13, § 7, **"o juiz pode mandar novamente requerer o devedor pague a dívida, senão que a causa, ou penhor, será arrematado pelo preço, que nelle he lançado."**

Tais textos demonstram que previa-se a hipótese de remição da execução, uma vez que, falam no pagamento da dívida.

O Regulamento nº 737, de 1850, não previa a remição da execução, tendo em vista que o art. 546 facultava ao executado, seu cônjuge, ascendente e descendente, a "remir ou dar lançador a todos ou alguns dos bens penhorados, até a assinatura do auto da arrematação ou publicação da sentença de adjudicação, sem que seja necessária citação do executado para dar lançador".

O artigo supra mencionado procedeu do artigo 602 da lei portuguesa da Reforma Judicial de 1.841 que facultava a remição dos parentes mais próximos do executado, restabelecendo o direito de prelação dos parentes, nas alienações judiciais.

Em 1.855 a Lei nº 3.292, inovou em nosso direito positivo, admitindo a remição de bens pelo preço da avaliação.

Pelo Código de Processo Civil de 1.939, no art. 986 o problema ficou posto nestes termos:

"Realizada a praça, o executado poderá, até a assinatura do auto de arrematação, ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, remir todos os bens penhorados, ou qualquer deles, oferecendo preço igual ao da avaliação, se tiver havido licitantes; ou o do maior lance oferecido.

§ 1º — Igual direito caberá ao cônjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado.

§ 2º — Na falência do devedor hipotecário o direito de remição transferir-se-á à massa".

No Código anterior a remição de bens era facultada ao executado, o que não se permite no diploma vigente. E ainda, concedia a possibilidade da massa falida, remir os bens do falecido, objeto da execução hipotecária, não sendo também permitido no regime do atual Código de Processo Civil.

Muito embora o Código em vigor mantendo a figura da remição de bens penhorados, não a defere ao devedor, mas exclusivamente à família deste. Contudo a remição sendo realizada pelo cônjuge, faz com que o bem retorne ao patrimônio do casal, que se de comunhão o regime de casamento, integrará novamente o patrimônio do devedor. Sobre essa questão trataremos mais tarde.

5 – NATUREZA JURÍDICA DA REMIÇÃO

Antes de abordarmos a natureza jurídica da remição, há de se ressaltar a justificativa do instituto.

Os mais antigos tratadistas diziam que a remição foi instituída “*pietatis causa*” para que os bens penhorados não caíssem em mãos de estranhos. Entre estes Amílcar de Castro comentando o art. 986 do CPC anterior dizia ser um benefício ou um favor ao executado e a seus parentes próximos, em consideração a interesses de ordem moral e econômica, sem qualquer prejuízo no resultado prático da ação judicial.⁶

Para outros, como exemplo José Frederico Marques:

“A remição dos bens no processo executivo é instituto inspirado na equidade e estabelecido em favor e benefício do executado.”⁷

E ainda, sobre a natureza do instituto, assevera Pontes de Miranda, discordando das correntes supra citadas:

“A “*ratio legis*” não foi a piedade; foi a situação preferencial do executado, dono dos bens, em relação ao estranho, arrematante, e ao exequente, cujo interesse há de ser **executar e receber a dívida e não adquirir bens.**”

Continuando afirma:

“A categorização da remição dos bens em execução como **denúncia** é, tecnicamente simpática. A denúncia é a declaração unilateral de vontade que, por si, influi no mundo jurídico, mudando alguma situação, e. g. denúncia da locação.”⁸

Nossa posição se filia àqueles que vêm na remição dos bens, um instituto inspirado em favor e benefício da família do executado. É um benefício de caráter restrito, personalíssimo, que não pode ultrapassar os limites da previsão do legislador processual, em outras palavras, a remição somente é facultada às pessoas previstas no art. 787 do estatuto processual civil.

O tema sobre a natureza da remição assume maior importância, quando se discute tratar-se de uma questão incidente ou de um processo incidente dentro do processo de execução.

Primeiramente, esclarecendo, não há como confundir processo incidente com questão incidente. As diferenças são flagrantes.

Questão incidente é a que ocorre durante o processo, impedindo sua marcha e é resolvida mediante decisão interlocutória.

Processo incidente, por sua vez, é um processo acessório resultante do processo principal, mas com procedimento próprio, sendo a solução dada, mediante sentença que põe fim a tal processo.

Agora, vejamos ambas as correntes, a que entende ser a remição um processo incidente, daí chegar ao fim, mediante sentença, passível de recurso de apelação, e a corrente que vê na remição uma questão incidental, que culmina em uma decisão interlocutória, atacável por agravo de instrumento.

A seguir emitiremos nossa opinião.

5a — Processo Incidente

No caso versando, conforme ensina Celso Neves, a sentença a que alude o texto do art. 790 é essencial e decide sobre ação incidental de terceiro objetivamente complexo que, por isso mesmo, enseja, na parte decisória, uma atividade jurisdicional, com a resultante eventual juris-satisfativa da transferência dos bens remidos ao remidor. Declara a existência ou inexistência da pretensão ajuizada, passando a realizar efeitos decorrentes desta declaração, se o pedido é acolhido.⁹

Decididas as questões incidentes que porventura tenham surgido para obstacular a marcha do processo de remição, os autos serão conclusos ao juiz que deve prolatar sentença de remição.¹⁰

E finalmente, entre os que defendem a posição de ser a **remição** um processo incidente que objetiva uma sentença, temos Pontes de Miranda que diz:

“A remição põe termo ao processo da remição, porque veio de fora e, com a sentença, acaba. Trata-se de exercício do direito de remir. Quando o art. 162, § 1º, diz que sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa, não só se refere ao processo principal. Na petição de remição há mérito, que se tem de examinar para o deferimento ou para o indeferimento.”¹¹

Ora, para essa corrente o argumento mais forte é o próprio texto expresso da lei, art. 790 do CPC, daí não concordar com a opinião dos que entendem estar mal empregada a expressão “sentença”. Na verdade, esclarecem, tratar-se de sentença da remição conforme diz o dispositivo legal e, evidenciam que o recurso cabível contra a sentença que defere ou nega o pedido de remição é apelação.

5b — Questão Incidente

Contra a corrente supra exposta, se põem outros processualistas de envergadura.

Anota o Professor José Frederico Marques:

"A carta de remição deve conter: a) a autuação; b) o título executivo; c) o auto de penhora ou o termo ou auto de arrecadação; d) a avaliação; e) a quitação; f) a decisão (impropriamente chamada de sentença) que concedeu a remição (art. 790).

Se, contra a decisão proferida for interposto agravo de instrumento, a carta só será expedida depois de julgado o recurso que confirmar aquela decisão (art. 558)." ¹²

Idêntico é o pensar de Humberto Theodoro Júnior:

"A remição é deferida por sentença, conforme se vê do art. 790 caput. Na verdade, porém, não se trata realmente de sentença, segundo a definição do art. 162, § 1º, visto que dela não decorre a terminação do processo, mas simplesmente a solução de questão incidente. O caso é, pois, típico de "decisão interlocutória", que desafia recurso de agravo de instrumento, como, aliás, está claro no art. 558" ¹³.

Esta corrente, como a primeira, ampara-se também, em disposição expressa de lei, a dizer ser o agravo de instrumento o recurso cabível para o ataque à decisão que dispõe sobre a remição, como está no mencionado art. 558 do Código de Processo Civil.

5c — Nossa Opinião

Ante tais aspectos, a singularizar a espécie, com "devida vênia", entendemos que primeiramente se deve e aceitar uma certa abertura à rigidez do Código, para o fim de se aceitar tanto o recurso de apelação, como o de agravo de instrumento, face a própria lei e da divergência na sua interpretação.

Vale dizer que tal hipótese já vem ocorrendo em nossos Tribunais, a exemplo a 3ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, em decisão unânime, relatada pelo Juiz César de Moraes Lacerda, de 07-05-1975, apesar de aceitar que próprio para atacar decisão proferida em pedido de remição seria o recurso de apelação, conheceu do de agravo.

A jurisprudência está por firmar ainda, e a doutrina também está dividida.

Em segundo momento, muito embora as disposições do Código de Processo Civil pertinentes à matéria, nos põem num certo estado de perplexidade porque, se é certo que o art. 790 dispõe que haverá sentença em caso de remição, o que levaria ao comando geral, a ensejar o recurso de apelação; por outro lado, como bem salientam os processualistas pertencentes à segunda corrente, o art. 558, exatamente prevê o agravo a ser interposto em caso de remição de bens.

Assim entendemos ao entrentar a questão "sub examine" que a segunda corrente comporta maior razão.

O ato judicial que resolve um pedido de remição não é sentença, mas uma decisão. Sendo assim, a remição é questão incidente, não podendo ser vista como um processo incidental.

O deferimento do pedido de remição não põe necessariamente termo ao processo, até porque a remição pode ser parcial (art. 787).

Se entendêssemos que a remição constitui um processo incidental, na hipótese de ocorrer a remição parcial, o credor para executar o remanescente, deveria providenciar nova citação, para dar início a atividade jurisdicional, uma vez que, com a sentença proferida no processo de remição, àquela atividade ficou extinta.

Portanto, a nosso ver a natureza jurídica da remição é uma questão incidental que culmina em decisão interlocutória, de natureza declaratória, atacável por agravo de instrumento.

Finalmente, cumpre salientar que a posição retro mencionada, foi defendida pela autora do presente trabalho no CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, ocorrido no período de 11 a 16 de julho de 1983, por ocasião do 10º aniversário do Código de Processo Civil, mediante tese apresentada naquele conclave, tendo sido aprovada por unanimidade.

6 – LEGITIMAÇÃO PARA REMIR

Preleciona José Alberto dos Reis:

"O direito de remição consiste essencialmente em se reconhecer à família do executado a faculdade de adquirir, tanto por tanto, os bens vendidos ou adjudicados na própria execução."¹⁴

O tema em debate diz respeito à legitimação para remição de bens na execução, que o Código de Processo Civil disciplina no art. 767, nos seguintes termos:

“É lícito ao cônjuge, ao descendente, ou ao ascendente do devedor remir todos e quaisquer bens penhorados, ou arrecadados no processo de insolvência, depositando o preço porque foram alienados ou adjudicados.”

Como se vê, o elenco é taxativo, nele não figurando sequer o próprio devedor (ao contrário do disposto no Código de Processo Civil anterior, art. 986), posto que este dispõe da faculdade de remir a execução nos termos do art. 651 do CPC, antes da arrematação.

A propósito, adverte José de Moura Rocha que **“a alteração encontrada no Código, neste artigo, no sentido de não poder o devedor remir, é razoável e vem corrigir uma falha conservada por muito tempo em nossa legislação”**¹⁵, concluindo que qualquer interpretação extensiva é inadmissível.

Na verdade, conforme já dissemos trata-se de direito personalíssimo, e repetindo Gabriel José de Rezende Filho, só cabendo as pessoas referidas no art. 787 do Código de Processo Civil¹⁶.

No que tange a prova de qualidade para se requerer a remição, entendemos que será conveniente que o requerente faça, contudo, se não acontecer, não há irregularidade alguma a assinalar.

7 – PENHORA DO BEM REMIDO

Talvez a principal discussão que se trava em torno do instituto diz respeito à possibilidade ou não de serem os bens remidos novamente penhorados pelo exequente, em continuação da mesma execução.

Filiam-se entre os que admitem nova penhora sobre os mesmos bens, em prosseguimento da execução J. M. Azevedo Marques¹⁷, Erico Tullio Liebman¹⁸, Jorge Americano¹⁹ e Pontes de Miranda²⁰. Em sentido contrário, Afonso Fraga²¹, Amílcar de Castro²², José Frederico Marques²³ e Moacyr Amaral Santos²⁴.

Vamos examinar as razões que militam em favor de uma e de outra corrente.

A primeira delas, ou seja, a corrente que admite nova penhora sobre os bens remidos, em prosseguimento à execução, sustenta que ao bem remido não pode ser atribuída a impenhorabilidade, se assim fosse seria declarada por lei.

Nesse sentido, Liebman afirma:

“Não se podendo conceber que a remissão tornasse para sempre impenhoráveis os bens remidos, admite-se, como se viu,

que eles possam ser penhorados por outras dívidas. Mas não há motivo algum para colocar em situação diferente o remanescente da dívida pela qual a execução foi promovida. A hipótese de um crédito ou parte dele, posto deste modo em situação de inferioridade, é totalmente desconhecida ao direito.

A lei não imaginou figura tão extraordinária de impenhorabilidade, nem seria justo que a imaginasse.”²⁵

A jurisprudência também tem aceitado tal entendimento, como exemplo acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo — “Possibilidade dos bens remidos se sujeitarem à nova execução pelo remanescente do débito executado” (in julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, vol. 31, 1975, pág. 110).

Em contrapartida, temos a segunda corrente, que nos parece estar com razão, entende que o bem remido jamais poderá ser objeto de penhora para garantia do remanescente da dívida. Poderá sim, ser tal bem penhorado em nova execução, para garantia de outra dívida.

Justificam os processualistas que comungam do mesmo pensamento que, não se coloca em dúvida que o bem remido não é empenhorável, em face da lei, mas o problema deve ser estudado tendo-se em vista a finalidade da remição.

A hipótese do bem remido ser novamente penhorado, foi objeto de grandes divergências, quando o direito de remir era exercido pelo executado, pois nesse caso, o bem fatalmente incorporava o patrimônio do devedor, abrindo oportunidade para que o credor exequente, ainda insatisfeito, promovesse nova penhora sobre o aludido bem.

No sistema do atual Código, excluiu-se o executado, facultando-se somente ao cônjuge, descendente e ascendente o exercício do direito de remir. Portanto, o vigente estatuto processual, teve a intenção de afastar a controvérsia criada ao tempo do Código de 1939, isto porque, excluída a faculdade do executado remir o bem, ocorrendo a remição, o bem remido já não mais pode pertencer ao executado, pois integrará o patrimônio de algum ente de sua família. Sendo a regra geral para satisfação do crédito a expropriação de bens do devedor, o credor não poderá penhorar novamente o bem remido, pois este estará fazendo parte de patrimônio alheio àquele que responde a execução.

Contudo, e, apesar de tudo volta à baila, outra dúvida, isto é, se a remição for realizada pelo cônjuge, se de comunhão o regime de casamento, nessa hipótese o bem retornado ao patrimônio do casal poderá

nova penhora incidir sobre o mesmo bem ? Se o mesmo credor não pode penhorá-lo, poderá fazê-lo outro credor ?

O cônjuge somente poderá utilizar-se da faculdade de remir se não figurou no processo como parte, nesse caso, o cônjuge remidor adquire o bem, como qualquer ascendente ou descendente do executado e, como adverte Celso Neves "... a remição de bens possa operar sempre, a transferência deles para o patrimônio de quem os tenha remido."²⁶

Se o bem remido pudesse ser penhorado novamente pelo mesmo exeqüente, a fim de ser alienado, que valeria a remição ?

Ora, o objetivo da remição, como vimos é fazer com que o bem não vá para as mãos estranhas.

Por outro lado, entendemos que se o legislador manteve a pessoa do cônjuge entre as legítimas para exercer o direito de remir, indiretamente beneficiou o devedor, pois o bem remido integrará o patrimônio, se tornando destarte imune a nova penhora, eventualmente realizada pelo credor para satisfação do restante do débito.

A nosso ver a resposta para a questão, inicialmente formulada é a mesma oferecida pela corrente que não admite que o bem remido seja novamente penhorado.

Todavia, o bem remido pelo cônjuge poderá ser perfeitamente penhorado em outras execuções. Um outro credor, ou o próprio credor exeqüente, por um outro título, em outra execução tem o direito de penhorar aquele bem.

8 – EMBARGOS À REMIÇÃO

No regime do Código anterior permitia ao executado oferecer embargos à remição, conforme o disposto no inciso II do art. 1009 daquele diploma, "in verbis":

"Art. 1009 – Os embargos serão oferecidos:

.....

II – Dentro dos cinco (5) dias seguintes à assinatura do auto de arrematação ou à publicação da sentença de adjudicação ou remissão".

O atual diploma processual, silenciou-se quanto à matéria, o que na verdade significa que o legislador não quis facultar a propositura desses embargos.

Assim entendemos, pois se realmente o legislador pretendesse os "embargos à remição", os incluiria no art. 746 "caput", tendo em vista que, esse dispositivo legal prevê expressamente os "embargos à arrematação e à adjudicação", mantendo assim a regra contida no art. 1009 do CPC de 1939. Nesse caso, aplica-se o princípio "inclusio unius fit exclusio alterius", quer dizer, se a lei disse de um, e não disse de outro, é porque excluiu o outro.

Por outro lado, a ausência dos embargos não está cerceando o direito de defesa da parte, eventualmente prejudicada (credor exequente, arrematante), pois esta poderá, impugnar o pedido de remição por meio de simples petição. Aliás o art. 790 dispõe que "Deferindo o pedido..." isso significa que a parte que postulou a pretensão de remir o bem, não necessariamente o obterá.

Por essas razões, bem andou o nosso diploma processual civil, em abolir os embargos à remição.

9 – REMIÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL

(Lei nº 6.830 de 22-09-80)

Reza o art. 19 da Lei 6.830 de 22-09-80:

"Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias:

I — remir o bem, se a garantia for real; ou

II — pagar o valor da dívida, juros e multa de mora e demais encargos, indicados na Certidão de Dívida Ativa, pelos quais se obrigou, se a garantia for fidejussória".

Extraí do dispositivo em destaque, os dois tipos de remição. A remição da execução (inciso II) e a remição de bens (inciso I) com certa particularidade, ou seja, fala em "garantia real".

Todavia a lei prevê a remição, em sentido amplo, realizada pelo **terceiro** que ofereceu o bem a penhora, não cogitando da pessoa do devedor nem de sua família.

Então, não há dúvida que a lei nº 6.830 previu a remição de bens, realizada pelo terceiro "se a garantia for real" (art. 19-I). A condição estabelecida no inciso I do artigo ora comentado, não condiz com o art. 9º da mesma lei, pois esse último ao elencar os meios pelos quais se

garante a execução, não cogita da hipoteca, penhor ou anticrese ou qualquer garantia real, fala tão somente na **penhora**. Sendo assim, a remição de bem estabelecida no inciso I do art. 19, deve ser admitida no caso da penhora. Nesse sentido José da Silva Pacheco.²⁷

Quanto à pessoa do devedor, a lei não cogita que este poderá beneficiar-se da remição prevista no art. 651 do CPC, mas a nosso ver, nada obsta que exerça tal faculdade, pois o texto legal em debate prevê em seu art. 1º que a execução fiscal será regida subsidiariamente pelo Código de Processo Civil. Com base nessa norma, também não se pode negar a faculdade de remir à execução, ao terceiro que ofereceu bens à penhora, ou ofereceu a garantia.

No que tange à remição de bens, regulada pelo art. 787 do CPC, pode ser aplicada ao devedor na execução fiscal? E ao terceiro?

Entendemos não haver nenhum impedimento, pois conforme supra exposto, o art. 1º da Lei 6.830 remete subsidiariamente ao Código de Processo Civil. Nesse estatuto está previsto que a remição de bens penhorados é exercida pelo cônjuge, descendente, ou ascendente do devedor, portanto, admitimos. Quanto ao terceiro, deve-se também admitir que seus parentes e o cônjuge exerçam o direito à remição, nos termos e condições estatuídas em lei, porque a posição do terceiro é idêntica a do devedor.

Finalmente, não há nenhum dispositivo na lei, ora comentada, que proíba o exercício do direito à remição, seja a remição à execução, seja a remição de bens. Afinal o interesse da Fazenda como de qualquer outro credor é a satisfação do crédito e não a aquisição de bens, desde que tal fato ocorra, não há porque se vedar.

10 – CONCLUSÃO

O instituto da remição seja da **execução** (art. 651), seja dos **bens penhorados**, somente beneficiará o credor quanto a satisfação do crédito, que é o que se busca na ação de execução.

Pouco se tem a dizer quanto a **remição da execução**, uma vez que, esta é o pagamento total do débito, resultando na extinção da execução.

Quanto a **remição dos bens penhorados**, o presente trabalho pretendeu dar uma visão global, aprofundar-se mais no estudo do instituto, muito embora, deixando ainda a desejar.

Concluimos que a remição de bens é um instituto que favorece a família do executado, chamado por alguns juristas como "favor da

lei²⁸, contudo existem outros a exemplo de Alexandre de Paula²⁹ que entenda que a remição deva ser suprimida, pois segundo suas palavras — “dado o que se presta à fraude, voltando os bens, por via oblíqua à família do devedor, sem que se integrem no patrimônio deste e se tornando destarte, imunes a nova execução”.

“Data vênia”, não podemos concordar com o ilustre jurista, pois, pelo que vimos durante a pesquisa quando o bem é remido pelo cônjuge, e só aí, volta indiretamente ao patrimônio do devedor, nesse exclusivo caso, não pode ser novamente penhorado pelo credor exequente, contudo, em outra execução, não há impedimento, pois a remição não dá ao bem a característica de impenhorabilidade ou inalienabilidade. E ainda, quando remido o bem por descendente ou ascendente, claro é que o bem transfere-se para patrimônio alheio, tal como ocorre na arrematação. Seria um absurdo poder se pensar que o arrematante corresse o perigo de ver o bem arrematado sujeito à constrição judicial, em processo de execução alheia.

Não assiste razão, portanto, o processualista supra mencionado, ao contrário, a remição nenhum prejuízo traz ao credor, pois as pessoas beneficiadas que poderão exercer o direito de remir, deverão depositar o preço do bem, pelo qual foi alienado ou adjudicado.

Finalizando, na prática não é instituto muito utilizado, vale dizer, que muito pouco se encontra da matéria, na jurisprudência e, quanto a doutrina esta, também não dedica muitas páginas, mesmo assim, como qualquer outro tema em direito quanto mais se estuda, maiores dúvidas surgem.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA E REFERIDA NO TEXTO

- AMERICANO, Jorge — “COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DO BRASIL”, vol. IV, 2ª. edição, 1960.
- BARROS JR., Carlos S. de — “DA REMIÇÃO DA EXECUÇÃO”, São Paulo, 1940.
- CASTRO, Amílcar de — “COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”, vol. 10, Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1941.
- FRAGA, Afonso — “TEORIA E PRÁTICA DA EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS”, 1922.
- LIEBMAN, Enrico Tullio — “PROCESSO DE EXECUÇÃO”, 4ª edição, Saraiva, 1980.

- MARQUES, José Frederico — "MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", 4ª vol., Saraiva, 3ª edição, 1980.
- _____ — "INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", vol. 59, 3ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1971.
- MARQUES, J. M. Azevedo — "A HIPOTECA", 3ª edição, 1933.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de — "COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", vol. 109, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1941.
- MONTEIRO, Washington de Barros — "DIREITO DAS OBRIGAÇÕES", 1ª parte, ed. Saraiva, 1975.
- NEVES, Celso — "COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", vol. VII, Ed. Forense, 1974.
- PACHECO, José da Silva — "TRATADO DAS EXECUÇÕES", vol. 1, 2ª edição, Saraiva, 1964.
- _____ — "COMENTÁRIOS À NOVA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL", ed. Saraiva, 1981.
- PAULA, Alexandre — "CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO", vol. III — "DO PROCESSO DE EXECUÇÃO E DO PROCESSO CAUTELAR" — 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- REIS, José Roberto dos — "PROCESSO DE EXECUÇÃO", vol. II, 1ª edição, Coimbra Editora, 1954.
- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de — "CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", vol. III, 3ª edição, Saraiva, 1953.
- ROCHA, José de Moura — "COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", vol. IX, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1976.
- SANTOS, Moacyr Amaral — "PRIMEIRAS LINHAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", 39 vol., 4ª edição, Saraiva, 1981.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto — "PROCESSO DE EXECUÇÃO", 5ª ed., Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1979.
- VILLAR, Wilard de Castro — "PROCESSO DE EXECUÇÃO", Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

LEGISLAÇÃO

Código de Processo Civil de 1939.
 Código de Processo Civil de 1973.
 Código de Processo Civil Português.

CÓDIGO CIVIL

Lei 4.121 de 27-08-1962

Lei 6.830 de 22-09-19800.

NOTAS:

- (1) "DIREITO DAS OBRIGAÇÕES", 1ª. parte, ed. Saraiva, 1975, pág. 326.
- (2) "DA REMIÇÃO DA EXECUÇÃO", São Paulo, 1940, pág. 27.
- (3) 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo — Agravo de Instrumento nº 219.503 — Capital — RT.487, maio/1976, pág. 120.
- (4) "COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", Tomo XI, ed. Forense, 1ª edição, 1976, pág. 546.
- (5) *Op. cit.*, pág. 548.
- (6) "COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", vol. 10º, Ed. Revista Forense, RJ, 1941, pág. 338.
- (7) "MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", vol. 4º, Ed. Saraiva, 3ª. ed., 1980, pág. 299.
- (8) *Op.cit.*, págs. 536/537.
- (9) "COMENTÁRIOS AO CPC", vol. VII, Ed. Forense, pág. 377.
- (10) Wilard de Castro Villar; "PROCESSO DE EXECUÇÃO", Ed. Revista dos Tribunais, 1975, pág. 261.
- (11) *Op. cit.*, págs. 552/553
- (12) *Op. cit.*, pág. 302
- (13) "PROCESSO DE EXECUÇÃO", 5ª edição, Editora Universitária de Direito, 1979, pág. 451.
- (14) "PROCESSO DE EXECUÇÃO", vol. II, 1ª edição, Coimbra Editora, — 1954, pág. 476.
- (15) "COMENTÁRIOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", vol. IX, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1976, pág. 298.
- (16) "CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", vol. III, 3ª. edição, Saraiva, 1953, pág. 287.
- (17) "A HIPOTECA", 3ª edição, 1933, pág. 155.
- (18) "PROCESSO DE EXECUÇÃO", ed. Saraiva, 4ª ed., 1980, pág. 176-177.
- (19) "COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DO BRASIL", vol. IV, 2ª edição, 1960, pág. 254.
- (20) *Op. cit.*, pág. 542.
- (21) "TEORIA E PRÁTICA DA EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS", 1922, pág. 236.
- (22) *Op. cit.*, pág. 347.
- (23) "INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", vol. V, 3ª edição, 1971, pág. 301.
- (24) "PRIMEIRAS LINHAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", 4ª ed., Saraiva, 1981.
- (25) *Op. cit.*, pág. 176-177.
- (26) *Op. cit.*, pág. 322.
- (27) "COMENTÁRIOS À NOVA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI 6.830 DE 22-09-80)" — Edição Saraiva, 1981, págs. 104-105.
- (28) CARLOS DE BARROS JR., *op.cit.*, São Paulo, 1940.
- (29) "CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO", vol. III, art. 566 a 889 —, "DO PROCESSO DE EXECUÇÃO E DO PROCESSO CAUTELAR", Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1980, pág. 493.

ORIGEM CRISTÃ DO HABEAS CORPUS

Francisco Vicente Rossi

INTRODUÇÃO

O pensamento cristão influenciou profundamente a formação da lei positiva, sancionadora da liberdade, graças ao seu desenvolvimento na Inglaterra, de 1215, quando redigiram a Magna Carta.

Neste artigo, apreciaremos as acepções do termo liberdade, abordando-o à luz da razão natural e de dados da Revelação, especulando as liberdades, em seus aspectos moral e psicológico que, por mais abrangentes, também englobam as liberdades exteriores (jurídica, física, política...), concretizadas no **habeas corpus**; depois, nos limitaremos nos parâmetros da liberdade de locomoção, do direito de ir, vir e permanecer, garantido por aquele instituto. Verificaremos a influência histórica do pensamento cristão na elaboração do pensamento inglês, criador da garantia à liberdade.

Pode parecer um trabalho arcaico, mas só pela constatação de que esse remédio processual especial é, de quando em vez, supresso ou limitado pelos detentores do poder, nas mais diversas partes do mundo e de que muitos consideram novidade a preocupação da Igreja na defesa dos direitos humanos, sua atualidade transparece.

Mais, refere-se à liberdade, um dos mais fundamentais direitos humanos, e à sua garantia, através do remédio constitucional de maior importância em todos os sistemas políticos.

I – LIBERDADE

1. Acepções do termo

O homem foi criado para ser feliz e consegue a felicidade realizando-se. O homem somente se realiza plenamente quando satisfaz os legítimos anseios de sua personalidade, dentre os quais posta-se a liberdade, que justamente é a capacidade humana de auto-realizar-se.

"Ele é um indivíduo que pela inteligência e vontade livre a si mesmo se determina,¹ vontade que tende necessariamente para o bem, pois "ela é a faculdade de perseguir o bem conhecido pela razão".² A razão propõe diferentes bens e a liberdade consiste na escolha que dentre eles realiza o homem. "A vontade é livre, e pode querer o mal, pois é um ser limitado, podendo agir desordenadamente, imoralmente, contra a vontade de Deus. Neste caso, a vontade humana é má; é a única coisa má no mundo criado por Deus".³

O homem **"é livre (...) porque é espiritual, racional e dotado de vontade; mas é metafisicamente limitado, porque é criado como todas as criaturas. E pode, por conseguinte, desviar-se da ordem, do ser, enveredando para a desordem, para o não-ser, o que constitui o mal moral, o pecado, com todas as suas conseqüências, até ao mal físico".⁴**

A liberdade pode ser interpretada de muitos sentidos. Autor houve que colheu mais de duzentas definições de liberdade.⁵

Conceituada como produto da inteligência racional do homem e atributo de sua vontade, temos a **liberdade psicológica**, também designada de livre arbítrio, definido por JOLIVET como **"o poder que possui a vontade de se determinar a si mesma e, por si mesma, a agir ou a não agir, sem ser a isto coagida por nenhuma força, nem exterior nem interior".⁶**

Os romanos definiam liberdade como a faculdade natural de fazer o que se quer, menos o que está proibido pelo direito ou impedido pela violência (§ 1, l. De i. pers., 1,3 L. 4 pr., D. De st. hom., 1, 5), cf. Pedro BONFANTE, que também a explica.⁷

É o poder de agir ou omitir-se sem obstáculo e sem coerção. Neste sentido, as liberdades são tantas quantas as formas de atividades. São as **liberdades exteriores** de que nos fala JOVILET⁸, apresentando-se sob as formas de liberdade física, liberdade política ou pública, liberdade civil, liberdade de opinião, liberdade de associação, etc.

Sob seu aspecto filosófico, **escolher**, dentre os bens de desigual valor é **ser livre**, há a liberdade do "querer"; enquanto que a liberdade, sob o aspecto jurídico, liga-se às liberdades exteriores e concretiza-se no poder fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

São estas exteriorizações da liberdade que objetivam este trabalho, embora não olvidando devam elas se enquadrar na concepção cristã do homem, que pressupõe a visão de liberdade mais geral e englobante.

2. Limitações da Liberdade

A liberdade humana não é absoluta, condiciona-se às restrições impostas pelo interesse público, pela necessidade e interdependência sociais, pelo Bem Comum; o agir humano, no íntimo, é limitado pela Religião e pela Moral.

"O homem é um animal destinado por natureza a viver em sociedade", assevera ARISTÓTELES⁹, que está sujeito à lei da sociabilidade, não podendo dispensar o convívio com seus semelhantes para alcançar determinados fins. E a vida em comum trás auto-limitações, imposições, necessidades de superações, ultrapassando-se o homem a si mesmo, num constante aprimoramento e no desenvolvimento das solidariedades.

O homem só se realiza plenamente quando engajado a serviço de um ideal humano, unindo sua **liberdade à responsabilidade**. A liberdade é um dom que deverá ser burilado, amadurecido. É acumulativa, capacitando o homem, no seu exercício, para uma liberdade maior.

Pode a liberdade sofrer condicionamentos de ordem psicológica, como o medo, a angústia, as perturbações psíquicas, os obstáculos levantados pelos próprios indivíduos, o erro e outros, de ordem biológica, como as taras hereditárias, e de ordem física.

3. Liberdade de Locomoção

Dentre as liberdades físicas destaca-se a liberdade de locomoção indispensável ao homem. **"Todas as liberdades individuais dependem, para o seu gozo e eficácia, da liberdade de locomoção"**.¹⁰

O detentor do poder restringirá ou suprimirá a liberdade física do homem por ilegalidade ou abuso do poder, utilizando-se da violência, ato físico que se traduz num constrangimento físico, efetivo ou iminente, que impede ou restringe a liberdade de ir e vir, ou da coação, que atua sobre a vontade do constrangido, compelindo-o a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

A liberdade física refere-se ao ir e vir, que também abrange o direito de permanecer em locais não vedados por lei, pois o direito de ficar nada mais é do que a forma estática da liberdade de ir e vir.

4. Garantia à Liberdade. O *habeas corpus*.

Na elaboração da lei positiva, dirigida à utilidade comum, o homem deve alicerçar-se na lei natural. Por esta, segundo o testemunho de

sua própria consciência, peremptoriamente observará algumas regras, dentre as quais encontra-se o respeito à liberdade, passando a declará-lo em suas legislações. A essa norma chega também a Filosofia pelas vias da razão.

Verificou mais, que nada adiantaria a lei prever a liberdade se não fornecesse um meio de protegê-la, portanto, instituiu garantias para assegurar a efetividade do direito à liberdade pessoal.

O direito romano, codificando uma longa e vasta prática jurídica, sistematizou, como veremos em outro capítulo, a garantia ao direito de locomoção do cidadão, que seria adaptado e consagrado na Magna Carta, fonte e modelo de todas as legislações posteriores.

Vendo-se tolhido em seu direito à liberdade o homem apela para o Poder Judiciário, pois sabe que **"da ordem jurídica intencionada por Deus emana o direito inalienável do homem à segurança jurídica e a uma esfera jurisdicional bem determinada, ao abrigo de toda e qualquer impugnação arbitrária"**.¹¹ Esse poder, que para KANT é a conclusão, a sentença, de um silogismo prático, que decide o que é justo numa hipótese dada¹², tentará reequilibrar a ordem social, eliminando a ruptura entre a Justiça e o Estado, provocada pelo exercício arbitrário, contra o Direito e os princípios morais e legais, por parte da autoridade que violar esse direito imanente da própria natureza humana. E o meio empregado é o **habeas corpus**.

"O habeas corpus é remédio processual, destinado, especificamente, a assegurar o indivíduo contra os atos administrativos, que lhe tolham ou possam tolher a liberdade física", define SEABRA FAGUNDES¹³. É a especial garantia, existente em todas as constituições democráticas, destinada à defesa e amparo da liberdade corporal ou física, da liberdade de locomoção.

II – CRISTIANISMO E LIBERDADE

O cristianismo valoriza o homem, tratando-o como pessoa, isto é, **"natureza dotada de inteligência e vontade livre"**¹⁴, chamado a realizar sua existência terrena, para alcançar seu fim sobrenatural.

Enquanto que a filosofia antiga preocupava-se com a cosmologia, sendo só de reflexo, a ciência do homem, o pensamento cristão é homocêntrico, de um homocentrismo que leva ao teocentrismo, gravitando em torno do homem e seu destino.

Deus, para os gregos, fosse ele a Idéia eterna ou o Dimiurgo, de Platão; o Motor imóvel, de Aristóteles; o Logos, dos estoicos; ou o

Princípio ativo e imanente no mundo, dos panteístas, era “sempre concebido como princípio cosmológico, como lei do mundo físico, e não como pessoa, que, por um ato de amor infinito, cria os seres todos do nada, revela-se às criaturas para ofertar-lhes a lei da vida, a luz da verdade”¹⁵, e muito mais, faz o homem à sua imagem e semelhança (Gen. 1,26).

A filosofia, a “humana sabedoria” (1 Cor 2,5), a “sabedoria que os gregos buscam” (1 Cor 1,22), era relacionada pelos que, já com uma formação filosófica contactavam com as Escrituras, “a Sabedoria de Deus” (1 Cor 1,21,24) “por revelação de Jesus Cristo” (Gal 1,12) e do desenvolvimento conjunto de ambas, filosofia e Escrituras, nasceria a nova disciplina, a teologia, que prega ser a liberdade “um sinal eminente da imagem de Deus nos homens”.¹⁶

A livre atividade autoconsciente e responsável é o alicerce da personalidade humana. Os textos bíblicos salientam essa liberdade. Deus deu ao homem o poder de decidir (Ecl 15,14). São Pedro advertia que os cristãos deviam comportar-se como homens livres (1 Pedro 2,16) e clamava São Paulo: “Irmãos, fostes chamados à liberdade” (Gal 5,13), também sublinhando que a liberdade cristã é a liberdade dos filhos de Deus (Gal 5,1; Roma 8. 14-16 e 21). Verdadeiramente é livre quem a transforma num dever de serviço (Gal 5,13) e anda na verdade (Jo 8,32), e sobretudo, quem se apegue ao Espírito de Cristo. “Onde está o Espírito do Senhor, aí há liberdade” (2 Cor 3,17).

Nos primeiros séculos sofreram os cristãos grandes perseguições que forjaram as aspirações de liberdade. VOGT, citado por G.E.M. de STE. CROIX¹⁷, escreveu: **“Os martírios das perseguições romanas foram parte da história da liberdade”**. Magnificamente os cristãos, de modo especial TERTULIANO e LACTÂNCIO, defenderam a causa da liberdade e da tolerância em questões religiosas, concretizadas pelo Edito de Milão, de 313.

TOYNBEE tem razão quando comenta que a colocação dos homens pelas religiões superiores, dentre as quais situa o Cristianismo, em contato com a realidade espiritual básica, torna-os espiritualmente independentes da sociedade na qual se encontram envolvidos para poder julgá-la; eles têm obrigação moral de criticá-la se ela chocar-se com o padrão ético superior, de desafiá-la; e conclui: **“Essa liberdade espiritual (...) é a fonte da liberdade em todos os outros setores, político, econômico e estético. O campo religioso é o primeiro no qual os seres humanos ganharam sua liberdade individual, e as religiões superiores foram suas forças libertadoras originais”**.¹⁸

E os estudiosos cristãos, através dos séculos, procuraram difundir e incutir os ideais de liberdade, contidos na concepção humanista da especulação filosófica cristã.

Michele Federico SCIACCA condensa SANTO AGOSTINHO: "O sujeito humano é o ponto de partida do filosofar perene (...) A filosofia é reflexão do homem sobre o homem"¹⁹. "Deus quis que o homem fosse livre porque ser espiritual. Mal pode ser o uso que nós fazemos do livre arbítrio".²⁰

III — INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO CRISTÃO NA INGLATERRA DE 1215

Neste trabalho, importante é demonstrar a influência das escolas e dos estudiosos cristãos na formação do pensamento inglês que redigiria a Magna Carta em 1215.

Na Idade Média européia ocidental a universalidade da Igreja, a unidade de fé, a expansão das ordens religiosas-agostinianos, dominicanos, franciscanos e beneditinos — a suserania papal, levaram, de um modo geral, a uma unidade de pensamento e aos intercâmbios cultural e de cátedra profundos.

Carlos Magno organizou a educação e a cultura medievais, confiando a Alcuíno (735-804) a programação do ensino. Esse professor "veio da Inglaterra, o viveiro da cultura naquela época."²¹

Surgiu depois, a Escolástica que "representa o último período do pensamento cristão, que vai do começo do século IX até o fim do século XV (...) Esse período do pensamento cristão se designa com o nome de escolástica, porquanto era a filosofia ensinada nas escolas da época, pelos mestres, chamados por isso, escolásticos".²²

Considera-se o irlandês João Scoto Erígena, levado em 874 à Corte de Carlos, o Calvo, como o primeiro escolástico.

Continuador da tradição de Santo Agostinho e tido como o primeiro grande escolástico, Anselmo de Aosta, nascido em 1033, prior e abade do convento beneditino de Bec, Normandia, em 1093 é nomeado Arcebispo de Cantuária.

No início do século XI fundou-se a Escola de Chartres, que desempenhou importante papel como centro de estudos, no século XII, e devido aos seus sutis mestres e ao apego à cultura clássica, seu estudo recebeu o título de humanismo de Chartres. O maior vulto dessa Escola foi o inglês João de Salisbury (1110-1180).

A Escola de São Vitor, convento das proximidades de Paris, dos agostinianos, denominados precisamente vitorinos, teve como maior vulto Hugo de São Vitor, sucedido pelo escocês, Ricardo de São Vitor, falecido em 1173.

Na segunda metade do século XII e princípios do século XIII apareceram as universidades, **"associações de todos, estudantes ou mestres, ou estudantes e mestres em conjunto de uma mesma escola (universitas magistrorum et scholarium)" ²³**. As mais célebres foram as de Paris, de Oxford e de Bolonha, esta especialmente pelos estudos jurídicos.

A Universidade de Oxford foi um centro do agostinismo franciscano, que teve por expoente máximo São Boaventura (1221-1274) Seus mestres franciscanos seguiram as tradições da Escola de Chartres e enxertavam o interesse pelos estudos científicos (física, matemática, astronomia) nas investigações místicas platônico-agostinianas.

Roberto de Grosseteste inicia esta tendência. Nasceu na Inglaterra, em 1175; bispo de Lincoln, transforma a diocese também num centro de estudos. Suas ações acham-se eivadas de tradições latinas.

Outro seguidor do agostinismo franciscano foi Alexandre de Hales, nascido em 1170 ou 1180, na Côrte de Gloucester, na Inglaterra, professor de São Boaventura e primeiro mestre franciscano de teologia na Universidade de Paris.

No século XIII o intercâmbio entre a Europa Continental e as ilhas inglesas intensificou-se. Todos os Arcebispos de Cantuária, exceto Bonifácio de Saboya, estudaram na Universidade de Paris **"e quatro deles, Stephen Langton, Robert Kilwardley, John Pecham e Robert Winchelsey – também foram notáveis metes" ²⁴**

O ensino das Universidades de Paris, Oxford e Bolonha achava-se impregnado de influência latina, do direito romano, que serviu de **"sistematizador do novo organismo social, a Igreja" ²⁵** e da codificação justiniana que **"foi a rocha de onde se extraiu o direito canônico medieval do Ocidente" ²⁶**.

IV – ORIGEM DO HABEAS CORPUS

O direito romano ofereceu aos ingleses as noções de liberdade, desenvolvidas e buriladas pelo pensamento cristão, e as raízes do primeiro remédio processual especial para a garantia do direito de locomoção, o **habeas corpus**.

Jayme de ALTAVILA cita trabalho do Professor Hersílio de Souza ²⁷, afirmando que o redator principal da **"Magna Carta Libertarum"**

foi um doutor de Bolonha, portanto, com formação calcada no direito romano, acrescentando **"o habeas corpus, a mais eficaz e pronta garantia, que se supõe ter o povo inglês descoberto para a felicidade do gênero humano civilizado, já encontra suas raízes no Dig. 43. Tit.29 I, pelo interdictum de homine libero exhibendo"**.²⁸

Por esse interdito, o pretor protegia a liberdade do cidadão para ouvi-lo e conforme fosse justa ou injusta a prisão, confirmava-a ou a revogava. Ulpiano deu-nos a fórmula pretoriana desse interdito exhibitório, que dava a oportunidade de se ver e tocar no homem apresentado em público.²⁹

O Arcebispo de Cantuária, Langton, nomeado por Inocêncio III contra a vontade do rei, que indicara um favorito seu, João de Gray, para a sede equiepiscopal, foi a alma da revolução de 1215.

Langton doutorou-se em Paris, tendo lecionado na Universidade de Bolonha.

"Desde 1213 o Arcebispo Langton, cérebro da conspiração, despertara grande entusiasmo, reunindo secretamente os barões para ler-lhes a velha Carta de Henrique I, que todos haviam esquecido e que garantia o respeito pelos direitos e costumes dos súditos".³⁰ Comandando uma cruzada contra o despótico João Sem Terra, Langton utilizou-se de sua cultura humanística e jurídica; dos ensinamentos evangélicos, que como bispo jurara cumprir e difundir; e dos conceitos da teologia e da filosofia, emanados dos bancos e da cátedra universitária.

As lições de Sócrates quando explicava a Glauco que **"é necessário convir em que nos indivíduos se encontram os mesmos afetos e costumes do Estado"** e que **"dos indivíduos, por certo é que passam para o Estado"**, sobejamente aplicam-se ao redator da Magna Carta, que nesse documento fundamental para o Estado inglês, materializou seus conhecimentos e os ideais de sua formação.

Aliás, não somente ele, mas todo o clero inglês estudava direito na Europa continental, sendo a Universidade de Bolonha a preferida. **"Não havia padre na Inglaterra que não fosse advogado: 'Nullus clericus nisi causidicus'."**³²

A influência do clero foi imprescindível na Magna Carta pois, os incultos barões rebelaram-se, sob o instigação da hierarquia católica e obrigaram ao rei assinar uma carta, elaborada pelo clero, onde no parágrafo vinte e nove, colocou o **habeas corpus**.

O despotismo e a arbitrariedade dos reis ingleses provenientes da conquista normanda e dos três primeiros Plantagenetas, principalmente

do terceiro destes, João Sem Terra, levaram os nobres, sob a orientação do Arcebispo Langton, como já vimos, a organizarem o "Exército de Deus e da Santa Igreja", que marchou contra Londres, dominando o inescrupuloso rei. Dias depois, 19 de junho de 1215, na ilha de Runnymede³³, condado de Surrey, perto de Windsor, o rei assinava a Magna Carta, redigida em latim.

Anteriormente ao **habeas corpus**, encerravam os acusados ou suspeitos na Torre de Londres de onde, em geral, misteriosamente, desapareciam. Com a Magna Carta os cidadãos obtiveram a prerrogativa de se dirigirem ao carcereiro da Torre e perguntarem: "Habeas corpus?" e o guarda tinha a obrigação de mostrar o preso, vivo ou morto, e, neste caso, justificar a morte.

Em seguida, ampliou-se as funções do instituto que passou a garantir que nenhum homem livre podia ser preso ou detido, sem que fosse condenado pelas leis do país e por seus pares.³⁴

A expressão **habeas corpus** tornou-se as palavras iniciais do mandado que o juiz ou tribunal endereçava a quantos tivessem em sua guarda, ou em seu poder, o prisioneiro: "**Tome o corpo** desse detido e vinte submeter ao tribunal o homem e o caso". Com isso, procuravam evitar ou remediar, quando impetrada a ordem, a prisão injusta, a opressão e a detenção prolongada.

Falecendo João Sem Terra (1216), o regente do trono, Guilherme de Pembroke, na minoridade de Henrique III, ratificou a Carta em 1219.

O tribunal competente para apreciar o **habeas corpus** era a "Casa do Banco do Rei".³⁵

Por prepotências reais o **habeas corpus** caiu em desuso, provocando inevitáveis lutas entre os monarcas e o Parlamento. Este, em 1679, obrigou Carlos II a promulgar a regulamentação da velha lei do **habeas corpus**, o **Habeas Corpus Act**.³⁶

BLACKSTONE chamou a lei de 1679 de "segunda Carta Magna".³⁷

A doutrina do **habeas corpus** resume-se em dois pontos fundamentais: nenhum homem poderá ser privado da liberdade, sem sentença judicial, e todo acusado deve ser apresentado aos juízes, que porão fim às arbitrárias prisões.

O **habeas corpus**, o principal instituto da Magna Carta, foi sempre, "**para a consciência política do mundo, uma Esperança**", como escreveu ALTAVILA.³⁸

CONCLUSÃO

Uma das características fundamentais de nossa época é a exaltação da liberdade, às vezes confundida com a licença de se fazer tudo o que agrada, mesmo o mal: esquece-se o indivíduo que o seu poder tem por limite igual direito dos outros.

Freqüentemente, o suposto remédio para essas desordens reduz-se ao emprego de uma dura repressão da legítima liberdade e a privação dos direitos dos cidadãos.

Tentamos nesse trabalho estudar a liberdade, especialmente de uma de suas exteriorizações físicas, a liberdade de locomoção e o instituto que a garante, com a preocupação de demonstrar que com o Cristianismo houve a Magna Carta, lei humana que definitivamente consagrou o **habeas corpus**, difundindo-o pelo mundo.

De fato, embora os alicerces materiais dessa garantia buscamos no direito romano, foi o pensamento cristão, especialmente pela sua humanitária concepção, que acalentou e estudou, por séculos, a liberdade, perpetuando sua herança às gerações futuras.

Se não recuperassem os mestres da Universidade de Bolonha, sob os auspícios da Igreja, o **Digesto**, na certa o interdito pretoriano, precursor do **habeas corpus**, jazeria no esquecimento; o que também sucederia se não fosse objeto de contínuos estudos e especulações.

Como pressão ao regime feudal a Magna Carta consagrou normas escritas que obrigavam o rei, como também os senhores, os barões, em relação aos seus feudatários, e deu o primeiro passo para a libertação do servo da gleba, que dentre outras obrigações, não gozava da liberdade de locomoção para além das fronteiras do feudo, sem autorização do suserano. Ela afrouxou os liames que prendiam o trabalhador às terras do senhor e contribuiu para o posterior rompimento definitivo dessas ligações.

Não há novidade na preocupação da Igreja, hoje, pelo resguardo dos direitos humanos; ela sempre os proclamou, por força do Evangelho que lhe foi confiado. Pelos séculos defendeu a Liberdade justa, responsável e autêntica. Ainda na Idade Média foi a inspiradora da maior garantia constitucional existente no Estado, de uma das maiores descobertas do gênero humano, que assegura o homem contra ato ilegal ou abusivo da autoridade que ameaça a sua liberdade física, o direito de ir, vir e permanecer.

BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILA, Jayme de. "Origem dos Direitos dos Povos". 2ª ed. São Paulo, Edições Melhoramentos, (s. d.).
- ARISTÓTELES. "A Política". Trad. Nestor S. Chaves. 3ª. ed. São Paulo, Atenas Editora, (s. d.).
- BONFANTE, Pedro. "Instituciones de Derecho Romano". 2ª. ed. Trad. Luis Bacci e Andrés Larroca. Madri, Instituto Editorial Reus S/A., 1951.
- SCIACCA, Michele Federico. "História da Filosofia". Trad. Luís Washington Vita. São Paulo, Editora Mestre Jou, 1968.
- CORREIA, Alexandre & SCIASCIA, Caetano. "Manual de Direito Romano". 4ª. ed., São Paulo, Edições Saraiva, 1961.
- CROUZET, Maurice, dir. "História Geral das Civilizações". VII, 2ª. ed., São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1958.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário". 3.ª. ed., Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 1957.
- GOETZ, Walter. "História Universal". IV. Trad. Manuel G. Morente, Madri, Espasa-Calpes S/A., 1954.
- HUNT, Richard. "Universidades y Culturas. La Baja Edad Media". Barcelona, Editorial Labor S/A., (s. d.).
- JOÃO XXIII – "Pacem in Terris". Petrópolis, Ed. Vozes, (s.d.).
- JOLIVET, Régis– "Curso de Filosofia". Trad. Eduardo Prado de Mendonça. 5ª. ed., Rio de Janeiro, Livraria Agir Editora, 1961.
- KANT, Immanuel. "Principes Métaphysiques du Droit", 2ª part. Paris, s.c.p., (s.d.).
- KELSEN, Hans. "Compêndio de Teoria General del Estado". Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934.
- _____. "Teoria General del Estado". Barcelona, Editorial Labor S/A., 1934.
- MANGABEIRA, João. "Estudos sobre a Constituição Brasileira". Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1954.
- MARQUES, Azevedo. "O Habeas Corpus". Rev. de Crítica Judiciária, Vol III.
- MAUROIS, André. "História da Inglaterra". Trad. Carlos Domingues. Rio de Janeiro, Ed. Pongetti, (s.d.).

- PADOVANI, Humberto & CASTAGNOLA, Luis. "História da Filosofia". 6ª, ed., São Paulo, Edições Melhoramentos, 1964.
- PLATÃO. "A República". São Paulo, Atenas Editora, (s.d.).
- PONTES DE MIRANDA — "História e Prática do Habeas Corpus". Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1961.
- — "Comentários à Constituição de 1967". São Paulo, Ed. Saraiva, (s. d.).
- REALE, Miguel. "Teoria do Direito e do Estado". São Paulo, Livraria Martins Editora, 1940.
- SAINTE CROIX, G.E.M.de. "Las Persecuciones — El Crisol del Cristianismo". Barcelona, Editorial Labor S/A., (s.d.).
- TOYNBEE, Arnold J. "O Desafio do nosso Tempo". Trad. Edmond Jorge. 2ª ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1975.
- GAUDIUM ET SPES. "Concílio Ecumênico Vaticano II". Petrópolis, Ed. Vozes, (s.d.).

NOTAS:

- (1) João XXIII — "Pacem in Terris".
- (2) Régis JOLIVET — "Curso de Filosofia" — p.215.
- (3) Santo Agostinho, apud Humberto PADOVANI e Luís CASTAGNOLA — "História da Filosofia", I, p. 158.
- (4) *Ibid.*, II, pp. 514.
- (5) Cf. João MANGABEIRA — "Estudos sobre a Constituição Brasileira" p.118.
- (6) "Curso de Filosofia". Petrópolis, Ed. Vozes, (s. d.).
- (7) **INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO**, p. 41 — ("Tal definición hace referencia a la libertad en sentido jurídico, por lo que justamente se considera libre también a quien por la violencia está incapacitado para disponer de la propia persona y de los propios actos") — Grifo nosso.
- (8) "Curso de Filosofia" — p. 221.
- (9) "A Política" — p. 102.
- (10) AZEVEDO MARQUES — "Revista Crítica Judiciária", vol. III, p.100.
- (11) João XXIII — "Pacem in Terris".
- (12) KANT — "Principes Métaphysiques du Droit", 2ª part, §§ 65-68.
- (13) SEABRA FAGUNDES — "O Controle dos Atos Administrativos", p. 282.
- (14) JOÃO XXIII — "Pacem in Terris".
- (15) Michele Federico SCIACCA — "História da Filosofia", I, p. 154.
- (16) "Gaudium et Spes" — Concílio Vaticano II.
- (17) "Las Persecuciones" — El Crisol del Cristianismo", p. 350.
- (18) "O Desafio do nosso Tempo", p. 169.
- (19) "História da Filosofia", I, p. 158.
- (20) *Ibid.*, p. 182
- (21) Humberto PADOVANI e Luís CASTAGNOLA — "História da Filosofia", I, p. 171.
- (22) *Ibid.*, p. 169

- (23) Michele Federico SCIACCA — "História da Filosofia", I, p. 213.
- (24) Richard HUNT — Universidades y Culturas, "La Baja Edad Media", p. 194.
- (25) Humberto PADOVANI e Luís CASTAGNOLA — "História da Filosofia", I, p. 131.
- (26) Arnold J. TOYNBEE — "O Desafio do nosso Tempo", p. 139.
- (27) "O Direito Romano nos Códigos da Europa" — Revista da Faculdade de Direito do Recife. Ano XIX
- (28) "Origem dos Direitos dos Povos" — p. 117.
- (29) *Digesto* 43,29 — ("Quem liberum dolo malo retines, exhibeas: Hoc interdictum proponitur tuende libertatis causa; videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam"). (Existia ainda, o "interdictum de liberis exhibendis, item ducendis", (D.43,30,1)), citado por Alexandre CORREIA, in *Manual de Direito Romano*, I, p. 148 e por PONTES DE MIRANDA, "História e Prática do Habeas Corpus", p. 141/144. Este interdito era utilizado pelos romanos para defender o exercício do pátrio poder dominical — "Hoc interdictum proponitur adversus eum, quen in potestate sua esse dicit. Et ex verbis apparet ei, cuius in potestate est, hoc interdictum competere").
- (30) André MAUROIS — "História da Inglaterra", p. 117.
- (31) PLATÃO — "A República".
- (32) PONTES DE MIRANDA — "História e Prática do Habeas Corpus", p. 14.
- (33) A "Holy Land of English Liberty".
- (34) "Non imprisonetur et non capiatur nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae", apud PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967", V, p. 264.
- (35) Cf. PONTES DE MIRANDA — "História e Prática do Habeas Corpus", p. 23.
- (36) Walter GOETZ — "História Universal", IV, p. 118, explica: ("El Parlamento acusó a los ministros y constestó a los abusos del poder judicial con el acta de habeas Corpus de 1679, que aund hoy se encuentra en vigor. Esta ley aseguraba a los individuos frente a las detenciones arbitrarias yafianzaba la irresponsabilidade del Jurado").
- (37) W. BLACKSTONE — "Commentaires", I, p. 239, apud PONTES DE MIRANDA, "História e Prática do Habeas Corpus", p. 61.
- (38) Origem dos Direitos dos Povos", p. 128.

CO-AUTORIA E INÉPCIA DA DENÚNCIA

Silvio Artur Dias da Silva

Alguns julgados dos tribunais paulistas (Justiça e Alçada Criminal), bem como do Supremo Tribunal Federal, têm decretado a nulidade de processos por inépcia da denúncia quando esta peça não descreve as condutas de todos os autores em hipóteses de crimes praticados mediante concurso de agentes. O tema ganha maior significação quando se tem em vista que a nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/84), embora continuando a não distinguir entre autores e cúmplices, deu novo tratamento penal à co-delinquência, procurando adequar a punição ao grau de intervenção do sujeito no delito.

Durante mais de um século, desde o Código Criminal do Império (1830) até a entrada em vigor do Código Penal de 1940, houve uma divisão entre autores e cúmplices, recebendo estes uma pena diversa da punição daqueles, que era a mesma pena do crime tentado, ou seja, a pena cominada ao delito consumado diminuída de um terço. O Código Penal de 1940, rompendo essa tradição, nivelou todas as condutas ocorrentes na co-delinquência, adotando a teoria unitária ou monística e formulando que quem de qualquer modo concorresse para o delito incidia nas penas a ele cominadas. Esse estatuto foi além, proclamando na exposição de motivos assinada pelo Min. Francisco Campos (item 22) que ficava abolida a partir daí a distinção entre autores e cúmplices e que todos os que tomassem parte no crime seriam considerados autores. Como na realidade dos fatos — e parece que a isso a revogada parte geral fechara os olhos — a intervenção no delito pode conhecer graus, de maneira implícita podia haver uma individualização da punição de acordo com o nível de participação no crime. Ao aplicar a pena, podia o magistrado, partindo do artigo 42 da antiga parte geral (intensidade do dolo), passando pelo artigo 45 (que mandava agravar a pena em relação ao agente que promovesse ou organizasse a cooperação no crime ou dirigisse a atividade dos demais) e aportando no artigo 48, no inciso que determinava a atenuação genérica da pena quando fosse de somenos importância a participação do agente no crime, adequar a punição ao grau de intervenção. Havia, ainda, uma “atenuação especial da pena”, diminuindo-a de um terço até a metade, quando tives-

se o agente querido participar de crime menos grave, não podendo contudo ser a pena inferior ao mínimo do delito praticado (artigo 48, parágrafo único, da parte geral revogada). Isso na prática gerava grandes injustiças, já que a punição era imposta a título de responsabilidade objetiva no mais das vezes.

O artigo 41 do Código de Processo Penal estabelece os requisitos da denúncia ou da queixa e dentre eles avulta o que diz que ela deve conter "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", o que vale dizer, a denúncia (ou a queixa) deverá narrar o fato que ela pretende ver reconhecido como criminoso bem como as suas circunstâncias (dizia Asúa que circunstância é tudo aquilo que altera um fato em seu conceito, sem lhe alterar a essência). O oferecimento da denúncia dá início à ação penal e se recebida obriga o réu a defender-se, seguindo-se daí que ele deve saber do que deve defender-se. Se a denúncia não contiver a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, não poderá o acusado exercer o princípio constitucional da ampla defesa. A mesma exigência tem lugar e aplicação, com tanto mais razão, quando se tratar de crime praticado em concurso, em que as condutas dos vários agentes conjugam-se em busca do resultado comum. Inobstante, como já ressaltado, não fizesse a parte geral revogada distinção entre autores e cúmplices, a exigência de que a denúncia contivesse a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, delimitando as condutas dos vários sujeitos, era não só uma consequência do princípio constitucional referido, como também um atendimento à individualização das penas dos vários agentes. Descrevendo as condutas, a denúncia oferecia aos acusados o exercício dessa garantia constitucional e proporcionava ao magistrado que individualizasse a pena de conformidade com a conduta. A individualização da pena, não se pode esquecer, é também garantia constitucional, aplicada porém ao Direito Penal.

A nova Parte Geral do Código Penal já não fala assim e simplesmente em co-autoria, como fazia a anterior, mas sim em concurso de pessoas, estabelecendo que "quem, de qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade", nos termos do artigo 29. Já não se trata, como no código anterior, de adequação da pena conforme a conduta que surgia somente quando da aplicação da pena, mas sim de preceito explícito que reconhece que a intervenção na prática da infração penal conhece graus. Além disso, esse novo estatuto criou uma causa especial de diminuição de pena (de um sexto a um terço) na hipótese de participação de menor importância (artigo 29, § 1º). Embora o texto legal utilize o verbo "poder" (a pena "pode" ser diminuída...), sempre se entendeu em doutrina e em jurisprudência que se preen-

chidos os requisitos legais, esse "pode" não representa mera faculdade outorgada ao magistrado, mas sim direito do acusado. Essa era a posição verificada nos comentários e interpretações aos artigos 57 (suspensão condicional da execução da pena) e 60 (livramento condicional) da antiga parte geral e 121, § 1º, (homicídio privilegiado) da parte especial do Código Penal, que também utilizam o verbo "poder". Afastando esse resquício de responsabilidade objetiva que sobrevivia no artigo 48, parágrafo único, da revogada parte geral (dispositivo que na prática se mostrava de impossível aplicação), a nova parte geral manda que se aplique a pena do crime menos grave de que quis o concorrente participar, aumentada até a metade na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave (artigo 29, § 2º). Esse dispositivo pode efetivamente ser aplicado na prática e bem demonstra que o novo estatuto não transigiu com a denominada responsabilidade sem culpa. Se o agente quis participar de um roubo qualificado (pena mínima de cinco anos e quatro meses), mas adveio um resultado mais grave, um roubo com morte (pena mínima de quinze anos), ele responderá pelo roubo qualificado e somente terá a pena aumentada até a metade se o resultado morte fosse previsível. A algumas consciências poderá parecer estranho esse tratamento penal, principalmente aquelas que já haviam se acostumado a verdadeiros malabarismos mentais para justificar uma punição por resultado que não fora nem previsto nem querido pelo agente em casos de concurso de pessoas com resultado produzido mais grave do que o inicialmente pretendido, imputando-o não se sabe a que título. Mas quando se sabe que o Direito Penal da atualidade é o da culpabilidade esse tratamento trazido pela nova parte geral ao concurso de pessoas é facilmente entendido. Colhe-se da exposição demotivos, assinada pelo Min. Ibrahim Abi-Ackel (item 25) o seguinte: "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". Os doutrinadores penais brasileiros, aliás, nunca abandonaram a distinção entre autores e partícipes.

Com essas inovações trazidas pelo Código Penal, em sua nova parte geral, fica evidente que a exigência de que a denúncia (ou a queixa) descreva as condutas de todos os envolvidos na prática de uma infração penal em concurso ganha maior significado e com muito mais razão a inicial que a isso não atender deverá ser declarada inepta, com a conseqüente anulação do processo penal.

ORIGEM CRISTÃ DO HABEAS CORPUS

Francisco Vicente Rossi

INTRODUÇÃO

O pensamento cristão influenciou profundamente a formação da lei positiva, sancionadora da liberdade, graças ao seu desenvolvimento na Inglaterra, de 1215, quando redigiram a Magna Carta.

Neste artigo, apreciaremos as acepções do termo liberdade, abordando-o à luz da razão natural e de dados da Revelação, especulando as liberdades, em seus aspectos moral e psicológico que, por mais abrangentes, também englobam as liberdades exteriores (jurídica, física, política...), concretizadas no **habeas corpus**; depois, nos limitaremos nos parâmetros da liberdade de locomoção, do direito de ir, vir e permanecer, garantido por aquele instituto. Verificaremos a influência histórica do pensamento cristão na elaboração do pensamento inglês, criador da garantia à liberdade.

Pode parecer um trabalho arcaico, mas só pela constatação de que esse remédio processual especial é, de quando em vez, supresso ou limitado pelos detentores do poder, nas mais diversas partes do mundo e de que muitos consideram novidade a preocupação da Igreja na defesa dos direitos humanos, sua atualidade transparece.

Mais, refere-se à liberdade, um dos mais fundamentais direitos humanos, e à sua garantia, através do remédio constitucional de maior importância em todos os sistemas políticos.

I – LIBERDADE

1. Acepções do termo

O homem foi criado para ser feliz e consegue a felicidade realizando-se. O homem somente se realiza plenamente quando satisfaz os legítimos anseios de sua personalidade, dentre os quais posta-se a liberdade, que justamente é a capacidade humana de auto-realizar-se.

"Ele é um indivíduo que pela inteligência e vontade livre a si mesmo se determina,¹ vontade que tende necessariamente para o bem, pois "ela é a faculdade de perseguir o bem conhecido pela razão".² A razão propõe diferentes bens e a liberdade consiste na escolha que dentre eles realiza o homem. "A vontade é livre, e pode querer o mal, pois é um ser limitado, podendo agir desordenadamente, imoralmente, contra a vontade de Deus. Neste caso, a vontade humana é má; é a única coisa má no mundo criado por Deus".³

O homem **"é livre (...) porque é espiritual, racional e dotado de vontade; mas é metafisicamente limitado, porque é criado como todas as criaturas. E pode, por conseguinte, desviar-se da ordem, do ser, enveredando para a desordem, para o não-ser, o que constitui o mal moral, o pecado, com todas as suas conseqüências, até ao mal físico".⁴**

A liberdade pode ser interpretada de muitos sentidos. Autor houve que colheu mais de duzentas definições de liberdade.⁵

Conceituada como produto da inteligência racional do homem e atributo de sua vontade, temos a **liberdade psicológica**, também designada de livre arbítrio, definido por JOLIVET como **"o poder que possui a vontade de se determinar a si mesma e, por si mesma, a agir ou a não agir, sem ser a isto coagida por nenhuma força, nem exterior nem interior".⁶**

Os romanos definiam liberdade como a faculdade natural de fazer o que se quer, menos o que está proibido pelo direito ou impedido pela violência (§ 1, I. De i. pers., 1,3 L. 4 pr., D. De st. hom., 1, 5), cf. Pedro BONFANTE, que também a explica.⁷

É o poder de agir ou omitir-se sem obstáculo e sem coerção. Neste sentido, as liberdades são tantas quantas as formas de atividades. São as **liberdades exteriores** de que nos fala JOVILET⁸, apresentando-se sob as formas de liberdade física, liberdade política ou pública, liberdade civil, liberdade de opinião, liberdade de associação, etc.

Sob seu aspecto filosófico, **escolher**, dentre os bens de desigual valor é **ser livre**, há a liberdade do "querer"; enquanto que a liberdade, sob o aspecto jurídico, liga-se às liberdades exteriores e concretiza-se no poder fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

São estas exteriorizações da liberdade que objetivam este trabalho, embora não olvidando devam elas se enquadrar na concepção cristã do homem, que pressupõe a visão de liberdade mais geral e englobante.

2. Limitações da Liberdade

A liberdade humana não é absoluta, condiciona-se às restrições impostas pelo interesse público, pela necessidade e interdependência sociais, pelo Bem Comum; o agir humano, no íntimo, é limitado pela Religião e pela Moral.

"O homem é um animal destinado por natureza a viver em sociedade", assevera ARISTÓTELES⁹, que está sujeito à lei da sociabilidade, não podendo dispensar o convívio com seus semelhantes para alcançar determinados fins. E a vida em comum trás auto-limitações, imposições, necessidades de superações, ultrapassando-se o homem a si mesmo, num constante aprimoramento e no desenvolvimento das solidariedades.

O homem só se realiza plenamente quando engajado a serviço de um ideal humano, unindo sua **liberdade à responsabilidade**. A liberdade é um dom que deverá ser burilado, amadurecido. É acumulativa, capacitando o homem, no seu exercício, para uma liberdade maior.

Pode a liberdade sofrer condicionamentos de ordem psicológica, como o medo, a angústia, as perturbações psíquicas, os obstáculos levantados pelos próprios indivíduos, o erro e outros, de ordem biológica, como as taras hereditárias, e de ordem física.

3. Liberdade de Locomoção

Dentre as liberdades físicas destaca-se a liberdade de locomoção indispensável ao homem. **"Todas as liberdades individuais dependem, para o seu gozo e eficácia, da liberdade de locomoção"**.¹⁰

O detentor do poder restringirá ou suprimirá a liberdade física do homem por ilegalidade ou abuso do poder, utilizando-se da violência, ato físico que se traduz num constrangimento físico, efetivo ou iminente, que impede ou restringe a liberdade de ir e vir, ou da coação, que atua sobre a vontade do constrangido, compelindo-o a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

A liberdade física refere-se ao ir e vir, que também abrange o direito de permanecer em locais não vedados por lei, pois o direito de ficar nada mais é do que a forma estática da liberdade de ir e vir.

4. Garantia à Liberdade. O *habeas corpus*.

Na elaboração da lei positiva, dirigida à utilidade comum, o homem deve alicerçar-se na lei natural. Por esta, segundo o testemunho de

sua própria consciência, peremptoriamente observará algumas regras, dentre as quais encontra-se o respeito à liberdade, passando a declará-lo em suas legislações. A essa norma chega também a Filosofia pelas vias da razão.

Verificou mais, que nada adiantaria a lei prever a liberdade se não fornecesse um meio de protegê-la, portanto, instituiu garantias para assegurar a efetividade do direito à liberdade pessoal.

O direito romano, codificando uma longa e vasta prática jurídica, sistematizou, como veremos em outro capítulo, a garantia ao direito de locomoção do cidadão, que seria adaptado e consagrado na Magna Carta, fonte e modelo de todas as legislações posteriores.

Vendo-se tolhido em seu direito à liberdade o homem apela para o Poder Judiciário, pois sabe que **"da ordem jurídica intencionada por Deus emana o direito inalienável do homem à segurança jurídica e a uma esfera jurisdicional bem determinada, ao abrigo de toda e qualquer impugnação arbitrária"**.¹¹ Esse poder, que para KANT é a conclusão, a sentença, de um silogismo prático, que decide o que é justo numa hipótese dada¹², tentará reequilibrar a ordem social, eliminando a ruptura entre a Justiça e o Estado, provocada pelo exercício arbitrário, contra o Direito e os princípios morais e legais, por parte da autoridade que violar esse direito imanente da própria natureza humana. E o meio empregado é o **habeas corpus**.

"O habeas corpus é remédio processual, destinado, especificamente, a assegurar o indivíduo contra os atos administrativos, que lhe tolham ou possam tolher a liberdade física", define SEABRA FAGUNDES¹³. É a especial garantia, existente em todas as constituições democráticas, destinada à defesa e amparo da liberdade corporal ou física, da liberdade de locomoção.

II – CRISTIANISMO E LIBERDADE

O cristianismo valoriza o homem, tratando-o como pessoa, isto é, **"natureza dotada de inteligência e vontade livre"**¹⁴, chamado a realizar sua existência terrena, para alcançar seu fim sobrenatural.

Enquanto que a filosofia antiga preocupava-se com a cosmologia, sendo só de reflexo, a ciência do homem, o pensamento cristão é homocêntrico, de um homocentrismo que leva ao teocentrismo, gravitando em torno do homem e seu destino.

Deus, para os gregos, fosse ele a Idéia eterna ou o Dimiurgo, de Platão; o Motor imóvel, de Aristóteles; o Logos, dos estoicos; ou o

Princípio ativo e imanente no mundo, dos panteístas, era “sempre concebido como princípio cosmológico, como lei do mundo físico, e não como pessoa, que, por um ato de amor infinito, cria os seres todos do nada, revela-se às criaturas para ofertar-lhes a lei da vida, a luz da verdade”¹⁵, e muito mais, faz o homem à sua imagem e semelhança (Gen. 1,26).

A filosofia, a “humana sabedoria” (1 Cor 2,5), a “sabedoria que os gregos buscam” (1 Cor 1,22), era relacionada pelos que, já com uma formação filosófica contactavam com as Escrituras, “a Sabedoria de Deus” (1 Cor 1,21,24) “por revelação de Jesus Cristo” (Gal 1,12) e do desenvolvimento conjunto de ambas, filosofia e Escrituras, nasceria a nova disciplina, a teologia, que prega ser a liberdade “um sinal eminente da imagem de Deus nos homens”.¹⁶

A livre atividade autoconsciente e responsável é o alicerce da personalidade humana. Os textos bíblicos salientam essa liberdade. Deus deu ao homem o poder de decidir (Ecl 15,14). São Pedro advertia que os cristãos deviam comportar-se como homens livres (1 Pedro 2,16) e clamava São Paulo: “Irmãos, fostes chamados à liberdade” (Gal 5,13), também sublinhando que a liberdade cristã é a liberdade dos filhos de Deus (Gal 5,1; Roma 8. 14-16 e 21). Verdadeiramente é livre quem a transforma num dever de serviço (Gal 5,13) e anda na verdade (Jo 8,32), e sobretudo, quem se apegue ao Espírito de Cristo. “Onde está o Espírito do Senhor, aí há liberdade” (2 Cor 3,17).

Nos primeiros séculos sofreram os cristãos grandes perseguições que forjaram as aspirações de liberdade. VOGT, citado por G.E.M. de STE. CROIX¹⁷, escreveu: **“Os martírios das perseguições romanas foram parte da história da liberdade”**. Magnificamente os cristãos, de modo especial TERTULIANO e LACTÂNCIO, defenderam a causa da liberdade e da tolerância em questões religiosas, concretizadas pelo Edito de Milão, de 313.

TOYNBEE tem razão quando comenta que a colocação dos homens pelas religiões superiores, dentre as quais situa o Cristianismo, em contato com a realidade espiritual básica, torna-os espiritualmente independentes da sociedade na qual se encontram envolvidos para poder julgá-la; eles têm obrigação moral de criticá-la se ela chocar-se com o padrão ético superior, de desafiá-la; e conclui: **“Essa liberdade espiritual (...) é a fonte da liberdade em todos os outros setores, político, econômico e estético. O campo religioso é o primeiro no qual os seres humanos ganharam sua liberdade individual, e as religiões superiores foram suas forças libertadoras originais”**.¹⁸

E os estudiosos cristãos, através dos séculos, procuraram difundir e incutir os ideais de liberdade, contidos na concepção humanista da especulação filosófica cristã.

Michele Federico SCIACCA condensa SANTO AGOSTINHO: "O sujeito humano é o ponto de partida do filosofar perene (...) A filosofia é reflexão do homem sobre o homem"¹⁹. "Deus quis que o homem fosse livre porque ser espiritual. Mal pode ser o uso que nós fazemos do livre arbítrio".²⁰

III — INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO CRISTÃO NA INGLATERRA DE 1215

Neste trabalho, importante é demonstrar a influência das escolas e dos estudiosos cristãos na formação do pensamento inglês que redigiria a Magna Carta em 1215.

Na Idade Média européia ocidental a universalidade da Igreja, a unidade de fé, a expansão das ordens religiosas-agostinianos, dominicanos, franciscanos e beneditinos — a suserania papal, levaram, de um modo geral, a uma unidade de pensamento e aos intercâmbios cultural e de cátedra profundos.

Carlos Magno organizou a educação e a cultura medievais, confiando a Alcuíno (735-804) a programação do ensino. Esse professor "veio da Inglaterra, o viveiro da cultura naquela época."²¹

Surgiu depois, a Escolástica que "representa o último período do pensamento cristão, que vai do começo do século IX até o fim do século XV (...) Esse período do pensamento cristão se designa com o nome de escolástica, porquanto era a filosofia ensinada nas escolas da época, pelos mestres, chamados por isso, escolásticos".²²

Considera-se o irlandês João Scoto Erígena, levado em 874 à Corte de Carlos, o Calvo, como o primeiro escolástico.

Continuador da tradição de Santo Agostinho e tido como o primeiro grande escolástico, Anselmo de Aosta, nascido em 1033, prior e abade do convento beneditino de Bec, Normandia, em 1093 é nomeado Arcebispo de Cantuária.

No início do século XI fundou-se a Escola de Chartres, que desempenhou importante papel como centro de estudos, no século XII, e devido aos seus sutis mestres e ao apego à cultura clássica, seu estudo recebeu o título de humanismo de Chartres. O maior vulto dessa Escola foi o inglês João de Salisbury (1110-1180).

A Escola de São Vitor, convento das proximidades de Paris, dos agostinianos, denominados precisamente vitorinos, teve como maior vulto Hugo de São Vitor, sucedido pelo escocês, Ricardo de São Vitor, falecido em 1173.

Na segunda metade do século XII e princípios do século XIII apareceram as universidades, **"associações de todos, estudantes ou mestres, ou estudantes e mestres em conjunto de uma mesma escola (universitas magistrorum et scholarium)" ²³**. As mais célebres foram as de Paris, de Oxford e de Bolonha, esta especialmente pelos estudos jurídicos.

A Universidade de Oxford foi um centro do agostinismo franciscano, que teve por expoente máximo São Boaventura (1221-1274) Seus mestres franciscanos seguiram as tradições da Escola de Chartres e enxertavam o interesse pelos estudos científicos (física, matemática, astronomia) nas investigações místicas platônico-agostinianas.

Roberto de Grosseteste inicia esta tendência. Nasceu na Inglaterra, em 1175; bispo de Lincoln, transforma a diocese também num centro de estudos. Suas ações acham-se eivadas de tradições latinas.

Outro seguidor do agostinismo franciscano foi Alexandre de Hales, nascido em 1170 ou 1180, na Côrte de Gloucester, na Inglaterra, professor de São Boaventura e primeiro mestre franciscano de teologia na Universidade de Paris.

No século XIII o intercâmbio entre a Europa Continental e as ilhas inglesas intensificou-se. Todos os Arcebispos de Cantuária, exceto Bonifácio de Saboya, estudaram na Universidade de Paris **"e quatro deles, Stephen Langton, Robert Kilwardley, John Pecham e Robert Winchelsey – também foram notáveis metes" ²⁴**

O ensino das Universidades de Paris, Oxford e Bolonha achava-se impregnado de influência latina, do direito romano, que serviu de **"sistematizador do novo organismo social, a Igreja" ²⁵** e da codificação justiniana que **"foi a rocha de onde se extraiu o direito canônico medieval do Ocidente" ²⁶**.

IV – ORIGEM DO HABEAS CORPUS

O direito romano ofereceu aos ingleses as noções de liberdade, desenvolvidas e buriladas pelo pensamento cristão, e as raízes do primeiro remédio processual especial para a garantia do direito de locomoção, o **habeas corpus**.

Jayme de ALTAVILA cita trabalho do Professor Hersílio de Souza ²⁷, afirmando que o redator principal da **"Magna Carta Libertarum"**

foi um doutor de Bolonha, portanto, com formação calcada no direito romano, acrescentando **"o habeas corpus, a mais eficaz e pronta garantia, que se supõe ter o povo inglês descoberto para a felicidade do gênero humano civilizado, já encontra suas raízes no Dig. 43. Tit.29 I, pelo interdictum de homine libero exhibendo"**.²⁸

Por esse interdito, o pretor protegia a liberdade do cidadão para ouvi-lo e conforme fosse justa ou injusta a prisão, confirmava-a ou a revogava. Ulpiano deu-nos a fórmula pretoriana desse interdito exhibitório, que dava a oportunidade de se ver e tocar no homem apresentado em público.²⁹

O Arcebispo de Cantuária, Langton, nomeado por Inocêncio III contra a vontade do rei, que indicara um favorito seu, João de Gray, para a sede equiepiscopal, foi a alma da revolução de 1215.

Langton doutorou-se em Paris, tendo lecionado na Universidade de Bolonha.

"Desde 1213 o Arcebispo Langton, cérebro da conspiração, despertara grande entusiasmo, reunindo secretamente os barões para ler-lhes a velha Carta de Henrique I, que todos haviam esquecido e que garantia o respeito pelos direitos e costumes dos súditos".³⁰ Comandando uma cruzada contra o despótico João Sem Terra, Langton utilizou-se de sua cultura humanística e jurídica; dos ensinamentos evangélicos, que como bispo jurara cumprir e difundir; e dos conceitos da teologia e da filosofia, emanados dos bancos e da cátedra universitária.

As lições de Sócrates quando explicava a Glauco que **"é necessário convir em que nos indivíduos se encontram os mesmos afetos e costumes do Estado"** e que **"dos indivíduos, por certo é que passam para o Estado"**, sobejamente aplicam-se ao redator da Magna Carta, que nesse documento fundamental para o Estado inglês, materializou seus conhecimentos e os ideais de sua formação.

Aliás, não somente ele, mas todo o clero inglês estudava direito na Europa continental, sendo a Universidade de Bolonha a preferida. **"Não havia padre na Inglaterra que não fosse advogado: 'Nullus clericus nisi causidicus'."**³²

A influência do clero foi imprescindível na Magna Carta pois, os incultos barões rebelaram-se, sob o instigação da hierarquia católica e obrigaram ao rei assinar uma carta, elaborada pelo clero, onde no parágrafo vinte e nove, colocou o **habeas corpus**.

O despotismo e a arbitrariedade dos reis ingleses provenientes da conquista normanda e dos três primeiros Plantagenetas, principalmente

do terceiro destes, João Sem Terra, levaram os nobres, sob a orientação do Arcebispo Langton, como já vimos, a organizarem o "Exército de Deus e da Santa Igreja", que marchou contra Londres, dominando o inescrupuloso rei. Dias depois, 19 de junho de 1215, na ilha de Runnymede³³, condado de Surrey, perto de Windsor, o rei assinava a Magna Carta, redigida em latim.

Anteriormente ao **habeas corpus**, encerravam os acusados ou suspeitos na Torre de Londres de onde, em geral, misteriosamente, desapareciam. Com a Magna Carta os cidadãos obtiveram a prerrogativa de se dirigirem ao carcereiro da Torre e perguntarem: "Habeas corpus?" e o guarda tinha a obrigação de mostrar o preso, vivo ou morto, e, neste caso, justificar a morte.

Em seguida, ampliou-se as funções do instituto que passou a garantir que nenhum homem livre podia ser preso ou detido, sem que fosse condenado pelas leis do país e por seus pares.³⁴

A expressão **habeas corpus** tornou-se as palavras iniciais do mandado que o juiz ou tribunal endereçava a quantos tivessem em sua guarda, ou em seu poder, o prisioneiro: "**Tome o corpo** desse detido e vinte submeter ao tribunal o homem e o caso". Com isso, procuravam evitar ou remediar, quando impetrada a ordem, a prisão injusta, a opressão e a detenção prolongada.

Falecendo João Sem Terra (1216), o regente do trono, Guilherme de Pembroke, na minoridade de Henrique III, ratificou a Carta em 1219.

O tribunal competente para apreciar o **habeas corpus** era a "Casa do Banco do Rei".³⁵

Por prepotências reais o **habeas corpus** caiu em desuso, provocando inevitáveis lutas entre os monarcas e o Parlamento. Este, em 1679, obrigou Carlos II a promulgar a regulamentação da velha lei do **habeas corpus**, o **Habeas Corpus Act**.³⁶

BLACKSTONE chamou a lei de 1679 de "segunda Carta Magna".³⁷

A doutrina do **habeas corpus** resume-se em dois pontos fundamentais: nenhum homem poderá ser privado da liberdade, sem sentença judicial, e todo acusado deve ser apresentado aos juízes, que porão fim às arbitrárias prisões.

O **habeas corpus**, o principal instituto da Magna Carta, foi sempre, "**para a consciência política do mundo, uma Esperança**", como escreveu ALTAVILA.³⁸

CONCLUSÃO

Uma das características fundamentais de nossa época é a exaltação da liberdade, às vezes confundida com a licença de se fazer tudo o que agrada, mesmo o mal: esquece-se o indivíduo que o seu poder tem por limite igual direito dos outros.

Freqüentemente, o suposto remédio para essas desordens reduz-se ao emprego de uma dura repressão da legítima liberdade e a privação dos direitos dos cidadãos.

Tentamos nesse trabalho estudar a liberdade, especialmente de uma de suas exteriorizações físicas, a liberdade de locomoção e o instituto que a garante, com a preocupação de demonstrar que com o Cristianismo houve a Magna Carta, lei humana que definitivamente consagrou o **habeas corpus**, difundindo-o pelo mundo.

De fato, embora os alicerces materiais dessa garantia buscamos no direito romano, foi o pensamento cristão, especialmente pela sua humanitária concepção, que acalentou e estudou, por séculos, a liberdade, perpetuando sua herança às gerações futuras.

Se não recuperassem os mestres da Universidade de Bolonha, sob os auspícios da Igreja, o **Digesto**, na certa o interdito pretoriano, precursor do **habeas corpus**, jazeria no esquecimento; o que também sucederia se não fosse objeto de contínuos estudos e especulações.

Como pressão ao regime feudal a Magna Carta consagrou normas escritas que obrigavam o rei, como também os senhores, os barões, em relação aos seus feudatários, e deu o primeiro passo para a libertação do servo da gleba, que dentre outras obrigações, não gozava da liberdade de locomoção para além das fronteiras do feudo, sem autorização do suserano. Ela afrouxou os liames que prendiam o trabalhador às terras do senhor e contribuiu para o posterior rompimento definitivo dessas ligações.

Não há novidade na preocupação da Igreja, hoje, pelo resguardo dos direitos humanos; ela sempre os proclamou, por força do Evangelho que lhe foi confiado. Pelos séculos defendeu a Liberdade justa, responsável e autêntica. Ainda na Idade Média foi a inspiradora da maior garantia constitucional existente no Estado, de uma das maiores descobertas do gênero humano, que assegura o homem contra ato ilegal ou abusivo da autoridade que ameaça a sua liberdade física, o direito de ir, vir e permanecer.

BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILA, Jayme de. "Origem dos Direitos dos Povos". 2ª ed. São Paulo, Edições Melhoramentos, (s. d.).
- ARISTÓTELES. "A Política". Trad. Nestor S. Chaves. 3ª. ed. São Paulo, Atenas Editora, (s. d.).
- BONFANTE, Pedro. "Instituciones de Derecho Romano". 2ª. ed. Trad. Luis Bacci e Andrés Larroca. Madri, Instituto Editorial Reus S/A., 1951.
- SCIACCA, Michele Federico. "História da Filosofia". Trad. Luís Washington Vita. São Paulo, Editora Mestre Jou, 1968.
- CORREIA, Alexandre & SCIASCIA, Caetano. "Manual de Direito Romano". 4ª. ed., São Paulo, Edições Saraiva, 1961.
- CROUZET, Maurice, dir. "História Geral das Civilizações". VII, 2ª. ed., São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1958.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário". 3.ª. ed., Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 1957.
- GOETZ, Walter. "História Universal". IV. Trad. Manuel G. Morente, Madri, Espasa-Calpes S/A., 1954.
- HUNT, Richard. "Universidades y Culturas. La Baja Edad Media". Barcelona, Editorial Labor S/A., (s. d.).
- JOÃO XXIII – "Pacem in Terris". Petrópolis, Ed. Vozes, (s.d.).
- JOLIVET, Régis– "Curso de Filosofia". Trad. Eduardo Prado de Mendonça. 5ª. ed., Rio de Janeiro, Livraria Agir Editora, 1961.
- KANT, Immanuel. "Principes Métaphysiques du Droit", 2ª part. Paris, s.c.p., (s.d.).
- KELSEN, Hans. "Compêndio de Teoria General del Estado". Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934.
- _____. "Teoria General del Estado". Barcelona, Editorial Labor S/A., 1934.
- MANGABEIRA, João. "Estudos sobre a Constituição Brasileira". Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1954.
- MARQUES, Azevedo. "O Habeas Corpus". Rev. de Crítica Judiciária, Vol III.
- MAUROIS, André. "História da Inglaterra". Trad. Carlos Domingues. Rio de Janeiro, Ed. Pongetti, (s.d.).

- PADOVANI, Humberto & CASTAGNOLA, Luis. "História da Filosofia". 6ª, ed., São Paulo, Edições Melhoramentos, 1964.
- PLATÃO. "A República". São Paulo, Atenas Editora, (s.d.).
- PONTES DE MIRANDA — "História e Prática do Habeas Corpus". Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1961.
- _____ — "Comentários à Constituição de 1967". São Paulo, Ed. Saraiva, (s. d.).
- REALE, Miguel. "Teoria do Direito e do Estado". São Paulo, Livraria Martins Editora, 1940.
- SAINTE CROIX, G.E.M.de. "Las Persecuciones — El Crisol del Cristianismo". Barcelona, Editorial Labor S/A., (s.d.).
- TOYNBEE, Arnold J. "O Desafio do nosso Tempo". Trad. Edmond Jorge. 2ª ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1975.
- GAUDIUM ET SPES. "Concílio Ecumênico Vaticano II". Petrópolis, Ed. Vozes, (s.d.).

NOTAS:

- (1) João XXIII — "Pacem in Terris".
- (2) Régis JOLIVET — "Curso de Filosofia" — p.215.
- (3) Santo Agostinho, apud Humberto PADOVANI e Luís CASTAGNOLA — "História da Filosofia", I, p. 158.
- (4) *Ibid.*, II, pp. 514.
- (5) Cf. João MANGABEIRA — "Estudos sobre a Constituição Brasileira" p.118.
- (6) "Curso de Filosofia". Petrópolis, Ed. Vozes, (s. d.).
- (7) **INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO**, p. 41 — ("Tal definición hace referencia a la libertad en sentido jurídico, por lo que justamente se considera libre también a quien por la violencia está incapacitado para disponer de la propia persona y de los propios actos") — Grifo nosso.
- (8) "Curso de Filosofia" — p. 221.
- (9) "A Política" — p. 102.
- (10) AZEVEDO MARQUES — "Revista Crítica Judiciária", vol. III, p.100.
- (11) João XXIII — "Pacem in Terris".
- (12) KANT — "Principes Métaphysiques du Droit", 2ª part, §§ 65-68.
- (13) SEABRA FAGUNDES — "O Controle dos Atos Administrativos", p. 282.
- (14) JOÃO XXIII — "Pacem in Terris".
- (15) Michele Federico SCIACCA — "História da Filosofia", I, p. 154.
- (16) "Gaudium et Spes" — Concílio Vaticano II.
- (17) "Las Persecuciones" — El Crisol del Cristianismo", p. 350.
- (18) "O Desafio do nosso Tempo", p. 169.
- (19) "História da Filosofia", I, p. 158.
- (20) *Ibid.*, p. 182
- (21) Humberto PADOVANI e Luís CASTAGNOLA — "História da Filosofia", I, p. 171.
- (22) *Ibid.*, p. 169

- (23) Michele Federico SCIACCA — "História da Filosofia", I, p. 213.
- (24) Richard HUNT — Universidades y Culturas, "La Baja Edad Media", p. 194.
- (25) Humberto PADOVANI e Luís CASTAGNOLA — "História da Filosofia", I, p. 131.
- (26) Arnold J. TOYNBEE — "O Desafio do nosso Tempo", p. 139.
- (27) "O Direito Romano nos Códigos da Europa" — Revista da Faculdade de Direito do Recife. Ano XIX
- (28) "Origem dos Direitos dos Povos" — p. 117.
- (29) *Digesto* 43,29 — ("Quem liberum dolo malo retines, exhibeas: Hoc interdictum proponitur tuende libertatis causa; videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam"). (Existia ainda, o "interdictum de liberis exhibendis, item ducendis", (D.43,30,1)), citado por Alexandre CORREIA, in *Manual de Direito Romano*, I, p. 148 e por PONTES DE MIRANDA, "História e Prática do Habeas Corpus", p. 141/144. Este interdito era utilizado pelos romanos para defender o exercício do pátrio poder dominical — "Hoc interdictum proponitur adversus eum, quen in potestate sua esse dicit. Et ex verbis apparet ei, cuius in potestate est, hoc interdictum competere").
- (30) André MAUROIS — "História da Inglaterra", p. 117.
- (31) PLATÃO — "A República".
- (32) PONTES DE MIRANDA — "História e Prática do Habeas Corpus", p. 14.
- (33) A "Holy Land of English Liberty".
- (34) "Non imprisonetur et non capiatur nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae", apud PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967", V, p. 264.
- (35) Cf. PONTES DE MIRANDA — "História e Prática do Habeas Corpus", p. 23.
- (36) Walter GOETZ — "História Universal", IV, p. 118, explica: ("El Parlamento acusó a los ministros y constestó a los abusos del poder judicial con el acta de habeas Corpus de 1679, que aund hoy se encuentra en vigor. Esta ley aseguraba a los individuos frente a las detenciones arbitrarias yafianzaba la irresponsabilidade del Jurado").
- (37) W. BLACKSTONE — "Commentaires", I, p. 239, apud PONTES DE MIRANDA, "História e Prática do Habeas Corpus", p. 61.
- (38) Origem dos Direitos dos Povos", p. 128.

ALGUNS ASPECTOS RELATIVOS À PERÍCIA DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE NA PRÁTICA

Dr. Ayush Morad Amar

Deve-se presumir que, por longo intervalo da história do homem, a filiação somente era admitida em relação à mãe, já que, em referência ao pai, ela nem sequer se poderia compreender e se tornava difícil estabelecer o nexo entre o ato carnal, instintivo, e o nascimento de um filho, que se atribuía à divindade. Escapava à inteligência humana primitiva o ato oculto e misterioso da concepção.

No decurso dos estágios primitivos, era dado ao pai proceder ao reconhecimento, ou não, da criança como seu filho; de acordo com a vontade, o pai poderia dispor até da vida de quaisquer dos filhos de sua mulher.

A filiação paterna estabelecia-se, originalmente, pelo arbítrio do marido, o qual, possuindo direito igual sobre todos os filhos de sua mulher e não estando vinculado a nenhum deles, poderia rejeitar, ou não, a criança que se lhe apresentava. Ao depois, criaram-se duas presunções, em que se estribava a prova legal da filiação legítima: a primeira, fundada em dados científicos, em virtude da qual a duração extrema mediaría entre 180 e 300 dias, pretendia fixar a época em que poderia ocorrer uma concepção vital; a segunda, moral e jurídica, atribuía a paternidade ao marido quando a concepção tivesse lugar durante o matrimônio, segundo a máxima "*pater is est quem nuptiae demonstrant*". (Paulo, D. 2,4, De ius voc).

A filiação é uma situação complexa, que não se pode reconstruir, senão indiretamente, considerando-se a natureza dos fatos que se devem provar, as fontes de informação e os meios que permitem estabelecer a verdade, investigada que seja.

Uma descrição completa do fenômeno envolveria a longa história da concepção, gestação, nascimento, vitalidade do filho e a identidade do suposto pai. Na realidade, temos de nos conformar com a prova direta de alguns destes elementos para poder passar aos demais por um esforço da razão. O conhecimento da gravidez não importa segurança de parto; nem o parto, tampouco, prova ter a criança nascido viva e vital.

Outrossim, o testemunho do nascimento perde muito do seu valor caso a demanda se processe muito tempo após ele, quando as poucas características firmadas se esvaecem no tempo e na lembrança.

Considere-se, por igual, que os elementos de filiação que possam alcançar o Juiz se baseiam, exclusivamente, no testemunho humano, fonte indireta do conhecimento, não válida de por si, senão em consequência de sua crítica, que se reduz à regra única: "a verdade de um fato testemunhado deve ser a única explicação possível da existência do testemunho".

A afirmação do suposto pai, em tal sentido, vale como testemunho das relações sexuais com a mãe, mas não pode constituir prova completa de filiação paterna, pois repousa exclusivamente na fé que tem ele a respeito da fidelidade de sua companheira. Não é impossível que esta fé tenha sido fraudada, ainda que seja de maneira excepcional...

PROVAS NÃO SANGÜÍNEAS

A confrontação fisionômica, o retrato falado, o estudo das impressões digitais, da cor da pele, das variações pigmentares os exames mais especializados, quais o craniométrico, o cranioscópio, o odontométrico, odontoscópico, o prosoposcópico e numerosos outros elementos não sangüíneos, quase nada oferecem de valor prático: as Leis de Mendel evidenciam a possibilidade de se encontrarem, na prática, indivíduos nada semelhante aos seus ascendentes.

Ademais, os mecanismos de transmissão hereditária dos caracteres acima mencionados não são bem conhecidos, podendo os mesmos, além do mais, sofrerem influência das condições exógenas.

Em certos países, utilizam-se, com freqüência, caracteres antropológicos como meio de excluir ou calcular a probabilidade de vínculo genético. Utilizam-se métodos, entre outros, fundados nas escolas européias de antropologia. Tais exames devem, contudo, ser conduzidos com extrema cautela, particularmente se não se efetuam em crianças, visto como já se revelou ser entre elas que comparecem mais acentuados os caracteres de mestiçagem.

GRUPOS SANGÜÍNEOS

Em face das incertezas citadas da prova legal de filiação, o descobrimento dos grupos sangüíneos assumiu papel insubstituível e permitiu a introdução de meios científicos precisos no estudo e pesquisa de paternidade e maternidade.

O estudo do mosaico sangüíneo é o meio que se lança mão na medicina legal apoiada em bases científicas, para que se possa investigar o vínculo genético entre duas pessoas, das quais se supõe ser um pai ou mãe da outra. Conhece-se bem o mecanismo de transmissão hereditária destes elementos e, por este motivo, investigados os mesmos e postos em confronto, pode-se, em alguns casos, à luz da transmissão genética, excluir o vínculo de uma em relação à outra. É a única prova que pode, atualmente, emprestar à perícia a segurança que a mesma reclama, razão pela qual nos cingimos à sua exclusiva prática, dada a máxima venia aos que desejam manter ponto de vista diverso, apoiados em bases, igualmente, diferentes.

Até 1976, o conhecimento resumia-se em numerosos sistemas sangüíneos eritrocitários, cujos grupos eram reconhecidos pela clássica reação aglutinógeno-aglutinina e, às vezes, relacionados à reação de Coombs ou a técnicas em meio enzimico. Posteriormente, num surpreendente desenvolvimento, descreveu-se uma nova série de grupos eritrocitários, outra série de grupos sangüíneos plasmáticos, outra série de grupos sangüíneos não imunológicos, colocados estes em evidência por eletroforese, imuno-eletroforese ou, ademais, por atividade enzimica e, finalmente, grupos leucocitários. Não obstante a experiência do nosso meio ter ficado, inicialmente, adstrita aos sistemas de grupos sangüíneos ABO, MN e Rh, nos últimos anos, a disponibilidade técnica, por um lado, e a experiência forense, por outro, acabaram determinando investigações cada vez mais extensas e não menos complexas, culminando com perícias realizadas, habitualmente, em, pelo menos, 7 sistemas: ABO, MN e Rh (Sistemas eritrocitários); Gm e Haptoglobinas (Sistemas séricos); HLA ou de Histocompatibilidade Humana (Sistema Leucocitário) e Sistemas Enzimáticos.

EXCLUSÃO

Utilizando-se os sistemas assinalados, no total de 1600 casos, nos últimos cinco anos, verificou-se que em 319 a filiação alegada era impossível, correspondendo, portanto, a 26,2%. Admitindo a probabilidade "a priori" em 50%, conclui-se que a porcentagem de falsa alegação de parentesco é de 27% aproximadamente.

Dos casos acima, devem ser excluídos os relativos a nove investigações: seis correspondentes a troca de crianças e os restantes de falsa alegação de maternidade. Os demais corresponderam a processos de paternidade contestada.

Outrossim, o testemunho do nascimento perde muito do seu valor caso a demanda se processe muito tempo após ele, quando as poucas características firmadas se esvaecem no tempo e na lembrança.

Considere-se, por igual, que os elementos de filiação que possam alcançar o Juiz se baseiam, exclusivamente, no testemunho humano, fonte indireta do conhecimento, não válida de por si, senão em consequência de sua crítica, que se reduz à regra única: "a verdade de um fato testemunhado deve ser a única explicação possível da existência do testemunho".

A afirmação do suposto pai, em tal sentido, vale como testemunho das relações sexuais com a mãe, mas não pode constituir prova completa de filiação paterna, pois repousa exclusivamente na fé que tem ele a respeito da fidelidade de sua companheira. Não é impossível que esta fé tenha sido fraudada, ainda que seja de maneira excepcional...

PROVAS NÃO SANGÜÍNEAS

A confrontação fisionômica, o retrato falado, o estudo das impressões digitais, da cor da pele, das variações pigmentares os exames mais especializados, quais o craniométrico, o cranioscópico, o odontométrico, odontoscópico, o prosoposcópico e numerosos outros elementos não sangüíneos, quase nada oferecem de valor prático: as Leis de Mendel evidenciam a possibilidade de se encontrarem, na prática, indivíduos nada semelhante aos seus ascendentes.

Ademais, os mecanismos de transmissão hereditária dos caracteres acima mencionados não são bem conhecidos, podendo os mesmos, além do mais, sofrerem influência das condições exógenas.

Em certos países, utilizam-se, com freqüência, caracteres antropológicos como meio de excluir ou calcular a probabilidade de vínculo genético. Utilizam-se métodos, entre outros, fundados nas escolas européias de antropologia. Tais exames devem, contudo, ser conduzidos com extrema cautela, particularmente se não se efetuam em crianças, visto como já se revelou ser entre elas que comparecem mais acentuados os caracteres de mestiçagem.

GRUPOS SANGÜÍNEOS

Em face das incertezas citadas da prova legal de filiação, o descobrimento dos grupos sangüíneos assumiu papel insubstituível e permitiu a introdução de meios científicos precisos no estudo e pesquisa de paternidade e maternidade.

O estudo do mosaico sangüíneo é o meio que se lança mão na medicina legal apoiada em bases científicas, para que se possa investigar o vínculo genético entre duas pessoas, das quais se supõe ser um pai ou mãe da outra. Conhece-se bem o mecanismo de transmissão hereditária destes elementos e, por este motivo, investigados os mesmos e postos em confronto, pode-se, em alguns casos, à luz da transmissão genética, excluir o vínculo de uma em relação à outra. É a única prova que pode, atualmente, emprestar à perícia a segurança que a mesma reclama, razão pela qual nos cingimos à sua exclusiva prática, dada a máxima venia aos que desejam manter ponto de vista diverso, apoiados em bases, igualmente, diferentes.

Até 1976, o conhecimento resumia-se em numerosos sistemas sangüíneos eritrocitários, cujos grupos eram reconhecidos pela clássica reação aglutinógeno-aglutinina e, às vezes, relacionados à reação de Coombs ou a técnicas em meio enzimico. Posteriormente, num surpreendente desenvolvimento, descreveu-se uma nova série de grupos eritrocitários, outra série de grupos sangüíneos plasmáticos, outra série de grupos sangüíneos não imunológicos, colocados estes em evidência por eletroforese, imuno-eletroforese ou, ademais, por atividade enzimica e, finalmente, grupos leucocitários. Não obstante a experiência do nosso meio ter ficado, inicialmente, adstrita aos sistemas de grupos sangüíneos ABO, MN e Rh, nos últimos anos, a disponibilidade técnica, por um lado, e a experiência forense, por outro, acabaram determinando investigações cada vez mais extensas e não menos complexas, culminando com perícias realizadas, habitualmente, em, pelo menos, 7 sistemas: ABO, MN e Rh (Sistemas eritrocitários); Gm e Haptoglobinas (Sistemas séricos); HLA ou de Histocompatibilidade Humana (Sistema Leucocitário) e Sistemas Enzimáticos.

EXCLUSÃO

Utilizando-se os sistemas assinalados, no total de 1600 casos, nos últimos cinco anos, verificou-se que em 319 a filiação alegada era impossível, correspondendo, portanto, a 26,2%. Admitindo a probabilidade "a priori" em 50%, conclui-se que a porcentagem de falsa alegação de parentesco é de 27% aproximadamente.

Dos casos acima, devem ser excluídos os relativos a nove investigações: seis correspondentes a troca de crianças e os restantes de falsa alegação de maternidade. Os demais corresponderam a processos de paternidade contestada.

EFICIÊNCIA DOS SISTEMAS

Fundado em dados próprios, aproximadamente 10.000 perfícias, em mais de 20 anos de atividade no campo, ininterruptamente, foi possível estabelecer a tabela seguinte de eficiência dos diferentes sistemas, nas exclusões de vínculo genético.

Estes dados estão perfeitamente de acordo com os constantes da literatura especializada nacional e estrangeira.

TABELA 1

Probabilidade de exclusão de vínculo genético de uma pessoa falsamente acusada, segundo o sistema de grupos sanguíneos utilizado, em indivíduos de cor branca (*).

SISTEMAS	%
ERITROCITÁRIOS	
ABO (*)	16,5
MN (*)	27,4
Rh (*)	25,6
P	3,0
Kell	4,2
Duffy	5,0
Kidd	4,7
Lutheran	3,3
Secretor	1,9
ENZIMÁTICOS	
Esterase D (ESD)	8,8
Glioxalase GLO (*)	17,6
Anidrase Carbonica CA II	—
Fosfoglicomutase I PGM I (*)	14,5
Peptidase A PEPA (*)	16,3
Adenosina Deaminase ADA	4,5
Glutamato Piruvato Transaminase GPT (*)	18,7
6-Fosfogliconato Desidrogenase 6-PGD	2,2
Fosfatase Ácida (*) ACD	23,2
Glicose-6-Fosfato Desidrogenase G-6-PD	—

LEUCOCITÁRIO H.L.A. — Histocompatibilidade Humana (*)	70,1
SÉRICOS Haptoglobinas Hp (*) Gm (*) Gc (*)	16,5 25,1 15,5

SISTEMAS EMPREGADOS HABITUALMENTE

A Tabela abaixo possibilita verificar a porcentagem de exclusão de vínculo genético mediante à associação de diferentes sistemas de grupos sanguíneos.

TABELA 2

Porcentagem de exclusão mediante emprego de sistemas sanguíneos indicados, em indivíduos de cor branca. Em "A perícia de investigação de paternidade e maternidade na prática", do mesmo autor, publicada nos Arquivos da Polícia Civil de São Paulo, Volume XXXVII, 2º semestre, ano de 1981.

Sistemas	ABO	ABO+MN	ABO+MN +Rh	ABO+MN +Rh+HLA	ABO+MN+Rh +HLA+Hp	ABO+MN +Rh+HLA +Hp+GM +Enzimá- ticos (in- tegral).
Porcentagem	16,5	62,7	73,1	93,0	da ordem de 95	da ordem de 99

Verifica-se, assim, que se forem examinados **somente** casais em que o homem **nunca** é o verdadeiro pai e se forem empregados todos os sistemas acima mencionados, atingir-se-á, aproximadamente, 99% de exclusão de falsos pais.

Deve-se incluir, portanto, sempre que possível, o maior número de sistemas e, invariavelmente, os que apresentam maior eficiência (assinalados com (&) na Tabela 1), evitando-se perícias incompletas que freqüentemente conduzem a interpretações desastrosas, atendendo, é claro, à facilidade de determinação, à disponibilidade dos soros e reagentes e, finalmente, às disponibilidades dos interessados.

(*) A Perícia Hematológica de Paternidade e Maternidade na Prática, do mesmo autor, publicada em ARQUIVOS DA POLÍCIA CIVIL DE SÃO PAULO, Volume XXXVII, 2º semestre, ano de 1981 e no prelo (fase final).

COMPLEMENTAÇÃO DA PERÍCIA

Admita-se, por hipótese, que a perícia de vínculo genético tenha sido realizada entre 1950 e 1965 e que os resultados obtidos tenham sido os abaixo, nos sistemas ABO, MN e Rh, respectivamente:

Suposto pai:	O,MM,CcDee
Mãe:	O,MN,ccddee
Filho:	O,MN,CcDee

De acordo com o exposto **não** ocorreria exclusão de paternidade e teriam sido excluídos, aproximadamente, 65% dos falsos pais.

A mesma investigação, se feita a partir de 1965, poderia admitir, além dos sistemas acima empregados, o das Haptoglobinas (Hp) e apresentar, por exemplo, os resultados seguintes:

Suposto pai:	O,MM,CcDee, Hp 2-1
Mãe:	O,MN'ccddee, Hp 2-2
Filho:	O,MN,CcDee, Hp 2-2

Ainda uma vez **não** teria ocorrido exclusão do vínculo genético e teriam sido excluídos, aproximadamente, 70% de falsos pais. Até esta data, a paternidade seria atestada como **possível**, havendo quem pudesse até estabelecer um "índice de paternidade" ou de "compatibilidade".

Se, entretanto, a mesma perícia fosse realizada a partir de 1970-1974, poderia contar com o auxílio do sistema HLA (histocompatibilidade humana) cuja probabilidade de exclusão, como já se viu, é muito elevada. O resultado poderia ser:

Suposto pai:	O,MM,CcDee, Hp 2-1	HLA A2 A10/B2 B12
Mãe:	O,MN,ccddee, Hp 2-2	HLA A1 A2/B5 B17
Filho:	O,MN,CcDee, Hp 2-2	HLA A1 A3/B5 B7

Ocorreria, portanto, **exclusão** do liame genético, uma vez que suposto pai e filho não possuem haplotipo comum (mãe e filho com haplotipo comum **A1 B5**).

Uma perícia não conclusiva, portanto, até 1970-1974. Poderia **afirmar a exclusão** de paternidade, se efetuada poucos anos após.

Admita-se, agora, a mesma perícia realizada a partir de 1980 e contando a participação dos Sistemas Enzimáticos, que, como já se viu, apresentam, igualmente, elevada probabilidade de exclusão. O resultado poderia ser:

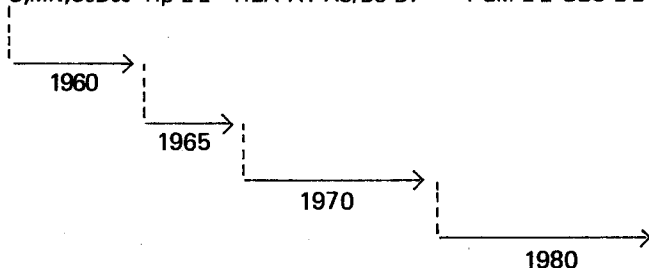
Suposto pai: O,MM,CcDee, Hp 2-1, HLA A2A10/B2B12, FGM 1-1, GLO 1-1
 Mãe: O,MN,ccddee, Hp 2-2, HLA A1 A2/B5B17, FGM 2-2, GLO 2-2
 Filho: O,MN, CcDee, Hp 2-2, HLA A1 A3/B5 B7, FGM 2-2, GLO 2-2

Teria ocorrido, igualmente, a **exclusão** do vínculo genético nos sistemas FGM e GLO, uma vez que pais 1-1 e 2-2 não podem, igualmente, gerar filhos 2-2.

Como se vê, uma mesma perícia, de acordo com a época em que é realizada e os sistemas que podem ser empregados, pode determinar a exclusão, ou não, do vínculo genético. Daí, a importância de se pesquisar, sempre que possível, o maior número de sistemas de grupos sanguíneos e, havendo oportunidade, complementar a perícia, de tempos em tempos, segundo as novas aquisições técnico-científicas. Por outro lado, os resultados acima demonstram a **improcedência** ou a **inadmissibilidade** de se calcular o "índice de paternidade" ou porcentagem de compatibilidade".

Com efeito, pelos exemplos acima, um elevado "índice de paternidade" "estabelecido até 1970-1974, cai por terra, mediante **três exclusões definitivas**, a partir de 1976, concluindo-se por uma **falsa acusação**. Ademais, na perícia em que não se exclui, sempre se poderá encontrar uma terceira pessoa de mosaico sanguíneo igual ao da pessoa investigada (suposto pai).

Suposto pai:	O,MM,CcDee	Hp 2-1	HLA A2 A10/B2 B12	FGM 1-1	GLO 1-1
Mãe:	O,MN,ccddee	Hp 2-2	HLA A1 A2/B5 B17	FGM 2-2	GLO 2-2
Filho:	O,MN,CcDee	Hp 2-2	HLA A1 A3/B5 B7	FGM 2-2	GLO 2-2



**QUADRO COMPARATIVO ENTRE A LEI Nº 7.209/84
E A PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL (*)**

(*) Este trabalho, de extrema utilidade para os estudiosos do Direito Penal, ou para os que nele se iniciam, foi elaborado no E. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, sendo dos Drs. Ricardo Antunes Andreucci e Sergio Marcos de Moraes Pitombo, doutos membros da Comissão responsável pela atualização da Parte Geral do Código Penal, a autoria das inúmeras anotações finais. A publicação ora feita na Revista Jurídica, foi gentilmente autorizada pelo ilustre Juiz Carlos Osório de Andrade Cavalcanti, DD. Presidente daquela Egrégia Corte.

	LEI Nº 7.209, DE 11 DE JULHO DE 1984 Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º - O Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:	DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 (CÓDIGO PENAL) O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte lei: CÓDIGO PENAL		
				Obs.
	"PARTE GERAL TÍTULO I Da Aplicação da Lei Penal	PARTE GERAL TÍTULO I Da Aplicação da Lei Penal		Sem alteração
Anterioridade da lei	Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.	Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.	Anterioridade da lei	Sem alteração
Lei penal no tempo	Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.	Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.	A lei penal no tempo	Sem alteração
	Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.	Parágrafo único - A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível.		Modificação ¹ v. Nota 1

(1) A lei penal mais benigna retroage sem nenhuma limitação.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Lei excepcional ou temporária	Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.	Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.		Nova rubrica Sem alteração do artigo
Tempo do crime	Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.			Novo artigo v. Nota 2.
Territorialidade	Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.	Art. 4º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado.		Modificação ¹ v. Nota 3
	§ 1º Para efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto mar.			Novo parágrafo
	§ 2º É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.			Novo parágrafo

(1) O art. 5º foi redigido tendo-se, por base, a primeira parte do art. 4º do C. P. de 1940.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Lugar do crime	Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.	Art. 4º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado.	Lugar do crime	Modificação ¹ v. Nota 4
Extra-territorialidade	Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:	Art. 5º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:	Extra-territorialidade	Sem alteração
	I - os crimes:	I - os crimes:		Sem alteração
	a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;	a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;		Sem alteração
	b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;	b) contra o crédito ou a fé pública da União, de Estado ou de Município; c) contra o patrimônio federal, estadual ou municipal;		Modificação ²
	c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;	d) contra a administração pública, por quem está a seu serviço.		Sem alteração
	d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;			Nova alínea
	II - os crimes:	II - os crimes:		Sem alteração
	a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;	a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;		Sem alteração
	b) praticados por brasileiro;	b) praticados por brasileiro.		Sem alteração

(1) O art. 6º foi redigido tendo-se, por base, a segunda parte do art. 4º do C. P. de 1940.

(2) A alínea "b" do inciso I do art. 7º inclui as alíneas "b" e "c" do inciso I do art. 5º do C. P. de 1940.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.			Nova alínea
	§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.	§ 1º - Nos casos do n. 1, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.		Alteração redacional ¹
	§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:	§ 2º - Nos casos do n. II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:		Alteração redacional ²
	a) entrar o agente no território nacional;	a) entrar o agente no território nacional;		Sem alteração
	b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;	b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;		Sem alteração
	c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;	c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;		Sem alteração
	d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;	d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;		Sem alteração
	e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.	e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.		Sem alteração
	§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:	§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:		Sem alteração

(1) No § 1º do art. 7º foi substituída a palavra **número** pelo vocábulo **inciso**.

(2) No § 2º do art. 7º foi substituída a palavra **número** pelo vocábulo **inciso**.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	a) não foi pedida ou foi negada a extradição;	a) não foi pedida ou foi negada a extradição;		Sem alteração
	b) houve requisição do Ministro da Justiça.	b) houve requisição do Ministro da Justiça.		Sem alteração
Pena cumprida no estrangeiro	Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.	Art. 6º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.	Pena cumprida no estrangeiro	Sem alteração
Eficácia de sentença estrangeira	Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:	Art. 7º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:	Eficácia de sentença estrangeira	Sem alteração v. Nota 5
	I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;	I - obrigar o condenado à reparação do dano, restituições e outros efeitos civis;		Sem alteração
	II - sujeitá-lo à medida de segurança.	II - sujeitá-lo às penas acessórias e medidas de segurança pessoais.		Modificação 1
	Parágrafo único - A homologação depende:	Parágrafo único - A homologação depende:		Sem alteração
	a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;	a) para os efeitos previstos no n. I, de pedido da parte interessada;		Alteração redacional ²
	b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.	b) para os outros efeitos, de existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.		Sem alteração

(1) Exclusão de penas acessórias e da qualificação "pessoal", em relação à medida de segurança.

(2) A alínea "a" do parágrafo único do art. 9º mencionada a palavra inciso, ao passo que a alínea "a" do parágrafo único do art. 7º do C. P. de 1940, o vocábulo número.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Conta-gem de prazo	Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.	Art. 8º - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.	Conta-gem de prazo	Sem alteração
Frações não computáveis da pena	Art. 11 - Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restrições de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.	Art. 9º - Desprezam-se, na pena privativa de liberdade, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de centavo.	Frações não computáveis da pena	Modificação ¹
Legislação especial	Art. 12 - As regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.	Art. 10 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispõe de modo diverso.	Legislação especial	Sem alteração
	TÍTULO II Do Crime	TÍTULO II Do Crime		Sem alteração
Relação de causalidade	Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.	Art. 11 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.	Relação de causalidade	Sem alteração
Superveniência de causa independente	§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.	Parágrafo único - A superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.	Superveniência de causa independente	Modificação ² v. Nota 6
Relevância da omissão	§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:			Nova rubrica Novo parágrafo v. Nota 7

(1) Inclusão, no art. 11, das penas restritivas de direitos e menção a frações de cruzeiros, ao invés de frações de centavos.

(2) Inclusão da expressão *relativamente*.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;			Nova alínea
	b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;			Nova alínea
	c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.			Nova alínea
	Art. 14 - Diz-se o crime:	Art. 12 - Diz-se o crime:		Sem alteração
Crime consumado	I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;	I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;	Crime consumado	Sem alteração
Tentativa	II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.	II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente.	Tentativa	Sem alteração
Pena da tentativa	Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.	Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.	Pena da tentativa	Sem alteração
Desistência voluntária e arrependimento eficaz	Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.	Art. 13 - O agente que, voluntariamente, desiste da consumação do crime ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.	Desistência voluntária e arrependimento eficaz	Modificação¹
Arrependimento posterior	Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.			Novo artigo v. Nota 8

(1) Desiste "de prosseguir na execução", ao invés de desiste "da consumação do crime".

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Crime impossível	Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.	Art. 14 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (arts. 76, parágrafo único, e 94, n. III).	Crime impossível	Modificação ¹
	Art. 18 - Diz-se o crime:	Art. 15 - Diz-se o crime:	Crime doloso e crime culposo	Exclusão da rubrica
Crime doloso	I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;	I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;		Nova rubrica ²
Crime culposo	II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.	II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.		Nova rubrica ³
	Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.	Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.		Sem alteração
Agravação pelo resultado	Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.			Novo artigo v. Nota 9
Erro sobre elementos do tipo	Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.	Art. 17 - É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.	Erro de fato	Substituição da rubrica Modificação do artigo ⁴ v. Nota 10

(1) Excluída a possibilidade de aplicação de medida de segurança.

(2 e 3) As rubricas dos incisos I e II do art. 18 foram desmembradas da rubrica do caput do art. 15 do C. P. de 1940.

(4) O art. 20 foi redigido tendo-se, por base, a primeira parte do art. 17 do C. P. de 1940, com exclusão da hipótese das discriminantes putativas constantes de sua parte final.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Descriminantes putativas	§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.	Art. 17 - É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. § 1º - Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.	Erro de fato Erro culposo	Substituição das rubricas. Modificação do artigo 1
Erro determinado por terceiro	§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.	§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.	Erro determinado por terceiro	Sem alteração
Erro sobre a pessoa	§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.	§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.	Erro sobre a pessoa	Sem alteração
Erro sobre a ilicitude do fato	Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuir-la de um sexto a um terço.	Art. 16 - A ignorância ou a errada compreensão da lei não excluem de pena.	Ignorância ou erro de direito	Substituição da rubrica. Modificação do artigo 2 v. Nota 10
	Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.			Novo parágrafo

(1) Cuida das discriminantes putativas referidas na segunda parte do art. 17 do C. P. de 1940, incluindo o § 1º do mesmo artigo.

(2) O erro sobre a ilicitude do fato, o chamado "erro de proibição", dá tratamento diverso e mais abrangente à questão do "erro de direito".

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Coação irresistível e obediência hierárquica	Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.	Art. 18 - Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.	Coação irresistível e obediência hierárquica	Alteração redacional ¹
Exclusão de ilicitude	Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:	Art. 19 - Não há crime quando o agente pratica o fato:	Exclusão de criminalidade	Modificação da rubrica ²
	I - em estado de necessidade;	I - em estado de necessidade;		Sem alteração
	II - em legítima defesa;	II - em legítima defesa;		Sem alteração
	III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.	III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.		Sem alteração
Excesso punível	Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.	Art. 21 ... Parágrafo único - O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa responde pelo fato, se este é punível como crime culposo.	Excesso culposo	Substituição da rubrica Modificação ³
Estado de necessidade	Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.	Art. 20 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.	Estado de necessidade	Sem alteração

(1) A alteração contida no art. 22 resume-se à substituição do vocábulo "crime" pela expressão "fato".

(2) Ao invés de "exclusão de criminalidade", adotou-se a fórmula "exclusão de ilicitude".

(3) O excesso, quer culposos, quer doloso, pode agora ocorrer em relação a qualquer hipótese de exclusão de ilicitude.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.	§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.		Sem alteração
	§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.	§ 2º - Embora reconheça que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, o juiz pode reduzir a pena, de um a dois terços.		Alteração redacional ¹
Legítima defesa	Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.	Art. 21 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.	Legítima defesa	Sem alteração
	TÍTULO III Da Imputabilidade Penal	TÍTULO III Da Responsabilidade		Alteração redacional ² v. Nota 11
Inimputáveis	Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.	Art. 22 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.	Irresponsáveis	Substituição da rubrica. Alteração redacional ³

(1) Alteração redacional de pequena relevância.

(2) Com melhor precisão técnica, adotou-se à locução "imputabilidade penal".

(3) Ao invés de caráter criminoso do fato, o texto refere-se ao caráter ilícito do fato.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Redução de pena	Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.	Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.	Redução facultativa da pena	Substituição da rubrica. Alteração redacional ¹
Menores de dezoito anos	Art. 27 - Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.	Art. 23 - Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.	Menores de 18 anos	Alteração redacional ²
Emoção e paixão Embriaguez	Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:	Art. 24 - Não excluem a responsabilidade penal:	Emoção e paixão Embriaguez	Alteração redacional ³
	I - a emoção ou a paixão;	I - a emoção ou a paixão;		Sem alteração
	II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.	II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.		Sem alteração
	§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.	§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.		Alteração redacional ⁴

(1) Excluiu-se da rubrica a expressão "facultativa" e no parágrafo, ao invés de caráter criminoso do fato, o texto refere-se ao caráter ilícito do fato.

(2) Guardando coerência com o artigo anterior, o texto refere-se a menores inimputáveis, ao invés de irresponsáveis.

(3) O texto refere-se à exclusão da imputabilidade penal, ao invés da responsabilidade penal.

(4) Ao invés do caráter criminoso do fato, o texto refere-se ao caráter ilícito do fato.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.	§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.		Alteração redacional ¹
	TÍTULO IV Do Concurso de Pessoas	TÍTULO IV Da Co-Autoria		Alteração de denominação ²
	Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.	Art. 25 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.	Pena de co-autoria	Exclusão da rubr. Modif. ³ do art. v. Nota 12
	§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.	Art. 48 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: II - ter sido de pequena importância sua cooperação no crime.	Circunstâncias atenuantes	Modificação ⁴
	§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.	Art. 48 ... Parágrafo único - Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.	Atenuação especial da pena	Exclusão da rubrica. Modificação do parágrafo ⁵

(1) Ao invés do caráter criminoso do fato, o texto refere-se ao caráter ilícito do fato.

(2) Em lugar de co-autoria, o texto refere-se ao concurso de pessoas.

(3) Foi excluída a rubrica pena de co-autoria. No texto do artigo, introduziu-se a consideração de que a pena, no concurso de agentes, deve ser determinada na medida da culpabilidade de cada concorrente.

(4) A participação de menor relevância deixou de ser mera atenuante, balizada pelo mínimo cominado, para tornar-se causa de diminuição de pena.

(5) Se o agente quis participar de crime menos grave, não lhe será aplicada a pena atenuada, limitada ao mínimo cominado, mas terá, a seu favor, a pena correspondente ao crime menos grave, pena essa que poderá ser aumentada, se o resultado do crime mais grave for previsível.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Circunstâncias incomunicáveis	Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.	Art. 26 - Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.	Circunstâncias incomunicáveis	Modificação ¹ v. Nota 12
Casos de impunibilidade	Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.	Art. 27 - C ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único).	Casos de impunibilidade	Modificação ²
	TÍTULO V Das Penas	TÍTULO V Das Penas		Sem alt. v. Notas 13 e 16
	CAPÍTULO I Das Espécies de Pena	CAPÍTULO I Das Penas Principais		Alt. da denominação ³
	Art. 32 - As penas são:	Art. 28 - As penas principais são:	Penas principais	Alt. rubr. Modif. redac. ⁴
	I - privativas de liberdade;	I - reclusão; II - detenção;		Modificação ⁵
	II - restritivas de direitos;			Novo inciso
	III - de multa.	III - multa.		Sem alt.
	SEÇÃO I Das Penas Privativas de Liberdade	SECÇÃO I Da Reclusão e da Detenção		Modificação ⁶
Reclusão e detenção	Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.	Art. 29 - A pena de reclusão e a de detenção devem ser cumpridas em penitenciária, ou, à falta, em secção especial de prisão comum.	Regras comuns às penas privativas de liberdade	Substituição da rubrica. Modificação do artigo ⁷

(1) Não se comunicam, além das circunstâncias pessoais, as condições que apresentam tal caráter.

(2) Excluiu-se, nos casos referidos no artigo, a aplicação da medida de segurança.

(3) Ao invés de referir à locução "penas principais", o texto alude às "espécies de penas".

(4) O texto alude às penas sem a menção anterior às penas principais.

(5) As penas privativas de liberdade incluem as penas de reclusão e de detenção.

(6) A seção cuida das penas privativas de liberdade abrangendo as de reclusão e de detenção.

(7) O texto refere-se aos regimes penitenciários aplicáveis, tanto à pena reclusiva, como à detentiva.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 1º - Considera-se:			Novo parágr.
	a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;			Nova alínea
	b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;			Nova alínea
	c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.			Nova alínea
	§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:			Novo parágrafo
	a) o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;			Nova alínea
	b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;	Art. 30... § 5º - O condenado não perigoso, cuja pena não ultrapasse oito anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime semi-aberto, desde o início, ou, se ultrapassar, após ter cumprido um terço dela em regime fechado;		Modificação 1

(1) A execução de pena em regime semi-aberto refere-se ao **condenado não reincidente** e, não mais ao **condenado não perigoso**, e estabelece os limites, mínimo e máximo, de pena a aplicar para o ingresso, de imediato, no referido regime penitenciário.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.	Art. 30... § 5º - I - se a pena não for superior a quatro anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime aberto, desde o início, ou: a) se for superior a quatro até oito, após ter cumprido um terço em outro regime; b) se for superior a oito, após ter cumprido dois quintos em outro regime.		Modificação ¹
	§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste código.			Novo parágrafo
Regras do regime fechado	Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.	Art. 30 - O período inicial, do cumprimento de pena privativa da liberdade, consiste na observação do recluso, sujeito ou não a isolamento celular, por tempo não superior a 3 (três) meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade.	Reclusão	Substituição da rubrica. Modificação do artigo ²
	§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.	Art. 29... § 1º - O sentenciado fica sujeito a trabalho, que deve ser remunerado, e a isolamento durante o repouso noturno.		Modificação ³

(1) A execução de pena em regime aberto refere-se também ao **condenado não reincidente** e não mais ao **condenado não perigoso**.

(2) O regime fechado não é aplicável ao detento e obedece a regras diversas das vigentes no C. P. de 1940, em relação ao recluso. O cumprimento da pena reclusiva terá início através de exame criminológico de classificação.

(3) Excluiu-se a referência à remuneração do trabalho do preso em regime fechado, mas o art. 29 da lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) estatui que o trabalho do preso **será remunerado**.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.	Art. 30... § 1º - O recluso passará, posteriormente, a trabalhar em comum dentro do estabelecimento em que cumpre a pena ou fora dele, na conformidade de suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que haja compatibilidade com os objetivos da pena.		Modificação ¹
	§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.	Art. 30... § 2º - O trabalho externo é compatível com os regimes fechado, semi-aberto e aberto desde que tomadas as cautelas próprias, contra a fuga e em favor da disciplina; os condenados que cumprem pena em regime fechado somente se dedicarão a trabalho externo em serviços ou obras públicas, sob vigilância do pessoal penitenciário.		Modificação ²
Regras do regime semi-aberto	Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste código, <i>caput</i> , ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.	Art. 30 - O período inicial, do cumprimento de pena privativa da liberdade, consiste na observação do recluso, sujeito ou não a isolamento celular, por tempo não superior a 3 (três) meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade.	Reclusão	Substituição da rubrica. Modificação do artigo ³

(1) O texto referiu-se apenas ao **trabalho interno** do preso submetido a regime fechado.

(2) O texto refere-se exclusivamente ao **trabalho externo** do preso sujeito a regime fechado.

(3) O regime semi-aberto é aplicável, tanto ao recluso, como ao detento. O cumprimento da pena, reclusiva ou detentiva, terá início através de exame criminológico de classificação.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.	Art. 31 - O condenado a pena de detenção fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão e não está sujeito ao período inicial de isolamento diurno. Art. 30... § 1º - O recluso passará, posteriormente, a trabalhar em comum dentro do estabelecimento em que cumpre a pena ou fora dele, na conformidade de suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que haja compatibilidade com os objetivos da pena.	Detenção Reclusão	Modificação¹
	§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.	Art. 31... Parágrafo único - Aplica-se ao detento o disposto nos parágrafos do artigo anterior. Art. 30... § 2º - O trabalho externo é compatível com os regimes fechado, semi-aberto e aberto desde que tomadas as cautelas próprias, contra a fuga e em favor da disciplina; os condenados que cumprem pena em regime fechado somente se dedicarão a trabalho externo em serviços ou obras públicas, sob vigilância do pessoal penitenciário.	Detenção Reclusão	Modificação²

(1) O parágrafo cuida do **trabalho interno** do recluso e do detento submetidos ao regime prisional semi-aberto.

(2) O texto refere-se ao **trabalho externo** do preso em regime semi-aberto e possibilita sua frequência a cursos profissionalizantes e de instrução e até de grau superior.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.			Novo parágrafo
Regime especial	Art. 37 - As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste capítulo.	Art. 29... § 2º - As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à sua falta, em seção adequada de penitenciária ou prisão comum, sujeitas a trabalho interno, admitido o benefício do trabalho externo.		Nova rubrica. Novo artigo¹
Direitos do preso	Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.			Nova rubrica. Novo artigo²
Trabalho do preso	Art. 39 - O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.	Art. 29... § 1º - O sentenciado fica sujeito a trabalho, que deve ser remunerado, e a isolamento durante o repouso noturno.		Nova rubrica. Modificação do artigo³

(1) O texto refere-se ao local de cumprimento de pena das mulheres, atribuindo-lhes os direitos e deveres dos demais presos, respeitada a sua condição pessoal.

(2) O direito do preso à sua integridade física e moral e aos demais direitos, que não sejam atingidos pela privação da liberdade, encontra respaldo no Código Penal. Tais direitos são especificados na Seção II do Capítulo IV da Lei de execução Penal (Lei n. 7.210/84).

(3) O dispositivo proclama a necessidade da remuneração do trabalho do preso e a garantia aos benefícios da Previdência Social (art. 41, III, da Lei de Execução Penal).

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Legislação especial	Art. 40 - A legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39 deste código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções.	Art. 30... § 6º - Deverão ser regulamentadas por lei local ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente, as seguintes concessões a serem outorgadas pelo juiz, a requerimento do interessado, seu cônjuge ou ascendente, ou na falta desses, de descendente ou irmão, ou por iniciativa de órgão para isso competente, ou, ainda, quanto às três primeiras, também de ofício: I - cada um dos três regimes, bem como a transferência e o retorno de um para outro; II - prisão-albergue, espécie do regime aberto; III - cumprimento da pena em prisão na comarca da condenação ou da residência do condenado; IV - trabalho externo; V - freqüência a curso profissionalizante, bem como de segundo grau ou superior, fora do estabelecimento; VI - licença para visitar a família, em datas ou ocasiões especiais;		Nova rubrica. Modificação do artigo 1

(1) A legislação especial, referida no texto, é a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), valendo consignar que, o preso possui agora direitos — como deveres — perfeitamente explicitados, não recebendo meras concessões, por lei estadual ou por provimentos judiciais.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
		VII - licenças periódicas, combinadas ou não com as concessões dos incisos IV e V deste parágrafo, para visitar a família e ir à sua igreja, bem como licença para participar de atividades que concorram para a emenda e reintegração no convívio social, aos condenados que estão em regime aberto e, com menos amplitude, aos que estão em regime semi-aberto. § 7º - As normas supletivas referidas no parágrafo anterior estabelecerão, quanto a qualquer das concessões: I - os requisitos objetivos e subjetivos que os condenados deverão ter para a sua obtenção; II - as condições e normas de conduta a serem observadas pelos contemplados, e os casos de modificação facultativa e obrigatória de umas e de outras; III - os casos de revogação e os requisitos para nova obtenção; IV - a audiência da Administração Penitenciária, bem como a do Ministério Público e, quanto às dos incisos IV e V, a do Conselho Penitenciário; V - a competência judicial;		

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
		VI - exceto quanto às concessões dos incisos I, II e III, a expedição de documentos similar ao descrito no art. 724 do Código de Processo Penal, e a indicação da entidade fiscalizadora. Art. 31... Parágrafo único - Aplica-se ao detento o disposto nos parágrafos do artigo anterior.	Detenção	
Superveniência de doença mental	Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.	Art. 33 - O sentenciado a que sobrevém doença mental deve ser recolhido a manicômio judiciário ou, à falta, a outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.	Superveniência de doença mental	Modificação ¹
Detração	Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.	Art. 34 - Computam-se, na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio.	Tempo de prisão preventiva ou provisória ou de internação em hospital	Substituição da rubrica. Modificação ²
	SEÇÃO II Das Penas Restritivas de Direitos			Nova seção
Penas restritivas de direitos	Art. 43 - As penas restritivas de direitos são:			Nova rubrica. Novo artigo

(1) A superveniência de doença mental, no curso do cumprimento da pena, provoca o recolhimento do preso não mais ao manicômio judiciário, mas sim a hospital e tratamento psiquiátrico.

(2) A detração penal recebeu tratamento mais abrangente incluindo-se, na pena privativa de liberdade, o tempo de prisão administrativa e na medida de segurança, agora devidamente explicitada, o tempo de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou estabelecimento assemelhado.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	I - prestação de serviços à comunidade;			Novo inciso
	II - interdição temporária de direitos;	Art. 67 - São penas acessórias: II - as interdições de direitos;	Penas acessórias	Excl. da rubrica. Modif. 1
	III - limitação de fim-de-semana.			Novo inciso
	Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:			Novo artigo
	I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposos;			Novo inciso
	II - o réu não for reincidente;			Novo inciso
	III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.			Novo inciso
	Parágrafo único - Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente.			Novo parágrafo
Conversão das penas restritivas de direitos	Art. 45 - A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, quando:			Nova rubrica. Novo parágrafo

(1) A interdição temporária de direitos, considerada pena acessória, no Código Penal de 1940, foi incluída entre as penas restritivas de direito e, portanto, entre as penas principais.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	I - sobrevier condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa.			Novo inciso
	II - ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.			Novo inciso
Prestação de serviços à comunidade	Art. 46 - A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.			Novo rubrica. Novo artigo
	Parágrafo único - As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas, durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.			Novo Parágrafo
Interdição temporária de direitos	Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:	Art. 69 - São interdições de direitos;	Interdições de direitos	Subst. da rubrica Modif. 1
	I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;	I - a incapacidade temporária para investidura em função pública;		Modificação 2

(1) O texto alude exclusivamente à interdição **temporária** de direitos, ao contrário do Código Penal de 1940, que previa **interdições permanentes**. Além disso, as interdições temporárias não são apenas acessórias mas **penas principais**.

(2) O texto não se refere à **incapacidade** temporária para investidura em função pública mas à **proibição** do exercício de cargo, função ou, atividade pública e de mandato eletivo, sendo, portanto, bem mais abrangente.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	II - proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;	Art. 69... IV - a incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público;		Modificação ¹
	III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.			Novo inciso
Limitação de fim-de-semana	Art. 48 - A limitação de fim-de-semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.			Nova rubrica Novo artigo
	Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.			Novo parágrafo
	SEÇÃO III Da Pena de Multa	SEÇÃO II Da Multa		Modif. Alt. redac. 2
Multa	Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa.	Art. 35 - A pena de multa consiste no pagamento, em selo penitenciário, da quantia fixada na sentença.	Pena de multa	Substituição da rubrica Modificação ³

(1) O texto do inciso II refere-se à proibição do exercício, não apenas de profissão ou atividade, mas também de ofício, o que não era mencionado no Código Penal de 1940.

(2) Corresponde à Seção II, Cap. I do Código Penal de 1940. A denominação da seção deixou de ser da multa para ser da pena da multa.

(3) Foi adotado o sistema do dia-multa, em lugar do sistema fixo de cominação abstrata da pena pecuniária, adotado pelo Código Penal de 1940.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário.			Novo parágrafo
	§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.			Novo parágrafo
Pagamento da multa	Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de dez dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.	Art. 36 - A multa deve ser paga dentro de dez dias, depois de transitar em julgado a sentença; todavia, a requerimento do condenado, e conforme as circunstâncias, o juiz pode prorrogar esse prazo até três meses.	Pagamento da multa	Modificação 1
		Parágrafo único - Excedendo a mil cruzeiros a importância da multa, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em quotas mensais, dentro no prazo de um ano, prorrogável por seis meses, desde que metade da quantia tenha sido paga ou o condenado ofereça garantia de pagamento.		

(1) O novo texto não prevê, como o C. P. de 1940, a prorrogação, pelo prazo máximo de três meses, do pagamento da multa. Admite, no entanto, o parcelamento mensal mas sem as condições prefixadas pelo legislador de 1940.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 1º - A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando:	Art. 37... § 1º - Se o condenado cumpre a pena privativa de liberdade ou obtém livramento condicional, sem haver resgatado a multa, faz-se a cobrança mediante desconto em seu vencimento ou salário.	Desconto em vencimento ou em salário	Excl. da rubrica. Modificação do artigo 1
	a) aplicada isoladamente;	Art. 37... § 2º - Aplica-se também o disposto no parágrafo anterior, se concedida a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, ou imposta exclusivamente a pena de multa.		Modificação ²
	b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos;			Nova alínea
	c) concedida a suspensão condicional da pena.	Art. 37... § 2º - Aplica-se também o disposto no parágrafo anterior, se concedida a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, ou imposta exclusivamente a pena de multa.		Modificação ³
	§ 2º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e sua família.	Art. 37... § 3º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis à manutenção do condenado e de sua família (art. 39).	Limite do desconto	Excl. da rubrica. Alteração redacional ⁴

(1) O parágrafo autoriza, de forma mais abrangente, a cobrança da multa, mediante desconto no vencimento ou salário, inclusive no caso de pena pecuniária aplicada cumulativamente com a pena restritiva de liberdade.

(2) A alínea "a" constitui um desdobramento do § 2º do art. 37 do C. P. de 1940.

(3) A alínea "c" constitui outro desdobramento do § 2º do art. 37 do C. P. de 1940.

(4) Substituiu-se a expressão **manutenção por sustento**.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Conversão da multa e revogação	Art. 51 - A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução.	Art. 38 - A multa converte-se em detenção, quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança.	Conversão em detenção	Substituição da rubrica. Modificação do artigo 1
Modo de conversão	§ 1º - Na conversão, a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano.	Art. 38... Parágrafo único - A conversão da multa em detenção é feita à razão de vinte cruzeiros por dia, até o máximo de um ano, não podendo, porém, ser ultrapassado o mínimo da pena privativa de liberdade, cumulativa ou alternativamente cominada ao crime.	Modo de conversão	Modificação ²
Revogação da conversão	§ 2º - A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa.	Art. 40 - A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, o condenado paga a multa ou lhe assegura o pagamento mediante caução real ou fidejussória.	Revogação da conversão	Modificação ³
Suspensão da execução da multa	Art. 52 - É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.	Art. 41 - É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.	Suspensão da execução da multa	Sem alteração
	CAPÍTULO II Da Cominação das Penas			Novo capítulo ⁴
Penas privativas de liberdade	Art. 53 - As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime.			Nova rubrica Novo artigo

(1) Excluiu-se, explicitamente, da conversão da multa em detenção, a hipótese do condenado reincidente, que deixou de pagá-la.

(2) O modo de conversão sofreu alteração, em função da acolhida do sistema do dia-multa, mantido, no entanto, o máximo de um ano na conversão.

(3) Excluiu-se, da revogação da conversão, a hipótese de ser assegurado o pagamento através de caução real ou fidejussória.

(4) Inclusão de capítulo de denominação: "da cominação das penas".

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Penas restritivas de direitos	Art. 54 - As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a um ano, ou nos crimes culposos.			Nova rubrica Novo artigo
	Art. 55 - As penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.			Novo artigo
	Art. 56 - As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 47 deste código, aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes.	Art. 69 - São interdições de direitos: Parágrafo único - Incorrem: I - na interdição sob o nº I; b) de dois a oito anos, o condenado a reclusão por tempo superior a dois anos e inferior a quatro, ou o condenado por crime cometido com abuso do poder ou violação de dever inerente a função pública, excetuado o caso previsto na letra a, parte final; IV - na interdição sob o nº IV, de dois a dez anos, o condenado por crime cometido com abuso de profissão ou atividade, ou com infração de dever a ela inerente;	Interdições de direitos Incidência em interdição de direito	Exclusão da rubrica. Modificação do artigo 1
	Art. 57 - A pena de interdição, prevista no inciso III do art. 47 deste código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito.			Novo artigo

(1) As penas de interdição de direitos aplicadas, em relação a crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes, são penas principais e não penas acessórias, conforme o C. P. de 1940.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Pena de multa	Art. 58 - A multa, prevista em cada tipo legal de crime, tem os limites fixados no art. 49 e seus parágrafos deste código.			Nova rubrica Novo artigo
	Parágrafo único - A multa prevista no parágrafo único do art. 44 e no § 2º do art. 60 deste código aplica-se independentemente de cominação na parte especial.			Novo parágrafo
	CAPÍTULO III Da Aplicação da Pena	CAPÍTULO II Da Aplicação da Pena		Substituição ¹
Fixação da pena	Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:	Art. 42 - Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime.	Fixação da pena	Modificação ²
	I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;	Art. 42... I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;		Modificação ³

(1) O capítulo III, com igual denominação, substitui o capítulo II do Título V do C. P. de 1940.

(2) Foi profunda a modificação introduzida no texto. Na fixação da pena, que levará sempre em conta as características da necessidade e da suficiência para reprovação e prevenção, o Juiz deverá atender, além dos elementos estabelecidos no art. 42 do C. P. de 1940, à **culpabilidade**, à **conduta social** do agente e ao **comportamento da vítima**.

(3) Reza o texto que o Juiz deverá aplicar as penas, dentre as cominadas, não havendo, como estatui o C. P. de 1940, **alternatividade** na cominação.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;	Art. 42 ... II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.		Alteração redacional ¹
	III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;			Novo inciso
	IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.			Novo inciso
Critérios especiais da pena de multa	Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.	Art. 43 - Na fixação da pena de multa, o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.	Critério especial na fixação da multa	Alteração redacional ²
	§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.	Parágrafo único - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considera que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.		Sem alteração
Multa substitutiva	§ 2º - A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste código.			Nova rubrica Novo parágrafo
Circunstâncias agravantes	Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:	Art. 44 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:	Circunstâncias agravantes	Sem alteração

(1) Excluiu-se o verbo **fixar** constante do inciso II do art. 42 do C. P. de 1940, valendo para inciso II do art. 59 o verbo **estabelecer** contido no **caput**.

(2) Na rubrica, há referência a **critérios especiais** para a determinação da pena pecuniária, ao contrário do C. P. de 1940, no qual se alude, na rubrica, no singular, a **critério especial de fixação da multa**.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	I - a reincidência;	I - a reincidência;		Sem alt.
	II - ter o agente cometido o crime:	II - ter o agente cometido o crime:		Sem alteração
	a) por motivo fútil ou torpe;	a) por motivo fútil ou torpe;		Sem alteração
	b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;	b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;		Sem alteração
	c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;	d) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;		Sem alteração
	d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;	e) com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;		Modificação ¹
	e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;	f) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;		Sem alteração
	f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;	g) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;		Sem alteração
	g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;	h) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;		Sem alteração
	h) contra criança, velho ou enfermo;	i) contra criança, velho ou enfermo;		Sem alteração
	i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;	j) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;		Sem alteração

(1) Excluiu-se a expressão "asfixia", como um dos meios cruéis, para a prática de delito.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;	k) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido.		Sem alteração
	l) em estado de embriaguez pré-ordenada.	c) depois de embriagar-se propositadamente para cometê-lo;		Alteração redacional ¹
Agrav. no caso de concurso de pessoas	Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:	Art. 45 - A pena é ainda agravada em relação ao agente que:	Agrav. no caso de concurso de agentes	Substit. rubrica. Alteração redac. ²
	I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;	I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;		Sem alteração
	II - coage ou induz outrem à execução material do crime;	II - coage outrem à execução material do crime;		Modificação ³
	III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;	III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade possível;		Sem alteração
	IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.	IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.		Sem alteração
Reincidência	Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.	Art. 46 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.	Reincidência	Sem alteração

(1) Com maior precisão técnica, o texto refere-se à embriaguez preordenada já mencionada, em outros termos, na alínea "c" do nº II do art. 41 do C. P. de 1940.

(2) Substituiu-se, na rubrica, a locução **concurso de agentes** por **concurso de pessoas** e o verbo, na oração principal do artigo, foi empregado no futuro do presente, ao invés do presente.

(3) Introduziu-se, como agravante, no concurso de pessoas, o induzimento de outrem à execução material do crime.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;	Parágrafo único - Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.		Modificação¹
	II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.	Art. 47 - Para efeito de reincidência, não se consideram os crimes militares ou puramente políticos.		Modificação²
Circunstâncias atenuantes	Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:	Art. 48 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:	Circunstâncias atenuantes	Sem alteração
	I - ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença;	I - ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos;		Modificação³
	II - o desconhecimento da lei;	III - a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando escusáveis;		Modificação⁴
	III - ter o agente:	IV - ter o agente:		Sem alteração

(1) Incluiu-se, no lapso temporal de cinco anos, necessário para que desapareça a eficácia da condenação anterior, para efeito de reincidência, o período de prova do *sursis* ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

(2) O texto refere-se aos **crimes militares próprios** e não simplesmente **militares** e aos **crimes políticos** e não **puramente políticos**.

(3) A idade do agente, maior de setenta anos, é verificada não em função da data do fato, mas em razão da **data da sentença**.

(4) O desconhecimento da lei, sem nenhuma restrição, constitui também atenuante.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;	a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;		Sem alteração
	b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;	b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;		Sem alteração
	c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;	c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;		Modificação ¹
	d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;	d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem;		Modificação ²
	e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.	e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se lícita a reunião, não provocou o tumulto nem é reincidente.		Modificação redacional ³
	Art. 66 - A pena poderá ter ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.			Novo artigo

(1) Incluiu-se, no rol das atenuantes, ter o agente cometido o crime em cumprimento de ordem de autoridade superior, que não estava consignado na alínea "c" do inciso IV do art. 48 do C. P. de 1940.

(2) A confissão espontânea basta agora para servir de atenuante, não sendo necessário que se refira a fato de autoria ignorada ou imputada a outrem.

(3) Excluiu-se da atenuante, tanto a referência à licitude da reunião onde ocorreu o crime por influência de multidão tumultuada, como a impossibilidade de sua aplicação ao reincidente.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes	Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.	Art. 49 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.	Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes	Sem alteração
Cálculo da pena	Art. 68 - A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.	Art. 50 - A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria se não existisse causa de aumento ou de diminuição.	Aumento ou diminuição de pena	Substituição da rubrica. Modificação do artigo 1
	Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.	Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.		Sem alteração
Concurso material	Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.	Art. 51 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.	Concurso material	Alteração redacional ²

(1) O texto adotou o critério de individualização da pena em três etapas, de acordo com a lição de Nelson Hungria, de forma que não será mais possível a individualização, em duas etapas, o que era admissível no C. P. de 1940, em face da omissão legal.

(2) Esclareceu o texto que as penas que se aplicam cumulativamente, no concurso material, são as privativas de liberdade.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste código.			Novo parágrafo
	§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.			Novo parágrafo
Concurso formal	Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.	Art. 51... § 1º - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, a que se cominam penas privativas de liberdade, impõe-se-lhe a mais grave, ou, se idênticas, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos.	Concurso formal	Alteração redacional

(1) No texto, o verbo **impor** é substituído pelo verbo **aplicar**. Além disso, há referência no sentido de que a conduta humana única, para o reconhecimento do concurso formal, deva ensejar dois ou mais crimes, idênticos ou não, sem que se aluda que a eles sejam cominadas penas privativas de liberdade.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste código.			Novo parágrafo
Crime continuado	Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.	§ 2º - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, impõe-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.	Crime continuado	Alteração redacional¹
	Parágrafo único - 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 do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste código.			Novo parágrafo
Multas no concurso de crimes	Art. 72 - No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.	Art. 52 - As penas não privativas de liberdade são aplicadas distintas e integralmente, ainda que previstas para um só dos crimes concorrentes.	Aplicação da multa ou das penas acessórias no concurso de crimes	Substituição da rubrica. Modificação do artigo²

(1) No texto, o verbo **impor** é substituído pelo verbo **aplicar**.

(2) As penas de multa são aplicadas, cumulativamente, nas hipóteses de concurso de crimes.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Erro na execução	Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no 3º do art. 20 deste código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste código.	Art. 53 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no art. 17, § 3º, 2ª parte. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do § 1º do art. 51.	Erro na execução	Alteração redacional ¹
Resultado diverso do pretendido	Art. 74 - Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste código.	Art. 54 - Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do § 1º do art. 51.	Resultado diverso do pretendido	Alteração redacional ²
Limite das penas	Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.	Art. 55 - A duração das penas privativas de liberdade não pode, em caso algum, ser superior a trinta anos, nem a importância das multas ultrapassar duzentos mil cruzeiros.	Limite das penas	Modificação ³

(1) O texto faz remissão a números de outros dispositivos do próprio Código, que correspondem a números diversos no C. P. de 1940.

(2) O texto faz remissão a outro dispositivo que corresponde, no Código Penal de 1940, a número diverso.

(3) Excluiu-se, do texto, referência ao limite máximo da pena pecuniária. Além disso, deu-se redação diversa: ao invés de **duração** das penas privativas de liberdade, empregou-se a locução "**tempo de cumprimento**" das penas privativas de liberdade.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.			Novo parágrafo
	§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.			Novo parágrafo
Concurso de infrações	Art. 76 - No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave.	Art. 56 - No concurso de crime e contravenção, observa-se o disposto nos arts. 51, 52 e 53, executando-se por último a pena cominada à contravenção, quando aplicadas cumulativamente penas privativas de liberdade.	Concurso de crimes e contravenção	Substituição da rubrica. Modificação do artigo 1
	CAPÍTULO IV Da Suspensão Condicional Da Pena	CAPÍTULO III Da Suspensão Condicional Da Pena		Substituição do capítulo 2
Requisitos suspensão da pena	Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa, por dois a quatro anos, desde que:	Art. 57 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa, por dois a seis anos, desde que:	Requisitos da suspensão da pena	Modificação 3

(1) Não se disciplina mais o concurso de crime e contravenção, aludindo-se a concurso de infrações no qual terá execução, em primeiro lugar, a pena mais grave.

(2) O capítulo IV, com igual denominação, substituiu o Capítulo III do Título V do C. P. de 1940.

(3) Substitui-se o tempo do verbo **poder**: do presente para o futuro do presente. Além disso, diminuiu-se, de seis para quatro anos, a baliza máxima para o período probatório do **sursis**.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;	I - o sentenciado não haja sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irreversível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no parágrafo único do art. 46;		Modificação¹
	II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;	II - os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.		Modificação²
	III - não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste código.			Novo inciso
	§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.			Novo parágrafo
	§ 2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade.			Novo parágrafo
	Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.			Novo artigo

(1) O primeiro requisito, para concessão do sursis, é que o condenado não seja reincidente em crime doloso, o que significa que possa ser reincidente em crime culposos e possa já ter sido até condenado por sentença irreversível, desde que não caracterize a reincidência.

(2) O texto refere-se, entre os requisitos subjetivos exigidos para a concessão do sursis, além dos referidos no C. P. de 1940, os da **culpabilidade** e da **conduta social** do agente.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim-de-semana (art. 48).			Novo parágrafo
	§ 2º - Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior por uma ou mais das seguintes condições:			Novo parágrafo
	a) proibição de frequentar determinados lugares;			Nova alínea
	b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz.			Nova alínea
	c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.			Nova alínea
	Art. 79 - A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.	Art. 58 - A sentença deve especificar as condições a que fica subordinada a suspensão.	Especificação das condições	Exclusão da rubrica. Modificação¹

(1) A Lei n. 7.209/84 estatui condições para o sursis, mas admite que o juiz possa especificar **outras desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado**, características não referidas no C. P. de 1940.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	Art. 80 - A suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa.	Art. 57... Parágrafo único - A suspensão não se estende à pena de multa nem à pena acessória.	Penas a que não se estende a suspensão	Exclusão da rubrica. Modif. do art. 1
Revogação obrigatória	Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:	Art. 59 - A suspensão é revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:	Revogação da suspensão	Nova rubrica. Alter. redac. ²
	I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;	I - é condenado, por sentença irrecorrível, a pena privativa da liberdade;		Modificação ³
	II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano.	II - frustra, embora solvente, o pagamento da multa, ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano.		Alteração redacional ⁴
	III - descumpre a condição do § 1º do art. 78 deste código.			Novo inciso
Revogação facultativa	§ 1º - A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.	§ 1º - A suspensão pode também ser revogada se o sentenciado deixa de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, infringe as proibições inerentes à pena acessória, ou é irrecorrivelmente condenado a pena que seja privativa da liberdade.		Nova rubrica. Modificação ⁵

(1) A revogação do **sursis poderá** (o verbo **poder** foi empregado no futuro do presente) ocorrer em duas situações (o C. P. de 1940 previa três): a) se o beneficiário descumpre condição imposta na sentença e b) é condenado irrecorrivelmente, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (e não mais de multa como no C. P. de 1940).

(2) O texto emprega o verbo **ser** no futuro do presente, e não no presente.

(3) Não se alude, como no Código Penal, à condenação irrecorrível a **pena privativa de liberdade**, mas é condenação irrecorrível **por crime doloso**.

(4) Ao invés de **pagamento da multa**, o texto refere-se à **execução da pena de multa**.

(5) Além de modificações redacionais, (o verbo **poder** no futuro do presente, ao invés do presente, o substantivo **condenado**, em lugar de **sentenciado** e a expressão "**descumpre**" em substituição às palavras "**deixa de cumprir**") o texto excluiu como causas facultativas de revogação a infringência das proibições inerentes à pena acessória e a condenação irrecorrível à pena de multa.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Prorrogação do período de prova	§ 2º - Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.	§ 2º - Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou por motivo de contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.		Nova rubrica. Alteração redacional ¹
	§ 3º - 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.	§ 3º - 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.	Prorrogação do período de prova	Exclusão da rubrica. Sem alteração do parágrafo
Cumprimento das condições	Art. 82 - Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.	§ 4º - Se o prazo expira sem que haja ocorrido motivo para a revogação, não mais se executa a pena privativa de liberdade.	Cumprimento das condições	Modificação ²
	CAPÍTULO V Do Livramento Condicional	CAPÍTULO IV Do Livramento Condicional		Substituição do capítulo ³
Requisitos do livramento condicional	Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, desde que:	Art. 60 - O juiz pode conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa da liberdade igual ou superior a dois anos, desde que:	Requisitos do livramento condicional	Alteração redacional ⁴

(1) O texto refere-se a processo por outro crime ou **contravenção** modificando o C. P. de 1940, que alude a processo por outro crime ou por **motivo de contravenção**.

(2) Pelo texto, será considerada extinta a pena se o período probatório expirar sem revogação do **sursis**. O C. P. de 1940 só admitia a extinção da pena se não ocorresse **motivo para revogação do sursis** no período probatório.

(3) O capítulo V, com igual denominação, substituiu o Capítulo IV do Título V do C. P. de 1940.

(4) Substituiu-se o tempo do verbo **poder**, do presente, para o futuro do presente.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;	I - cumprida mais da metade da pena ou, tratando-se de reincidente, mais de três quartos;		Modificação ¹
	II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;			Modificação ²
	III - comprovado 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;	II - verificada a ausência ou a cessação da periculosidade, e provados bom comportamento durante a vida carcerária e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;		Modificação ³
	IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração.	III - tenha reparado, salvo impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração.		Modificação ⁴

(1) O livramento condicional, pelo texto em exame, poderá ser concedido ao condenado não reincidente **em crime doloso** (o que assegura o direito ao reincidente em crime culposos), após o cumprimento de mais de um terço da pena (o C. P. de 1940 exigia o cumprimento de mais da metade da pena).

(2) O livramento condicional, em relação ao reincidente em crime doloso, só poderá ser concedido após o cumprimento de mais da metade da pena (o C. P. de 1940 exigia o cumprimento de mais três quartos).

(3) Além do requisito temporal, é exigível, para a concessão do livramento condicional, **comprovado comportamento satisfatório** (o C. P. de 1940 refere-se à **prova de bom comportamento**), bom desempenho no trabalho (o C. P. de 1940 não faz nenhuma alusão a respeito) e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto (texto igual ao do C. P. de 1940). Não há, contudo, nenhuma referência, como no C. P. de 1940, à verificação de ausência ou de cessação da periculosidade.

(4) Outro requisito, para a obtenção do livramento condicional, é o da reparação do dano causado pela infração, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo (o C. P. de 1940 não enfatiza a necessidade de demonstração dessa impossibilidade).

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.			Novo parágrafo
Soma de penas	Art. 84 - As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento.	Art. 60... Parágrafo único - As penas que correspondem a infrações diversas podem somar-se, para efeito do livramento.		Nova rubrica. Alteração redacional¹
Especificações das condições	Art. 85 - A sentença especificará as condições a que fica subordinado o livramento.	Art. 61 - A sentença deve especificar as condições a que fica subordinado o livramento.	Especificação das condições	Alteração redacional²
Revogação do livramento	Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível;	Art. 64 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa da liberdade, em sentença irrecorrível;	Revogação do livramento	Sem alteração
	I - por crime cometido durante a vigência do benefício;	I - por crime cometido durante a vigência do benefício;		Sem alteração
	II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste código.	II - por crime anterior, sem prejuízo, do disposto no parágrafo único do art. 60;		Alteração redacional³

(1) As penas relativas a infrações diversas **devem** somar-se (o C. P. de 1940, ao invés do verbo **dever**, emprega o verbo **poder**) para efeito de livramento:

(2) A sentença **especificará** (o C. P. de 1940 reza que **deve especificar**) as condições a que fica subordinada a liberdade.

(3) O texto alude ao art. 84 enquanto que, o C. P. de 1940, ao correspondente dispositivo constante do parágrafo único do art. 60.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Revogação facultativa	Art. 87 - O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.	Parágrafo único - O juiz pode, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, de observar proibições, inerentes à pena acessória ou for irrecorrivelmente condenado, por crime, a pena que não seja privativa da liberdade.		Nova rubrica. Modificação do artigo 1
Efeitos da revogação	Art. 88 - Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.	Art. 65 - Revogado o livramento, não pode ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime ou contravenção anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.	Efeitos da revogação	Modificação 2
Extinção	Art. 89 - O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento.	Art. 66... Parágrafo único - O juiz não pode declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime ou contravenção cometidos na vigência do livramento.		Nova rubrica. Modificação do artigo 3

(1) Retirou-se das causas de revogação facultativa do livramento condicional a referente à inobservância de proibições inerentes à pena acessória contida no C. P. de 1940, em face da extinção das penas acessórias, em razão da Lei n. 7.209/84.

(2) De início, uma modificação redacional (não poderá, ao invés de não pode), no que tange a outra concessão, em relação à mesma pena de livramento condicional após sua revogação. Depois, a computação, da pena remanescente, do tempo em que o liberado permaneceu solto, poderá ser efetuada, no caso de revogação em face de condenação irrecorrível por outro crime (o C. P. de 1940 refere-se também a contravenção) cometido anteriormente ao benefício.

(3) Além da alteração (não poderá, ao invés de não pode), o texto excluiu a possibilidade do Juiz não declarar extinta a pena enquanto não passar em julgado a sentença, relativa à contravenção, cometida pelo liberado na vigência do livramento, como estatua o C. P. de 1940.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	Art. 90 - Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.	Art. 66 - Se até o seu termo o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade e ficam sem efeito as medidas de segurança pessoais.	Cumprimento das condições	Exclusão da rubrica. Modif. do art. 1
	CAPÍTULO VI Dos Efeitos da Condenação	CAPÍTULO VI Dos Efeitos da Condenação		Sem alteração
Efeitos genéricos e específicos	Art. 91 - São efeitos da condenação:	Art. 74 - São efeitos da condenação:	Repar. do dano, Perda dos instr., prod. e prov do crime	Substit. da rubr. Sem alt. do art.
	I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;	I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime;		Alteração redacional ²
	II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé;	II - a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé:		Sem alteração
	a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;	a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;		Sem alteração
	b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.	b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.		Sem alteração
	Art. 92 - São também efeitos da condenação:			Novo artigo

(1) Excluiu-se, do texto, referência às **medidas de segurança pessoais**.

(2) "Dano causado", ao invés de "dano resultante".

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a quatro anos;	Art. 68 - Incorre na perda de função pública: I - o condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública;	Perda de função pública	Exclusão da rubrica. Modificação ¹
	II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;	Art. 69 - São interdições de direitos: II - a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder; III - a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício de tutela ou curatela;	Interdições de direitos	Exclusão da rubrica. Modificação ²
	III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.			Novo inciso
	Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.	Art. 70 - A sentença deve declarar: I - a perda da função pública, nos casos do n. I do art. 68; II - as interdições, nos casos do n. I, letras a e b, n. II, letras a e b, n. III, letras a e b e c, e n. IV, do parágrafo único do artigo anterior, fi-	Imposição da pena acessória	Exclusão da rubrica. Modificação ³

(1) A perda de função pública, por crime praticado com abuso de poder ou violação com abuso de poder ou violação de dever, deixa de ser pena acessória (como no C. P. de 1940) e passa a ser efeito da condenação, juntamente com a perda de cargo ou mandato eletivo, quando a pena aplicada for superior a quatro anos.

(2) As interdições de direitos, consistentes na incapacidade para o exercício do pátrio poder, da tutela e da curatela, deixam de ser penas acessórias (como no C. P. de 1940) e passam a ser efeitos da condenação, quando se cuida de crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado.

(3) Os efeitos da condenação não são automáticos (ao contrário do que ocorria, em relação a alguns casos de imposição de penas acessórias, no C. P. de 1940) e devem ser motivadamente declarados na sentença.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
		xando-lhes a duração, quando temporárias. Parágrafo único - Nos demais casos, a perda da função pública e as interdições resultam da simples imposição da pena principal.		
	CAPÍTULO VII Da Reabilitação			Novo capítulo 1 v. Nota 14
Reabilitação	Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação.	Art. 119 - A reabilitação alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva.	Reabilitação	Modificação 2
	Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.	Art. 119... § 2º - A reabilitação não pode ser concedida: b) em relação à incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela, curatela ou autoridade marital se imposta por crime contra os costumes, cometido pelo condenado em detrimento de filho, tutelado ou curatelado, ou por crime de lenocínio.	Penas que a reabilitação não extingue	Exclusão da rubrica. Modificação 3

(1) Novo capítulo com a denominação "Da reabilitação".

(2) A reabilitação deixou de ser causa extintiva de punibilidade (art. 108, VI do C. P. de 1940) para ser causa suspensiva de alguns efeitos penais da sentença condenatória. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas, assegurando o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação.

(3) A reabilitação, com redação dada pelo art. 1º da Lei n. 7.209/84, atinge o efeito específico da sentença definitiva referido no inciso III do art. 92 do Código Penal, mas não alcança os efeitos referidos nos incisos I e II do mesmo art. 92.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:	Art. 119... § 1º - A reabilitação poderá ser requerida decorridos 5 (cinco) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar sua execução e do dia em que terminar o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, desde que o condenado:		Modificação 1
	I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;	Art. 119... § 1º . a) tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;		Sem alteração
	II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;	Art. 119... § 1º - b) tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;		Sem alteração
	III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.	Art. 119... § 1º - c) tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.		Sem alteração

(1) Redução, de cinco para dois anos, do prazo destinado ao requerimento de reabilitação computando-se nesse prazo, o período de prova do sursis e do livramento condicional, se não sobrevier revogação. Tal cômputo não era previsto no C. P. de 1940.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.	Art. 119... § 3º - Negada a reabilitação, não pode ser novamente requerida senão após o decurso de 2 (dois) anos.	Prazo para renovação do pedido	Exclusão da rubrica. Modificação ¹
	Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.	Art. 120 - A reabilitação será revogada de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, se a pessoa reabilitada for condenada, por decisão definitiva, ao cumprimento de pena privativa da liberdade.	Revogação da reabilitação	Exclusão da rubrica. Modificação ²
	TÍTULO VI Das Medidas de Segurança	TÍTULO VI Das Medidas de Segurança		Sem alteração v. Notas 13 e 16
Espécie de medidas de segurança	Art. 96 - As medidas de segurança são:	Art. 88 - As medidas de segurança dividem-se em patrimoniais e pessoais. A interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco são as medidas da primeira espécie; as da segunda espécie subdividem-se em detentivas ou não detentivas.	Divisão das medidas de segurança	Substituição da rubrica. Modificação ³

(1) Possibilidade de ser requerida nova reabilitação, a qualquer tempo, depois de negado anterior pedido. Não é mais necessário, conforme o C. P. de 1940, que o requerente aguarde o decurso de dois anos para tal solicitação.

(2) A revogação da reabilitação só ocorre se o reabilitado for condenado, como reincidente, a pena que não seja de multa, ao contrário do C. P. de 1940, que determinava a revogação se ele viesse a ser condenado, irrecorrivelmente, a pena privativa de liberdade.

(3) Enquanto o art. 88 do C. P. de 1940 dividia as medidas de segurança em pessoais (aplicáveis a inimputáveis ou não) e patrimoniais, a Lei n. 7.209/84 refere-se a duas espécies de medidas de segurança: a) detentivas e b) restritivas. Excluiu-se a aplicação de medida de segurança a imputável e adotou-se o sistema vicariante (ou pena ou medida de segurança), em relação aos semi-imputáveis (art. 98).

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	I - internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;	§ 1º - São medidas detentivas: I - a internação em manicômio judiciário; II - a internação em casa de custódia e tratamento; III - a internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional.	Medidas de Segurança detentivas	Exclusão da rubrica. Modificação!
	II - sujeição a tratamento ambulatorial.			Novo inciso
	Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.	Art. 86 - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta.	Efeitos da extinção de punibilidade	Exclusão da rubrica. Sem alteração do artigo
Imposição da medida de segurança para inimputável	Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.			Nova rubrica Novo artigo
Prazo	§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de um a três anos.			Nova rubrica Novo parágrafo

(1) A medida de segurança detentiva não consiste mais em internação nos estabelecimentos referidos nos incisos I, II e III do art. 88 do C. P. de 1940, mas em internação, "em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado".

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Perícia médica	§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.			Nova rubrica Novo parágrafo
Desinternação ou liberação condicional	§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de um ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.	Art. 91... § 5º - Durante um ano, depois de cessada a internação, o indivíduo fica submetido a liberdade vigiada, devendo ser de novo internado se seu procedimento revela que persiste a periculosidade. Em caso contrário, declara-se extinta a medida de segurança.	Período de prova	Substituição da rubrica. Modificação 1
	§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.			Novo parágrafo
Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável	Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de um a três anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.			Novo artigo

(1) O agente, submetido a medida de segurança, depois de desinternação ou liberação durante um ano, passa por um verdadeiro período de prova, como se referia o C. P. de 1940, pois se pratica, nesse período, fato indicativo de persistência de sua periculosidade, pode ter restabelecida sua situação anterior.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Direitos do internado	Art. 99 - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.	Art. 90 - O internado deve ser submetido a regime de reeducação, de tratamento ou de trabalho, conforme suas condições pessoais.	Regime dos estabelecimentos de internação	Substituição da rubrica. Modificação 1
	TÍTULO VII Da Ação Penal	TÍTULO VII Da Ação Penal		Sem alteração
Ação pública e de iniciativa privada	Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.	Art. 102 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.	Ação pública e ação privada	Substituição da rubrica. Modificação 2
	§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.	§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.		Sem alteração
	§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.	§ 2º - A ação privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.		Alteração redacional 3
	§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.	§ 3º - A ação privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.		Alteração redacional 4

(1) O internado possui também direitos, como o condenado, pois a ele se aplica, no que couber (art. 42 da Lei de Execução Penal), a seção I, do Capítulo IV, do Título II, da Lei 7.210/84. Ademais, recolhido em estabelecimento hospitalar adequado, tem direito a tratamento.

(2) Vale notar que a rubrica não se refere à ação privada mas sim, com maior rigor técnico, à ação de iniciativa privada.

(3 e 4) Em ambos os parágrafos, os textos referem-se à ação de iniciativa privada.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.	§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido ele declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.		Alteração redacional¹
A ação penal no crime complexo	Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva a proceder por iniciativa do Ministério Público.	Art. 103 - Quando a lei considera como elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes de um crime fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe a ação pública em relação àquele, desde que em relação a qualquer destes se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.	A ação penal no crime complexo	Alteração redacional²
Irretratabilidade da representação	Art. 102 - A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.	Art. 104 - A representação é irretratável depois de iniciada a ação.	Irretratabilidade da representação	Alteração redacional³
Decadência do direito de queixa ou de representação	Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.	Art. 105 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 102, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.	Decadência do direito de queixa ou de representação	Alteração redacional⁴

(1) Mínima modificação redacional: ao invés de "ter sido ele declarado ausente", constou "ter sido declarado ausente".

(2) O texto refere-se a "elemento ou circunstâncias do tipo legal", ao passo que o C. P. de 1940 alude a "elementos constitutivos ou circunstanciais agravantes de um crime".

(3) O verbo ser foi empregado no futuro do presente, e não no presente.

(4) O texto refere-se ao § 3º do art. 100, enquanto o C. P. de 1940 alude ao correspondente parágrafo do art. 102.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Renúncia expressa ou tácita do direito de queixa	Art. 104 - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.	Art. 106 - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.	Renúncia expressa ou tácita, do direito de queixa	Sem alteração
	Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.	Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.		Sem alteração
Perdão do ofendido	Art. 105 - O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.	Art. 107 - O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.	Perdão do ofendido	Sem alteração
	Art. 106 - O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito:	Art. 107... § 1º - O perdão, no processo, ou fora dele, expresso ou tácito:		Sem alteração
	I - se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;	I - se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;		Sem alteração
	II - se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;	II - se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;		Sem alteração
	III - se o querelado o recusa, não produz efeito.	III - se o querelado o recusa, não produz efeito.		Sem alteração
	§ 1º - Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.	§ 2º - Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.		Sem alteração

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 2º - Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.	§ 3º - Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.		Sem alteração
	TÍTULO VIII Da Extinção da Punibilidade	TÍTULO VIII Da Extinção da Punibilidade		Sem alteração v. Nota 15
Extinção da punibilidade	Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:	Art. 108 - Extingue-se a punibilidade:	Da extinção da punibilidade	Sem alteração
	I - pela morte do agente;	I - pela morte do agente;		Sem alteração
	II - pela anistia, graça ou indulto;	II - pela anistia, graça ou indulto;		Sem alteração
	III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;	III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;		Sem alteração
	IV - pela prescrição, decadência ou preempção;	IV - pela prescrição, decadência ou preempção;		Sem alteração
	V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;	V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;		Sem alteração
	VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;	VII - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;		Substituição do inciso 1
	VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste código.	VIII - pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial;		Substituição do inciso. Alteração redacional ²

(1) O inciso VI, com a mesma redação, repete o inciso VII do art. 108 do C. P. de 1940.

(2) O inciso VII, apresenta mera alteração redacional (Parte Especial deste Código repetindo no mais o inciso VIII, do art. 108 do C. P. de 1940.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso, anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração.	IX - pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requeerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração;		Substituição do inciso. Modificação¹
	IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.			Novo inciso
	Art. 108 - A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agraviação da pena resultante da conexão.	Art. 108... Parágrafo único - A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro, não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agraviação da pena resultante da conexão.		Sem alteração
Prescrição antes de transitar em julgado a sentença	Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:	Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no parágrafo único do art. 110, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:	Prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final	Substituição da rubrica. Alteração redacional²

(1) O inciso VIII substituiu o inciso IX do C. P. de 1940. Sua redação explicita que a causa extintiva de punibilidade do casamento da ofendida com terceiro só incide em relação aos delitos cometidos **sem violência real ou grave ameaça** e desde que ela não requeira o prosseguimento do inquérito policial (o C. P. de 1940 refere-se apenas à ação penal) ou da ação no prazo de sessenta dias a contar da celebração do casamento.

(2) Na rubrica excluiu-se a referência à sentença final. No texto do artigo, ficou ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 do C. P. com a redação da Lei nº 7.209/84 o que significa a prescrição que tem, como parâmetro, a pena em concreto é prescrição da Lei nº 7.209/84 o que significa a prescrição que tem, como parâmetro, a pena em concreto é prescrição da pretensão primitiva e não da pretensão executória.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;	I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;		Sem alteração
	II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;	II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;		Sem alteração
	III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;	III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;		Sem alteração
	IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;	IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;		Sem alteração
	V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;	V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano, ou sendo superior, não excede a dois;		Sem alteração
	VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.	VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.		Sem alteração
Prescrição das penas restritivas de direito	Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.			Novo-parágrafo
Prescrição depois de transitado em julgado sentença final condenatória	Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.	Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.	Prescrição depois de transitar em julgado a sentença final condenatória	Alteração redacional 1

(1) Ao invés de **pena imposta**, o texto refere-se à **pena aplicada**.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.	§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.		Modificação 1
	§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia da queixa.	§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.		Modificação 2
Térmo inic. da prescr. antes de transitar em julgado a sent. final	Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:	Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:	Térmo inic. da prescr. antes de trans. em julgado a sent. final	Sem alteração
	I - do dia em que o crime se consumou;	a) do dia em que o crime se consumou;		Sem alteração
	II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;	b) no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;		Sem alteração
	III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;	c) nos crimes permanentes ou continuados, do dia em que cessou a permanência ou a continuação;		Modificação 3
	IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.	d) nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.		Sem alteração

(1) A prescrição intercorrente, isto é, a prescrição que flui entre a sentença recorável e a decisão de Segunda Instância tem por parâmetro e pena aplicada se incorrer recurso do M. P. ou se este for improvido.

(2) A denominada prescrição retroativa não tem mais o tratamento que lhe era dado pelo C. P. de 1940. Além de tornar-se, de acordo com a criação pretoriana, prescrição da pretensão punitiva, em face ressalva constante do art. 109, atinge o lapso temporal existente entre as causas interruptivas da prescrição, inclusive entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa.

(3) Exclui-se, do texto, a referência ao crime continuado, existente no C. P. de 1940.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
Termo inic. da prescr. após a sentença condenatória irrecorrível	Art. 112 - No caso do art. 110 deste código, a prescrição começa a correr:	Art. 112 - No caso do art. 110, a prescrição começa a correr:	Termo inic. da prescr. após a sentença condenat. irrecorrível	Sem alteração
	I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;	a) do dia em que passa em julgado, a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;		Modificação ¹
	II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.	b) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.		Sem alteração
Prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional	Art. 113 - No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.	Art. 113 - No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.	Prescr. no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional	Sem alteração
Prescrição da multa	Art. 114 - A prescrição opera-se em dois anos, quando a pena de multa é a única cominada, foi a única aplicada ou é a que ainda não foi cumprida.	Art. 114 - A prescrição opera-se em dois anos quando a pena de multa foi a única imposta ou é a que ainda não foi cumprida.	Prescrição no caso de multa	Substituição da rubrica. Modificação ²
Redução dos prazos de prescrição	Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta anos.	Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos da prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um ou maior de setenta anos.	Redução dos prazos da prescrição	Modificação ³
Causas impeditivas da prescrição	Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:	Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:	Causas impeditivas de prescrição	Sem alteração

(1) O termo inicial da prescrição deixou de ser o dia em que passa em julgado a sentença condenatória para ser o dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação.

(2) A prescrição da multa refere-se não apenas à hipótese em que foi a única cominada (situação não prevista anteriormente, como também nos casos em que foi a única aplicada (o texto anterior alude a única imposta) ou é a que ainda não foi cumprida.

(3) O texto refere-se a redução do prazo prescricional, em relação ao maior de setenta anos, na data da sentença, aspecto não cogitado no C. P. de 1940.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;	I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;		Sem alteração
	II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.	II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.		Sem alteração
	Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.	Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.		Sem alteração
Causas interruptivas da prescrição	Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:	Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:	Causas interruptivas da prescrição	Sem alteração
	I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;	I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;		Sem alteração
	II - pela pronúncia;	II - pela pronúncia;		Sem alteração
	III - pela decisão confirmatória da pronúncia;	III - pela decisão confirmatória da pronúncia;		Sem alteração
	IV - pela sentença condenatória recorrível;	IV - pela sentença condenatória recorrível;		Sem alteração
	V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;	V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;		Sem alteração
	VI - pela reincidência. § 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.	VI - pela reincidência. § 1º - Salvo o caso do n. VI, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.		Sem alteração Modificação ¹

(1) A ressalva contida no parágrafo, atinge tanto o inciso V, como o inciso VI do artigo 117, ao contrário do C. P. de 1940 no qual a ressalva dizia respeito apenas ao inciso VI, do artigo 117.

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	§ 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.	§ 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do n. V, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.		Alteração redacional ¹
	Art. 118 - As penas mais leves prescrevem com as mais graves.	Art. 118 - As penas mais leves prescrevem com as penas mais graves.	Absorção das penas mais leves	Excl. da rubrica. Alteração redac. ²
	Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.			Novo artigo
Perdão judicial	Art. 120 - A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.			Novo artigo
	Art. 2º - São canceladas, na Parte Especial do Código Penal e nas leis especiais alcançadas pelo art. 12 do Código Penal, quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão multa de por multa.			Novo artigo
	Art. 3º - Dentro de um ano, a contar da vigência desta lei, a União, Estados, Distrito Federal e Territórios tomarão as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direitos, sem prejuízo da imediata aplicação e do cumprimento dessas penas onde seja isso possível.			Novo artigo

(1) Ao invés de "salvo a hipótese do nº V", o texto estatui: "salvo a hipótese do inciso V deste artigo".

(2) Ao invés de "com as penas mais graves", o texto estatui "com as mais graves".

Rubricas	Lei n. 7.209/1984	Código Penal de 1940	Rubricas	Obs.
	Parágrafo único - Nas comarcas onde ainda não for possível a execução das penas previstas nos incisos I e III do art. 43 do Código Penal, poderá o juiz, até o vencimento do prazo de que trata este artigo, optar pela concessão da suspensão condicional, observado, no que couber, o disposto nos arts. 77 a 82 do mesmo código.			Novo parágrafo
	Art. 4º - O Poder Executivo fará republicar o Código Penal com seu texto atualizado.			Novo artigo
	Art. 5º - Esta lei entra em vigor seis meses após a data de sua publicação.			Novo artigo
	Brasília, em 11 de julho de 1984; 163º da Independência e 96º da República.			
	JOÃO FIGUEIREDO Ibrahim Abi-Ackel			

NOTAS:

NOTA 1

Art. 2º, parágrafo único

Eliminou-se, na sucessão de leis no tempo, a irretroatividade existente na primeira parte do parágrafo único.

A lei posterior que favorece o agente, fora das hipóteses de **abolitio criminis** ou **abolitio poenae**, passa, também, a retroceder, para beneficiá-lo, superando até mesmo a sentença condenatória com trânsito em julgado (cons., quanto à competência, DAMÁSIO DE JESUS. *Novatio legis in melius*. In: *Justitia*, 121/161).

Assim, restaura-se a retroatividade benéfica, em toda a sua extensão, na conformidade do princípio constitucional (art. 153, § 16), ou seja, a extra-atividade da *lex mitior* (v. LEIRIA. *Teoria e aplicação da lei penal*. São Paulo, Saraiva, 1981, p. 75 e ss.).

Remanesce, como matéria não regulada de forma expressa, no conflito de leis no tempo, aquela na qual a norma antiga beneficia em um aspecto e a nova, em outro, porque a justiça material é que presidirá a solução do caso concreto.

Se necessário, para evitar o desconforme com o humanamente desejável, deverá ser efetuada a combinação dos preceitos, o que, certamente, não conduzirá o juiz a legislar, mas apenas a interpretar a lei (cs. BASILEU GARCIA. Instituições de Direito Penal. São Paulo, Max Limonad. 4ª ed., v. I, t. I, p. 148/9).

NOTA 2

Art. 4º

Separou-se o tempo e o lugar do crime, distribuindo-os em dispositivos diversos, na seqüência da orientação que considera o tema como pertencente à teoria do crime.

A rejeição, feita pelo art. 4º, da teoria da consumação, para evitar a "incongruência de ter sido a ação praticada quando era considerada ilícita" (FRAGOSO. Lições - Parte Geral, nº 99), significa o acolhimento de preceito adequadamente adotado pelo texto do Código Penal de 1969, em seu artigo 5º.

Assim, o novo Código, levando em conta que a fixação do instante em que o crime ocorre é relevante para a correta resolução dos problemas suscitados pelo conflito de leis sucessivas, recepcionou a teoria da ação, em prejuízo da atinente ao resultado e da intermediária, que acolhe tanto a ação quanto o resultado para estabelecer o tempo do crime.

NOTA 3

Art. 5º

Limite, outro, da validade da lei penal é o espaço, em relação ao qual se manteve o princípio da territorialidade, trasladando-se a parte final do art. 4º, do Código Penal de 1940, referente ao conceito de lugar do crime.

A territorialidade livrou-se de um hibridismo desnecessário e, nos §§ 1º e 2º, consagrou-se a soberania, taxativamente, nos seus confins, disciplinando-se a jurisdição na conformidade do direito nacional e internacional quanto aos crimes cometidos a bordo de embarcações e aeronaves, brasileiras e estrangeiras, reproduzindo-se tendência uniforme.

NOTA 4

Art. 6º (4º)

O lugar do crime vem definido, com maior precisão científica, reeditando o que constava do Código Penal de 1969 (Lei nº 6.016, de 1973), que buscou, como modelo, o projeto português, de EDUARDO CORREIA (art. 5º, nº 6, § 1º).

A inovação é, conseqüentemente, formal, posto que permanece mantida a teoria da ubiquidade (cs. SALGADO MARTINS. Direito Penal. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 111 ss.).

NOTA 5

Art. 9º

Eliminou-se da atual redação, pela necessidade de congruência com o sistema de penas e medidas de segurança, as expressões pena acessória e medidas de segurança pessoais.

As primeiras, foram canceladas do rol das sanções penais, e englobadas, no pertinente, pelas penas restritivas de direitos.

As segundas, também o foram, em parte, pela desapareição do longo elenco de medidas de segurança estabelecidas no Código Penal de 1940, divididas, então, em dois grupos, as detentivas e não detentivas, contendo, inclusive, como antecedente, a periculosidade presumida.

Pelo Código atual, resumem-se as medidas de segurança em detentivas e restritivas, unicamente aplicáveis aos inimputáveis e semi-imputáveis, razão não havendo para subtraí-las à eficácia da sentença estrangeira.

NOTA 6

Art. 13, § 1º

À relação de causalidade, conservada a teoria da **conditio sine qua non**, tal como no Código de 1940, apenas se anexou, dissipando dúvidas, a noção de que a concausa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado.

A inclusão da palavra "relativamente" dissipou as dúvidas anteriormente anotadas pela doutrina nacional quanto à concausa superveniente e que, inclusive, levavam, na sua expansão lógica, a nulificação do § 1º, porque, em última análise, este se resolveria no princípio contido no **caput**.

Agora, hesitações inexistem, valendo repetir a lição de ANIBAL BRUNO: "por si só não quer dizer independente da concorrência de qualquer outra condição, o que seria negar a realidade das coisas, tão bem expressa no princípio da equivalência das condições. Quer dizer apenas independente do primeiro fato do agente. E essa independência há de ser apenas relativa" (Direito Penal. Rio, Forense, 1959, v. I, p. 322).

NOTA 7

Art. 13, § 2º

Bem se entende que, longos e longe de conclusos, tenham sido os debates sobre a causalidade da omissão, "um dos temas mais difíceis e uma das questões mais tormentosas da ciência do Direito Penal" (FRAGOSO. Comentários. v. I, t. II, nº 12).

Volveu-se, neste passo, seguindo a linha dos legisladores atuais, à fórmula que se continha no Código de 1969, para disciplinar a relevância etiológica da omissão, estabelecendo-se os destinatários do preceito primário, para o que se concretizou, em elenco, o prévio dever de agir (cons. trabalhos apresentados ao Colóquio Nacional Preparatório do 12º Congresso Internacional de Direito Penal. In: Revista de Direito Penal, nº 33).

O conteúdo da norma, contudo, não implica a adesão, pura e simples a um conceito normativo, mesmo porque, mantida a referência, de origem naturalística, à omissão, no **caput**, as hipóteses em que se instaura o dever de agir melhor se ajustam à antijuridicidade do que ao tipo.

O legislador, nesta matéria, como em outras, não assumiu compromisso doutrinário que transcendesse à sua tarefa específica.

NOTA 8

Art. 16

O arrependimento **post factum**, nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, emerge como causa de especial diminuição de pena, ligada, valo-

rativamente, a supressão do prejuízo causado à vítima, seja pela restituição, seja pela reparação do dano.

O tema não é novo, concilia-se com manifestações jurisprudenciais reiteradas que, em casos de emissão de cheques sem fundos e de apropriação indébita, com ressarcimento do prejuízo, eliminaram, em termos gerais, a punição do agente.

Trata-se de situação em que ocorre verdadeira emenda antecipada, a evidenciar sua origem na política criminal, podendo-se, porém, questionar qual a sede de sua correta inserção na Parte Geral, em função de sua natureza jurídica (cs. ANDREUCCI. A propósito do conceito de pena de ressarcimento do dano em Del Vecchio. In: Estudos e Pareceres de Direito Penal. São Paulo, RT, 1982, ps. 87/98).

NOTA 9

Art. 19

Atendeu-se, com este artigo, aos antigos reclamos quanto à responsabilidade objetiva, remanescente, no Código de 1940, nos crimes qualificados pelo resultado.

O evento mais grave vinha, sempre, tributado, nos crimes preterintencionais, em decorrência da simples *imputatio facti*, prescindindo-se de qualquer perquirição sobre a situação psicológica do agente, em autêntico *versari in re illicita*.

O novo Código, dando maior extensão ao princípio da culpabilidade, e em maior coerência com ele, passou a exigir que, em relação ao evento mais grave, o autor por ele respondesse, ao menos, culposamente, solução que data do projeto Hungria, de 1963 e que, em seu regresso histórico, retorna a Binding e a Carrara.

A superposição do dolo e da culpa, como elementos psicológicos atinentes à mesma ação, embora apresente deficiências como solução, permite, como é inquestionável, melhor tratamento jurídico-penal dos crimes qualificados pelo resultado, notadamente se a culpa for considerada como circunstância judicial subjetiva de individualização da pena (cf. EVERARDO DA CUNHA LUNA. "O crime, no projeto de Lei de 1981". (Trabalho inédito).

NOTA 10

Arts. 20 e 21

O erro sempre representou assunto controverso, porquanto, sobre ele, se inflete toda a teoria do crime, como num desaguadouro natural, a procura de aprovação.

Críticas reiteradas abateram-se sobre a consagrada distinção entre erro de fato e de direito, entre outras razões, pelas conseqüências que acarreta quanto ao tratamento dos elementos normativos do tipo.

Demais, difícil um erro de direito que não seja de fato, e um de fato, que não seja de direito (a respeito, FREDERICO MARQUES. Tratado de Direito Penal. São Paulo, Saraiva, 1965, v. II, ps. 241/2).

Uma fórmula mais precisa conduziria a unificação do *error facti* e do *error juris*, cancelando-se, porque inadequado aos tempos presentes, com sua proliferação legislativa, o princípio do *error juris nocet* (cs. EVERARDO DA CUNHA LUNA. Ignorância ou erro de direito. In: Estrutura Jurídica do crime. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1970, 256/267).

O erro de tipo e de proibição (cs., para uma compreensão sintética, PIMENTEL. O crime e a pena na atualidade. São Paulo, RT, 1983, ps. 87/97), símbolos da

transição, apesar do aparente adesismo às sinuosidades do pensamento germânico, mesmo assim, representam evolução pelo destaque dado à consciência da ilicitude, notadamente se entendidos desvinculadamente de formulações prévias, ao estilo das teorias do dolo e da culpabilidade.

Venceu-se o extremismo implícito entre erro de fato e de direito, substituídos, agora, pelo erro sobre os elementos objetivos da infração penal, vistos em seus dois aspectos, tipo e ilicitude e, pois, dentro, definitivamente, da teoria do crime.

O primeiro abrange o erro sobre o conteúdo, descritivo ou normativo, sem que o intérprete tenha necessidade, para impedir injustiças, de usar recursos dogmaticamente incorretos, como o erro de direito extra-penal equiparado ao erro de fato. O segundo, sem invalidar o preceito de que o desconhecimento da lei é inescusável, mas reduzido, em síntese, ao erro quanto à vigência, abre possibilidades, entre outras, ao reconhecimento do erro de subsunção.

As descriminantes putativas contemplam o erro sobre as putativas fáticas, como de tipo permissivo, enquanto que o erro sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação, é visto como erro de proibição (cs. TOLEDO. O erro no Direito Penal. São Paulo, Saraiva, 1977, e MUNHOZ NETO. A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. Rio, Forense, 1978).

NOTA 11

TÍTULO III -- Da Imputabilidade Penal

Modificou-se a denominação do Título III, em atendimento à inúmeras críticas incidentes sobre o anterior, "da responsabilidade", as quais nem mesmo Hungria resistiu (FRAGOSO. Comentários. v. I, t. II, nº 69).

Lapidamente, COSTA E SILVA resumiu as objeções: "a imputabilidade é pressuposto necessário da culpabilidade. Sem esta, não pode o agente ser criminalmente responsabilizado pelo ato que praticar. A íntima ligação que prende entre si os três conceitos explica a sinonímia que se estabeleceu no uso quotidiano da língua. Quem fala em "responsabilidade" implicitamente reconhece a concorrência da culpabilidade que, por sua vez, tem como condição *sine qua* a capacidade do agente, a imputabilidade" (Comentários ao Código Penal Brasileiro. São Paulo, Contasa, 1967, 2ª ed., p. 142; Noronha. Direito Penal. São Paulo, Saraiva. 1978, v. I, p. 172/3).

NOTA 12

Arts. 29 e 30

A referência básica do concurso de pessoas, expressão mais abrangente do que co-autoria (cf. Exposição de Motivos), repousa na teoria da causalidade, pelo que, no Código de 1940, adotada a da equivalência dos antecedentes, atingiu-se um conceito extensivo de autor.

A reforma penal, não repudiando o condicionalismo, estabelece um compromisso relativo com a teoria restritiva, o que certamente sugere, parcialmente, a acessoriedade limitada, sem necessidade de se recorrer à autoria mediata (cs. ANDREUCCI. Coação irresistível, por violência. São Paulo, José Bushatsky, ed., 1973, p. 69 e ss.).

A nova composição, assim, como expressado nos §§ 1º e 2º, do art. 29, faz exsurgir a participação, o que, aliás, sempre reconheceu preciso, através censuras formuladas à legislação anterior, fundadas na natureza das coisas.

A responsabilidade objetiva, de novo, vem renegada, visto que o concurso de agentes, textualmente, apenas ensina a punição na medida da culpabilidade daquele que, de qualquer modo, concorreu para o crime.

O elemento subjetivo limita a participação, porquanto, se o concorrente desejou delito menos grave, apenas com a pena deste poderá ser punido, a qual poderá ser majorada, se previsível o resultado mais grave, em conjunção com o art. 19.

Acompanhou-se, pois, a tendência do Código de 1969, inclusive com a reprodução da regra sobre comunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime (art. 30) (cs. NILO BATISTA. Concurso de agentes, Rio, Liber Juris, 1972, p. 129 e ss.; DAMÁSIO DE JESUS. Da co-delinqüência em face do novo Código Penal. São Paulo, RT, 1976, p. 100 e ss. e RENÉ ARIEL DOTTI. O concurso de pessoas. In: Ciência Penal. Rio, Forense, 1981, v. I, p. 79 e ss.), "compreendendo os elementos integrantes do tipo, as condições que excluem a antijuridicidade, ou a culpabilidade, bem como os fatores que atuam como agravantes ou atenuantes para a determinação in concreto da pena" (CERNICCHIARO. Postilas de Direito Penal. Brasília, Coordenadora Ed., 1969, p. 150/1).

NOTA 13

Penas e Medidas de Segurança

Oriundo do Direito Penal da Culpa, arrimado na premissa de uma liberdade assediada pelas circunstâncias e não irreal, porque indiferente ao mundo, a sanção nasce demarcada pela retribuição.

Ao mesmo tempo, a medida de segurança promana da inimputabilidade, alicerce da que se impõe, até mesmo, ao semi-imputável, acolhido o sistema vicariante e atomizada a periculosidade presumida.

Reimplantou-se, pois, o sistema clássico, à Carrara.

O positivismo, compatível apenas com o totalitarismo, assim como seus afluentes, o neo-defensismo ou mesmo a criminologia crítica, pretendeu a quebra do sistema penal liberal, porque incapaz de conter o crime.

A sua construção, porém, e os tempos evidenciaram, também falhou, mesmo porque o crime não se tolhe, nem se suprime, pela legislação, simples ideário de valores, apenas podendo ser mantido em níveis compatíveis pelo Estado, em sentido amplo, enquanto atuação.

Preservou-se o mínimo, os direitos individuais, consubstanciados na relação culpa-pena e periculosidade medida de segurança, esta captada em seu padrão tradicional, como providência administrativa, subordinada, embora, a padrões estritos de legalidade.

Pena e retribuição não implicam, porém, como correlação necessária, a prisão, que até, por seus efeitos, se converte em sobre-pena (cf. ANDREUCCI. Fundamentos da Reforma Penal. In: JTACrSP, 75/13 e ss.).

A desinstitucionalização da correção era, portanto, necessária, como vem sendo amplamente preconizado, nascendo as penas restritivas de direitos desta postura (v. RENÉ DOTTI. Bases e alternativas para o sistema de penas. Paraná, 1980, e REALE JÚNIOR. Penas Restritivas. In: Ciência Penal, Rio, Forense, 1981, 1/62 e ss.).

Estas, embora presentes, isoladamente, em outras legislações, surgem, pela primeira vez, entrelaçadas em um sistema orgânico, permeando as privativas de li-

berdade e conjugadas com a de multa, possibilitando ao juiz um largo espectro para a individualização, não só no que refere ao **quantum** da reprimenda penal, mas notadamente naquilo que se refere à sua espécie, sem se esquecer da intensidade (PITOMBO. Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico. In: RT, v. 583, p. 312).

Inscribe-se a suspensão condicional como autêntica sanção, como se extrai da Lei das Execuções Penais, que a situa no Título II. "Da execução das penas em espécie", verdadeira restrição de direitos, tanto que, no primeiro ano de prazo, o condenado deverá prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 78 § 1º).

O quadro completa-se com a multa, revigorada para servir como castigo (cs. LUIZ REGIS PRADO. Pena de Multa. São Paulo. Sugestões Literárias, 1980), apesar de, violando o princípio da reserva legal, dever ser atualizada, quando de sua execução, pelos índices de correção monetária, conservando, conseqüentemente, o defeito observado no Código de 1969 (ANDREUCCI. A pena de multa e o princípio da legalidade. In: Estudos, cit., p. 99/103).

NOTA 14

Da Reabilitação

A reabilitação, dada a importância inquestionável do instituto, passou a constituir um capítulo, em relação seqüencial com as penas e visualizado com independência das causas extintivas da punibilidade (cf. JAIR LEONARDO LOPES. Da Reabilitação no Direito Penal. Belo Horizonte. 1956).

O novo enquadramento, de melhor recorte técnico, liga-se à essência da reabilitação, qual seja o reconhecimento judicial da emenda do condenado, em razão da qual se suspendem os efeitos penais da sentença condenatória. Estes, contudo, subsistem latentes, podendo ser reativados pela reincidência, desde que a pena cominada não seja a de multa.

Reduzido o prazo para requerimento da reabilitação, o tempo exigido ainda desponta demasiadamente longo, notadamente porque o intervalo, apenas após o qual poderá surgir o sigilo sobre os registros do processo e da condenação, dificulta o retorno do apenado ao convívio social.

NOTA 15

Da Extinção da Punibilidade

A extinção da punibilidade, à qual se acresceu o perdão judicial, suprimindo-se do seu elenco a reabilitação, como já visto, e o ressarcimento do dano, no peculato culposo, manteve seu caráter agregador de causas múltiplas, não classificáveis, cientificamente.

O que as distingue é o efeito, não a sua natureza íntima, que, freqüentemente, não se assemelha, porque sempre rebeldes aos critérios de especificação dogmática.

Revela destacar a inovação em matéria de prescrição, apesar dos textos dos anteprojetos e projeto, admitida e alargada, na conformidade daquilo que pensava Hungria, passando a ter, como base para a retroação, o máximo possível da pena aplicada, ou seja, a sanção justa, a maior que o réu poderia sofrer, por merecer.

A referência da prescrição, neste passo, é individual, dizendo com os limites da punição devida, em concreto, e não simplesmente em abstrato, o que implicaria, em tese, cálculo aritmético nivelador e impessoal.

Caminhou-se, portanto, de modo inquestionavelmente superior, à restauração da Súmula nº 146 que, de tempos a esta parte, apesar de não revogada, apenas regia o passado (V. DAMÁSIO DE JESUS. O novo sistema penal. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 139 e ss. e Decisões Anotadas do STF em Matéria Criminal. São Paulo, Saraiva. 1978. p. 192 3 ss.).

Na mesma linha de abrandamento punitivo e de melhor exigência conceitual, a regra sobre o crime continuado, jungido agora ao concurso de crimes, em decorrência do que a prescrição se conta em relação a cada crime, não mais advindo da época em que cessou a continuação (arts. 111 nº III, e 119).

Igualmente, distendeu-se a extinção da punibilidade da multa além do estipulado no regime anterior, cobrindo as hipóteses em que é a única cominada, a única aplicada ou a que não foi cumprida.

Largo debate, não esgotado, existe sobre a natureza jurídica do perdão judicial e da sentença concessiva da indulgência, discussão que se projeta sobre seus efeitos (cs. DELMANTO, Código Penal Anotado. São Paulo, Saraiva, 1983. p. 110/2, e ficha F-1, do Setor Técnico de Pesquisa do TACRIM), mas a maioria das opiniões propende no sentido de que o réu fica desobrigado da sanção penal e de suas consequências.

Dai porque não se pode falar em sentença condenatória, pois tal não é aquela que fixa um juízo sobre a culpabilidade, mas não condena, remanescendo, portanto, ao mesmo tempo, como declaratória da responsabilidade e extintiva da punibilidade.

O art. 120, do novo Código, consagra semelhante orientação, ao estabelecer que a sentença que outorga o perdão judicial não se considera para efeitos de reincidência, ou seja, preserva **contrario sensu**, a primariedade do agente.

Ricardo Antunes Andreucci

NOTA 16

Das Penas e Medidas de Segurança

01. As sanções surgem como **penas**, ou se ostentam nas **medidas de segurança**.

02. **Pena** é o castigo, que, em não sendo cruel nem desumano, há de mostrar-se necessário e suficiente à reprovação e à prevenção das infrações penais.

03. **Espécie de pena:**

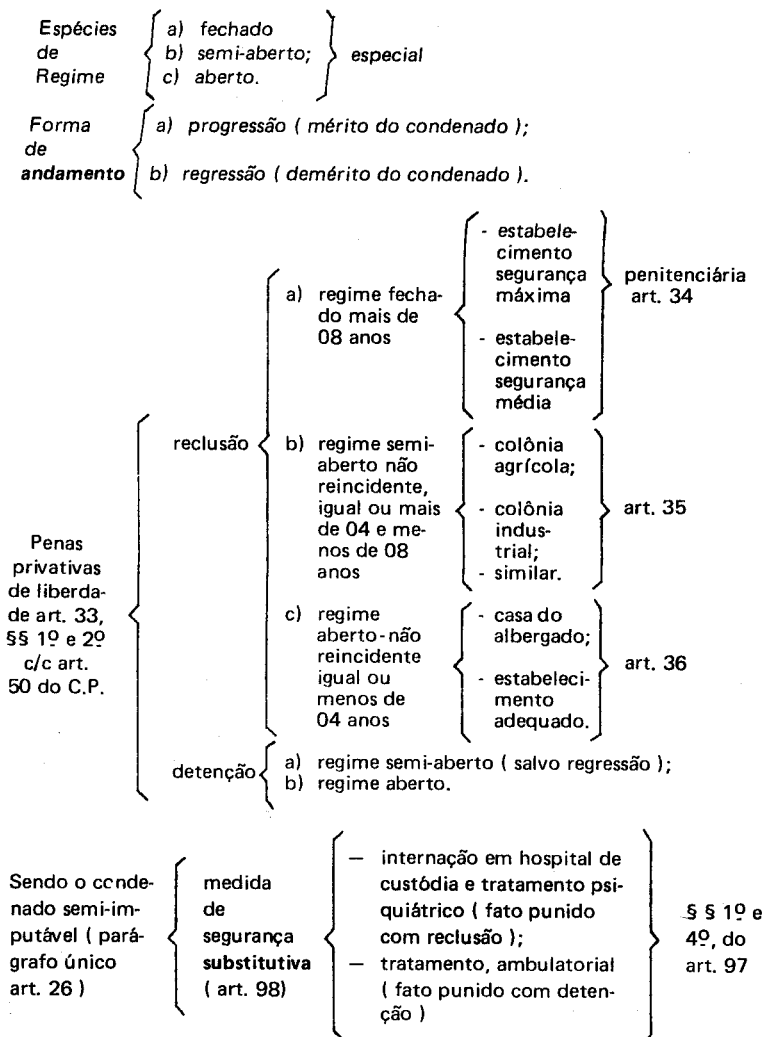
Pena (art. 32)	{	I — privativa de liberdade;
		II — restritiva de direitos;
		III — de multa.

04. **Individualização penal:** consiste na justa adequação, ou medida, da **pena** à pessoa do acusado e do **regime** ao sentenciado. Assim,

Indivi- dualização	{	a) cognitória (art. 59);
		b) executória (art. 34).

05. **Pena privativa de liberdade** é a restrição, mais ou menos, intensa da liberdade, consistente no **ficar** em algum estabelecimento prisional: ou no **ir e vir** restrito, ambos conforme as regras de cada **regime** estabelecido.

O **regime** consiste no estado de cumprimento de pena privativa, em que se coloca o condenado, no tocante à **intensidade modulada** de redução da liberdade de locomoção. As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, adequando o **regime** à condição pessoal (art. 37).



06. **Pena restritiva de direitos** é a constrição de liberdade, tirante a de locomoção, a qual substitui e consiste no atribuir ao condenado tarefas sociais gratuitas; no proibir ou lhe suspender, temporariamente, o exercício de certos direitos; ou, ainda, no lhe determinar a obrigação de permanecer, por algumas horas, aos sábados e domingos em casa do albergado, ou em estabelecimento adequado (arts. 46,47 e 48, do C. P.).

Penas restritivas de direitos arts. 43/4 c/c art. 59, n. IV	{	prestação de serviços à comunidade (art. 46)	{	- entidade assistencial - hospital - escola - orfanato - estabelecimento congênere	{	programa comunitário ou estatal			
		interdição temporária de direitos (art. 47)	{	proibição do exercício (art. 56)	{	cargo função atividade mandato eletivo	{	pública	
				- proibição do exercício (art. 56)	{	profissão atividade ofício de licença de autorização		{	habilitação especial poder público
						- suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo (art. 57).			
limitação de fins de semana (art. 48)	{	- permanência aos sábados e domingos, por cinco(05) horas diárias, em casa do albergado, ou outro estabelecimento adequado. - cursos e palestras							
Condição objetiva e subjetiva da substituição (art. 44)	{	I — penas privativas — de 01 ano, ou se o crime for culposo (art. 54); II — réu não reincidente (arts. 63, 64 e 120); III — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substitutiva seja suficiente (art. 59).							
		Substituição	{	a) isolada (art.44)					
b) cumulada com (parágrafo único)	{			outra pena restritiva; a de multa (art. 58, parágrafo único).					
c) independente de cominação (art. 54).									
Limite	{	— até de 01 ano, mas igual à privativa substituída (arts.54/5); — de mais de 01, ou igual, mais multa; ou mais outra restritiva, se possível, nos crimes culposos (parágrafo único, do art. 44 e art. 55)							

07. **Pena de multa** "consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia, fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa" (art. 49).

Valor do dia-multa (§ 1º, do art. 49)	— menor: 1/30 do maior salário mínimo — maior: 5 x o maior salário mínimo	Vigente ao tempo do fato
Limites da pena de multa (art. 58)	— mínimo 10 x o valor do menor dia-multa (art. 49); — máximo: 360 x o valor do maior dia-multa (art. 49); — especial: 360 x o valor do maior dia-multa x 3, ou seja, a multa máxima x 3 (§ 1º, do art. 60).	

Assim, e só por exemplo, admitamos que o maior salário mínimo, vigente na data do fato, seja de cem mil cruzeiros (Cr\$ 100.000), então:

Valor do dia-multa	— menor: $100.000 : 30 = 3.333$ — maior: $5 \times 100.000 = 500.000$
Limite da pena de multa	— mínimo: $10 \times 3.333 = 33.333$ — máximo: $360 \times 500.000 = 180.000.000$ — especial: $180.000.000 \times 3 = 540.000.000$

Modos de aplicação de pena de multa. O juiz, ao fixar a pena de multa "deve atender, principalmente, à situação econômica do réu" (art. 60).

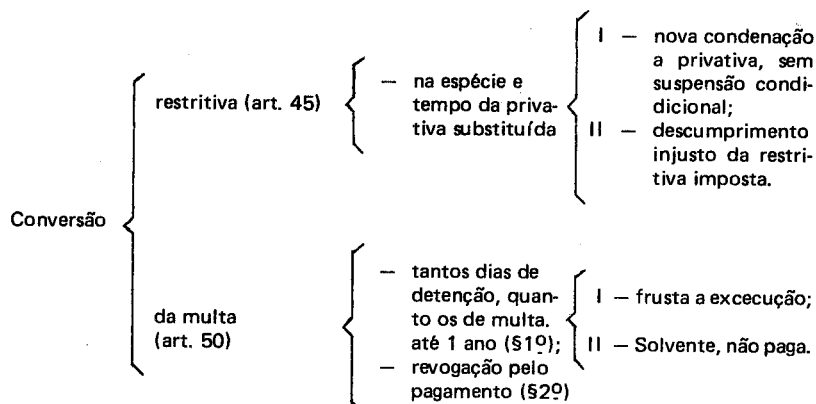
Multa	— isolada (letra a, § 1º, art. 50); — cumulada (parágrafo único, do art. 44 e letra b, § 1º, do art. 50); — substitutiva (parágrafo único, do art. 44; art. 58; e § 2º, do art. 60); — independente de cominação (parágrafo único, do art. 44; parágrafo único, do art. 58, e § 2º do art. 60); — somada (art. 72).
-------	--

Pagamento e cobrança da pena de multa: sempre após o trânsito em julgado da condenação, sofrendo-lhe o valor corrigenda monetária (§ 2º, do art. 49 e art. 50).

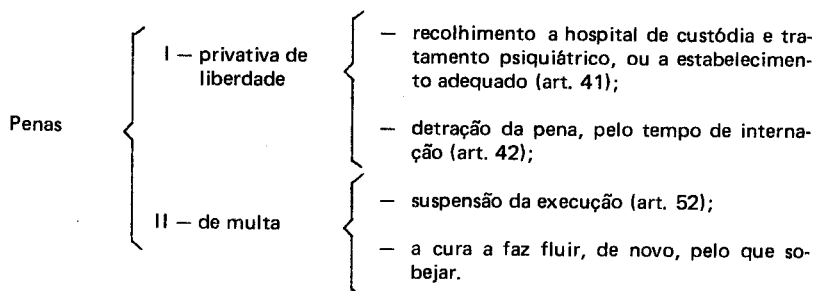
Forma de pagamento (art. 50)	— em uma só vez: dentro de 10 dias, após o trânsito em julgado; — em parcelas mensais: a requerimento do condenado e conforme as circunstâncias.
------------------------------	---

Forma de cobrança (§ 1º, art. 50)	— mediante descontos nos vencimentos ou salários	— quando aplicada — quando concedida a suspensão condicional da privativa de liberdade (§ 1º, do art. 77 e 80)	— isoladamente — cumulativamente com a restritiva de direitos (parágrafo único, art. 44)
-----------------------------------	--	---	---

08. Conversão das penas restritivas de direitos e de multa: sempre em **privativa de liberdade**.



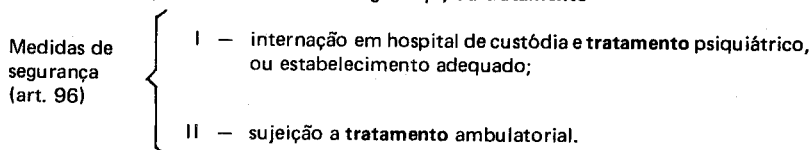
09. Superveniência de doença mental ao condenado. Atinge, por necessário, a execução. Pena que se não sente, resta suspensa, até a cura.



O fato, na pendência da execução das penas restritivas de direito, não conduz à aplicação das regras atinentes à pena privativa, a qual substitui. A execução fica, só, suspensa.

10. **Medida de segurança** é a sanção penal, que se impõe ao agente de fato, havido como infração, o qual por doente mental, ou portador de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, no **todo ou em parte**, assim, incapaz de entender-lhe o caráter ilícito, ou de se determinar de acordo com este entendimento. Visa a submeter o inimputável e o semi-imputável a **tratamento**, enquanto, socialmente, perigosos (art. 26 e parágrafo único) e não extinta a punibilidade (parágrafo único, do art. 96).

11. Espécies de medidas de segurança, ou tratamento



Regimes de	{	— internação;			
		— tratamento ambulatorial.			
Forma de andamento	{	— progressão (diminuição e cessação da perigosidade);			
		— regressão (aumento e manutenção da perigosidade);			
Assim, (art. 97)	{	— Internação (inicial, ou por regressão, § 4º);			
		— Tratamento ambulatorial (inicial, ou por progressão).			
		{	Desinternação ou libertação condicional;	{	(por progressão)
			com tratamento ambulatorial		
		sem tratamento ambulatorial			
	{	— Reinternação (por progressão, § 3º).			

12. Espécies de medidas de segurança, com vistas ao destinatário, e limites de tratamento:

Medidas de Segurança	— inimputável (art. 26)	— internação (fato punido com reclusão). — tratamento ambulatorial (fato punido com detenção)	direta (art. 97)
	— semi-imputável (parágrafo único, do art. 26)	— internação (fato punido com reclusão); — tratamento ambulatorial (fato punido com detenção).	substitutiva (art. 98)
Limite das medidas de segurança (§ 1º, art. 97 e art. 98)	— mínimo: 01 a 03 anos; — máximo: indeterminado, enquanto não cessar a perigosidade do agente.		

OBS.: o presente trabalho não guarda natureza doutrinária, nem possui originalidade, Busca, tão só, esquematizar o sistema de penas e de medidas de segurança, na Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, qual se exhibe. Padece, de manifesto, dos defeitos próprios de qualquer resumo propedêutico.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo

