

A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal Brasileiro

Professor BENJAMIN MORAES

INTRODUÇÃO

O presente estudo não visa a um exame das várias correntes doutrinárias relativas à indeterminação da pena ou da sentença. Fixar-se-á, objetivamente, na análise dos dispositivos legais do novo Código Penal brasileiro, visando à sua aplicação aos casos concretos, tão logo entre em vigor o Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, com as alterações da Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973.

A pena indeterminada surgiu, no moderno direito pátrio, de uma disposição bastante restrita, inserta no art. 60 do Anteprojeto da autoria de NELSON HUNGRIA, com a seguinte redação:

“Art. 60 — Em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, a pena, ou soma de penas, pode ser aumentada até o dobro, salvo o disposto no art. 58.”

Vinha ela vinculada, como posteriormente se confirmou no Decreto-Lei nº 1.004, aos casos do criminoso habitual e por tendência, e a indeterminação limitada até o dobro da pena fixada, ou da soma das penas impostas.

Fixara-se o autor do Anteprojeto em dispositivos semelhantes do Código italiano (arts. 102, 103 e 108), do iugoslavo (art. 40-a), do grego (art. 90) e do Anteprojeto argentino (arts. 89 e 90)

Embora a redação adotada por HUNGRIA siga, em linhas gerais, a do Código Penal italiano, há uma diferença fundamental na consequência jurídica: neste, o criminoso habitual ou por tendência receberá uma medida de segurança; no Anteprojeto brasileiro, terá ele uma pena que o juiz poderia estender até o dobro da inicialmente fixada, segundo os critérios ordinários da aplicação da pena.

Nas revisões que sofreu o Anteprojeto, quer sob a presidência do próprio autor, quer, após sua morte, sob a orientação do Ministro ALFREDO BUZAID, a matéria evoluiu para a adoção clara da teoria da pena indeterminada, como se fixou no art. 64 do novo Código Penal, dando-lhe o Decreto-Lei nº 1.004 a seguinte redação:

“Art. 64 — Em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado.

O juiz fixará a pena correspondente à nova infração penal, que constituirá a duração mínima da pena privativa da liberdade, não podendo ser, em caso algum, inferior a três anos.

§ 1º — A duração da pena indeterminada não poderá exceder a dez anos, após o cumprimento da pena imposta.”

Da redação adotada, vê-se de pronto que a nova lei brasileira acolheu a tese da pena **relativamente indeterminada**, pois limita o período conflado à discricção do juiz a dez anos, após a duração mínima fixada inicialmente para o criminoso habitual ou por tendência. A pena absolutamente indeterminada ainda não faz parte do nosso acervo jurídico-penal.

A adoção da pena indeterminada decorreu da nova maneira de encarar-se o problema da reincidência. Embora o relevo que esta ainda tenha entre as agravantes, não tem ela mais a grande importância que lhe deu o nosso diploma penal de 1940. E no que tange à reincidência específica, significava esta uma limitação intolerável ao poder discricionário do juiz na aplicação da pena.

O que cresceu, na consideração da antiga reincidência específica, foi o novo conceito de sanções previsto para os criminosos habituais ou por tendência (Exposição de Motivos nº 23).

Partindo da obra fundamental de ALLEGRA (*Dell'abitudine criminosa*, Parte Especial, Milão, 1932), chegou-se à conclusão de que novo conceito axiológico deveria ser dado à reincidência; mas, enquanto o Código Rocco o adotara para fundamentar mais um caso de aplicação de medidas de segurança, o novo Código brasileiro o aceitou para a adoção da pena indeterminada.

No elenco dos criminosos sujeitos à nova modalidade repressiva, não se incluiu, entre nós, o criminoso profissional, admitido no art. 105 do Código italiano, como um tipo de criminoso habitual que, tendo em conta a natureza dos delitos, a conduta e o gênero de vida do réu, e ainda determinadas circunstâncias, deva ser havido como vivendo, ainda que em parte, dos proventos do crime.

Na reforma do Código Penal brasileiro de 1969, pela Lei nº 6.016, alterou-se um pouco a redação primitivamente aprovada, para fixar-se novo conceito de "duração mínima" da pena privativa de liberdade. Ficou assim redigido:

"Art. 64 — Tratando-se de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado.

O juiz fixará a pena correspondente ao crime cometido, que constituirá a duração mínima da pena privativa de liberdade, não podendo ser inferior a metade da soma do mínimo com o máximo cominados.

§ 1º — A duração da pena indeterminada não pode exceder a dez anos, após o cumprimento da pena fixada na sentença."

Tanto no Código de 1969, como na Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, a tese da pena indeterminada estendeu-se ao criminoso por tendência, conceituado diferentemente nos dois textos legais. O primeiro limitava-o ao autor de homicídio, consumado ou tentado, e ao de lesão grave, em condições especialíssimas. A Lei nº 6.016 estendeu-o ao autor de qualquer crime em tais condições, dizendo:

"Art. 64 —

§ 3º — Considera-se criminoso por tendência quem, pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modo de execução do crime, revela extraordinárias torpeza, perversão ou malvadez."

Pode tratar-se de réu primário. Embora cometendo o delito pela primeira vez, tais foram as circunstâncias más que o juiz poderá aplicar-lhe a pena indeterminada, fixando, na sentença, a "duração mínima", que nunca será inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados (art. 64).

É certo que a nova redação, dada pela Lei nº 6.016, incluiu um vocábulo que não constava do texto de 1969: "periculosidade". Este sugere, antes, a aplicação de uma medida de segurança, como o faz o Código italiano.

Adotando o Código brasileiro a tese de que não haverá medida de segurança detentiva para imputáveis (Exposição de Motivos nº 26), não se poderá dizer que a pena indeterminada assume, no caso, a natureza de medida de segurança, para o combate à periculosidade do agente, pois isto encerraria uma contradição com o princípio geral adotado pelo nosso novo diploma penal. Registre-se, apenas, a incongruência, para uma análise fiel dos fatos.

No que tange ao criminoso habitual, dois são os critérios estabelecidos pela lei brasileira para o seu reconhecimento.

O primeiro refere-se à habitualidade presumida. A edição oficial do novo Código, no art. 64, § 2º, alínea a, omitiu, por evidente engano datilográfico, que será em breve corrigido, a rubrica marginal "habitualidade presumida", que estava no Anteprojeto e no Código de 1969, mas colocada neste com pequeno deslocamento gráfico. Ficou assim redigido na Lei nº 6.016:

"Art. 64 —

§ 2º — Considera-se criminoso habitual quem:

a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena."

Nessa nova redação, omitiu-se, por sugestão nossa ao Ministro da Justiça, que a incorporou ao projeto enviado ao Congresso, a frase "punível com pena privativa de liberdade", pois, no Direito brasileiro, todo crime é punível com tal tipo de pena. Só as contravenções podem ser puníveis com pena não privativa de liberdade.

A fonte fora o art. 102 do Código italiano, com duas diferenças fundamentais: enquanto a lei italiana exigia a prática de quatro crimes dolosos da mesma índole, a brasileira exige apenas três; o período de

tempo livre para a comissão dos quatro delitos, no Código Rocco, é de dez anos, mas em nossa lei limita-se a cinco.

Na habitualidade presumida, como assinala MANZINI em seu *Trattato*, não se permite nenhuma discricção ao juiz, para a imposição da pena indeterminada. Esta é obrigatória, é declarada *ope legis*, enquanto a da alínea b, a habitualidade reconhecível pelo juiz, é declarada *ope judicis*.

Igualmente omitiu-se, na edição resultante das emendas da Lei nº 6.016, a rubrica marginal referente a esse reconhecimento pelo juiz, o que se deverá corrigir em breve. Ficou assim redigida:

“Art 64 —

§ 2º —

b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime.”

Também daí eliminou-se a frase “puníveis com pena privativa de liberdade” do Código de 1969, e mudou-se a frase “acentuada inclinação para tais crimes” para “acentuada inclinação para o crime”, generalizando, destarte, a possibilidade de o juiz declarar, por sua discricção, o agente como “criminoso habitual”.

Há, todavia, uma sensível diferença da fonte italiana.

Enquanto nesta o juiz só pode declarar “criminoso habitual” quando o agente, após sua condenação por dois delitos dolosos, é condenado terceira vez por crime doloso (não se tem em conta a natureza dos crimes nem o tempo de sua comissão), na lei brasileira se dispensa a existência de condenações anteriores, eleva-se para quatro o número mínimo de infrações e estabelece-se o período de tempo “não superior a cinco anos” para a prática de tais delitos, que devem ser “da mesma natureza”. Visa-se, com isto, a atingir os freqüentes casos de ladrões multi-reincidentes, cujos processos não chegaram ao fim em Estados diversos da Federação ou em Varas Criminais distintas de uma mesma comarca.

Cria-se aí, é verdade, um problema jurídico de não pequena monta: se, após sua condenação pelo quarto delito, em que foi declarado “criminoso habitual” pelo juiz *ope judicis*, foi ele absolvido dos três anteriores? É um problema que está sendo encarado, com extremo cuidado, no Anteprojeto de Código do Processo Penal, do Prof. Frederico Marques, e já objeto da terceira revisão no Ministério da Justiça.

TÉCNICA DE APLICAÇÃO DA PENA INDETERMINADA

Cumpra lembrar, inicialmente, que a teoria da indeterminação da pena não deriva do período anterior à Escola Clássica, quando os juízes tinham o puro arbítrio, que superava os textos da lei, já criando penas a seu bel-prazer, já exagerando as existentes, como o criticou BECCARIA, na sua conhecida obra "Dos delitos e das penas". Nem se confunde ela com a flexibilidade da pena, oscilando entre um mínimo e um máximo previstos em lei.

Filia-se a pena indeterminada à doutrina de CARL ROEDER, criador da Escola Correccionalista, e para quem a pena somente teria razão de ser enquanto servisse para corrigir a injusta vontade do criminoso; deveria cessar a sua execução quando tivesse alcançado os seus fins corretivos. Assim o assinala, entre os autores brasileiros, BASILEU GARCIA ("Instituições de Direito Penal", S. Paulo, vol. I tomo I, pág. 73). Este mesmo mestre paulista aponta o humanismo de DORADO MONTERO e de CONCEPCIÓN ARENAL como o desenvolvimento da doutrina de ROEDER, mas à luz de novos princípios.

Segundo o estatuído no novo Código Penal brasileiro, com as emendas da Lei nº 6.016, a mecânica da aplicação da pena indeterminada obedecerá aos seguintes pontos:

Primeiramente, o juiz deverá, pela análise dos autos ou pelo exame do criminoso, concluir que este é um criminoso habitual ou por tendência.

Ao fixar a pena, no terceiro crime (em se tratando de delinqüente habitual, segundo o disposto no art. 64), ou mesmo no primeiro (como o faculta o § 3º do mesmo art. 64), na hipótese de tratar-se de criminoso por tendência, o juiz estabelece na sentença o que se chama a "duração mínima". Esta, pela redação que lhe deu a Lei nº 6.016, lembra algo da pena que o Código de 1940 estabelecia para o antigo "reincidente específico": a duração mínima não pode ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados. Só que na reincidência específica a pena seria sempre superior a essa metade; na pena indeterminada, esta pode ser igual a essa metade. É claro que, por ser faculdade dada ao juiz, poderá ela ser superior a tal metade.

Tomemos o exemplo, que será provavelmente o mais comum dos índices de criminalidade, o do reincidente várias vezes no delito de furto, e que a criminologia considera dos mais difíceis casos de recuperação, e ao qual se endereçará mais freqüentemente a pena indeterminada.

Pelo disposto no art. 164 do Código de 1969, a pena privativa de liberdade do crime de furto é a reclusão, de um a seis anos, além do pagamento da multa (Comp. com o § 1º do art. 37).

Figuremos um caso concreto.

No primeiro delito, atendendo à preponderância de circunstâncias favoráveis ao réu, o juiz atribuiu-lhe a pena mínima: um ano de reclusão, a qual foi efetivamente cumprida.

Após dois anos de liberdade, o agente reincide pela primeira vez. A este novo crime de furto, já não lhe dará o juiz a pena mínima. Como no novo Código não existe o imperativo legal da pena para a “reincidência específica” (art. 47 do Código Penal de 1940), pode o juiz, atendendo às circunstâncias, dar-lhe agora dois anos de reclusão, que o réu efetivamente cumpre, não se lhe tendo concedido o benefício da suspensão ou do livramento *sub conditione*. Até aí não há pena indeterminada.

Suponha-se, entretanto, que, após mais dois anos de liberdade, o agente reincida segunda vez no delito de furto. Enquadrar-se-á, então, no caso da habitualidade presumida da letra a do § 2º do art. 64.

Ao praticar o terceiro crime de furto, fê-lo em período de tempo não superior a cinco anos, pois, descontando-se os que se referem ao cumprimento das penas anteriores, o criminoso havia estado apenas quatro anos em liberdade (dois entre o primeiro e o segundo crime, e mais dois entre este e o terceiro).

Começará, aí, a aplicação da pena indeterminada.

Na melhor das hipóteses, o juiz lhe dará três anos e seis meses de reclusão, isto é, a metade da soma do mínimo — 1 ano — com o máximo — 6 anos —, cominados no art. 164. Será esta a duração mínima da pena imposta.

Daí por diante, poderá a reclusão dilatar-se até mais dez anos, nas condições que passamos a figurar (V. § 1º do art. 64).

Estabelece o art. 75 do novo Código Penal:

“Art. 75 — Se o condenado é criminoso habitual ou por tendência, o livramento condicional pode ser concedido, cumprido o mínimo da pena indeterminada, e, a seguir, a cada dois anos, atendendo-se ao disposto no art. 74, II e III.” (Estes incisos referem-se à reparação do dano e aos elementos favoráveis da personalidade do réu.)

Ao termo do cumprimento da duração mínima (na hipótese figurada, três anos e seis meses de reclusão), o condenado requer o livramento condicional especialíssimo, do art. 75.

Pode aí o juiz concedê-lo ou não, apreciando o disposto nos incisos II e III do art. 74, isto é, tal como faria com qualquer outro que requeresse o benefício.

Se lhe negar a concessão do livramento, automaticamente lhe proroga a reclusão por **mais dois anos**.

Poderá, entretanto, atendendo às condições previstas nos incisos II e III, fazendo-o supor que o réu não voltará a delinquir, conceder-lhe o benefício.

Ao fazê-lo, fixará para este liberado especial um período probatório da sua regeneração, entre três e cinco anos (§ 1º do art. 75). Suponhamos que lhe tenha fixado um período de três anos de liberdade condicional.

De duas, uma das seguintes hipóteses se verificará: ou o liberado cumpriu perfeitamente bem as condições que lhe foram impostas, e ao cabo dos três anos de prova terá declarada extinta a sua pena de reclusão (art. 81), ou não as cumpriu, tendo o juiz, em consequência, revogado o livramento dentro do período probatório.

Nesta última hipótese, a prorrogação da pena indeterminada será de **três anos**, e não de dois, pelo disposto no § 2º do art 75:

"Art. 75 —

§ 2º — Se o livramento condicional for revogado, não poderá ser novamente concedido antes de 3 anos."

Ao termo dessa prorrogação de três anos, requer o réu novo livramento condicional. Repete-se aí a situação anteriormente descrita: ou o juiz lho nega e, automaticamente, lhe proroga a reclusão por **mais dois anos**, ou lho concede, fixando novo período de prova, entre três e cinco anos.

Pode acontecer o seguinte: se, ao termo da duração mínima, quando se inicia o período das possíveis prorrogações bienais, o juiz, não reconhecendo que o condenado reúna as condições para o livramento condicional, lho negue, repetindo-se o mesmo fato por três vezes. As prorrogações bienais já somaram 6 anos de pena indeterminada. Ao cabo destes, há novo pedido de livramento, que o juiz concede, fixando o período de prova entre três e cinco anos. No curso desse prazo, tal é a má conduta do liberado, que o juiz revoga o benefício, prorrogando a pena de reclusão por mais 3 anos. Estes, somados aos 6 anos anteriores de cumprimento da pena indeterminada, perfazem 9 anos.

E se aí o juiz nega o pedido de novo livramento? Não poderá prorrogar a pena por mais 2 anos, pois tal prazo elevaria a 11 anos a dura-

ção da pena indeterminada. Como o disposto no § 1º do art. 64 fixa em 10 anos, após o cumprimento do mínimo fixado na sentença, a duração da pena indeterminada, somente poderá o juiz prorrogar-lhe a pena por 1 ano. Teremos a soma: $6 + 3 + 1 = 10$. Este é o máximo que pode ser imposto ao réu, após o cumprimento da "duração mínima" fixada na sentença que reconheceu a habitualidade criminosa.

Raciocínio idêntico se aplica ao condenado à pena indeterminada, por haver sido reconhecido criminoso por tendência (§ 3º do art. 64).

CONCLUSÕES

Podem-se formular, ainda, outras hipóteses, não previstas na análise anterior.

1. E se o condenado, ao termo dos 10 anos de prorrogação, não apresentar qualquer índice de sua recuperação social, prevista como fim da pena no art. 37 do novo Código Penal?

Será ele posto em liberdade, pois a pena indeterminada não pode exceder a dez anos, após o cumprimento da pena fixada na sentença (§ 1º do art. 64).

Não teremos, ainda, a pena absolutamente indeterminada, que permitiria repetir indefinidamente as prorrogações, até que a pena cumprisse a sua finalidade educativa, recuperando socialmente o condenado.

É consequência natural que, se o agente, posto em liberdade pela extinção da pena privativa de liberdade (art. 81), vier a cometer novo crime doloso, da mesma natureza que os anteriores (é o caso comum dos ladrões), será ele submetido a novo *processus* de pena indeterminada.

Bastará, para tanto, que cometa apenas mais um crime, pois seria ridículo esperar que ele praticasse três delitos (reincidisse "pela segunda vez") para iniciar-se a nova pena indeterminada. Essa extravagante espera de três novos crimes frustraria todos os princípios de defesa social que geraram a teoria da pena indeterminada. Esta não é medida de segurança, sempre prorrogável enquanto não cessa a periculosidade. É uma pena não absoluta, mas relativamente indeterminada.

2. E se o condenado for semi-imputável, nas condições previstas no parágrafo único do art 31?

Estabelece o § 4º do art. 64 que poderá ele, por necessitar de especial tratamento curativo, ter a pena privativa de liberdade substituída pela internação em anexo psiquiátrico, conforme o disposto no art. 93. Aí já se trata de medida de segurança substitutiva da pena e, como tal, pode ter duração indeterminada (§ 2º do art. 93).

3. Outro problema que poderá surgir é o seguinte: se, no curso do período de prova, vier o liberado a cometer novo crime doloso, da mesma natureza dos que o levaram a sofrer a pena indeterminada? É a hipótese comum dos ladrões.

Pelas regras gerais do livramento condicional, deve este ser revogado (art. 79, I). E por quanto tempo poderá o juiz prorrogar-lhe a pena indeterminada? Poderá fazê-lo até ao término desta, pois a regra dos 3 anos de prorrogação não é fixa. Pelo disposto no § 2º do art. 75, se o livramento condicional do submetido à pena indeterminada for revogado, não poderá novamente ser concedido "antes de 3 anos". Vale dizer, pode sê-lo "depois". Em outros termos: confere a lei ao juiz o poder de decidir o tempo da prorrogação.

Usando o exemplo citado neste estudo, se, após o cumprimento da duração mínima, o juiz prorrogou por mais dois anos o período da reclusão, e aí concedeu ao réu um período de prova de três anos de liberdade condicional, e, no curso desse prazo, o agente praticou novo delito, o magistrado revogará o benefício concedido (art. 79, I), podendo até não o conceder mais. Em tal hipótese, a prorrogação poderá ser feita pelos oito anos restantes de uma só vez. É o arbítrio que lhe confere a lei no § 3º do art. 75, excepcionando a regra geral dos biênios sucessivos, do *caput* do mesmo artigo.

Note-se, ainda, que, em tal hipótese, enquanto não transitar em julgado a sentença, no processo a que responde o liberado pela infração penal cometida na vigência do livramento, não pode o juiz declarar a extinção da pena, embora já decorrido o prazo dos dez anos de prorrogação da pena indeterminada (V. art. 81, parágrafo único).

E entendemos que, pelo mesmo raciocínio adotado no nº 1 destas conclusões, o novo delito originará novo *processus* de aplicação da pena indeterminada.

4. A superveniência de doença mental ao condenado à pena indeterminada obrigará à sua internação em manicômio judiciário, ou em outro estabelecimento adequado, onde lhe sejam assegurados a custódia e o tratamento (art. 41).

Outras hipóteses ainda poderão ser configuradas. Constituem estas apenas alguns exemplos da rica messe de estudos que a adoção da pena indeterminada trará para a sua boa aplicação no novo Código Penal do Brasil.