

Da cominação das penas no Anteprojeto

LICÍNIO LEAL BARBOSA
Livre-Docente de Direito Penal da Uni-
versidade Federal de Goiás

SUMÁRIO

- I — Considerações preliminares
- II — Introdução
- III — Conceito
- IV — A matéria, no Anteprojeto
- V — Discussão da matéria
- VI — Algumas ilações
- VII — Apreciação final

I — Considerações preliminares

A implantação de um regime político, ou a introdução de correções, em seus rumos, não implica, apenas, mudanças da Carta Magna: projeta-se, igualmente, no sistema penal, pois, de acordo com os valores cristalizados no sistema de governo, tutelam-se, igualmente, os bens jurídicos de relevância penal. Daí o Código Criminal do Império, de 1830, haver sido promulgado como consequência da proclamação da Independência; o Código Penal de 1890, no ano seguinte à implantação da República; a transformação da Consolidação das Leis Penais em virtual Código Penal, dois

anos após a revolução que levaria, pela primeira vez, ao poder Getúlio Vargas. Com o golpe que introduziria, no Brasil, o Estado Novo, viria novo Código Penal, três anos após, com vigência a partir de 1940.

Restaurada a democracia, em 1945, reacender-se-ia o anelo por um novo Código Penal, de que cuidaria o Presidente Jânio Quadros, encomendando ao Ministro Nelson Hungria, em 1961, um moderno Anteprojeto de Código Penal, que seria apresentado em 1963 e transformado, pelo Decreto-Lei nº 1.004, no chamado Código Penal de 1969, o qual, após quase uma década de *vacatio*, seria revogado, em 1978, pela Lei nº 6.578, sem jamais haver estado em vigor. O advento da abertura política, iniciada pelo Presidente Geisel, repercutiria no Código Penal, alterado pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

E a ampliação das franquias democráticas, no Governo do Presidente Figueiredo, não se contentaria com as alterações por que passariam o Código Penal, a Lei das Contravenções Penais e o Código de Processo Penal, há quatro anos. Daí por que o Deputado Ibrahim Abi-Ackel, tão logo chegou ao Ministério da Justiça, cuidou de elaborar uma profunda reforma em todo o sistema penal brasileiro, dotando o País de novos estatutos, Código Penal, Lei das Contravenções Penais, Código de Processo Penal, e revigorou a idéia de dotar-se o País de um Código de Execuções Penais, por quatro vezes anteriormente tentada, embora sem êxito.

Pela Portaria ministerial nº 1.043, de 27 de novembro de 1980, seria constituída comissão de alto nível, sob a presidência do Prof. Francisco de Assis Toledo, e composta dos eminentes juristas Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Jr., Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti, comissão que, em tempo extremamente exíguo, entregaria a primeira parte do trabalho ciclópico, representada pela Parte Geral do Código Penal, e prosseguiria na realização da magna tarefa.

Logo no início deste ano, pela Portaria nº 192, o Ministro da Justiça mandaria publicar a Parte Geral do Código Penal, para receber sugestões (*).

Em várias partes do território nacional, os juspenalistas se reuniram para debater o trabalho ingente realizado pela comissão ministerial.

Em Goiás, a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás promoveria, com a presença das mais expressivas figuras da inteligência nacional, no campo jurídico-penal, inclusive a quase totalidade dos membros da douta comissão ministerial, o Seminário sobre a Reforma Penal, em junho de 1981, emitindo, a seu término, a "Moção de Goiânia II", aprovando, em suas linhas gerais, o Anteprojeto debatido, reafirmando os princípios da "Moção de Goiânia I", e recomendando que "as contribuições

(*) N.R.: — Vide Anteprojeto do Código Penal (Parte Geral) comparado à legislação vigente, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 18, n. 70, abr./jun. 1981, pág. 306.

dos participantes do seminário” referido fossem “encaminhadas à Comissão Revisora do Anteprojeto, como sugestões para o seu aperfeiçoamento”.

A promoção do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, em Brasília, sob a égide do Ministério da Justiça, com o apoio da Universidade de Brasília e do Governo do Distrito Federal, se inseriu na linha de estudos que, em profundidade, se vêm fazendo, em todo o País, sobre a iniciativa ministerial e os trabalhos até então publicados pela aludida Comissão de alto nível.

II — Introdução

O Anteprojeto concernente à Parte Geral se conteve, por deliberação da douda comissão ministerial, nos cento e vinte artigos que estruturam a Parte Geral do Código Penal vigente. Com isso se pretendeu manter a tradição, que vem de 1940, fazendo coincidir o crime de homicídio com o art. 121; e, de consequência, várias outras figuras típicas da Parte Especial.

Sem embargo, várias alterações foram introduzidas, sobretudo no que se refere ao título das penas.

Muito já se disse, e bem mais ainda poder-se-ia dizer sobre as inovações introduzidas pelo Anteprojeto em estudo. Entretanto, como não é possível abrangerem-se, aqui, todas essas inovações, imprescindível destacar-se um dos tópicos da reforma ministerial, para o exame setorial.

Dáí havermos escolhido como objeto de nossas considerações o Capítulo II do Título V — “Da Cominação das Penas”.

Foi esse o tema abordado, no Seminário de Goiânia, pelo eminente criminalista Prof. ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES, uma das figuras estelares das ciências penais do País, e que reparte com JAIR LEONARDO LOPES a primazia no estudo dos problemas penais, em Minas Gerais.

Contudo, o Prof. ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES, no referido seminário, preferiu focar a matéria inter-relacionada com os demais tópicos que estruturam o título “Da Pena”, abrangente dos artigos de 32 a 95.

Por isso, o Capítulo II do Título V do Anteprojeto está a merecer estudo específico, sem prejuízo de sua projeção num contexto mais amplo, o título genérico “Da Pena”.

III — Conceito

Principiaremos o exame do tema pelo enfoque de seu conceito, eis que imperativo destacar, *ab initio*, o que entendemos por *cominação de pena*. Pois que, sem esse entendimento liminar, impossível chegar-se, logicamente, às considerações finais.

Genericamente, **cominação** é a “atribuição de sanção para determinada conduta contrária a preceito, contrato ou mandato”. É a “prescrição legal” (**Enciclopédia Saraiva**, verbete, vol. 16, pág. 192).

Com efeito, “a fixação de sanções objetiva evitar que se pratiquem os atos especificados, ou conseguir determinado resultado, ou garantir cumprimento de obrigações assumidas.

São cominadas sanções de ordem penal (no Código Penal, na Lei das Contravenções Penais e em outros textos da legislação repressiva), civil (no Código Civil e em leis especiais), ou tributária (nos diplomas correspondentes) e assim por diante.

Os contratos costumam conter a cominação de penas pecuniárias para o inadimplemento (v. CC, arts. 916 e ss.)” (**op. cit., ibidem**).

Especificamente, **cominação penal** é a “fixação de uma penalidade para determinada conduta reprimida. Atribuição de sanção para a ocorrência de certos fatos capitulados na lei. Previsão em contrato de penalidade para a hipótese de descumprimento” (**idem**, pág. 193).

Não se trata, no entanto, de fixação de penalidade **in concreto**.

Em verdade, três momentos há na vida da sanção penal: a **cominação**, momento em que a **sanctio** é prevista, abstratamente; a **aplicação**, momento em que a norma abstrata se concretiza na sentença penal condenatória, visando a um determinado acusado; e **execução**, momento em que a **sanctio** se materializa, no dia-a-dia do condenado. O primeiro **momento** pertence ao direito penal; o segundo **momento** se refere ao processo penal; o terceiro **momento** concerne ao direito penitenciário.

Após conceituar a **pena** como mal que o Estado, em virtude de lei anterior, por seus órgãos competentes e processo judicial, inflige ao delinqüente, por motivos de seu delito e com o fim de evitar novos delitos, o eminente GALDINO SIQUEIRA considera:

“Por este conceito, vê-se primeiramente que a pena se manifesta por duplo aspecto.

Primeiramente, como **advertência e ameaça**.

Vem depois a execução penal, a confirmação da vontade da ordem jurídica pela coação resultante da pena e por onde esta desenvolve toda a sua forma peculiar” (**Tratado de Direito Penal**, Ed. José Konfino, 2.^a ed., vol. 2, pág. 708).

E prossegue o eminente jurista:

“A lei distingue esses dois aspectos de **cominação** e de **execução**, prescrevendo regras gerais sobre a pena, discriminando

suas classes e princípios peculiares e provendo sobre sua aplicação e conseqüente execução.”

E esclarece, finalizando:

“Para distingui-los, usa SALEILLES das expressões **individualização legislativa e individualização judicial e administrativa**, por isso que a discriminação é feita pela lei, aplicada pelo juiz e executada sob sua direção pela administração pública” (*idem, ibidem*).

Também ANIBAL BRUNO, o grande mestre do Recife, distingue entre a **cominação** (momento legislativo) e **aplicação** da pena (momento judiciário):

“A pena é fixada na norma penal pelo legislador, vindo em seguida à descrição da figura típica, como a conseqüência jurídica específica da sua realização e a mais grave que o sistema de direito pode impor para assegurar a observância dos seus imperativos” (**Comentários ao Código Penal**, Editora Forense, 1ª ed., vol. II, pág. 88).

E adianta:

“Essa fixação da pena na lei, em cada caso, com os seus limites de um máximo e um mínimo, constitui o momento da **cominação**, momento legislativo, em que se inicia o destino da medida penal” (*idem, ibidem*).

Para concluir:

“Uma vez cominada, a pena começa a exercer a sua função de prevenção geral contra o crime. Prevenção pela intimidação, isto é, pela coação psicológica resultante da ameaça da pena contida na lei, a que FEUERBACH atribuía posição particular na luta contra a criminalidade.

Também na cominação da pena cumpre-se a ação educativa, social-jurídica do direito penal” (*op. cit.*, pág. 90).

Ao tratar da individualização da sanção, a ilustrada Prof.^a ARMIDA BERGAMINI MIOTTO destaca os momentos da **cominação**, da **aplicação** e da **execução**.

Para a ilustre mestra, **cominação** é a “individualização legislativa (mais propriamente previsão legislativa dos pressupostos da individualização), compreendendo: tipificação dos delitos e cominação das respectivas penas qualitativamente adequadas e quantitativamente variáveis entre um mínimo e um máximo determinados; cominação de pena única (v.g., art. 121 do Código Penal); cominação alternativa (v.g., art. 147 do Código Penal); cominação cumulativa (v.g., art. 283 do Código Penal); possibilidade de substi-

tuição de penas (v.g., art. 155, § 2º, do Código Penal); possibilidade de conversão de uma pena em outra (v.g., art. 38 do Código Penal e art. 9º da Lei de Contravenções Penais); previsão de escusas absolutórias (v.g., art. 181 do Código Penal); previsão de perdão judicial (v.g., art. 240, § 4º, do Código Penal) (**Curso de Direito Penitenciário**, Ed. Saraiva, 1975, 1º vol., págs. 234 e 236).

Ao retomar a abordagem da matéria, alhures, a eminente penalista sintetiza seu pensamento.

“(. . .) A pena é **cominada** pelo legislador, na lei, configurada no preceito sancionatório; é **aplicada** pelo órgão competente do Poder Judiciário, na sentença; é **executada** pelos órgãos competentes do Poder Judiciário e do Poder Executivo, harmonicamente, em recinto prisional ou fora de semelhante recinto, na comunidade” (**Enciclopédia Saraiva**, vol. 57, pág. 395).

Em resumo: não se confundem cominação, aplicação e execução da pena.

IV — A matéria, no Anteprojeto

Esse parece não ser, **data venia**, o entendimento da douta comissão ministerial, cristalizada no Anteprojeto.

Com efeito, nenhum dos dispositivos legais que estruturam o Capítulo II do Título V, em foco, compreendendo os arts. 55 a 58 do Anteprojeto, induz à convicção de que esse capítulo tenha razão de ser, como se acha esboçado.

O art. 55, com o **nomen juris** de “penas privativas de liberdade” é norma pertinente ao Capítulo I do Título V — “Das Espécies de Pena” —, ou, mais precisamente, à Seção I daquele capítulo, intitulada “Das Penas Privativas da Liberdade”.

O art. 56, sob a marginália “penas restritivas de direitos”, disciplina matéria de que cuida a Seção II do Capítulo I do Título V, ou seja, “Das Penas Restritivas de Direitos”, abrangendo os arts. 43 **usque** 48 do Anteprojeto.

Por sua vez, os arts. 57 e 58, que tratam da multa pecuniária, concernem a matéria disciplinada na Seção III do Capítulo I do Título V, sob a epígrafe “Das Penas Patrimoniais”.

Doutra parte, as disposições legais a que se refere o art. 56, **caput** e seus incisos, notadamente os incisos III e IV, bem assim a contida no art. 58 do Anteprojeto, estariam mais adequadamente no Capítulo III do Título V — “Da Aplicação da Pena”. Outra não pode ser a ilação decorrente da interpretação gramatical desses dispositivos: a) o art. 56, **caput**, fala em

“penas restritivas de direitos (...) aplicáveis (...)”; b) o inc. III do art. 56, referindo-se às “penas de interdição”, diz “**aplicam-se** para todo crime cometido no exercício de profissão (...)”; c) o inc. IV do referido art. 56 preconiza que “a pena de interdição (...) e a de aprendizado compulsório (...) **aplicam-se** aos crimes culposos de trânsito”; d) o art. 58, que não traz qualquer *marginália*, dispõe que “a multa reparatória **aplica-se** (...) para todo crime que cause prejuízo material (...)”. Todos esses dispositivos, pela semântica dos núcleos verbais que lhes irradia o sentido, constituem, inequivocamente, disposições legais cuja matéria basilar vem tratada no capítulo seguinte, o Capítulo III do Título V.

Já o art. 55, que abre o capítulo em foco, disciplina o óbvio, sendo, pois, inócuo.

Assim, no Capítulo II do Título V do Anteprojeto, o que se não encontra deslocado carece de justificação para existência do preceito.

V — Discussão da matéria

Feitas essas considerações de ordem geral sobre a disciplina da matéria, em capítulo autônomo, passemos, agora, a outras considerações, como a construção de cada dispositivo, a acepção técnica dos termos empregados, a própria razão de ser do dispositivo discutido etc.

O art. 55, que tem como *marginália* “penas privativas de liberdade”, assim está concebido:

“Art. 55 — As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime.”

ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES já observou, com propriedade, que não só o *nomen juris* do art. 55 como, igualmente, os dos arts. 56 e 57 foram cunhados impropriamente. Pois cada *nomen juris*, concernente a esses dispositivos, se refere aos limites mínimos e máximos das três espécies de penas: privativas da liberdade, restritivas de direitos e patrimoniais.

Pela redação do art. 55, *ter-se-ia*, *prima facie*, a impressão de que o dispositivo concerne aos limites genéricos, mínimo e máximo, das **penas privativas de liberdade**. Tal, contudo, não ocorre. Porquanto, o art. 75, sob o *nomen juris* “limites das penas”, disciplina, claramente, esse limite estabelecendo:

“A duração das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.”

Se se pretende disciplinar os limites específicos, perde-se em tarefa inócua, eis que esses limites estarão fixados, na Parte Especial, na *sanctio* atinente a cada infração penal. E se virá especificada na Parte Especial, não

há razão para fazê-lo na Parte Geral, sobretudo quando o dispositivo em foco não quantifica esses limites, nem poderia fazê-lo por absoluta impossibilidade.

Quanto à construção do dispositivo em si — na hipótese inverossímil de justificável sua existência —, seria de bom alvitre eliminar-se a expressão “legal de crime”, que completa o nome **tipo**, eis que por tipo se entende a figura típica, o **praeceptum juris**.

Porém, se se insistir na permanência do dispositivo — a nosso ver, desnecessário — no sistema do Anteprojeto, poder-se-ia enxugar sua construção, sem perda da semântica, dando-lhe a seguinte redação:

“Art. 55 — As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo.”

E, como **nomen juris**, dar-se-ia o de “limites específicos das penas privativas da liberdade”. Já que o limite genérico já está definido no referido art. 75 do Anteprojeto.

O art. 56 — que poderia ter como marginália o **nomen juris** “aplicação das penas restritivas de direitos” — não explicita se elas podem ser aplicadas cumulativa, alternativa ou isoladamente, embora se possa inferir que sua aplicação se possa fazer em qualquer das hipóteses, **ex vi** do art. 44, **caput**, ao assinalar que “as penas restritivas de direito são **autônomas**” (grifou-se).

Ademais, ao dizer que “as penas restritivas de direitos são aplicáveis (...) nos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade não for superior a três anos”, fica no ar certa ambigüidade. Pois a pena máxima, privativa da liberdade, é de 30 anos, **ex vi** do art. 75, referido. Aí se cuida do **máximo** da pena privativa da liberdade cominada ao crime imputado a certo agente.

Trata-se, pois, aí do **máximo específico**. Daí ser de toda a conveniência que fique explícita, no dispositivo legal, essa especificidade para não dar margem a interpretação equívoca.

Doutra parte, como no inciso I (do art. 56) se faz referência aos arts. 46 e 47, como alusão às penas de “prestação de serviços à comunidade” e de “interdição temporária de direitos”, conviria adotar idêntico procedimento na redação do inciso II (do mesmo art. 56), onde se explicita a pena de “aprendizado compulsório”, disciplinada no art. 48 do Anteprojeto. Para harmonia de critério de redação, ou se faria referência expressa, no inciso I, às penas disciplinadas nos arts. 46 e 47, ou se suprimiria a explicitação feita no inciso II, remetendo-se ao art. 48 do Anteprojeto.

Identificam-se, ainda, na construção do art. 56 e seus incisos, bem assim no art. 58, três regências do verbo **aplicar**, núcleo que irradia o sentido desses dispositivos: a) “(...) são aplicáveis (...) nos crimes (...)” (art. 56,

caput); **b**) (...) aplicam-se **para** todo crime (...)” (art. 56, inc. III); **c**) (...) aplicam-se **aos** crimes culposos de trânsito” (art. 56, inc. IV). Ou seja, a regência pelas preposições **em** (nos), **para** e **a** (aos).

Parece-nos que a melhor regência seria a da preposição **a**, eis que, em todas essas passagens, o verbo **aplicar** está empregado pronominalmente (vide, a propósito, **Dicionário de Verbos e Regimes**, de FRANCISCO FERNANDES, Editora Globo).

O art. 57 — cujo **nomen juris** adequado seria “limite da multa penitenciária” — constitui, **data venia**, uma excrescência. Pois, para explicitarem-se os limites **genéricos** da pena de multa penitenciária, não se precisa construir mais um dispositivo, além do art. 49. Ademais, além de ser dispensável a expressão (tipo) “legal de crime”, pelas razões expostas, **também o é** a referência ao parágrafo único do referido art. 49. Se se pretende destacar a cabeça do artigo, basta que se lhe refira ao **caput**. Na ausência da referência, a alusão concerne a todo o artigo, que, evidentemente, compreende o **caput** e seus parágrafos.

Já o art. 58, que não tem marginália, e que poderia ter por **nomen juris** “aplicação da multa reparatória”, poderia ter sua redação enxugada, eliminando-se a expressão “e tem os limites fixados no art. 53 e seu § 1º”, além de substituída a regência de **para** por **a** (todo crime que cause prejuízo material). A supressão da parte final se justifica pelo próprio dispositivo a que faz referência o art. 53 e seu § 1º, sendo de destacar-se que o **caput** desse dispositivo já remete ao art. 49, concernente à **multa penitenciária**, cujos preceitos se lhe aplicam, **mutatis mutandis**.

VI — Algumas ilações

Após todas essas considerações, já podemos tirar algumas ilações, a propósito da matéria.

Os dispositivos configurados nos arts. 55 e 57 são excrescências, por desnecessários, no bojo do Anteprojeto, podendo, sem prejuízo de sua compreensão, ser eliminados.

Os arts. 56 e 58 podem ter sua construção aprimorada, bem assim os dispositivos precedentes, se — mesmo constituindo redundância — se insistir em mantê-los, à guisa de reafirmação de uma linha de pensamento substanciada no Anteprojeto.

De qualquer forma, desapareceria o atual Capítulo II — “Da Cominação da Pena”. E seus dispositivos passariam a integrar o capítulo “Da Aplicação da Pena”.

Uma outra alternativa, já preconizada por ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES, na referida **comunicação** ao Seminário de Goiânia, seria a inclusão dos atuais dispositivos do Capítulo II do Título V, em foco, numa seção

(Seção IV) do Capítulo I do Título V — “Das Espécies de Pena” —, seção que se intitularia “Disposições Gerais”.

Uma terceira alternativa seria transportar os dispositivos integrantes do atual Capítulo II do Título V a uma seção (Seção Única) do Capítulo III do Anteprojeto — “Da Aplicação da Pena” —, intitulando-se-lhe, igualmente, de “Disposições Gerais”.

Se não se admitir a supressão pura e simples do dispositivo configurado no art. 55, deveria ele ser deslocado para logo após o art. 36, que disciplina as “regras do regime aberto”, passando a figurar como o art. 37.

VII — **Apreciação final**

Feitas essas considerações, já se poderia apontar redação alternativa para os dispositivos ora contidos nos arts. 56 e 58.

Art. 56 (que tomaria outro número, face ao imperativo de seu deslocamento) — **Nomen juris**: “Aplicação das penas restritivas de direitos”:

“As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação expressa, aos crimes cujo limite superior da pena privativa da liberdade, especificamente cominada ao crime, não exceda a três anos, observando o seguinte:

I — a duração das penas previstas nos arts. 46 e 47 será determinada pelos limites específicos da pena privativa da liberdade cominada ao crime;

II — a duração da pena prevista no art. 48 não poderá exceder ao limite mínimo da pena privativa de liberdade especificamente cominada ao crime;

III — as penas de interdição, previstas no art. 47, incisos I e II, aplicam-se a todo crime cometido no exercício de profissão, atividade, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes;

IV — a pena de interdição, prevista no art. 47, inciso III, e a de aprendizado compulsório, estabelecida no artigo 48, aplicam-se aos crimes culposos de trânsito.”

Art. 58 (que, igualmente, tomaria outro número, feito seu deslocamento) — **Nomen juris**: “Aplicação da multa reparatória”:

“A multa reparatória aplica-se, independentemente de cominação expressa, a todo crime que cause prejuízo material.”