

ELEVAÇÃO DA PENA MÁXIMA IMPOSTA PELO CÓDIGO PENAL DE 1940

Camilla Achôa Moura Leite¹
José Palma Sanchez²

RESUMO: Pretende-se por meio deste trabalho, chegar à reflexão acerca da pena máxima atual no Brasil. Para isso é preciso compreender como surgiu a lei penal brasileira; refletir também sobre a adequação da lei penal na sociedade com o passar dos anos e comparar a eficácia da pena na época que o código penal de 1940 entrou em vigor com os tempos atuais. Apesar de não serem numerosos os comentários acerca da pena máxima no Brasil, ocorreram já algumas criações de anteprojetos com o objetivo de aumentar a quantidade de pena máxima.

Palavras chaves: Penal. Crime. Constituição. Pena máxima. Expectativa de vida.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre o aumento da pena máxima estabelecida pelo código penal de 1940, levando-se em conta toda a construção histórica penal, a expectativa de vida da década de 1940, quando foi criado o artigo 75º que trata do tempo máximo de cumprimento de penas, tendo como base os dados da época, levando-se em consideração a necessidade de aumento e descartando a equivalência de pena máxima com expectativa de vida, para não entrar em conflito com o artigo 5º da Constituição Federal, parágrafo XLVII, sendo esse, uma cláusula pétrea que proíbe penas de caráter perpétuo.

O artigo 75º está estruturado da seguinte maneira: em primeiro lugar trata do histórico da legislação penal no Brasil, em segundo, trata da conciliação do artigo 75º do código penal de 1940, com o artigo 5º, parágrafo XLVII, da constituição federal de 1988; em seguida, os subtítulos tratam da equivalência da pena máxima de 1940, pautado na expectativa de vida da época, com a atual expectativa de vida

¹ Discente do 2º termo do curso de Direito das Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Cláudio José Palma Sanchez

² Professor e mestre do Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente

e a divergência da eficácia da pena em 1940, com o período atual; por fim e diante disso, a importância do aumento da pena máxima.

Para o estudo e análise do desenvolvimento do trabalho, surge o seguinte questionamento: seria necessário ser feita uma análise tendo como finalidade o aumento da pena, para que não possua um caráter perpétuo, porém atue com mais rigidez e eficácia?

Em resposta ao referido questionamento, levantou-se a seguinte resposta: O surgimento da legislação penal brasileira pode ser visto por muitos como um período confuso, devido aos vários códigos criminais criados e desenvolvidos no decorrer da história, porém, cada código criminal levou consigo alguns detalhes do anterior vigente, o que não mudava drasticamente a legislação durante as vigências.

Com a criação do Código Penal de 1940, é possível notar o grande avanço dado na ciência jurídica penal, todavia, com o decorrer do tempo, surgiram inúmeros conflitos envolvendo a interpretação de leis e quantidade de pena, entre outros. O crescimento populacional foi um dos fatores que impulsionaram mudanças no Direito Penal e com o passar do tempo a sociedade passou a respeitar menos a norma penal estabelecida, trazendo à tona a necessidade de aumento da pena máxima imposta pelo código penal de 1940, para que traga consigo além do seu caráter punitivo eficaz e a sensação de segurança para a sociedade.

2 SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO PENAL NO BRASIL.

O Direito Penal no Brasil registra a existência de cinco Códigos Penais, desde o período colonial até os nossos dias, contudo, os princípios do direito penal efetivaram-se nas tribos que aqui existiam antes do período colonial.

Cabe destacar que no período pré-colonial, duas tribos indígenas possuíam relevância, os Tupis e os Tapuias, sendo que o primeiro grupo indígena apresentava um desenvolvimento bastante significativo em relação ao segundo, que era visto como uma tribo de bárbaros.

A ideia que se tinha de direito penal pelos indígenas, era diretamente ligada ao direito costumeiro, onde praticavam a justiça por meio de vingança privada, quando da ocorrência do crime, em resposta a este, havia uma reação da vítima (método punitivo semelhante à Lei de Talião); havendo também a vingança coletiva, onde parentes e até mesmo pessoas de seu grupo social, agiam desproporcionalmente à ofensa, atingindo não só o agente causador do delito como também todo o seu grupo de convivência. Caso o ofensor fosse pertencente ao mesmo grupo social (tribo), podia ele ser punido com a “expulsão da paz”, uma espécie de banimento, deixando-o à mercê de outros grupos que normalmente o apenavam com a morte.

O direito costumeiro refere-se a um conjunto de normas de conduta social, criadas espontaneamente pelo povo, norma essa que não está diretamente ligada a norma legisladora positivada.

Desta forma, percebe-se que as práticas punitivas das instituições indígenas que habitavam o Brasil, embora tenham feito o uso da pena, não influenciaram na legislação penal existente no Brasil.

No Brasil colonial estiveram em vigor as Ordenações Afonsinas, Manuelinas, o código de Don Sebastiao e as Ordenações Filipinas. Nessa época, as leis brasileiras vigentes eram (espelhadas nas leis Lusitanas) as mesmas de Portugal, uma vez que o Brasil era considerado e tratado como uma Colônia e extensão territorial Portuguesa.

As Ordenações Afonsinas (até 1512) são consagradas como fontes do direito nacional, tendo como referência os direitos romano e canônico. Elas estão organizadas em cinco livros, sendo o livro I, mais extenso que o restante, por conter a história da elaboração do código e por tratar dos cargos da Administração e da Justiça. Já o livro II, é dedicado aos bens e privilégios da Igreja. O livro III aborda os Atos Judiciais, bem como procedimentos para a postulação destes, basicamente trata-se de processo civil. No livro IV estão os assuntos relacionados ao direito civil da época, como os testamentos, regras para a criação de contratos, tutelas, etc. Já o livro V, trata do direito penal: crimes, penas e respectivas punições.

As segundas ordenações, as Ordenações Manuelinas (até 1569), foram determinadas pela existência de um volumoso número de leis e atos modificadores das Ordenações Afonsinas. As ordenações Manuelinas foram substituídas pelo código de D. Sebastião, que vigorou até 1603.

As Ordenações Filipinas, juntamente com as leis extravagantes, vigoraram no Brasil, por trezentos e treze anos (1603-1916), não produzindo grandes alterações nas fontes subsidiárias, porém, tiveram vigência com a finalidade de atualizar essas ordenações e suas inúmeras regras.

Foi, então, O Livro V, das Ordenações do Rei Filipe II, o primeiro código existente no Brasil, transcrito o Código Filipino.

O código Filipino trazia em seu bojo a mesma estrutura e arrumação de matérias que já se verificara nas Ordenações Manuelinas. Tem ausência de originalidade, pouca clareza e frequentes contradições, que resultam muitas vezes do excessivo apego ao texto manuelino.

Pouco antes da abdicação de D. Pedro I, em 1830, foi sancionado o Código Criminal do Império do Brasil, pois sua elaboração estava prevista na nova Constituição, tendo, pois, o ato sancionatório, ocorrido em 16 de dezembro de 1830. A partir desta data, o Brasil passou a ter um Código Criminal próprio.

A legislação penal de 1830 era de índole liberal e inspirou-se na doutrina de Jeremy Bentham, assim como o Código Francês de 1810 e o Napolitano de 1819.

A nova lei fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para aqueles que possuíam idade abaixo de 14 anos.

A pena de morte só foi aceita após inúmeros debates entre conservadores e liberais, porém, seu objetivo era coibir a prática de crimes realizados pelos escravos.

Apesar de a nova legislação penal em 1830, possuir inúmeras e inegáveis qualidades, tais como a já citada individualização da pena, a previsão da

menoridade como atenuante e a indenização do dano, apresentava defeitos considerados comuns à época, pois não possuía definição de culpa, vigorando apenas o dolo, havendo ainda, naquele momento, desigualdade no tratamento das pessoas, se comparado ao tratamento dado aos escravos.

Em 1890, um ano após a proclamação da República, fez-se surgir no Brasil, uma nova legislação penal, denominada “Código Penal”.

Embora a Constituição Federal de 1891 tenha abolido a pena de morte, que não mais ocorria desde 1876, mas que anterior a este ano era aplicada por meio de forcas, guilhotinas, fogueiras, cadeiras elétricas, injeções letais e fuzilamentos, esta Constituição também aboliu a pena de galés, cujos condenados por este meio a cumpriam realizando trabalhos forçados; aboliu ainda o banimento judicial.

O Código Republicano de 1890, já contemplava quatro sanções penais: a prisão, onde o indivíduo apenado ficava encarcerado; o banimento que consistia em pena perpétua, não mais podendo o condenado retornar ao Brasil; a interdição, que consistia em tornar inválidos os direitos políticos e a suspensão que acarretava na perda de emprego público e multa.

Ainda que visto pelos olhos de hoje, evidenciou-se à época a sua má sistematização, ainda assim, o Código Penal da República constituiu em um grande avanço na legislação penal da época, pois, além de abolir a pena de morte, instalou o regime penitenciário de caráter correccional.

Em decorrência da sua ineficiente sistematização, o Código Penal de 1890 tornou-se alvo de duras críticas, propiciadas pelas inúmeras falhas que apresentava, sobretudo, por conta da pressa com que fora elaborado. Isto fez crescer a necessidade de modifica-lo, contudo, não era possível corrigi-lo de imediato, resultando, então, no surgimento de inúmeras novas leis para remenda-lo, visando suprir os defeitos, o que acabou gerando uma enorme confusão, tornando sua aplicação incerta.

Por conta da confusão gerada pelo novo Código Penal, o Desembargador Vicente Piragibe, se encarregou de consolidar essas leis

extravagantes complementares, assim, por meio do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, surgiu a denominada Consolidação das Leis Penais de Piragibe.

Como descrito no Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932:

”Art. 1º Fica aprovado e adotado, como "Consolidação das Leis Penais", o trabalho do Sr. desembargador Vicente Piragibe, publicado sob o título "Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor", que a este acompanha, subscrito pelo ministro da Justiça.

Paragrafo único. A Consolidação, assim aprovada e adotada, não revogará dispositivo algum da legislação penal em vigor, no caso de incompatibilidade entre os textos respectivos.

Art. 2º Ficam ressalvados os direitos do autor, quanto à edição já publicada e as futuras reedições da mesma obra.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.”

(Rio de Janeiro, em 14 de dezembro de 1932, 111º da Independência e 44º da República.)”

A Consolidação das Leis Penais realizada pelo Desembargador Vicente Piragibe, era composta por quatro livros, que totalizavam quatrocentos e dez artigos, tornou-se o Estatuto Penal Brasileiro.

As Leis Penais de Piragibe, vigoraram até 7 de dezembro de 1940, quando foi promulgado o novo Código Penal, entretanto, este entrou em vigor somente em 1 de janeiro de 1942, com atraso de mais de dois anos, para que sua vigência coincidissem com o início da vigência do Código de Processo Penal.

Cabe destacar que mesmo o Código Penal, mesmo não estando em vigor, foi difundido para que todos os interessados pudessem conhecê-lo e estudá-lo.

O Código Penal de 1940 teve como origem, o projeto de José de Alcântara Machado, o qual fora submetido ao trabalho de uma Comissão Revisora composta por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queirós e Roberto Lira.

Há referências históricas quanto a outras colaborações, como a participação do Ministro Antônio José da Costa e Silva que, em conjunto com Abgar Renault, produziram a revisão redacional, mas estes não faziam parte da referida comissão.

A composição do Código Penal em tela, consagrou oito títulos na parte geral. Os títulos compreendem as seguintes matérias: (1) da aplicação da lei penal; (2) do crime; (3) da responsabilidade; (4) da coautoria; (5) das penas; (6) das medidas de segurança; (7) da ação penal; (8) da extinção da punibilidade.

As penas são divididas em duas categorias: principais e acessórias. As principais são subdivididas em três tipos: reclusão, detenção e multa; já as penas acessórias consistem na perda da função pública, nas interdições de direitos e na publicação da sentença. A pena de reclusão é a mais rigorosa, executando-se de acordo com o sistema progressivo, dividindo-se sua duração em quatro períodos.

As penas não privativas de liberdade não admitem absorção e são aplicadas de maneira distinta e integralmente. A partir deste Código Penal, no Brasil, a pena máxima que alguém pode ser submetido, de permanência no encarceramento, é de trinta anos.

O código Penal de 1940 é considerado um grande avanço na legislação penal brasileira, contudo, mesmo com a boa fama, várias foram as tentativas de mudanças dessa legislação penal, exemplo disso foi o proposto pelo Professor-Ministro Nelson Hungria, que em 1963, apresentou um anteprojeto de sua autoria, que depois de submetido a várias comissões revisoras, foi convertido em lei pelo Decreto-Lei nº 1004, de 21 de outubro de 1969.

Apesar da conversão, o novo projeto de lei foi alvo de inúmeras críticas, o que o fez ser modificado pela Lei nº 6.016, de 31 de Dezembro de 1973, e por fim, após uma série de adiamentos da data que deveria vigor, foi ele revogado pela lei nº 6.5778, de 11 de outubro de 1978.

Em 1980, o Ministro da Justiça incumbiu o professor Francisco de Assis Toledo, da reforma do Código Penal em vigor, ocorrendo primeiro, modificações na sua Parte Geral.

Em 1981, foi publicado um anteprojeto para receber sugestões para novas modificações, que depois de debatido o assunto no Congresso Nacional, o projeto de lei foi aprovado e publicado, gerando a Lei Nº 7.209 de 11 de setembro de 1984, que alterou um tanto considerável a Parte Geral do Código Penal.

Com a nova Parte Geral, foi promulgada a nova Lei de execução Penal (nº 7.210 de 11/07/1984). É uma lei específica que regula a execução das penas e das medidas de segurança.

Recentemente, o Estatuto repressivo pátrio foi alterado pela Lei nº 9.714/98 no que diz respeito às penas restritivas de direitos. Foram incluídos mais dois tipos aplicações de penas: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores (comumente chamadas de penas alternativas, justamente porque representam uma alternativa à prisão).

Atualmente, a pena máxima descrita no Código Penal vigente, continua ser de trinta anos.

3 PENA MÁXIMA

O Código Penal Brasileiro de 1940 define que a pena máxima é de trinta anos, independente dos crimes realizados pelo réu condenado.

Como descrito no código penal, presente no artigo 75 e no parágrafo um:

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. "

Nossa Constituição Federal de 1988 proíbe a pena de prisão perpétua. No artigo 5º, XLVII, b (artigo quinto, inciso quarenta e sete, alínea b) diz que não pode haver pena de caráter perpétuo. Contudo, pena de caráter perpétuo e prisão perpétua, são termos com significados distintos apesar de muito semelhantes.

A diferença fundamental entra ambos, é que a pena não é de prisão perpétua, mas é tão longa que é certo que se alguém ficar preso durante todo aquele período, não sairia da prisão com vida, ou seja, alguém condenado a noventa

anos de prisão, sabendo que a idade mínima para a condenação é de dezoito anos, tal condenado sairia da prisão com cento e oito anos, o que obviamente torna a saída com vida pouco provável. Logo, a pena, embora não seja perpétua, é de caráter perpétuo, cabendo apenas registrar que a pena de prisão perpétua, sequer promove a pouca probabilidade, ou seja, o condenado somente sairá do cárcere após a sua morte.

A pena máxima imposta pelo Código Penal de 1940 manteve-se a mesma até os dias atuais, havendo, poucas vezes, conflitos onde se questiona a quantidade da pena máxima.

Mesmo diante dos poucos conflitos, alguns juristas criaram anteprojetos para que fosse aumentada a pena máxima atual, dentro dos padrões da sociedade, no que se refere aos costumes, bem como, da Constituição Federal, respeitando-se as cláusulas pétreas presentes no Artigo 5º, porém, aqueles anteprojetos que prosperaram na sua integral tramitação pelo Congresso Nacional, tiveram como ato derradeiro, o seu veto, nada sendo modificado até os dias atuais.

3.1 Expectativa de Vida e Pena Máxima

Em 1942, quando o Código Penal realmente entrou em vigor, segundo o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – a expectativa de vida dos brasileiros era de 41,53 anos, enquanto que a pena máxima imposta pelo Código Penal da época, no seu Artigo 75, era de 30 anos.

Isso mostra que um indivíduo que praticasse um homicídio, receberia uma pena entre seis e vinte anos, passando uma boa parte de sua vida de 41,53 anos, encarcerado e, caso cometesse mais de um crime e sua pena ultrapassasse o limite de 30 anos, sua condenação seria a imposta pelo Código Penal, com a pena máxima de 30 anos, sendo possível afirmar, que se trataria, então, de pena de caráter perpétuo.

Atualmente, conforme o IBGE, a expectativa de vida do cidadão brasileiro é de 75,2 anos, contudo, a pena máxima manteve-se em 30 anos. Portanto, quando um indivíduo cometer um crime de homicídio, mesmo atingindo a pena máxima para o crime, ou seja, vinte anos, passaria menos da metade de sua vida de 75,2 anos, encarcerado.

Nos anos de 1940 ou nos tempos atuais, ainda que o indivíduo cometa mais de um crime, mesmo que a soma das penas ultrapasse 30 anos, não se poderá ultrapassar tal limite, contudo, em 1940, passar 30 anos cumprindo pena, era o mesmo que passar cerca de 72% da vida, encarcerado, enquanto nos tempos atuais, passar trinta anos encarcerado, equivale a passar cerca de 40% da vida preso.

3.2 Comparação da Pena

De 1940 até a atualidade, a sociedade conseguiu se desenvolver de modo significativo. Sociedade essa, onde as leis penais de 1940 se adequaram com o passar do tempo, entretanto, apesar de terem se adequado aos costumes da sociedade, não se modificaram em seu caráter punitivo em relação a expectativa de vida atual da população brasileira, o que se mostra prejudicial perante a sociedade e vantajoso para aquele que pretende cometer atos infracionais.

Na época que o Código Penal foi promulgado, o conhecimento que a população possuía sobre Direito Penal, bem como, a força repressora que a pena em si representava, era o suficiente para que houvesse um temor pela prisão, dentre outros fatores, em especial, o decorrente da quantidade de tempo que as pessoas teriam de ficar encarceradas em vista da expectativa de vida da época.

Isso não abolia o crime na sociedade, todavia, a lei penal era respeitada, fazendo com que o cidadão evitasse cometer o ato infracional, ao contrario dos tempos atuais, em que o cidadão não respeita a lei do modo com se espera ou como deveria, afetando assim, um dos pilares do direito penal, que é a

prevenção demonstrada através do medo de ser punido, também da punição em si, bem como, da reabilitação do condenado.

4 CONCLUSÃO

Com o presente estudo, verificou-se que o correto não seria buscar a equivalência da quantidade da pena de 1940 para 2016, justamente porque o aumento equivalente das penas entraria em choque com uma cláusula pétrea presente no artigo 5º, que com clareza ressalta a proibição de penas de caráter perpétuo, ou seja, um indivíduo não pode ser apenado com uma quantidade de anos que a expectativa de vida do momento não seja capaz de suportar, uma vez que somando-se a pena máxima de trinta anos aos dezoito anos da maioridade penal, resultar-se-ia em quarenta e oito anos, quando naquele tempo, em 1940, a expectativa de vida média do cidadão brasileiro não ultrapassaria 41,53 anos de vida; havendo, portanto, naqueles tempos, a existência de uma pena com caráter perpétuo, mas não explicitado na sua positivação.

Conclui-se, pois, que deixar a pena máxima como está atualmente, é uma afronta em benefício do individual e um grande prejuízo ao coletivo, evidenciando-se que a sociedade tem na atualidade seus bens jurídicos colocados em risco, porque o possível infrator, devido a quantidade de pena que recebe (que se torna insignificante quando comparado a expectativa de vida atual do brasileiro), tem a sensação de que o crime compensa, deixando claramente os bens jurídicos de toda a sociedade, ameaçados e, devido a esta consequência, verifica-se que é preciso investir no aumento da pena máxima.

O presente trabalho não tem a finalidade de encerrar os estudos a respeito do assunto, senão o de provocar a sua continuidade, para que se tenha um resultado benéfico à sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência Senado, **Cláusulas pétreas existem no Brasil desde 1891**. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/09/26/clusulas-petreas-existem-no-brasil-desde-1891> (Acesso em 16 de Maio de 2016).

Associação dos Magistrados do Estado de Goiás. **Aumento da pena máxima no Brasil está na pauta da CCJ**. JusBrasil Disponível em: <http://asmego.jusbrasil.com.br/noticias/2503608/aumento-da-pena-maxima-no-brasil-esta-na-pauta-da-ccj> (Acesso em: 17 de Maio de 2016).

CASTRO, Gabriel. **As sete constituições da história do Brasil**. Veja. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/multimedia/infograficos/as-sete-constituicoes-da-historia-do-brasil> (Acesso em: 17 de Maio de 2016).

Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm (Acesso em: 16 Maio 2016.) **Constituição Federal**: Disponível Em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (Acesso em: 16 de Maio de 2016).

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução Histórica do Direito penal**. JusNavegandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal/2> (Acesso em 19 de Maio de 2016).

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Editora Impetus – 18ª ed. rev. at. ampl. Rio de Janeiro.

MONTIBELLER, Barbara. **Da inconstitucionalidade do Projeto de Lei que busca o aumento da pena máxima de prisão penal**. E-GOV. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-inconstitucionalidade-do-projeto-de-lei-que-busca-o-aumento-da-pena-m%C3%A1xima-de-pris%C3%A3o-p-1> (Acesso em: 16 de Maio de 2016.).

SILVA, Fábio Marcio Piló. **O direito criminal tribal frente ao direito penal e processual penal capitalista brasileiro**. Idecrim. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/166-o-direito-criminal-tribal-frente-ao-direito-penal-e-processual-penal-capitalista-brasileiro--nao-monopolio-do-jus-puniendi-estatal> (Acesso em: 18 de Maio de 2016).

VASCO, Professor. **Direito Costumeiro**. Estudo de Ciência do Direito. Disponível em: <http://vascodireito.blogspot.com.br/2012/01/direito-costumeiro-nader.html> (Acesso em 17 de Maio de 2016).