

Adequação de penas

JOAQUIM PEREIRA
Promotor de Justiça — SP

Dispõe o parágrafo único do artigo 2.º do Código Penal:

“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

Há reeducandos que, condenados por delitos, mormente latrocínios, que praticaram em concurso de pessoas, têm requerido adequação de suas penas. Argumentam que suas intenções eram a de praticar delitos menos graves, entretanto os co-réus, isoladamente, os praticaram mais graves. Pedem a adequação, com base no parágrafo 2.º do artigo 29 do Código Penal, que dispõe:

“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.”

I.

“Adequação” significa ajustamento, adaptação, acomodação.

Ora, se assim é, toda adequação de pena pressupõe dois atos. Um, em que se impôs a pena. Outro, em que essa pena é ajustada.

Nesse sentido, foi comum requerer-se adequação de pena, com base na Lei n.º 6.416/77, que alterou o artigo 47 do Código Penal.

Dispunha esse artigo:

“A reincidência específica importa:

I — a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo;

II — a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no n.º I.”

A Lei n.º 6.416, de 24.05.1977, eliminou a distinção entre reincidência específica e genérica bem como tal aumento de pena. Nesse sentido:

“Eliminando a reincidência específica, a lei nova atualizou o CP Brasileiro de acordo com as modernas legislações, como o vigente estatuto alemão, que não prevê mais a agravante especial (art. 17).”

Diante disso, hoje só podemos falar em reincidência. Nem reincidência genérica podemos mencionar, uma vez que indicaria a existência de outra, a específica.

A reincidência constitui, no regime da Lei n.º 6.416/77, circunstância agravante genérica (CP, art. 44, I), exasperando a pena de acordo com o prudente arbítrio do juiz." in "O novo Sistema Penal" — Damásio E. de Jesus — Edição Saraiva de 1977, p. 80.

Assim sendo, pedia-se, e se concedia, adequação para eliminar o aumento da pena já imposta, aumento este resultante da reincidência. Na hipótese do roubo simples, em que a pena de reclusão era e ainda é de 4 a 10 anos, partia-se de 7 anos e 1 dia, se admitida a reincidência específica. Com a adequação, eliminava-se o aumento, exasperando-se tão-somente a pena de 4 anos, como proposto por Damásio.

2.

No mesmo sentido, quando se pede adequação de pena, com base no parágrafo 2.º do artigo 29 do Código Penal, o delito deve ter sido praticado antes de entrar em vigor a nova parte geral do Código Penal e deve ter sido apenado com base na legislação anterior.

Se tal ocorreu, o magistrado da condenação imprescindivelmente deverá ter reconhecido circunstância para atenuação especial da pena e feito incidir o revogado parágrafo único do artigo 48 do Código Penal, que dispunha:

"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."

Comentando esse parágrafo, Damásio E. de Jesus deu-lhe o conteúdo:

"Ex.: A determina B a espancar C. B age com tal violência que produz a morte de C. Segundo a disposição, A responde como partícipe do homicídio, diminuída a pena de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da imposta ao crime cometido por B." — "Direito Penal", 1.º vol. — pág. 388, edição de 1979.

A sentença condenatória, pois, deverá ter reconhecido que o réu quis praticar delito menos grave e a pena foi dosada com base no mencionado parágrafo.

Como a pena daí resultante era maior que a resultante da aplicação do parágrafo 2.º do artigo 29 do Código Penal, a adequação há de ser deferida.

Finalmente, poderão surgir várias questões, sempre pressupondo que o delito tenha sido praticado antes de entrar em vigor a nova parte geral do Código Penal.

Se ocorreu o julgamento, ainda na vigência do revogado parágrafo, poderão surgir duas hipóteses. Caso na decisão se tenha enfrentado a questão do desvio subjetivo entre os participantes e concluído pela não incidência do parágrafo, não haverá hipótese de adequação, eis que se ajusta, se acomoda, se adapta alguma coisa preexistente.

Tanto nesta, como na hipótese da decisão não ter enfrentado a questão, a meu ver, será caso para revisão, não adequação.

Se o delito já foi julgado sob a égide da nova legislação, parece-me que não há interesse do sentenciado em ver seu delito apenado pela legislação anterior. É que a pena anterior era mais severa.

Se o delito já foi julgado sob a égide da nova legislação, há mais duas possibilidades. Se a sentença condenatória enfrentou a questão do desvio subjetivo

entre os participantes, há coisa julgada. Se a sentença condenatória não a enfrentou, haverá hipótese para revisão, não adequação.

3.

Admita-se, no entanto, a possibilidade de analisar-se o mérito do pedido.

Já se julgou:

"Ensina Manzini que, para que subsista a co-participação em atividade material não é necessário que esta principie, para todos os concorrentes, com os primeiros atos dirigidos a cometer o delito. Outros colaboradores podem agregar-se à empresa delituosa durante o evoluir da atividade causal, no momento da consumação, ou durante a permanência do delito. (Trattato di Diritto Penale Italiano", v. 2.º/489, ed. UTET, 1951). E focalizando o vínculo psicológico, conclui: o conceito de participação voluntária inclui, em regra, a idéia de acordo de vontades, o qual, por freqüentemente assumir o caráter de prévio concerto, não o implica necessariamente, podendo o encontro de vontades ocorrer acidental e instantaneamente, antes ou durante a execução do delito (idem, p. 581)" — RT 624/297.

Diante do exposto, parece-me desnecessário o prévio e explícito concerto para a prática do delito mais grave.

Há derradeira questão: sobre a competência das Execuções para decidir sobre a matéria.

Se há sentença condenatória, coloca-se se há possibilidade de a Vara das Execuções analisar pedido, mesmo enfrentando a coisa julgada.

Há. Nesse sentido:

"Como sabido, o trânsito em julgado, excetuada a hipótese da incompetência absoluta, opera efeitos plenos, irreversíveis exclusivamente em relação ao Ministério Público. Torna, para si, imutável o julgado. Não poderá agravar, de forma nenhuma, a situação do réu.

Não se mostra igual no concernente ao condenado. Além das providências, aliás corriqueiras, da revisão criminal e, em abrangência excepcional, do **habeas corpus**, existem, ainda, hipóteses em que a pena suportará alterações, subsunções, até exclusões. São aquelas, precisamente, explicitadas na Lei de Execução Penal, em que ao Juízo das execuções se atribuem missões.

Nessa conjuntura, insta aferir, preliminarmente, qual a natureza da pretendida alteração. O sistema básico está em se apreciarem os casos que predita lei outorgou a dito juízo.

Uma vez, pois, que essa missão se ingere na coisa julgada, há de a interpretação calçar-se nos limites estritivos. Sem elásticos. Se o legislador, por razões predominantemente de ordem prática, resolver atribuir ao juízo de execuções certas tarefas, essas tarefas devem compreender-se restritivamente contidas no permissivo legal.

O elenco se acha no art. 66 da Lei n.º 7.210/84. Sem dúvida, exaustivo. Como exaustivas são correlatas disposições legais atributivas de encargos; principalmente quando — e é caso — omitam alguma fórmula genérica complementar" — RT 622/264 e s.

Indaga-se também se a adequação está compreendida no artigo 66 da Lei de Execução Penal.

Está. Nesse sentido:

"A divergência do verbete sumulado é patente. A hipótese não se enquadra nos casos de revisão criminal. Trata-se, tão-só, de apreciar a incidência da lei nova aos

fatos já acertados no Juízo Criminal quando da condenação. A competência para semelhante exercício é do juiz das execuções penais, nos termos da Lei n.º 7.210/84, art. 66, I, e do entendimento cristalizado na Súmula 611" — RT 620/404.

Realço que a hipótese foi assim resumida:

"Narra o réu que se envolvera num roubo, onde a vítima faleceu por ato isolado de um dos concorrentes no crime, resultando na condenação de todos por latrocínio."

Ante o exposto, vê-se que é da competência das Execuções o apreciar adequação de pena.

Vê-se também que somente poderá ocorrer adequação de pena, com base no parágrafo 2.º do artigo 29, do Código Penal, se o delito foi praticado antes de 13.01.85, se tiver sido reconhecido o desvio subjetivo entre os participantes e se a pena tiver sido dosada nos termos do revogado parágrafo único do artigo 48 do Código Penal.