



DOCTRINA

O APERFEIÇOAMENTO DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO

1 — A REFORMA PENAL NO MUNDO MODERNO

O aperfeiçoamento da legislação penal constitui imperiosa necessidade do mundo moderno.

Cuida-se, nos diversos países, da reforma penal para atender aos reclamos da coletividade, insegura e atemorizada, diante do contínuo aumento da criminalidade.

Clamam todos por medidas urgentes para deter a onda de crimes, convencidos da deficiência, ou talvez, do fracasso do atual sistema penal. Esta não é opinião isolada de leigos. Representa, também, o entendimento de experimentados penalistas, que assinalam a profunda crise em que se acha mergulhado o Direito Penal de hoje pela falência dos sistemas clássicos das medidas penais (1).

O trabalho de reforma parece bem adiantado em alguns países. Em outros, porém, prossegue penosamente, vencendo a dificuldade que envolve assunto de tal envergadura e delicadeza. Afinal, a norma penal afeta diretamente o homem, o homem de corpo e alma, na sua completa personalidade, com suas virtudes e seus defeitos, com suas necessidades e seus anseios. Uma obra legislativa bem esmerada vai retratar a própria sociedade em determinado momento histórico. Cada vez mais se confirma o acerto de BATTAGLINI ao dizer que, em substância, "o Código Penal é o código moral de um povo" (2).

2 — O AUMENTO DA CRIMINALIDADE

O aumento da criminalidade no mundo contemporâneo é fato de tal evidência que torna dispensável o recurso a dados estatísticos, para sua comprovação.

O fenômeno não causa, em princípio, maior estranheza, desde que se considere, de um lado, o crescimento da população e, de outro, a proporção geralmente observada entre o número de crimes e o número de pessoas em determinada sociedade.

O que, porém, preocupa e alarma é que tal aumento é desmesurado e excessivo, superando todas as taxas toleráveis. E com uma particularidade, que vem agravar a situação: a preponderância dos crimes praticados com emprego de violência.

O mundo de hoje está sacudido pela violência: homicídios com requintes de crueldade; latrocínios que revoltam até os mais insensíveis; atos vandálicos de terrorismo que atingem inocentes e indefesos; ousados apoderamentos de aeronaves, num festival de pirataria aérea — tudo isso gerando receio, angústia, pavor no seio da população e desmentindo a lição dos criminólogos de constituir a violência uma etapa já superada da criminalidade, substituída pela fraude envolvente e corruptora (3).

(1) H. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, P. Geral*, 1976, nº 50.

(2) *Direito Penal, P. Geral*, trad. bras. 1964, p. 6.

(3) ALFREDO NICOFORO, *La transformación del delito em la sociedad moderna*, in *Rev. Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, v. 12, p. 108.

Terrível paradoxo este: no século em que o homem conquista a Lua e explora Marte, dominando as forças da natureza, arrisca-se a sofrer, à luz do dia, em pleno centro urbano, o ataque de um malfetor, diante do olhar indiferente de transeuntes impassíveis e egoístas. A força de repetir-se vão os homens, infelizmente, aceitando a destruição da vida como acontecimento de rotina, incapaz de suscitar maiores reações. Anota LOPEZ-REY, em recente obra, que a ciência, o bem-estar e a tecnologia trouxeram uma constante diminuição da segurança individual e coletiva, tornando o homem mais dependente (4).

Atravessamos, sem dúvida, conturbada e inquietante fase histórica, marcada por uma contestação política, social, religiosa, que teima romper todo vínculo hierárquico e remarcada pelo predomínio dos interesses materiais, que a tudo suplanta e arrebatada. Os valores tradicionais são ignorados, desprezados, quando não diretamente sacrificados.

Essa a dura realidade que se apresenta ao legislador, e especialmente ao legislador penal, reclamando soluções urgentes e eficazes. Recordemos, com NUVOLO-NE, que "o problema da delinquência, especialmente hoje, é um dos problemas-chaves de nossa sobrevivência como coletividade civil e que deve ser enfrentado seriamente com as idéias mais claras possíveis." (5).

Deixemos de lado o exame dos fatores sociológicos que predispõem ao crime. Os criminólogos e os sociólogos saberão apontá-los, com segurança, desde a influência perniciososa dos meios de comunicação mal orientados e à falta de assistência aos menores, lançados cedo à depravação, até a progressiva dissolução dos vínculos familiares. Irão esclarecer, certamente, que a criminalidade juvenil está ligada à civilização do bem-estar e do prazer e surge desse abismo profundo que se antepõe entre a natureza do homem e as formas de vida da sociedade contemporânea.

Limitemos, porém, nossa indagação ao plano legislativo. Acompanhem os passos do legislador brasileiro na adaptação que intenta fazer da lei penal à realidade da hora presente.

Um ponto precisa ficar assinalado, desde logo: a atualização do sistema penal valerá uma legislação inspirada nas mais puras conquistas da doutrina e amparada valerá uma legislação inspirada nas mais puras conquistas da doutrina é amparada na melhor lição do Direito Comparado, se os entraves do mecanismo processual continuarem determinando escandalosas absolvições e absurdas extinções de punibilidade, frustrando o sentimento de justiça que, apesar de tudo, ainda subsiste no homem do povo. Já dizia o grande BECCARIA, em 1764, que a pena será "tanto mais justa e útil quanto mais rápida e próxima ao crime cometido" (6).

Não se compreende a demora na aplicação à justiça criminal das conquistas da ciência. Observa MANOEL PEDRO PIMENTEL que "os cérebros eletrônicos não entraram no recinto dos tribunais para serem experimentados. Há uma distância enorme entre a rotina dos trabalhos judiciais e a moderna tecnologia. Por isso mesmo, o acúmulo de serviços é regra geral" (7).

3 — O CÓDIGO PENAL DE 1969 — VISÃO DE CONJUNTO

Representa o Código Penal de 1969, ainda hoje sem vigência, a tentativa do legislador brasileiro de ajustar seu ordenamento penal às necessidades do tempo presente. Não foi propósito da Comissão que o elaborou a construção de um novo edifício, mas somente a atualização de uma lei com quase trinta anos de vigência, abarcando todo um período de vertiginoso progresso material e de profundas mudanças sociais.

(4) Crime, trad. bras., 1973, p. 229.

(5) Problema de Política Criminal e Reforma dos Códigos, in MP — Órgão Oficial do MP do Est. do Paraná, v. 6, p. 17.

(6) Del delitti e delle pene, § XIX.

(7) Estudos e pareceres de Direito Penal, 1973, p. 186.

A Exposição do Ministro GAMA E SILVA, após rasgados elogios ao Código de 40, acentua que a preocupação dominante no seio da Comissão foi a de manter no novo texto sempre que possível, as soluções apresentadas pela legislação vigente, "cuja eficiência e correção foram demonstradas em longos anos de aplicação por todos os tribunais do país".

Realmente, não se justificaria o desprezo de uma lei que teve proclamada sua excelência no Brasil e no estrangeiro. ANÍBAL BRUNO, o festejado mestre recentemente desaparecido, considerava o Código de 40 "uma obra de harmoniosa estrutura, de boa técnica, bem redigida, clara, concisa e que soube aproveitar com equilíbrio as inovações das mais recentes e atualizadas legislações penais" (8). FREDERICO MARQUES diz que aquela lei "honra nossa cultura jurídica" (9). SALGADO MARTINS qualifica-o como "diploma moderno com excelente travejamento de princípios, fruto da experiência jurídica" (10).

Que impressão se recolhe da nova obra, numa visão de conjunto?

Inspirado na idéia filosófica da Escola Unitária de SABATINI, acolhendo a lição humanista de LANZA e DORADO MONTERO de que a pena, de remarcada ação educativa, destina-se à recuperação social do criminoso, representa o novo Código, sem dúvida, importante avanço em nosso sistema repressivo. Procura acolher as justas e autorizadas críticas da doutrina e da jurisprudência à lei atual. Procura dar uma resposta mais exata ao crime e ao criminoso.

HELENO FRAGOSO, um dos professores que participaram de sua elaboração, pelo menos até determinada fase (11), faz-lhe nítidas restrições. Em obra recém-publicada — *Lições de Direito Penal*, P. Geral, Rio, 1976 — afirma que o Código acolheu só de forma tímida as exigências mais importantes do Direito Penal moderno (p. 60).

De minha parte, não censuro a prudência do legislador ao soffrear os avanços da doutrina como ocorreu, pelo menos em três pontos mencionados nos n.ºs 8, 12 e 16 da Exposição de Motivos (12).

Isso mesmo já afirmei em conferência proferida na OAB — Seção da Guanabara — em abril de 1970, sobre as Inovações da Parte Geral do Código Penal de 1969 (13).

Antes de adotar soluções novas, ainda não submetidas ao teste de uma experiência prolongada, precisa o legislador pensar muito, sobretudo quando empreende a reforma num período conturbado como este que ora atravessamos.

Vejo no texto de 69 o nítido propósito de melhorar, intento que, de modo geral, foi alcançado.

Considero da maior oportunidade e correção o compromisso com o Direito Penal da culpa, solenemente anunciado na Exposição de Motivos (n.º 3) e revelado, concretamente, no art. 19 (exigência de culpa na responsabilidade do agente pelo resultado mais grave) e na eliminação da regra constante do parágrafo único do art. 48 do Código atual (14).

(8) *Direito Penal*, 1.ª ed., v. 1, Tomo 1.º, p. 181.

(9) *Curso de Direito Penal*, v. 1.º, p. 93.

(10) *Direito Penal*, Introd. e p. geral, 1974, p. 71

(11) Subsídios para a história do novo Código Penal in *Rev. Direito Penal*, v. 3, p. 7 e segs.

(12) Supressão das regras atinentes à relação de causalidade; completa equiparação do erro de direito ao erro de fato; inclusão da grave perturbação da consciência como excludente da imputabilidade.

(13) *Rev. Informação Legislativa*, v. 27, p. 45, *Rev. Dir. do MP. GB*, v. 11, p. 71.

(14) Tal dispositivo ainda constava do Anteprojeto N. HUNGRIA, mas foi suprimido pela Comissão Revisora (cf. A. BRUNO, *Coments. Cód. Pen., Forense*, v. 2.º, p. 146).

Na verdade, com maior ou menor êxito, esforçam-se os legisladores modernos, das mais diversas orientações, por banir, por completo, qualquer resquício de responsabilidade objetiva nas reformas a que procedem.

Considero igualmente acertada a importância dada às conclusões que a Criminologia vem obtendo.

Após longos debates, conseguiu-se chegar hoje ao entendimento de que Direito Penal e Criminologia constituem ciências autônomas, que atuam em absoluta harmonia, com numerosos pontos de recíproca interferência. MICHEL ANGELO PELAEZ é incisivo ao afirmar que nenhum problema penal se pode resolver sem levar em conta "os resultados da criminologia, tornada base indispensável, na teoria e na prática, do direito penal moderno, como também do direito penitenciário e do direito processual" (15).

Inestimável contribuição tem prestado a Criminologia ao legislador penal, seja oferecendo-lhe, para a definição de tipos, as recentes conclusões da psicologia criminal, seja fornecendo critério para mais justa aplicação da pena.

Excederia meu intento proceder a um exame aprofundado e meticuloso do Código de 1969.

Limitando-me a uma análise sucinta, quero ressaltar alguns pontos que reputo de indiscutível acerto e que vêm aprimorar nosso sistema penal.

El-los, na parte geral:

- a) a correta designação do Título III — **imputabilidade penal** — em substituição à denominação **responsabilidade** apresentada pela lei atual (16);
- b) a designação também mais correta dada ao Título IV — **concurso de agentes**, — em vez de **co-autoria** (17);
- c) a inclusão do perdão judicial no elenco das causas extintivas da punibilidade, preenchendo lacuna da lei atual (18);
- d) a distinção entre coação física irresistível, como excludente da ação (art. 23), e a coação moral irresistível como excludente da culpabilidade (art. 24, a) (19);
- e) o reconhecimento da relevância parcial do erro de direito (art. 20), como temperamento ao rigor do princípio **error iuris nocet**;
- f) o acolhimento da teoria diferenciadora na disciplina do estado de necessidade (arts. 25 e 28), seguindo a esteira de outras legislações recentes;
- g) a nova disciplina da pena, em que se procurou introduzir as conquistas mais recentes da doutrina especializada, notadamente as que dizem respeito aos criminosos habituais ou por tendência.

Na parte especial, merecem destaque, a meu ver:

- a) a definição de novos tipos penais realizada com critério e equilíbrio, como, por exemplo: provocação indireta de suicídio, compra e venda de pessoa, violação da intimidade, furto de uso, incesto, fecundação artificial, embriaguez ao volante, forma culposa do crime de substância avariada, peculato de uso;

(15) **Introdução ao Estudo da Criminologia**, trad. port. 1962, p. 233.

(16) "Enquanto a imputabilidade se prende à estrutura do delito a responsabilidade é estranha ao seu conceito: é a obrigação de sofrer a consequência jurídica própria do crime (pena)" — BATTAGLINI, *ob. cit.*, p. 119.

"Por ser imputável, o autor do fato delituoso é culpado e, por ser culpado é responsável, isto é, deve responder por todas as consequências do crime — QUEIROZ F^o, **Lições de Direito Penal**, 1966, p. 139.

(17) "De princípio, as formas do concurso de agentes podem ser classificadas em dois grupos — a co-autoria propriamente dita e a participação, conforme se trata do fato principal ou de fatos secundários, da realização típica ou de fatos concorrentes" — A. BRUNO, **Dir. Pen.**, t. 2^o, p. 642.

(18) Já na aplicação do Cód. de 40 chegou-se à conclusão de que o perdão judicial é causa extintiva de punibilidade.

(19) Cf. PAULO JOSÉ DA COSTA JR., **Do Nexo Causal**, 1964, n.º 4, p. 13.

b) a definição, em termos mais adequados e precisos, de figuras criminosas já existentes no atual Código (exs. extorsão simples, transformada de crime formal em crime material — art. 168 —); a inclusão da forma fazer desaparecer no crime de dano (art. 174); a menção expressa de que o crime de rapto pode configurar-se também através da **retentio** (art. 244);

c) a disciplina mais rigorosa dada às formas qualificadas de roubo e de extorsão (arts. 167 e §§, 168 e §§);

d) o tratamento privilegiado concedido nos crimes patrimoniais ao agente que restitua a coisa ou repare o dano causado, antes de iniciada a ação penal (arts. 164 § 2º, 182, 183 § 187 § 3º, 195 par. único);

e) a exasperação da pena quando o crime contra a fé pública constituir meio para a prática de outro crime (art. 343), regra que soluciona controvertida questão na doutrina e na jurisprudência.

4 — AS MODIFICAÇÕES OPERADAS PELA LEI Nº 6.016, DE 1973

Em 31 de dezembro de 1973 foi publicada a Lei nº 6.016, da mesma data, modificando numerosos dispositivos do texto de 69. Este apresentava, sem dúvida, evidentes imperfeições, atribuídas, certamente à pressa que envolveu os trabalhos finais de sua elaboração.

Na Exposição de Motivos que acompanha a mensagem governamental do projeto que se transformou na aludida Lei 6.016, o Min. ALFREDO BUZAIID mostra que a nova reforma visou corrigir as imperfeições do Código e adequá-lo às peculiaridades nacionais e às contingências de nossa época para um melhor combate à criminalidade. O trabalho foi elaborado pelo Prof. BENJAMIN DE MORAES (20).

As inovações introduzidas, de modo geral, aperfeiçoaram a lei, como se pode notar dos seguintes pontos:

a) Pena da tentativa. O retorno à disciplina da lei atual, de redução obrigatória da pena em relação ao crime consumado (art. 14 parágrafo único) constitui medida acertada. Representava, sem dúvida, uma demasia a permissão dada ao juiz para, em casos excepcionais aplicar à tentativa a pena de crime consumado, nítida transigência com a teoria subjetiva.

b) A nova redação dada ao art. 26 veio afastar clamoroso equívoco contido na norma (21): quem obedece ordem não manifestamente ilegal tem isenção da pena, não uma simples atenuação dela.

c) A fixação da menoridade penal em 18 anos (art. 33), sem a possibilidade, contemplada na redação inicial de, em certos casos, reduzi-la a 16 anos. Preferiu o legislador de 73 atender aqui à prudente ponderação dos Juizes de Menores e outros estudiosos (22), mantendo a mesma disciplina do Código de 40.

d) A introdução da figura da prisão-albergue (art. 40), já usada, com êxito em algumas unidades federativas, permitindo ao condenado o exercício da atividade profissional fora do estabelecimento penal.

e) Nova disciplina da punição em caso de concurso de crimes (art. 65), distinguindo-se, como o faz a lei atual, para diversidade de tratamento, o concurso material e o concurso formal. O critério único, introduzido pelo texto de 69, deu margem a numerosas críticas, todas da maior procedência (23).

f) A aplicação de *sursis* a qualquer pena privativa da liberdade até 2 anos, seja de reclusão, seja de detenção.

(20) Cf. BENJAMIN DE MORAES, *O Futuro Direito Penal Brasileiro*, in *Rev. Inf. Legisl.*, v. 47, p. 193 e segs.

(21) Cf. BASILEU GARCIA, *Inst. Dir. Penal*, 4ª edição, 1975, v. 1º, Tomo 2º, p. 780.

(22) BASILEU GARCIA *ob. cit.*, p. 783.

(23) BASILEU GARCIA, *ob. cit.*, p. 792; PAULO JOSÉ COSTA JR.: "equiparar o concurso formal ao material implica num relegamento total do aspecto psicológico do delicto, redundando numa das mais clamorosas injustiças" (*Rev. Bras. Criminologia*, v. 4, p. 109).

g) A supressão de critério rígido na fixação do pequeno valor, em caso de furto atenuado, deixada ao prudente arbítrio do juiz a escolha da melhor solução.

Em outros pontos não foi feliz o legislador de 73, como, por exemplo, no caso da prescrição retroativa.

Todos sabemos que a orientação jurisprudencial hoje predominante está fixada na célebre SÚMULA 146 do Supremo Tribunal Federal. O legislador de 69 entendeu de acabar com essa "teoria brasileira de prescrição pela pena em concreto", que, ao ver da Exposição de Motivos (nº 37), "é tecnicamente insustentável e que compromete a eficiência e seriedade da repressão". Determinou, assim, que o cálculo se aferisse pela pena imposta, a partir da sentença condenatória de que houvesse recorrido o réu.

A Lei nº 6.016, de 73, voltou entretanto à disciplina do Código de 40, suprimindo a expressão restritiva "daí por diante" e, mais, dispensando qualquer recurso do réu: o que importa é que ocorra trânsito em julgado para a acusação.

Ora, tal entendimento tem como pressuposto a celeridade de julgamentos. Estará nosso mecanismo judiciário, hoje, aparelhado para isso?

5 — NOVAS ALTERAÇÕES — O PROJETO 636/75

Em junho do ano passado, outra tentativa de aprimoramento se manifesta. Em mensagem ao Congresso Nacional, propõe o Governo a alteração de dispositivos do Código de 69, já emendado pela Lei nº 6.016, de 73.

O projeto, com o nº 636/75, está sendo apreciado pelo Legislativo. Visa corrigir imperfeições redacionais (rubricas marginais omitidas, deslocadas ou incorretas; erros de pontuação e acentuação), mas, também, pretende introduzir modificações substanciais, como, por exemplo:

a) novo alargamento ao benefício do *sursis*, substituindo-se o requisito de primariedade pelo da inexistência da "condenação anterior por infração penal reveladora de má índole";

b) a projeção das causas atenuadoras da pena de furto (pequeno valor e reparação do dano) às hipóteses de furto qualificado;

c) a eliminação do crime — em vez de simples atenuação da pena ou perdão judicial — em caso de falso registro, parto suposto, ocultação ou substituição de recém-nascido, se animado o agente por motivo de reconhecida nobreza;

d) definição em termos mais restritos do crime de peculato de uso.

6 — CONCLUSÃO

Esta longa e penosa caminhada em busca da atualização de nosso ordenamento penal prossegue, sem que se possa vislumbrar o ponto de chegada. Muitas considerações ainda se impõem, seja para rever posições (exemplos: prescrição, cheque sem fundos), seja para suprir omissões (exemplo: subtração mediante arrebatamento como modalidade de furto qualificado).

De todo esse quadro, extrai o observador esclarecido interessantes conclusões: percebe, de um lado, a severidade crescente na apenação de determinados crimes e o aumento, talvez excessivo, do elenco de tipos penais; de outro lado, a mitigação da pena e a concessão de benefícios e favores ao réu. Isso bem reflete a perplexidade dos técnicos diante do problema penal. A solução há de vir com a urgência que a coletividade, atemorizada e insegura, reclama. Não se esqueça, porém, a advertência de NUVOLONE: "uma coisa é incontestável, qualquer que seja a doutrina seguida: devolver logo à circulação os delinquentes perigosos, porque a pena deve ser breve e objeto de providências de clemência, sem que eles tenham sido observados e estudados caso por caso e tenham sido objeto de um tratamento terapêutico ou reeducativo para os fins de prevenção especial, sem que tenham sido afastados do ambiente criminógeno, é um ato de irresponsabilidade, é um ato de traição à sociedade" (24).

(24) MP, Órgão of. do Paraná, v. 8, p. 23.