

ASPECTOS DA PARTE GERAL D ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL (*)

Heitor Costa Junior

Introdução

Qualquer reforma da legislação criminal deve merecer a atenção, não somente dos juristas, porquanto é um problema que a todos atinge na medida em que o Direito Penal demarca a intervenção do poder público na liberdade individual do cidadão.

A revisão legislativa não se dá somente em nosso país. Vivemos, na atualidade, um momento histórico de grande importância em relação à reforma penal, especialmente na América Latina. São recentes, todos com menos de uma década, os códigos da Colômbia, Equador, Costa Rica, Bolívia e El Salvador. O mais novo é o cubano de 1979. Infelizmente, muitos destes seguem "tendências de definido caráter totalitário tendendo à destruição dos princípios do estado de direito que se concretizam nas chamadas garantias liberais do Direito Penal"⁽¹⁾. Também na Europa, têm ocorrido modificações legislativas. O atual texto do Código Penal Alemão entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1975, afirmando *Jescheck* que tal reforma se "situa no grande movimento internacional para a liberalização e humanização do Direito Penal" que se iniciou nos fins da década de 1950 ⁽²⁾.

Parece pacífico, em nossos dias, que a melhor reforma penal é a que não abusa do Direito Penal e possibilita uma boa realização da justiça material e também que a mais sábia política criminal deriva de uma política social equânime.

A reforma penal brasileira é de suma importância seja pela tradição de alto nível técnico de nossa legislação, seja por haver a mesma influído em outras nações. Como se sabe, o nosso excelente Código Imperial — 1830 — de autoria de Bernardo Pereira de Vasconcelos foi o primeiro diploma penal autônomo da América Latina e tendo, por diversas vezes, influenciado o legislador espanhol, em razão da "dominação colonial"⁽³⁾ indiretamente serviu de modelo a toda legislação da América hispânica.

Após o Código Imperial tivemos o primeiro Código Republicano de Batista Pereira, tecnicamente criticável e justamente considerado como nosso pior estatuto penal. A vontade de reformá-lo gerou o anteprojeto de *João Vieira de Araújo, Galdino Siqueira e Sá Pereira*.

No Estado Novo, *Alcântara Machado* redigiu seu projeto que submetido à comissão — integrada por *Hungria, Costa e Silva, Roberto Lyra, Narcélio de Queirós e Vieira Braga* — foi, em dezembro

(*) Tese apresentada no II Encontro do Ministério Público Fluminense, realizado em Angra dos Reis, nos dias 13, 14 e 15 de novembro de 1981.

de 1940, sancionado. É a legislação em vigor em nosso país, fundada em modelos europeus do início do século, especialmente no Código Rocco de 1930⁽⁴⁾ e no suíço de 1937. A lei, diz *Soler*, resulta de um sistema de idéias⁽⁵⁾. Considerando a influência da legislação fascista italiana e também que vivíamos no Estado Novo quando da promulgação do Código de 40 poderia parecer correto concluir-se que nosso código é um código fascista. Taxá-lo desta forma, apesar de sua severidade, seria incorreto. Hungria e os demais integrantes da Comissão revisora eram homens de espírito liberal e construíram um direito punitivo liberal e democrático, na medida em que ele possa sê-lo, pois hoje ninguém mais duvida que o Direito Penal nada tem de igualitário. No momento da repressão, a igualdade dar-se-á tão-somente a nível jurídico-formal. Ingênuo seria pensar de outra forma.

Para que se tenha uma visão deste código passamos a identificar seus princípios básicos: ele adota a concepção objetiva do crime, o dualismo culpabilidade — penal e periculosidade — medida de segurança, considera a personalidade do criminoso; aceita excepcionalmente a responsabilidade objetiva (pois regra geral, ela está baseada na responsabilidade moral tendo como pressuposto a liberdade da vontade). Segue o referido Código postulados tanto da Escola Clássica como da Escola Positiva. Não aceita, como lembra *Fragoso*, a pena indeterminada nem o dia-multa já previsto no Código Sueco. Nele, lamentavelmente, encontrou guarida a presunção de periculosidade⁽⁶⁾.

Ainda hoje se questiona sobre a necessidade da reforma penal. Há os que contra ela se insurgem. *Hungria*, o mais ardoroso defensor do Código vigente, em 1963, elaborou a pedido do Governo Jânio Quadros um anteprojeto de Código Penal, mantendo em suas linhas gerais o Código de 1940⁽⁷⁾. Este trabalho, interrompido pelos acontecimentos políticos de 1964, será fundamental para a preparação do Código Penal de 1969, promulgado pela junta militar em outubro daquele ano — Dec.-Lei 1.004 —. Seu período de vacância foi prorrogado sucessivamente, 1970, 1971, 1972, 1974, até a sua revogação efetuada pela Lei 6.578 no Governo Geisel. O mesmo não ocorreu com a legislação penal militar que entrou em vigor em outubro de 1969. Não se poderá justificar a revogação do C. P. de 1969 sob o aspecto da técnica-jurídica, pois eficiência desta ordem não lhe faltou já que ele incorporou os princípios mais modernos da ciência penal. Não seria, assim, temerária a afirmação de que este código representou um notável avanço na legislação penal brasileira. Por estranho que pareça, inclusive, algumas conquistas suas estão ausentes no anteprojeto de 1981.

Passamos a nomear seus princípios fundamentais para esclarecer-se as posições doutrinárias a que se filiou: a) adoção do direito penal de culpa; 2) melhor tratamento dado aos crimes comissivos

por omissão e aos crimes culposos; 3) abandono do tradicional rigor em relação ao erro de direito; 4) adoção da teoria diferenciadora no estado de necessidade; 5) adoção do sistema vicariante; 6) adoção do sistema do dia-multa. Algumas críticas lhe podem ser dirigidas. Pessoalmente, discordamos da criação da categoria dos criminosos habituais e por tendência e da tentativa de diminuir a faixa etária para efeito da imputabilidade — quando o agente revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta — sendo que esta última medida foi posteriormente modificada, prevalecendo o limite da imputabilidade aos 18 anos⁽⁹⁾.

O atual anteprojeto

O anteprojeto de Código Penal publicado em março deste ano foi elaborado pela comissão presidida por Francisco de Assis Toledo, tendo como membros *Ricardo Andreucci, Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Tucci e Renné Dotti*, nomeada pelo Ministro da Justiça⁽¹⁰⁾.

Do trabalho da comissão, somente foi publicado até o presente momento a matéria referente à parte geral do Código Penal, na qual encontramos, a teoria da lei penal, do delito e da pena. Salientar a importância da parte geral é um fato praticamente desnecessário, já que aí está o campo de maior relevância técnica do Direito Penal, porque nela estão fixados os preceitos genéricos que lhe são aplicáveis. Além do mais, cientificamente a parte geral encontra-se melhor desenvolvida do que a especial⁽¹¹⁾. Isto se dá, em face dos juristas terem-na tratado com maior rigor sistemático. A sua fase de mera exegese, já foi de há muito ultrapassada. Especialmente com o finalismo, a teoria do delito alcançou alto padrão técnico. Assiste, assim, razão a Nilo Batista ao afirmar que pela parte geral podemos conhecer o jurista que fez a lei⁽¹²⁾. Vejamos, então, os princípios básicos do direito legislado neste anteprojeto: a ilustre comissão acatou o princípio da reserva legal; adotou o sistema vicariante, abandonou a presunção de periculosidade, inovou em relação à pena ao estabelecer a "prestação de serviços à comunidade e aprendizado compulsório"; transformou a atual pena acessória de interdição de direitos em pena principal; criou a multa reparatória enfatizando a reparação do dano e estabeleceu maior reação penal para os crimes praticados com violência à pessoa⁽¹³⁾. Observamos, ainda, modificações referentes ao arrependimento posterior, ao erro de proibição, aos crimes comissivos por omissão, à tentativa e ao crime impossível, crime continuado, etc. . .

A partir de agora nosso trabalho consistirá em analisar determinadas normas do anteprojeto demonstrando o que entendemos acertado e merecedor de modificações. Para tanto reproduziremos várias vezes sugestões que nasceram da análise do Anteprojeto, rea-

lizada em três sessões no Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, consubstanciadas no parecer remetido ao Ministro da Justiça em abril deste ano^(13-A).

No que concerne ao Título I ofereceu o I. C. Penais cinco sugestões. A sugestão inicial diz respeito ao artigo 1.º que reproduz, na íntegra, o seu similar do Código de 1940. Neste, assegurou-se o princípio da reserva legal para as medidas de segurança sem a preocupação, todavia, da anterioridade da lei ao fato. Se diversa a medida, pode ser aplicada a vigente ao tempo da sentença ou da execução, consoante dispõe o art. 75. Este entendimento é criticável na atualidade. Da medida de segurança não se pôde afastar a anterioridade da lei. Principalmente quando detentiva. Seu caráter aflitivo é notório. Como exemplo desta posição podemos citar o C. P. Alemão: o inc. VI do seu art. 2.º determina a aplicação destas medidas previstas na data do julgamento. Porém, quando se trate de medidas detentivas aplicar-se-á a *lex mitior*. Considere-se que estas medidas de segurança ainda estão presentes no anteprojeto (art. 97).

A segunda sugestão se refere tão-somente à modificação topográfica das regras disciplinadoras do conflito da norma penal no tempo: "o art. 6.º do anteprojeto passaria a ser o 4.º, este passaria a ser o 5.º e o 6.º entraria no lugar deste último".

No § 1.º do art. 4.º, que define "extensão de território nacional" achou-se por bem "correlacionar em função do advérbio respectivamente" os vocábulos "navio" e "alto-mar" e "aeronaves" e "espaço aéreo", propondo-se a seguinte redação: "Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional os navios e aeronaves brasileiros, de natureza pública, ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como os navios e aeronaves brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, em alto-mar ou espaço aéreo correspondente"⁽¹⁴⁾.

No artigo 11, que trata das frações não computáveis da pena, sugeriu-se acrescentar "restritivas da liberdade"⁽¹⁵⁾. A última sugestão no primeiro título seria a de acrescentar ao artigo 12 do Anteprojeto a seguinte frase: "se esta não dispuser de modo diverso" enfatizando e preservando o princípio da subsidiariedade. Seria este o lugar oportuno para se pensar acerca da oportunidade de legislar-se sobre o concurso aparente de normas como fizera Hungria no artigo 5.º do seu anteprojeto ao tratar da aplicação da lei penal, lembrando o mestre que os princípios lógicos "notadamente quando advertem contra um excesso de pena devem ser expressamente consignados". Sua ausência do texto legal "explica os não raros casos de *bis in idem* em matéria penal encontrados nos repertórios de jurisprudência"⁽¹⁶⁾. A nosso ver, deveria também ser reproduzido o § 2.º do art. 2.º do C. P. de 1969⁽¹⁰⁾.

No título II, o mais importante da parte geral, há conquistas e retrocessos. Inicialmente, pensamos ser dispensável a previsão le-

gislativa da causalidade. Opinamos no Instituto de Ciências Penais pela supressão do artigo 13 do anteprojeto, que adotou a teoria da *conditio sine qua non*, mantendo-se apenas o § 2.º, do referido artigo, evidentemente reenumerado, que disciplina os delitos impróprios de omissão, adotando os critérios formais do qual deflui a posição de garantidor⁽¹⁷⁾. Na questão da posição de garantidor, apenas se pretendeu, no Instituto de Ciências Penais, modificar a alínea "c" que teria a seguinte redação: "com seu comportamento anterior criou o risco da superveniência do resultado"⁽¹⁸⁾.

O artigo 14, inc. I e II dedicado à tentativa tem redação idêntica ao do Código vigente (art. 12). Achou-se por bem, no I. C. Penais, modificar-se seu inc. II acrescentando-se "a execução" as expressões "da conduta típica".

Em relação à desistência voluntária, sugerimos fosse mantida a redação constante do art. 15 do C. P. de 1969 e não a que se encontra no art. 15 do Anteprojeto, idêntica à do Código de 1940. Parece-nos que a expressão "desiste de prosseguir na execução" é forma bem mais clara do que "desiste da consumação" para definir a desistência voluntária.

Opinou-se no relatório do I. C. Penais que o artigo 16 do anteprojeto — arrependimento posterior do agente — fosse transferido para o capítulo da aplicação da pena⁽¹⁹⁾.

No artigo 17, considerando-se que o anteprojeto adota, como o Código em vigor, a teoria objetiva na solução dos problemas relativos à tentativa inidônea, achamos por bem seja feita referência à possibilidade de ser aplicada, nesta hipótese, medida de segurança. Para tanto será necessário que se inclua no título VI uma norma correspondente ao artigo 76, parágrafo único do C.P. vigente. Como admitir-se, na tentativa, a teoria objetiva, com a consequência inevitável de não se poder aplicar pena por ausência de ofensa ao bem jurídico e ao mesmo tempo deixar-se de aplicar a medida de segurança? Parece-nos uma brecha imperdoável.

A forma empregada pelo anteprojeto para definir o dolo é extremamente simples e doutrinariamente insatisfatória. No dolo direto não é necessária a referência ao resultado. Sugerimos a técnica empregada no Projeto Eduardo Correia ou a do Código Penal Tipo para a América Latina para o dolo direto e para o dolo eventual a forma do C. P. Cubano de 1969. Na discussão da matéria no I. Ciências Penais resultou a seguinte redação: "art. 18. — Diz-se o crime doloso, quando o agente: I — representando um fato que corresponde a um tipo legal de crime, atua com vontade de o realizar; II — representa a realização de um fato que corresponde a um tipo legal de crime como consequência necessária da conduta que empreende; III — representando a probabilidade de realizar um fato que corresponde a um tipo legal de crime, ainda assim atua conformando-se com sua realização"⁽²⁰⁾.

O crime culposo, no anteprojeto, mereceu redação idêntica à do Código em vigor quando no de 1969 já encontrávamos técnica mais precisa, como também no C. P. Tipo para a América Latina. Qualquer destas soluções seria satisfatória⁽²¹⁾. Em tais documentos legislativos se enfatiza a violação do dever de cuidado. Na Exposição de Motivos do C. P. de 1969 já se consignara o abandono na definição do delito culposo o critério casuístico, salientando-se: "A ilicitude nos crimes culposos surge pela discrepância entre a conduta observada e as exigências do ordenamento jurídico com respeito à cautela necessária em todo comportamento social, para evitar danos aos interesses e bens de terceiros".

O instituto do *erro* mereceu no anteprojeto tratamento condizente com o moderno D. Penal que é um D. Penal da culpa. Assim, a culpa jurídica não pode distanciar-se da culpa moral. Apenas, achamos desnecessária a presunção do conhecimento da lei constante do artigo 21. Todas as presunções devem ser afastadas do D. Penal.

As *discriminantes putativas* previstas no § 1.º do art. 20 do Anteprojeto estão topograficamente mal colocadas, pois o erro, nesta hipótese, é uma das formas de erro de proibição excluindo a culpabilidade por ausência da consciência da ilicitude do fato, mantendo-se perfeitamente íntegro o dolo. Portanto, as causas putativas de justificação não podem ter seu tratamento legal vinculado à situação de "erro de tipo". Este tecnicamente exclui apenas o dolo. Tal categoria de exculpação deve ser colocada após o artigo 21 que cuida do erro sobre a ilicitude. Frise-se que ficamos vencidos, com Nilo Batista, ao sustentarmos a posição do anteprojeto, na solução alvitrada pelo I. C. Penais no sentido de punir o fato culposamente, se prevista em lei esta forma de agir, ocorrendo erro acidental. A solução parece melhor, mas atemoriza-nos a criação do *crimen culpae*, nela não prevista, na hipótese de erro evitável em crime doloso na qual a modalidade culposa não esteja tipificada. A impunidade desta conduta dificilmente seria aceita. Por isto, cremos ser melhor aplicar-se a pena do delito doloso atenuada gradativamente de acordo com o grau de evitabilidade do erro⁽²²⁾.

O Anteprojeto não catalogou as causas de exculpação em apenas um artigo como, com melhor técnica, fez o legislador de 1969. A coação irresistível, moral e física, com conseqüências sistemáticas diversas, estão localizadas no mesmo artigo do Anteprojeto ao lado da obediência hierárquica, o que poderia ter sido facilmente evitado⁽²³⁾.

Na linha da lição de *Hungria*, anteriormente citada, de que os institutos que beneficiam os réus devem ser expressamente mencionados, apesar de aqui entendê-la supérflua, achamos por bem seja mencionado entre as causas de justificação o consentimento do ofendido (de quem possa dispor e de bem disponível) já preceituado no Anteprojeto Alcântara Machado. Ousamos discordar do mestre

Hungria. Tal omissão não se justifica pois o estrito cumprimento do dever legal está previsto, sendo óbvio que aquele que age amparado pelo cumprimento do dever não pratica crime, o mesmo ocorrendo com o que realiza a conduta fundado no exercício regular de direito. Lembramos, também, a necessidade de se inserir o excesso intensivo escusável por medo, surpresa ou perturbação de ânimo como previsto no § 1.º do art. 30 do C. P. de 1969, reproduzindo-se a faculdade de atenuação no excesso doloso.

No título III do Anteprojeto as únicas modificações propostas pelo Instituto de Ciências Penais foram no sentido de permitir na semi-imputabilidade, alternativamente à redução da pena, sua substituição por outra menos grave e também a supressão do art. 28, segundo o qual a emoção ou a paixão e a embriaguez voluntária ou culposa não excluem a responsabilidade penal. “O § 1.º do art. 28 passaria a ser o art. 28 e o § 2.º se converteria em parágrafo único”⁽²⁴⁾. Desta última proposta discordamos.

O título IV dedicado ao que se chamou de “concurso de pessoas” mereceu uma revisão fundamental. Acatando-se a formulação de *Nilo Batista* sugeriu-se nova redação para o art. 29 separando a autoria direta, a autoria mediata, a co-autoria, a instigação e a cumplicidade⁽²⁵⁾. Nova redação, também, foi indicada para os §§ 1.º e 2.º do art. 29 do Anteprojeto, a saber: “Se o auxílio prestado for de somenos importância, a pena pode ser diminuída de um a dois terços, ou substituída por outra menos grave. § 2.º. A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo sua própria culpabilidade. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, somente por este responderá, salvo se o resultado mais grave puder ser-lhe imputado a título de culpa”⁽²⁶⁾. Também ao art. 30 se propôs nova redação: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal salvo quando elementares do tipo legal de crime, e desde que conhecidas pelo partícipe ao qual hajam de comunicar-se”.

No Título IV do Anteprojeto encontraremos diversas inovações. Criou-se alternativas à desgastada pena privativa de liberdade, mercedora, há longo tempo, de críticas severas de doutrina, abandonando-se, outrossim, as penas indeterminadas constantes do C. P. de 1969. A privação da liberdade no Código em vigor constitui a sanção criminal por excelência. Os penalistas vinham demonstrando que a diversidade de condutas incriminadas no Código merecia maior criatividade no campo da reação penal. *Renné Dotti*, membro da Comissão, lembra ser aplicável no Código de 1940 em cerca de 260 infrações, só nos tipos básicos, a pena privativa de liberdade e dentre os 69 tipos da Lei das Contravenções Penais a 50 deles é cominada prisão simples⁽²⁷⁾.

Alçou-se as penas acessórias à categoria de penas principais⁽²⁸⁾. Além das *penas restritivas de direito* — prestação de serviços à co-

munidade, interdição temporária de direitos e aprendizagem compulsória — aplicáveis de forma autônoma, contamos com as tradicionais penas *privativas de liberdade* — reclusão e detenção — cujo máximo ainda foi mantido excessivamente alto, isto é, 30 anos⁽²⁹⁾ e as *patrimoniais* (arts. 49, 53 e 58). Previu-se para a pena privativa de liberdade o regime fechado, semi-aberto e aberto.

O Anteprojeto não acolheu como forma de diversificação da pena privativa de liberdade a prisão de fim de semana e o exílio local, sugerida pelo Instituto de Ciências Penais com base no parecer elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Vara das Execuções Criminais do Estado do Rio de Janeiro⁽³⁰⁾. Das trinta e oito sugestões constantes deste documento parece-nos mais importante a que se dedica à crítica da "multa reparatória". Merecem transcrição os argumentos que a fundamentaram: "A multa reparatória inventa, consigo, o conceito de prejuízo material. Quis o legislador excluir prejuízos de outra ordem (moral, estético, etc.). E o que será "prejuízo demonstrado no processo? Será aquele constante de laudo oficial de avaliação, ou o estabelecido por sentença? A reparação do dano causado pelo delito adquire modernamente importância que não pode ser dissimulada; convertê-la em pena, contudo, é avançar numa direção confusionista e perigosa. Poderá ela exercer funções importantes, inclusive na área da extinção da punibilidade; falta-lhe, todavia, o elemento fundamental da natureza da pena: a reparação do dano não priva o autor do ilícito de certos bens jurídicos, mas tão-somente promove o restabelecimento da ordem anterior ao ilícito. Não intimida, não castiga, é elitista e compromete a dignidade das instituições penais"⁽³¹⁾.

Confrontando-se o art. 53 do Anteprojeto com o que trata do arrendimento posterior — art. 16 — observa-se, em relação a determinados delitos, a plena impunidade, já que a reparação do dano foi introduzida como pena principal.

Salutar o dispositivo do art. 38 preocupado com o respeito e a dignidade humana do sentenciado. Em relação ao crime continuado — art. 71 — expressamente se impossibilita o benefício legal em alguns crimes onde se ofenda a bens personalíssimos como no homicídio, roubo, extorsão e estupro. A medida poderia ser alargada em relação a outros delitos, como salientado na 27.^a sugestão do parecer do grupo de trabalho da Vara das Execuções.

Com relação às *medidas de segurança*, abandonou-se o sistema do duplo-binário de origem suíça — Projeto Stooss de 1894 — adotado pelo Código Italiano como por nossa legislação penal em vigor. Neste sistema, aplica-se, além da pena, medida de segurança detentiva tanto para imputáveis como para semi-imputáveis, sendo àqueles somente quando considerados perigosos. A periculosidade, ainda hoje, é presumida de forma absoluta nos termos do art. 78 do Código em vigor. O anteprojeto filiou-se ao sistema vicariante o que

impede a criticável solução do duplo-binário. A medida de segurança fica destinada aos imputáveis, podendo a pena privativa de liberdade ser substituída por medida de segurança para os semi-imputáveis. Jamais a solução bilateral. Na linha do preceituado na Lei de Tóxicos sugeriram os membros do Ministério Público gaúcho fosse acrescentado ao artigo 96 dentre as medidas de segurança previstas o "tratamento compulsório" quando desnecessário o internamento, mas recomendável o tratamento extra-hospitalar⁽³²⁾. Idêntica sugestão partiu do Instituto de Ciências Penais.

Finalmente no capítulo da ação penal, ainda no Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, opinou-se pela supressão da ação penal subsidiária, ampliação da extinção da punibilidade sempre que ocorrer reparação do dano, não se limitando ao peculato culposo, mas estendendo-se aos crimes culposos em geral e a delitos patrimoniais de pequeno valor desde que inexistente violência ou grave ameaça. Sugeriu-se, também, a adoção no Anteprojeto da prescrição da pena *in concreto* com a supressão do § 2.º do art. 110; incluindo-se, ademais, no texto legal que na hipótese de crime continuado a prescrição deve ser regulada pela pena imposta na sentença sem o acréscimo da continuação como consta da Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal. Não temos dúvida em endossá-las.

Clama-se, em nossos dias, por menos Direito Penal. Estas modificações, a nosso ver, possibilitarão uma melhor realização da justiça. Há Códigos, o que não é o caso deste, que nascem velhos por desconhecerem as conquistas científicas de seus dias. Tem razão Barbero Santos: "*una ley no es novedosa porque sea reciente la fecha de su promulgación sino porque se apoya en concepciones que corresponde al espíritu de la época*"⁽³³⁾.

(32) O Projeto de Lei de 1952 encaminhado ao Congresso Nacional pelo Ministério da Justiça, em 1952, prevê a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança para os imputáveis, podendo a pena privativa de liberdade ser substituída por medida de segurança para os semi-imputáveis. Jamais a solução bilateral. Na linha do preceituado na Lei de Tóxicos sugeriram os membros do Ministério Público gaúcho fosse acrescentado ao artigo 96 dentre as medidas de segurança previstas o "tratamento compulsório" quando desnecessário o internamento, mas recomendável o tratamento extra-hospitalar. Idêntica sugestão partiu do Instituto de Ciências Penais.

(33) Barbero Santos, *op. cit.*, p. 100.

Bibliografia e notas

- (1) Cf. *Bacigalupo*, E. "Princípios de Política Criminal das recentes reformas e projetos de reforma na América Latina", in "Rev. Direito Penal" nº 29, p. 81. Corretíssima, assim a afirmação de *Pietro Nuvolone* quando afirma que numa reforma penal se chocam "problemas de natureza essencialmente científica e problemas de política e técnica legislativa", cf. "Problemas da Reforma Penal Italiana", in "Rev. Bras. Crim. Dir. Penal", n.º 10, p. 45.
Não se pode ignorar, outrossim, importantes documentos como o anteprojeto *Soler*, *Eduardo Correia* e o *Código Penal Tipo para América Latina*.
- (2) Cf. *Reforma del Derecho Penal en Alemania*. P. General, ed. Depalma, B. Aires, 1976, p. 21.
- (3) *Fragoso*, H. — *Direito Penal Comparado na América Latina*, in "R.D. Penal", nº 24, p. 17.
- (4) Como observa *Vassali* o *Código Rocco* foi mais severo do que o anterior *Zanardelli*. Aumentou a pena e agravantes, estendeu a responsabilidade objetiva, possibilitou "a aplicação de medida de segurança após o cumprimento da pena para os delinquentes imputáveis ou semi-imputáveis, sem possibilidade de não aplicação de uma sem a outra", cf. o *Código Rocco*, in "R.D.P." 27, p. 54. "O *Código Rocco* nasce em uma Itália fortemente centralizada, expressão de uma concepção totalitária do Estado, de um regime antidemocrático e seguro de si. Era uma posição histórica cheia de incógnitas e de perigos, mas não se pode negar que representasse um momento bem definido, um plano político com suas características bastantes consolidadas. A codificação era fruto da chegada, o coroamento de uma crise, chegada a seu modo à solução. Do ponto de vista econômico-social era o código de uma sociedade que tinha procurado enquadrar as forças da produção sob uma égide substancialmente conservadora, não ignorando as massas, mas instrumentalizando-as pela atuação do regime". *Pietro Nuvolone*, art. cit., p. 50.
- (5) *Bases Ideológicas de la Reforma Penal*, ed. Univ. Buenos Aires, B. Aires, 1966.
- (6) Cf. *Fragoso*, *Lições de Direito Penal*. P. Geral, p. 72.
- (7) Elimina medidas de segurança detentivas para imputáveis e sistema vicariante para semi-imputáveis. Pretendia aumentar penas privativas da liberdade; dava relevância ao erro de direito; aumentava a repressão para os criminosos habituais ou por tendência. Temos em vigor o C. Penal de 1940 com as modificações introduzidas pela liberalizante Lei nº 6.416, de 1977. Cf. *Damásio de Jesus*, *O Novo Sistema Penal*, Ed. Saraiva, 1978.
- (8) A partir de 1965 participaram da comissão os Professores Hélio Tornaghi, Anibal Bruno, Heleno Fragoso, sendo este o autor da Exposição de Motivos. Cf. "Subsídios para a história do novo Código Penal", in *Lições cit.*, p. 299 e segs.
- (9) Cf. art. 32 do Anteprojeto Hungria de 1963.
- (10) O ilustre Presidente da Comissão, Francisco de Assis Toledo, em artigo publicado na "Revista Ciência Penal", reconheceu que a crise de confiança na justiça criminal advém "do descompasso existente entre o sistema do Direito Penal vigente e as reais exigências da sociedade em que vivemos" ("A missão do Direito Penal e a Crise da Justiça Criminal", in "Revista cit.", nº II, p. 29. Na Itália *Pietro Nuvolone* faz idêntica afirmação. Cf. "O Sistema do Direito Penal", Rev. Tribunais, S.P., 1981, p. 9. Cf. tb. "Crisis del Derecho Repressivo", Cf. *Beristain*, ob cit. Ed. Edicusa. Madrid, 1977.
- (11) A parte especial será objeto de outro projeto.
- (12) Cf. "Observações sobre a reforma penal", in "Jornal do Brasil", C. Especial, 14-06-1981. Cf., ainda, "Sugestões ao Anteprojeto da Reforma do Código Penal". Separata da Associação do M.P. do Rio Grande do Sul. A Comissão que elaborou este trabalho entendeu haver o anteprojeto se constituído num "avanço em matéria penal porque, a par de aproveitar vários dispositivos do Código Penal em vigor, que mantém ine-

- gável atualidade, propõe soluções compatíveis com nossa realidade, sendo que acolhidas algumas alterações atenderão elas às nossas necessidades de combate à criminalidade”.
- (13) Cf. Anteprojeto.
- (13-A) Participaram das referidas reuniões os Professores Heleno Fragoso, Nilo Batista, Heitor Costa Jr., Juarez Cirino dos Santos, Celso F. de Barros, Maria Cristina P. dos Anjos, Técio Lins e Silva, Delphim S. de Oliveira, Arthur Lavigne, Luiz Fernando Freitas Santos, Cláudio Ramos, Sergio Verani, Ilídio Moura, Elisabeth Cassar, Sérgio Fragoso e Alexandre M. Dumans.
- (14) Cf. Relatório do Instituto de Ciências Penais, p. 4.
- (15) *Idem*.
- (16) *Idem*.
- (17) Já dissemos em outro trabalho: Atualmente a doutrina mais moderna entende superado o critério formal e advoga pela adoção de critérios materiais, limitando-se apenas a dois grupos a posição de garantidor: deveres especiais de proteção para com determinados bens jurídicos e responsabilidade por determinadas fontes de perigo. Na primeira categoria está incluída a posição de garantidor, que decorre da lei, ou em particulares vínculos naturais, de relações contratuais, ou livre aceitação da garantia e, finalmente, de posição de garantidor derivada de especiais relações de confiança ou se se quiser “determinada conduta de vida”. Na segunda categoria — responsabilidade por determinada fonte de perigo — decorrem dois casos de garantidor: deveres de vigilância e conduta precedente perigosa — a chamada ingerência”. *A Dogmática dos Delitos Omissivos no Moderno Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1979, p. 113.
- (18) Cf. parecer cit.
- (19) *Idem*.
- (20) Cf. 13ª sugestão do parecer I.C. Penais.
- (21) “Diz-se o crime culposo, quando o agente realiza um fato que corresponde a um tipo legal de crime, deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária ou especial a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevendo o resultado que podia prevenir, ou caso o tenha previsto, conduzindo-se na confiança de poder evitá-lo.”
- (22) *Schroder*, grande defensor da culpa de direito, modificou sua posição doutrinária postulando pela criação de uma figura culposa ao lado de cada tipo doloso, o que geraria situação absurda. Cf. crítica de *Welzel, Hans — Derecho Penal Aleman*, Ed. Jurídica, Chile, 1970, trad. *J.B. Ramirez e Sergio Y Perez*, p. 226. Entre nós a tese da culpa de direito foi defendida por Alcides Munoz Netto. Cf. *Erro de Fato e de Direito no Anteprojeto de Código Penal*. Já tivemos oportunidade de criticar esta corrente”. “Erro de Direito. Causa de Atenuação ou Substituição de Pena”, “*Rev. Justitia*”, nº 82, pp. 119/132.
- (23) Cf. art. 24 C.P. 1969.
- (24) Cf. 20ª sugestão I. C. Penais.
- (25) *Idem*.
- (26) Cf. *Bases Alternativas para o Sistema de Penas*, Saraiva, p. 37.
- (27) Cf. também art. 92 — efeitos da condenação.
- (28) Cf. Código Penal Alemão, art. 38, II — pena máxima de 15 anos e *Jeschek — Reforma del Derecho Penal en Alemania cit.*, p. 67.
- (29) A comissão foi integrada pelo Dr. Francisco Horta, Dr. José Mauro Couto Assis, Dr. Nilo Batista e Dr. Jorge Alberto Romeiro Júnior.
- (30) Cf. parecer cit. 15ª sugestão.
- (31) Cf. 37 separata Membros M.P. Gaúcho cit.
- (32) *In Prólogo — “Medidas Penales en Derecho Contemporáneo”, Beristain Antonio*, Ed. Reus, Madrid, 1974, p. 9.