

A REFORMA PENAL BRASILEIRA (*)

Heitor Costa Junior

Sr. Presidente da mesa, professores, magistrados, membros do Ministério Público, prezadíssimos Defensores Públicos, com quem desejamos nos felicitar pela programação deste importante evento.

Vamos iniciar a nossa palestra lamentando a existência de uma grande distância entre a Ciência Penal e a prática jurídica. Circula ainda, no cotidiano da Justiça Criminal, o conceito clássico de delito, incapaz de compreender e explicar os institutos da nova legislação criminal.

Desejamos salientar também que, não obstante as ferozes críticas de que vem sendo alvo a dogmática, dela não podemos ainda prescindir, pois a dogmática representa instrumento técnico precioso que cuida do objeto produzido pela política criminal, possibilitando uma segura e racional aplicação do Direito Penal na resolução de graves conflitos. Como diria *Stratenwerth*, através da dogmática é possível que se reduzam as emoções no momento da avaliação, no momento da carga de reprovabilidade que um julgamento, por vezes, importa.

Vemos o Direito Penal como instrumento e limite da política criminal. Não devemos, todavia, considerar qualquer sistema como perfeito, completo e acabado. Precisamos nos debruçar sobre ele, tentando uma melhor sistematização, demonstrando os seus defeitos e as suas qualidades; enfim, procurando contribuir para que o produto do legislador seja mais eficaz no momento da distribuição da justiça.

A dogmática sistematizada critica as normas vigentes. A dogmática parte do direito positivo. Temos necessariamente que ter um direito positivo, porque, se não o tivermos, como diz *Welzel*, cairemos num grande jusnaturalismo e nada mais teremos do que uma aspiração ética. Esta deve ser formalizada pelo legislador. Mas isto não significa que devamos ser positivistas, no momento atual do pensamento ocidental. Devemos estar preocupados com a dogmática, mas numa visão crítica, preocupados com a pessoa humana como fundamento de todos os valores, num país cuja recente Constituição declara ter o Estado Democrático de Direito, como seus fundamentos, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político; e como objeto, uma sociedade solidária e justa, que visa o bem de todos e a prevalência dos direitos humanos. Temos aí pautas axiológicas imprescindíveis para o Direito Penal.

(*) Palestra proferida na Conferência Internacional de Direito Penal, em outubro de 1988.

O professor *Zaffaroni* fez ontem um histórico que demonstra perfeito conhecimento da nossa realidade, da história do Direito Penal Brasileiro.

Esta reforma penal foi recebida, em nosso país, com muita má vontade, o que sempre lamentamos. Não vamos aos antecedentes do Código Imperial e do Primeiro Código Republicano. Em 1940, tivemos um Código — o mesmo professor *Zaffaroni* a ele se referiu demonstrando o seu idealismo — que um dos maiores penalistas brasileiros de todos os tempos, Nelson Hungria, defendeu com garra, com vigor e inteligência invulgar. O próprio Hungria, em 1963, sentiu a necessidade de renovar a legislação penal pátria. Fala-se, com freqüência, que há mais marxistas do que *Marx*, mais freudianos do que *Freud*. Aqueles que criticaram a reforma penal de 1984 defenderam mais o Código de 1940 do que Hungria.

Era necessário que os penalistas se debruçassem sobre o Código Penal de 1940, filiado, como todos sabem, a modelos que não mais representavam o momento político vivido pela nação, para reformá-lo. Em 1963, Hungria elaborou um importante projeto, que vai desaguar no Código Penal de 1969. Este ficou durante longo tempo em *vacatio*, porque os militares de então entenderam que tal projeto não mais representava as necessidades do nosso país. Importante salientar que, nesse mesmo ano, a legislação penal militar entrou em vigor. Ficamos, então, com o Código Penal comum e com o Código Penal Militar, com dois modelos de legislação vinculados a teorias diversas. Isto não podia permanecer.

O que ocorreu durante o período em que ainda estava em vigor o Código Penal de 1940? Houve, em 1977, através da Lei n.º 6.411, uma reforma no capítulo das penas, reforma esta basicamente voltada para a difícil realidade do sistema penitenciário brasileiro.

Em 1981, sendo Presidente da República o General Figueiredo, Abi-Ackel publica o Anteprojeto de Código Penal que resultará no projeto de 1983, com Exposição de Motivos datada de 9 de maio do mesmo ano. E aqui é bom que se faça um parêntese: muitas pessoas consultam a Exposição de Motivos e depois o texto do Código, e encontram algumas afirmações que não se conciliam — Lei e Exposição de Motivos. Por que isto? Porque a Exposição de Motivos foi elaborada para um projeto e não para o texto em vigor. A nova parte geral do Código Penal vem através da Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984. As maiores modificações ocorreram no capítulo das penas: penas breves, substitutivos penais, uma visão bem moderna e aberta de política criminal. Mas não é este o tema que nos foi encaminhado. Nossas preocupações estão voltadas para a teoria do delito.

Apesar da má vontade, apesar das dificuldades iniciais na aplicação deste Código, após a reforma citaremos dois nomes — um

de um saudoso professor brasileiro, com grande prestígio entre nós e internacionalmente, ou seja, Heleno Cláudio Fragoso (que, aliás, não integrou a Comissão de Reforma) e Zaffaroni. Disse Fragoso, em depoimento totalmente insuspeito, que na parte da teoria do delito o Código caminhou para altíssimo nível técnico. O outro mestre, que hoje nos honra com sua presença, o professor Zaffaroni, também considerou a reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro dotada de grande nível científico, modelo de instrumento legal concebido segundo cânones de uma política criminal moderna, dinâmica e realista.

Em verdade, algumas imperfeições não devem ser debitadas à Comissão, composta de excelentes professores de Direito Penal.

Ainda em 1984, num simpósio realizado em Porto Alegre, que resultou no livro intitulado *O Direito Penal e o Novo Código Penal Brasileiro*, o professor Francisco de Assis Toledo, Presidente da citada comissão, com o ensaio *Princípios Gerais do Novo Sistema Penal Brasileiro*, explicitou certas modificações. Foram feitas 24 emendas, algumas das quais por ele criticadas, como a definição de causa, a reintrodução do conceito de periculosidade para o imputável e o alargamento da prescrição.

Realmente, no processo legislativo, o projeto sofreu algumas modificações, sendo essas três, já apontadas, as mais importantes. Delas discordou integralmente o referido professor.

Indiscutivelmente, a reforma penal, como sempre acontece, estimulou os estudiosos. A bibliografia já se vai alongando, já é ampla, e além do estudo já citado, que creio tenha sido pioneiro, os Promotores de Justiça de São Paulo, coordenados pelo professor Damásio de Jesus, publicaram um *Curso sobre a reforma penal*. Após, tivemos do professor Gérson dos Santos um estudo sobre as *Inovações do Código Penal*. Alberto da Silva Franco publicou *Temas de Direito Penal*. O membro da comissão, professor Jair Leonardo Lopes, publicou um trabalho intitulado *Anotações sobre a parte geral*. A comissão encarregada do projeto publicou o livro *A reforma penal*. A nível de comentários, de obras mais abrangentes, temos os trabalhos dos professores Francisco de Assis Toledo, Heleno Fragoso, Damásio de Jesus, Mirabete, Paulo José da Costa Júnior, Juarez Cirino dos Santos, Everardo da Cunha Luna, Odin Americano e Celso Delmanto.

Quais seriam os objetivos desta reforma penal? Seria uma adequação de nossa lei penal aos princípios de política criminal? Sim. Isto vai ser notado através do princípio da culpabilidade, tema sobre o qual versará o caríssimo professor Juarez Tavares.

A primeira pergunta que se fez no Brasil, tanto no foro quanto nas universidades, foi se a nova parte geral do Código Penal Brasileiro teria adotado ou não o finalismo. Devemos obrigatoriamente, ser

finalistas, para uma perfeita compreensão e interpretação do nosso sistema penal? Esta foi uma pergunta que alguns professores responderam afirmativamente; outros optaram pela resposta negativa. O mestre gaúcho Luis Luisi, por exemplo, num artigo recentemente publicado, disse que o Código filiou-se à teoria finalista da ação. É evidente que notaremos em alguns institutos uma influência do pensamento dos finalistas. E notaremos que em outros institutos não se deu um passo largo, não houve realmente uma adoção plena dos ensinamentos dos finalistas do Direito Penal — porque o finalismo transcende à ciência penal — e que não há um compromisso seja com *Welzel* ou com *Maurach*, com *Jeschæck*, ou outros autores. Isto ficará muito claro com a adoção da “teoria limitada da culpabilidade” no instituto do erro. Mas quando hoje se fala, entre nós, em erro de tipo e de proibição, estamos vendo que já há no Brasil uma renovada visão da teoria do delito.

Vamos lançar certas perplexidades, certas inquietações, já que não estamos fazendo uma conferência, mas integrando um painel em que todos participam, inclusive o plenário.

Como ficam os crimes comissivos por omissão, à luz da reserva legal, já que se trata de tipos abertos? Isto é importantíssimo e vamos retomar essa matéria, no momento em que a Constituição federal faz uma referência expressa aos crimes omissivos. Estimulamos até o professor Juarez Tavares, para que, ao tratar do princípio da legalidade, analise em que medida uma intervenção estatal alargada da abstenção de um comportamento não é realmente uma medida autoritária, não é uma medida que possa violar a reserva legal.

As normas que definem a *posição de garantidor* são plenamente satisfatórias para um Direito Penal moderno? Deveremos ficar com um critério formal ou com um critério material? Até que ponto não seria interessante partirmos para tipificar na parte especial, a omissão imprópria, como sustenta *Kaufmann*? Sabemos que há sobre o tema uma grande discussão na doutrina. Alguns entendem que isto seria impossível, por estar na própria natureza das coisas.

As medidas de segurança e a reserva legal: como foi feito em outros códigos, não poderia o legislador, na sala de visitas, na porta de entrada do Código Penal, salientar que a reserva legal alcança a medida de segurança? Teria sido melhor.

Temos um Direito Penal do fato, em oposição a um Direito Penal do autor. O professor Toledo sempre se manifesta sobre esta matéria e lembra corretamente que todo fato é fato do agente. Outra indagação: o princípio da política criminal inspirador da intervenção estatal está presente no Código? Está. Mas plenamente, sem nenhuma possibilidade de exceção para dar curso a uma responsabilidade objetiva? Sinceramente, não sabemos. Mas melhoramos o tratamento para uma responsabilidade moral, subjetiva pessoal, que

era o dado pelo Código de 40? Temos certeza que sim. Por que? Porque temos um erro de proibição invencível, que não gera a re-provação. Isto é uma conseqüência lógica do princípio da culpabilidade. É evidente, pois, que não mais se presume a consciência da ilicitude.

Também o excesso de mandato mereceu tratamento mais apropriado. A aplicação da pena na medida da culpabilidade, no curso de agentes, também demonstra uma preocupação do legislador com tal princípio. Mas onde o princípio da culpabilidade aparece de forma marcante é na definição dos delitos agravados pelo resultado. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

Por que teríamos afirmado que duvidávamos de uma vigência plena do princípio da culpabilidade na legislação penal brasileira? Referimo-nos à questão da embriaguez. Novamente vamos nos valer de *Zaffaroni*. A embriaguez tratada pela teoria da *actio libera in causa* gera, evidentemente, uma responsabilidade pelo resultado, uma responsabilidade objetiva. O dolo e a culpa estão referidos ao delito e não à embriaguez. Diz *Zaffaroni*, com a clareza de sempre, que o sujeito se coloca em situação de inculpabilidade. Quem assim se coloca, viola o dever de acuidade. E a tipicidade culposa deriva do tipo culposo e não da *actio libera in causa*. A doutrina brasileira, desde Narcélio de Queiroz, passando por Annibal Bruno e Heleno Fragoso, tem salientado a dificuldade de um tratamento que cumprisse à risca, pelo espírito e não pela letra, o tema da embriaguez no Direito Penal Brasileiro. Da maneira em que o instituto está formulado, pode vulnerar, pode arranhar o princípio da culpabilidade.

Algumas outras questões: por que não se legislou sobre o estado de necessidade exculpante? Já tínhamos este antecedente no Código Penal de 1969, pois lá adotamos a teoria diferenciadora. Outra crítica: por que é que, ao se tratar das causas de exculpação, não se colocaram todas elas num simples e único dispositivo legal — gênero e espécie — tal como foi feito com a exclusão da ilicitude? Isto evidentemente seria didático.

O consentimento do ofendido, com todos aqueles requisitos técnicos que nós conhecemos, plenamente admitidos pela doutrina, não foi objeto da atenção do legislador. Seguiu-se a orientação de Hungria no sentido de serem óbvias as conseqüências do consentimento relevante, mas parece óbvio também que ninguém pratica crime agindo no exercício regular do direito ou no estrito cumprimento do dever legal. Achamos uma lamentável lacuna, portanto, não se ter legislado sobre o consentimento do ofendido.

Com referência ao dolo, sua definição pela lei é muito pobre. No dolo direto só se faz referência ao elemento volitivo (o agente quis o resultado). Ora, o dolo não é formado apenas do elemento

volitivo. Desnecessária, segundo pensamos, no dolo, a referência ao resultado. A conceituação do dolo eventual é mais pobre ainda. Existem modelos mais modernos, como o do Código Penal Português e o do Cubano. Pelo Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, hoje Instituto Heleno Fragoso de Ciências Penais, foi remetida ao Ministério da Justiça a nossa maneira de ver, uma sugestão para redação do conceito de dolo e culpa, de forma mais clara e mais técnica, acompanhando o desenvolvimento científico do Direito Penal.

Em relação ao concurso de agentes, o legislador brasileiro, com medo talvez de violar o princípio da culpabilidade, não admitiu a *atuação em nome de outrem*, diversamente do que fez o legislador português, nem fez referência alguma à responsabilidade da pessoa jurídica. Quando se refere às circunstâncias comunicáveis e incommunicáveis, o Código não frisa que estas circunstâncias deverão ser conhecidas pelo partícipe. Só há defeitos nesse capítulo? Não. A participação de menor importância, gerando a punição na medida da culpabilidade, demonstra uma preocupação com esse princípio fundamental do Direito Penal.

Se nos perguntassem qual seria, em termos de opinião pessoal, a maior divergência que temos com essa parte geral, diríamos que ela está no instituto do erro.

Esta questão é muito delicada. Tivemos a oportunidade, participando do citado conclave de Porto Alegre, de conversar diversas vezes com o eminente professor Francisco de Assis Toledo sobre a matéria. Tem ele uma excelente monografia sobre o erro. Adotou-se, porém, a "teoria limitada da culpabilidade", que quase volta à teoria do dolo. Esta teoria limitada vem, realmente, tomando lugar na Alemanha. Mas o erro sobre os pressupostos básicos de uma causa de justificação, em nosso país, face à adoção de tal teoria, está sendo tratado como erro de tipo. Exclui-se o dolo, mas a punição pode dar-se a título culposos. O que se está admitindo neste caso? Admite-se a culpa imprópria, da qual discordamos, que nos leva a uma absurda "tentativa culposa". São as lamentáveis conseqüências da teoria limitada da culpabilidade. Não sei como sustentá-la. Havia uma tradição, no Direito Penal Brasileiro, no sentido de tal solução, mas outro era o desenvolvimento da teoria do delito. Não será por força da tradição que vamos deixar de incluir em nossas leis o que seja mais correto, científico e racional. *Códoba Roda*, mestre espanhol, que tratou com profundidade da consciência da ilicitude, ensina, com razão, que a teoria limitada dá nova vida à superada distinção entre erro de fato e erro de direito. No campo da ilicitude, há alguma coisa a ser louvada, e o Dr. *Marrey*, aqui presente, cuidará do tema. No nosso modo de ver, é a previsão do excesso para todas as causas de justificação. Lamentavelmente, não se legislou sobre o excesso intensivo, ou seja, aquele provocado por

medo ou surpresa, como fizera o legislador de 69. Não compreendemos também porque o arrependimento posterior, que é meramente uma questão de aplicação da pena, integra o capítulo dedicado à teoria do delito.

A tentativa inidônea ficou sem nenhuma reação penal, ficou sem a medida de segurança.

Já nos referimos ao dolo. O crime culposo também mereceu um pobre tratamento. O legislador ainda define a culpa com base apenas na previsibilidade, que, como todos sabemos, é um critério extremamente frágil.

Deixamos para o final a "omissão". A comissão elaboradora do Código não pode ser responsabilizada pelo retrocesso legislativo que ocorreu na matéria. Segundo o artigo 13 do CP, o resultado de que depende a existência do crime somente é imputado a quem lhe deu causa, considerando-se causa a ação ou omissão. Todos sabem que o Direito Penal moderno vem negando a existência de causalidade na omissão. Quando não a nega, trabalha, no mínimo, com a causalidade adequada. Afirmar, com a teoria da *conditio sine qua non*, que a omissão é causal não está correto. O omitente não causa nada. O omitente não evita o resultado. Há uma valoração no plano da tipicidade. Alguns autores afirmam que na omissão há sempre "omissão de uma ação" e que vamos fazer referência àquela ação não praticada, para que tenhamos algum substrato e não seja ela somente normativa, porque não podemos ter um normativo sem um substrato, sem um dado ontológico. A omissão não tem, como a ação, um dado ontológico, pré-jurídico. A omissão é apenas um ser da razão. Ela nada mais é do que uma maneira que o legislador encontrou de proibir condutas. O objeto valorado, como diz *Bacigalupo*, também é uma ação.

O Código Penal tem uma redação que parece levar ao entendimento (que evidentemente não é o correto) de que a omissão é penalmente relevante apenas para o garantidor. O dever de agir, que está disciplinado nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo 2.º do artigo 18, é o dever do garantidor, dever do garantidor num crime próprio que é elemento da autoria. Ora, todo dever jurídico de agir, gera, em consequência um vínculo especial, um vínculo estreito, um dever de garantidor? É óbvio que não há penalista que faça tal afirmação. O dever de agir incumbe a quem? Relação contratual, legal, etc. Evidentemente que foi melhor disciplinar a matéria. O legislador brasileiro não tratou do tema no Código de 40. Não tínhamos nenhuma regra na lei. A posição de garantidor era apenas uma construção doutrinária.

O critério formal de *garante* não fixa, por si só, o dever de agir. Deve ser limitado por critérios materiais. Mais importante que a origem do dever de agir é a posição daquele que viola tal dever. Nem

toda obrigação de agir gerará as conseqüências de um crime comissivo por omissão. Nós poderemos após, se houver necessidade, durante o debate, discutir sobre os critérios formais e materiais, que constituem um tema bastante delicado. No que concerne à forma de determinar a tipicidade desses crimes, se isto viria por uma sistematização da posição de garantidor, ou se alguma possibilidade de tipificar esta conduta na parte especial, eis aí outra questão delicada. Mais delicada ainda é a conduta precedente perigosa. Não há unanimidade na doutrina sobre tal tema. Pelo contrário, é grande a divergência. Discute-se se esta conduta antecedente deverá ser ilícita ou ilícita e culposa.

Dizer que uma conduta precedente perigosa gera a posição de garantidor, é quase não dizer nada. E o que ocorre no Brasil, em relação aos acidentes culposos com lesão ou morte.

Transformar um autor de crime culposo em autor de um crime comissivo por omissão doloso, considerando-o garantidor, pois sua conduta precedente era perigosa, culposa, não é correto. Não podemos chegar a tal conclusão, porque temos dispositivo legal expresso que determina a agravação do crime.

Em outras circunstâncias, talvez seja a omissão o grande caminho para que possamos partir para uma efetiva e eficaz aplicação de normas penais, em relação aos delitos praticados por empresários. Podemos trabalhar com a omissão sem ferir o problema da culpabilidade. Ninguém pretende dispensar o princípio da culpabilidade. Mas não se pode deixar de fora da repressão a criminalidade do colarinho branco, num país que vive grandes e graves dificuldades quanto à eficácia de aplicação de suas normas penais. Tem, pois, o instituto da omissão muito a oferecer ao Direito Penal moderno.

Colegas! Já ultrapassamos o tempo que nos foi concedido. É hora de cedermos a palavra aos nossos eminentes companheiros de painel. Elogiamos e criticamos a reforma penal numa visão evidentemente pessoal. Se nossas idéias não forem aceitas, pelo menos devem ser toleradas, numa sociedade que proclama admitir o pluralismo de idéias.

Aí estão, portanto, as questões fundamentais que apontamos para o debate. Ao terminarmos, afirmamos com sinceridade que valeu a pena a reforma penal. Aliás, nas palavras do maior poeta português, tudo vale a pena se a alma não é pequena. E grandeza de espírito, dedicação e alto nível de preparo técnico não faltaram à douta Comissão, que merece as nossas mais profundas homenagens.