

A CIVILIZAÇÃO OCIDENTAL E O NÓVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

ALCINO PINTO FALCÃO

1. É ponto sabido e bem acentuado por MOMMSEN, em seu exaustivo "Römisches Strafrecht" (5º capítulo, pág. 56), que os conceitos de culpa e de pena são tão velhos quanto a humanidade e nasceram antes da lei penal ("Die Begriffe von Schuld und Strafe sind so alt wie die Menschheit und nicht erst mit dem Strafgesetz geboren"). E, acrescentava o mestre: o direito penal começa quando, pela lei do Estado, o arbítrio do titular da função de punir fica limitado. Em Roma, o direito penal público iniciou-se com a Lei Valéria, que passou a condicionar a pena capital imposta pelo magistrado à aprovação do colégio dos cidadãos. É o que se lê em MOMMSEN.

A primeira observação — a de que os conceitos de culpa e pena são tão vetustos quanto o gênero humano — poderá fazer-nos pôr em dúvida a razão do tema da nossa palestra, isto é, se não seria mais adequado fazer um confronto entre a nossa lei penal e a *Civilização* e não apenas a *Civilização Ocidental*.

Realmente, o direito penal apresenta a constante de cópia de tipos de crimes, encontradiços em povos geograficamente distantes, de equivalente grau de civilização, sem terem, através da história, qualquer contato entre si.

Nós, na América, temos a comprovação disso. O reputado LÚCIO MENDIETA NÚÑEZ, em seu interessantíssimo livro "El derecho precolonial" (págs. 26/30), com fulcro em KOHLER, ZURITA e MOTOLÍNIA — nos informa que, justamente por terem atingido um estágio de civilização em que já havia direito

penal pròpriamente dito (e não apenas vingança privada) e tribunais para aplicá-lo, os reinos asteca e maia puniam crimes e contravenções, como o fizeram povos ocidentais, com os quais jamais tinham tido qualquer ligação, por mais remota que fôsse.

Apenas as sanções eram, talvez, mais graves; em geral a pena de morte, como para o caso de abôrto (pena igual para a mulher e para quem lhe houvesse proporcionado o abortivo), o assalto ou pirataria de estrada, o estupro, a receptação, o homicídio, o peculato, a sedição, a traição e a alteração de medidas. Outros, com a pena de Talião, como na hipótese de calúnia judicial (denunciação caluniosa) e outros com particularismos, como na espécie de furto, que podia levar à condenação capital, mas, também, se a *res furtiva* fôsse de pequeno valor – à simples coima ou multa ou, ainda, à condenação a devolver ou pagar o preço.

Em alguns casos, êsse direito penal indígena reconhecia agravantes, isto é, se o delinqüente era homem válido, nobre ou militar. Seriam atenuantes, em algumas espécies, a embriaguez e o perdão do ofendido. Também a idade se considerava como atenuante e mesmo como excludente, pois o menor de dez anos se reputava sem discernimento. *Sem discernimento*, note-se bem!

Por essa descritiva, bem poderia fazer-se uma comparação do nosso direito penal a entrar em vigor com aquêlo ou com outro, de outra parte do Mundo, se o objetivo da nossa palestra fôsse analisar a coincidência histórica dos crimes e das penas. Mas não é êsse o nosso propósito, mas sim o de encarar um aspecto diferente, qual o da adequação do nosso nôvo Código aos princípios recebidos pela Civilização Ocidental e isso partindo da premissa de que a Civilização Ocidental, não obstante aquela parecença de tipos de crimes e penas deparada em povos e civilizações distantes, tem em seu patrimônio princípios por ela criados, dando-lhe posição de vanguarda no terreno do direito penal. Nosso objetivo, pois, é bem delimitado: ver se o nosso nôvo Código Penal desmerece aquêles princípios ou se com êles se afina.

Aquela segunda observação de MOMMSEN – isto é, de que o direito penal começa quando, pela lei do Estado, o arbitrio do titular da função de punir fica limitado pela lei – pode suscitar uma dúvida, face à larga dose de discricção que o nosso nôvo Código defere ao juiz na aplicação da pena, o que, neste Simpósio, já foi pôsto em pequeninos, na magnífica exposição do professor HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. Não deve, pois, êsse pormenor merecer muita atenção, para não repisarmos caminho já percorrido pelo nosso eminente conferencista.

E não deve, também, porque essa liberdade do juiz não contrasta, em verdade, com aquela afirmativa do Mestre tudesco, uma vez que não concede o nosso nôvo diploma penal poder ao juiz para inovar ou fugir da tipicidade legal, mas só para mover-se, com maior liberdade, na escolha da pena entre as

já previstas na lei e quanto à sua duração ou graduação, mas dentro dos extremos já consignados no texto positivo. Como diz GÜNTER WARDA, o autor moderno de citação obrigatória no tema (*"Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht"*, 1962, pág. 110): É afinal certo que discricção não significa nenhum livre arbítrio (*"Sicher ist zunächst, dass Ermessen kein freies Belieben bedeutet"*). Não é um direito do juiz, mas sim um poder-dever, para dar uma decisão justa à espécie e isso no interesse da boa política criminal e não no do próprio aplicador da lei penal, que continua adstrito aos limites da lei penal. O juiz que ultrapassar os limites da lei penal ou que, por não simpatizar com seu preceito, deixar de aplicá-la ou de cumprir o que ela comanda, será um prevaricador. O crime de prevaricação continua previsto no art. 358 do novo Código! Não há, assim, qualquer oposição ao princípio a que se referia MOMMSEN, que continua válido e acatado!

* * *

Já é tempo, portanto, de enfrentar a questão: porque confrontar o novo Código Penal com a Civilização Ocidental e não com a própria Civilização?

A nosso ver, merece essa homenagem a Civilização Ocidental, pois que nela — apesar de uma evolução lenta, com retrocessos por vezes chocantes e páginas negras — é que se depara o que há de mais digno de veneração no direito penal contemporâneo. O direito penal moderno — exportado para outros continentes inclusive — é um fruto da cultura e do pensamento dos juristas ocidentais.

Com absoluta exatidão, FILIPPO CRISPIGNI (*"Diritto penale"*, ed. de 1950, vol. I, nº 17) esclarece: *"Le condizioni in cui si trovava il diritto penale, non solo dell'Italia, ma di tutti gli Stati europei, verso la meta del secolo XVIII, erano veramente tristissime. La legislazione antiquata non corrispondeva più alle mutate condizioni della società: derivata da fonti diverse, conteneva spesso norme contraddittorie. Nessuna proporzione tra pene e gravità del reato; abuso della pena di morte, poteri sconfinati dei giudici, privilegi per talune classi di persone, arbitrio assoluto dei Principi. E, come conseguenza di tutto ciò, un aumento impressionante della criminalità"*.

Mas foi então, sabemos todos, que no campo especulativo acabou por afirmar-se aquêle movimento filosófico chamado de *Iluminismo*, derivado do confluír do racionalismo cartesiano e do empirismo inglês, e que, através do talento de um Montesquieu, da irreverência genial de um Voltaire, da talvez esquizofrenia de um Rousseau, da erudição de um D'Alembert ou de um Diderot, muito impulsionou o fermento social, acabando com o antigo regime e abrindo, com a Revolução Francesa, as portas para a reforma, que os tempos estavam a exigir.

O direito penal não podia ficar naquela situação descrita por FILIPPO CRISPIGNI. Sofreu profundas alterações, de Cesare Beccaria em diante e surgiram

as várias escolas, cada qual trazendo novas contribuições, para o aperfeiçoamento do nosso ramo do direito. Não haveria como demorarmo-nos no estudo particular de cada uma dessas escolas, o que não é objeto da nossa palestra. Apenas, copiando a feliz observação de FERRI, desejo lembrar que do eclodir das novas idéias e escolas, surgiu algo para o direito penal que... "non poteva essere nè più glorioso di potenza intellettuale, nè più generoso di intendimenti politico-sociali, nè più benemerito di irrevocabili conquiste civili nella legislazione e nella giustizia penale pratica". E isso é apanágio da Civilização Ocidental; faz parte do seu patrimônio inalienável.

Tenho, pois, como — senão justificado — pelo menos explicado o motivo do título escolhido para a palestra de encerramento do nosso Simpósio. Cabe-me passar a fazer alguns confrontos, que sirvam para mostrar se o nôvo Código guardou conformidade com aquelas *conquistas irrevocáveis*...

* * *

O grande mestre helvético que foi o professor FRANÇOIS CLERC, numa contribuição que escreveu, sob o título "Le Code pénal suisse et le Droit pénal international", para enriquecer o volume comemorativo do centenário da Faculdade de Direito da Universidade de Neuchatel ("Mémoires de l'Université de Neuchatel", tomo dozeno, págs. 207 e segs.) agradecia a homenagem que os autores estrangeiros prestavam ao nôvo diploma penal suíço, acentuando suas tendências internacionalistas, isto é, ter procurado consagrar as melhores soluções em matéria de direito penal internacional: — "science qui détermine — pour reprendre la définition classique de M. Donnedieu de Vabres — la compétence des juridictions pénales de l'État vis-à-vis des juridictions étrangères, l'application de ses lois criminelles — lois de fond et lois de forme — par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles régissent, l'autorité, sur son territoire, des jugements répressifs étrangers."

Quanto a êsse aspecto — a atenção dada aos problemas de direito internacional penal, isto é, ao "companheiro de infortúnio do direito privado internacional", como já foi apelidado — não resta dúvida que o nosso nôvo Código também revela interesse especial no ponto. Certo ficou aferrado ao princípio da territorialidade, clássico, mas que em nada tem contribuído para a repressão penal, em termos de direito internacional penal; mas, por outro lado, lançou princípio nôvo — quiçá a única contribuição brasileira no tema — qual o da *representação*, ut artigo 8º, nº II, letra c. A propósito, convém repetir o que diz a parte final do nº 7 da exposição de motivos: "Cria-se, assim, um nôvo princípio de aplicação da lei penal no espaço, que será o da representação, no qual o Estado a que pertence a bandeira da aeronave ou navio, se substitui àquele em cujo território ocorreu o crime, que não foi perseguido e punido por motivos irrelevantes."

Mas o nosso FRANÇOIS CLERC não se satisfazia com o elogio da doutrina estrangeira, que se limitava a realçar o cuidado do legislador penal suíço, no que tangia às regras de conflito. Acentuava êle, no trabalho citado, que o respectivo Código merecia maior encômio por haver dado atenção a duas idéias modernas: "Il n'a pas voulu s'en tenir à ce cadre étroit et il s'est inspiré de deux idées, très en vogue de nos jours: l'internationalisation du droit criminel et la répression des crimes contre le droit des gens."

Sob êsses dois ângulos, também não parece que o nosso Código possa ser criticado. Cópia de preceitos nêle se deparam, com o fim de honrar convenções por nós referendadas, contendo material de direito penal.

Em primeiro lugar, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Como se sabe, esta contém normas processuais de proteção aos acusados, que, evidentemente, não teriam espaço no nosso Código Penal, mas sim devem figurar no Processual Penal. Mas a Declaração — artigos 5º, 9º, onzeno, segunda alínea — diz respeito ao direito penal substantivo, proibindo a tortura, castigo cruel, desumano ou degradante, bem como a pena de exílio e proscREVENDO a retroatividade da lei penal, desfavorável ao acusado. Uma leitura, pôsto que de relance, do nôvo Código Penal, mostra que êle se manteve fiel aos princípios materiais enunciados na Declaração, proscREVENDO não só aquelas sanções proibidas, como punindo a violência arbitrária no seu artigo 363, combinado com o artigo 394 e seu parágrafo único, nº III. Unicamente, quanto ao exílio, é que parece ter havido um cochilo da douta Comissão, que elaborou o nôvo Código; êste, pôsto que como medida de segurança, continua previsto no artigo 92 e 98. Não colherá a justificativa de tratar-se de medida de segurança e não de pena, uma vez que o Código, segundo a exposição de motivos, desacolheu o sistema do duplo binário, criticando o Código Rocco, não considerando substancial a diferença entre pena e medida de segurança. Partindo do princípio de que os Tratados e Convenções livremente subscritos e ratificados vinculam o legislador interno, ousou fazer um respeitoso reparo a êsse texto do nôvo Código Penal; penso mesmo que a aplicação eventual de tal medida de segurança poderá legitimar a impetração de *habeas corpus*.

No que toca ao tráfico de tóxicos, o Brasil é signatário da Convenção de Genebra, de 1936, ratificada por nós aos 10 de maio de 1938 e promulgada pelo Decreto nº 2.994, publicado no *Diário Oficial* de 2 de setembro de 1938. O artigo II dessa Convenção mandou cada uma das Altas Partes Contratantes baixar as disposições legislativas necessárias para punir severamente, e sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade, os seguintes atos: a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrários às estipulações das referidas Convenções; b) partici-

pação intencional nos atos mencionados neste artigo; c) sociedade ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados; d) tentativas e, nas condições previstas pela lei nacional, os atos preparatórios.

O novo Código, em seu artigo 314 e incisos dos respectivos parágrafos, honra o compromisso assumido na Convenção, mas com evidente exageração, eis que pune o uso próprio (nº III do § 1º), isto é, quem traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. Esse dispositivo, que virá convelir jurisprudência assente do Colendo Supremo Tribunal Federal, implica em considerar que a prisão é a mesma coisa que estabelecimento para tratamento e recuperação de viciados. Sofre o preceito esdrúxulo críticas e há de padecer, enquanto não modificado pelo legislador, mas, de uma forma ou outra, é de convir-se em que o legislador penal brasileiro, pôsto que indo além do previsto, respeitou a obrigação assumida no âmbito internacional, isto é, prestando, mais uma vez, homenagem à tendência à internacionalização do direito criminal, no sentido marcado por FRANÇOIS CLERC.

No que toca à propriedade imaterial, também, mas isso foi objeto da conferência passada e o que se disse ainda está nos ouvidos de todos. Fique, pois, apenas o registro.

Por igual, a proteção do cheque — que, outrossim, é preconizada por obrigação sugerida (1) internacionalmente — encontra-se no novo Código, mas com afastamento da técnica seguida no atual. Segundo a exposição de motivos, passou (artigo 335) a ser modalidade de falsidade documental, o que, afirma-se, corresponde à melhor doutrina, assunto éste por demais polêmico e que não caberia discutir no âmbito da nossa palestra. Mas, nem sempre a proteção penal será dada através da tipicidade da falsidade documental, a bem mostrar que essa “melhor doutrina” tem que sofrer desvio... Assim é que a figura do estelionato continua apenada, pelo artigo 184, § 1º, nº VI, para quem: “frustra, sem justa causa, o pagamento de cheque que emitiu em favor de alguém”. Essa dualidade de critérios poderá na prática trazer perplexidades, como, exemplificando, quando o emitente, no momento do saque, estaria sabidamente a descoberto, mas logo a seguir sua conta é alimentada, mas através de um saque sucessivo, antes de o primeiro favorecido ter ido receber o cheque, torna a ficar sem fundos. Qual o artigo a aplicar? Um ou dois crimes? Isso será problema que terá que surgir, e sobre ele a doutrina haverá que deter-se. Por outro lado, a referência a *alguém* não parece ter sido muito feliz; em direito penal, de logo se

(1) Em certo sentido, o legislador penal brasileiro vem tendo posição de vanguarda, dando proteção penal ao cheque. Como nota CUELLO CALÓN, em sua conhecida monografia “La Protección Penal del Cheque” (págs. 11/12), têm surgido dificuldades para vingar propostas no sentido de uma proteção penal uniforme do cheque. Esclarece que a maioria dos países (págs. 24/25) se inclina pela figura do estelionato e critica JACOBI, que propugna pela figura da falsidade.

pensa em pessoa física determinada e o cheque, freqüentemente, é ao portador ou a favor de entidades, inclusive de direito público, que ninguém ousa dizer serem *alguém*. O termo apropriado deverá ser *favorecido*, da técnica do direito cambial, em que, parece, o legislador penal não quis informar-se. Mas nosso propósito não é fazer crítica de artigos do novo Código, mas sim acen-tuar que, bem ou mal, se honrou aquela tendência realçada por CLERC.

Onde, porém, o novo Código se mostra imponente, em prestar a devida atenção àquela tendência já acima invocada, foi ao apenar, no artigo 131 e seus incisos, o nefando crime de *genocídio*, em suas variadas facetas. Certo a Lei Federal nº 2.889, de 1/X/1956, já punia o crime de *genocídio*, mas em doutrina havia dúvida sobre se se trataria de crime político ou comum. Daí, o eminente Desembargador OSCAR TENÓRIO, no Relatório enviado ao Congresso de Direito Penal, que se reuniu em Paris em 1967, publicado na *Revista de Jurisprudência* do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, vol. 21, págs. 1/6, realçar a dificuldade da qualificação e sustentar que, face à citada lei, "há a possibilidade de *genocídio* praticado no exterior ser julgado e punido no Brasil".

Ora, com a inclusão do *genocídio* no novo Código Penal, não há mais dúvida de que, para nós, se trata de crime comum, não havendo empacho constitucional para a extradição de estrangeiro, apenas o brasileiro sendo julgado no País, se participou de tal crime no estrangeiro. Ficou trancada a questão da qualificação.

Eis, de logo, uma vantagem, com a inclusão do *genocídio* nos crimes do Código Penal. Este novo capítulo do novo Código Penal, sem dúvida, será o que maiores louvores merecerá da crítica internacional e aquela que, entre nós, parece, não poderá sofrer qualquer reserva ou censura. Essa enumeração do nosso novo Código corresponde à previsão da Convenção sobre *Genocídio*, que, obtendo o número de adesões, entrou em vigor aos 21 de janeiro de 1951. Pelo artigo II da Convenção, *genocídio* significa a ação praticada com a intenção de aniquilar, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso e isso através de: 1º) morte de integrantes do grupo; 2º) danos graves à integridade corporal ou espiritual de integrantes do grupo; 3º) criação intencional de condições de vida para o grupo, que possam levar à aniquilação física, total ou parcial; 4º) imposição de medidas com o escopo de impedir os nascimentos no seio do grupo; 5º) transferência coativa de crianças de um grupo para outro. Se se comparar esse elenco do artigo II da Convenção com o que prevê o novo Código, de logo se verifica a sua conformidade com aquela, trazendo até o acréscimo de forçar o grupo à dispersão.

Compreende-se que o nosso legislador haja relegado para o Código Penal Militar, como o fazem outros países (não havendo unidade de critério a respeito), a punição dos crimes de guerra e contra a paz. Mas a *sede materiae*

do crime de genocídio haveria de caber, como ocorreu, ao Código Penal Comum.

A nova preceituação veio suprir uma evidente lacuna e ser elevado o genocídio a tipo penal autônomo parece não permitir departição de opiniões. O Professor HANS-HEINRICH JESCHECK, catedrático da Universidade de Freiburg (Bremen) e Diretor do Instituto de Direito Penal Internacional — na sua contribuição “Verbrechen Gegen das Volkerrecht”, vinda a lume no volume alemão dedicado ao “4º Congresso Internacional de Direito Comparado”, realizado em Paris (1954), em palavras de síntese acentuava o ponto: “Compreende-se por si mesmo que são puníveis em todos os países civilizados ataques ao corpo, vida e honra. Mas o específico conteúdo injusto dos crimes contra a Humanidade não reside na violação do bem jurídico do singelo indivíduo, mas, ao contrário, na perseguição de inteiros grupos humanos, por fundamentos políticos, raciais, religiosos ou outros de motivação coletiva (*sonstigen kollektiven Beweggründen*), pôsto que a ação, de todo, possa esgotar-se na violência contra um indivíduo que possua a marca do grupo e isso seja a mais das vèzes a maneira de manifestar-se a ação delituosa dos crimes contra a Humanidade.”

Este mestre tudesco nos informa que poucos países até agora seguiram o exemplo da Iugoslávia, a qual, no artigo 124 do seu Código Penal, expressamente recebeu o disposto no já mencionado art. II da Convenção sôbre Genocídio. Alguns, como a Suécia, defendem a tese de que as figuras do artigo II referido já constam do catálogo de crimes comuns, sendo caso, apenas, de agravamento de pena, havendo proposta nesse sentido. Mas, a nosso ver, o caminho correto foi o trilhado pelo nosso legislador, isto é, erigir o genocídio a crime autônomo, mas comum. E com isso, sem dúvida, trazendo uma importante contribuição para a repressão dos crimes contra a Humanidade, qualificando-o como crime comum.

• • •

Ainda caberia invocar outros casos em que, havendo Convenções, o novo legislador penal a elas dedicou a devida atenção (tráfico de mulheres, *v.g.*) (2). Mas o tempo urge e não quero deixar de dizer algumas palavras sôbre o artigo 1º do Código, que corresponde a um princípio que, a meu ver, é a maior contribuição da Civilização Ocidental trazida ao direito penal.

O artigo, como se sabe, recita: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

(2) A Convenção celebrada em Lake Success, aos 21/V/1950, foi promulgada pelo nosso Decreto Legislativo n.º 6, de 1958, e seu artigo 2.º estabelece: “As partes na presente Convenção declaram-se de acôrdo em punir toda pessoa que: 1) mantiver, dirigir ou, conscientemente, financiar uma casa de prostituição ou contribuir para esse financiamento; 2º) conscientemente, dar ou tomar de aluguel, total ou parcialmente, um imóvel, ou outro local, para fins de prostituição de outrem.”

A marginal diz tratar-se do “princípio da legalidade”.

O preceito já consta do artigo primeiro do código atual, e, assim, parecerá ocioso perder tempo com o mesmo. *Data venia*, não é assim; apesar da clareza do texto, há uma problemática a enfrentar, sempre atual, porque, a vingar a orientação seguida por certos doutores, o alcance do artigo ficará em muito reduzido.

A exposição de motivos do nôvo Código Penal não teve que esclarecer por que ficou mantido o preceito do artigo; é que já a exposição de motivos do Código de 1940, em plena Ditadura, numas páginas fulgurantes (nº 6 da citada exposição de motivos), bem mostrara a boa razão de ser do artigo, e o que então se disse vale para os dias de hoje. Chegou mesmo a citada exposição de motivos a afirmar que o princípio já era firmado no direito romano. Mas, convém retificar: nêle não era constante a observância da regra, bastando lembrar os casos de poder de coerção do magistrado e o dos *crimina extraordinaria* (MOMMSMEN, *op. cit.*, págs. 57 e 193). A rigor, o princípio é moderno e constitui uma contribuição da Civilização Ocidental para a mais justa aplicação da lei penal e, por isso, é adotado pela maioria maciça dos países civilizados. Tem raízes na Magna Carta inglesa, de 1215, e viçoso reapareceu nas constituições norte-americanas e na Declaração da Revolução Francesa (art. 8º), para obter solene consagração na já aludida Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11, nº 2).

O princípio, porém, é de direito material e não uma regra de hermenêutica. Daí, através de uma sutileza de raciocínio, de agrado de certa corrente de pensadores helvéticos, com adeptos entre nós, poder vir o alcance do artigo primeiro ficar restringido, por via oblíqua, isto é, através do método de interpretação chamado de *freie Rechtsfindung* “*intralegem*” —, elaborado pela ciência penal suíça.

No regime do ainda vigente Código Penal, êsse *pathos* por vêzes obteve espaço em nossa jurisprudência criminal. Famoso o caso do tabelamento de tinturarias; a lei referia-se, na época, a mercadorias essenciais e não a serviços, mas, tratando-se de norma penal em branco, a autoridade administrativa resolvera tabelar os serviços prestados por aquelas. Daí, por infração da portaria administrativa, processos criminais, que a maioria dos Juizes cariocas e as três egrégias Câmaras Criminais do nosso Tribunal — com o aplauso entusiasmado do então Des. NELSON HUNGRIA, que nelas pontificava — desacolheram qualquer possibilidade de interpretação extensiva: veniagens não seriam serviços, e só aquelas, quando essenciais, estariam previstas na norma penal em branco a aplicar.

O colendo Supremo Tribunal Federal, porém, inclinou-se para a interpretação extensiva, sustentando que, pelo sistema da lei, o termo mercadorias

compreenderia, outrossim, os serviços... O legislador, porém, parece não ter acreditado muito na afirmativa dessa jurisprudência, tanto assim que a lei foi modificada, passando a explicitar as duas hipóteses, o que não faria se fôsse verdadeira aquela inteligência ampliativa do texto legal. Não se presume que o legislador penal, desnecessariamente, queira praticar uma redundância...

Alguns lustros depois, num ocasional encontro com o meu saudoso compadre NELSON HUNGRIA, sendo êle então já Ministro do Supremo Tribunal Federal e eu titular da 24ª Vara Criminal carioca, tocamos no assunto da interpretação da lei penal, e, com surpresa minha, verifiquei que êle, então, tecia encômios à *freie Rechtsfindung*, que dizia ser adotada, pacificamente, entre os mestres de língua alemã. Como Juiz criminal, manifestei minhas reservas quanto à bondade dêsse método de interpretação. Houve, após êsse encontro, uma provocação epistolar da minha parte, o que ensejou ter eu hoje em meu poder um cimélio, isto é, a carta de 12/VII/1955, que ora me permito exhibir e ler e que é do teor seguinte:

"Rio, 12-7-55.

Prezado Alcino Falcão:

Refere-se GERMANN à analogia *intra legem* ou interpretação *analógica*, que não se confunde com analogia (pois esta não é forma ou método de interpretação, mas processo de formação de direito *extra legem*). Mesmo em direito penal, é admissível que se busque o sentido de um preceito legal, ainda que para ampliá-lo além de suas letras, dentro do sistema orgânico da lei. É a *freie Rechtsfindung* "intra legem". Tome-se, por exemplo, o caso que está na "barra": o da *Fiban*. Comete "peculato" o empregado do Banco do Brasil (entidade de direito privado) que desvia valores atinentes ao setor de *serviços delegados* pela União? A resposta afirmativa é inquestionável, embora não se ache *liquida* no teor dos arts. 312 e 327 do Código Penal, parecendo mesmo, *prima facie*, excluída por êstes. Deixo o raciocínio lógico ao seu poder de interpretação...

Afetuosamente abraço do

NELSON HUNGRIA."

Não era fácil manter uma divergência com aquêle insigne professor, tanto mais que em direito penal, matéria em que, na época, jamais se mostrara tolerante. Mas, apesar de aquêle meu pranteado compadre achar que eu é que era polemista — e disse-o, certa feita, de público —, resolvi não continuar a correspondência.

Todavia, nunca aceitei como definitiva a lição da carta; continuei sendo latino, pensando que a garantia-função da tipicidade exige que o Juiz fique com a letra da lei penal, como queriam os homens da Revolução Francesa. Passando grande parte da minha vida como juiz criminal, nunca me entusiasmei com a figura do *Juiz legislador criminal*...

E, repensando hoje o mesmo tema, ousou afirmar que não me parece que GERMANN, o egrégio professor de Basileia, fôsse muito firme na sustentação da *freie Rechtsfindung* "intra legem". Ele, de fato, desenvolveu essa sutil teoria em seu famoso livro "Problemas de Método" ("Methodische Grundfragen",

1946). Mas em trabalho posterior, que tenho aqui em mãos, sob o título "Proteção da Liberdade Pessoal em Direito Penal" ("*Schutz der persönlichen Freiheit im Strafrecht*"), faz uma pergunta — deixando o resto para o raciocínio lógico do leitor —: "... mas a garantia contra o arbítrio do Juiz não se torna ilusória?" ("*... die Garantie gegen die Willkür des Richters nicht illusorisch werden?*").

E autores de língua alemã mais recentes, embora não repudiando a tal teoria, são obrigados a reconhecer que pode ela descambar para a própria analogia. É o caso de FOREGGER-SERINI ("*Das Strafgesetz*", edição de 1966, pág. 10), que dizem que os limites com analogia vedada são, sem dúvida, frequentemente, difíceis de extrair ("*die Grenzen zur Analogie sind allerdings oft schwer zu ziehen*").

E há, ainda, além do perigo de praticar o Juiz uma injustiça, o outro não menor de vir a desmoralizar a própria decisão, com reflexos negativos no público e desprestígio para a própria repressão penal. Isso, principalmente, poderá ocorrer nos casos de norma penal em branco, como veio a suceder, numa interessante hipótese, anos atrás na Suíça.

A singular espécie foi objeto de crítica pelo Professor PIERRE RENOLZ, de St. Gallen, no artigo "Zur Frage der Analogie im Strafrecht" (no Volume III de "St. Gallen Wirtschaftswissenschaftliche Forschungen"). Certa resolução administrativa de racionamento previra a proibição de venderem os padeiros pão fresco, isto é, fabricado a menos de 48 horas. Mas não falava no consumo próprio, pelo padeiro e sua família, e um desses padeiros foi autuado e processado por estar consumindo pão fresco. A sentença, baseando-se na *freie Rechtsfindung* referida, condenou o padeiro.

Mas sucedeu que a Comissão de Racionamento, após o julgamento, foi provocada para dar nova redação à sua resolução, no sentido de ficar claro que a proibição abrangia o consumo próprio pelo padeiro e sua família. A proposta não vingou, pois o órgão administrativo competente foi de parecer que não havia motivo para proibir o consumo próprio dos padeiros, que constituíam uma minoria insignificante, irrelevante para os fins do racionamento...

Com isso, deu-se realce à ilegalidade da condenação do padeiro, mas, outrossim, se desmoralizou a fundamentação da sentença, que presumiu o alcance da norma, sem atender à sua letra!

Por isso, eminentes ouvintes, continuo fiel ao princípio clássico da interpretação estrita da norma penal e, reconhecendo que perdura o problema — tanto mais que ao novo princípio suíço aderiu o nosso grande criminalista —, lamento que a atual exposição de motivos não haja tomado posição a respeito. Em 1940 êsse problema era desconhecido entre nós: o artigo 1º significava interpretação restritiva. Era desconhecido, pois que, segundo informa o Dr. SALIH MAHSUB, magistrado iraquiano de cultura suíça, em seu livro "La force obligatoire de la loi pénale pour le juge" (1952, pág. 68), a Côte federal suíça até 1943 se mostrou fiel aos princípios clássicos e só desse ano em diante é que passou a adotar a lição de GERMANN, mas, para fazê-lo, teve que declarar que o Juiz criminal era um colaborador do legislador e que no direito suíço não havia espaço para o adágio *in dubio pro reo* (*op. cit.*, pág. 73).

Não penso que isso se possa sustentar entre nós. Parece-me até uma contradição com o propósito do código de humanizar o direito penal, inclusive com a instituição de prisões abertas, como que se tivesse o legislador penal brasileiro sido impressionado por aquele famoso diálogo do *Hamlet* de Shakespeare (Segundo Ato, Segunda Cena), quando o Príncipe de Dinamarca dizia que esta era uma prisão e Rosenkranz ponderava-lhe que o Mundo também o era! Para o novo legislador penal brasileiro não há de ser assim entre nós e, por isso, creio que acertado será aplicar a nova lei penal segundo os princípios clássicos, os únicos capazes de tutelar o cidadão e impedir o arbítrio judicial. Ficar fiel a princípios nobres, que a Civilização Ocidental difundiu através da Revolução Francesa. (2)

- (3) Como acima disse, a exposição de motivos do novo Código não tomou posição expressa a respeito. Mas, ao que parece, por uma *bévue* devida à trigança com que foi elaborada, insinua uma aplicação extensiva, ao justificar não ter o novo diploma mantido a figura do crime do artigo 130 atual, isto é, contágio venéreo. Segundo a nova exposição de motivos (n.º 45), isso foi feito por motivo de ausência de repercussão forense dos fatos porventura havidos, o que é de estranhar, pois no caso de adultério, para manter-se o anacronismo, bastou ter a douta Comissão deparado uma sentença, como já foi dito neste Simpósio. Ora, ao menos um caso de contágio venéreo chegou à segunda instância, como se tivesse tido tempo, teria verificado, numa melhor pesquisa, a douta Comissão Revisora; refiro-me à Apelação Criminal n.º 6.996, de que foi Relator o pranteado Desembargador Toscano Espinola, como qualquer verificará lendo o *Diário da Justiça* de 11/IX/1946, apenso, pág. 1.623, em que a condenação não prosperou por motivo técnico, sendo a mãe da vítima menor uma miserável ignara. E de estranhar essa supressão, quando país mais adiantado, como a Alemanha, na lei sobre o combate às doenças venéreas, de 23 de julho de 1953, em seu parágrafo sexto, passou a prever, como crime autônomo, a mesma figura criminosa, punida a título de dolo direto ou eventual, com pena de prisão até três anos, sendo a ação penal iniciada mediante representação, como entre nós, com o particularismo de, no caso de vítima ser o cônjuge, poder retratá-la. E o experiente e prudente legislador tedesco assim procedeu, não só mantendo, como agravando o que já previa a lei anterior, de 1927!

Se não parece ser de aplaudir a supressão praticada pelo legislador brasileiro, muito menos o será a solução preconizada na exposição de motivos do novo Código, que diz: "Não se deixa, todavia, sem proteção penal a saúde humana, em tais hipóteses, pois, quando ocorrer o *dolus periculi*, poderá enquadrar-se o fato na regra geral do artigo 135, que prevê o delito da exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo direto e iminente."

Ora, como será fácil de verificar, o novo artigo 135 não é novo: é cópia fiel da art. 132 do Código ainda em vigor! E, quanto a este, a exposição de motivos do Código de 1940 (n.º 46), com ênfase, esclarece ser crime de caráter subsidiário, não o informando *animus necandi* ou *animus laedendi*, mas apenas a consciência e vontade de expor a vítima a grave perigo. E diz mais que o perigo concreto, que constitui o seu elemento objetivo, é limitado a determinada pessoa, não se confundindo, portanto, o crime em questão com os de "perigo comum" ou "contra a incolumidade pública". E, como exemplos típicos, aquela famosa exposição de motivos lembra o caso do empreiteiro que, para poupar-se ao dispêndio com medidas técnicas de prudência na execução da obra, expõe o operário ao risco de grave acidente ou de quem dispara uma arma de fogo "contra alguém, não sendo atingido o alvo, nem constituindo o fato tentativa de homicídio".

Ora, por aquela magnífica exposição de motivos de 1940, o crime ora abolido tem outra conceituação e outros pressupostos — lê-se nos números 44 e 45 —, devendo ser punido não só a título de dolo de perigo, como a título de culpa e não se tivesse admitido com autonomia no elenco dos crimes, deveria ser incluído no capítulo das lesões corporais, desde que seu elemento subjetivo é o dolo de dano. Nunca, segundo aquela douta exposição, na figura do artigo 132, copiado pelo "novo" artigo 135!