

O FUTURO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Professor BENJAMIM MORAES

O novo Código Penal brasileiro, promulgado pelo Decreto-Lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969, deveria entrar em vigor a 1.º de janeiro de 1970, juntamente com a nova legislação penal militar, decretada no mesmo dia (Decreto-Lei n.º 1.001, Código Penal Militar; Decreto-Lei n.º 1.002, Código do Processo Penal Militar; e Decreto-Lei n.º 1.003, Lei da Organização Judiciária Militar).

A legislação penal militar efetivamente entrou em vigor dois meses e pouco depois de promulgada, pois era constituída de um todo harmônico, englobando a lei substantiva, a lei adjetiva e a própria organização judiciária.

Esperava-se, então, no Ministério da Justiça, a rápida elaboração do instrumento de atuação do novo Código Penal, isto é, o novo Código de Processo Penal, indispensável à perfeita execução da lei substantiva. Havia, em mãos da Comissão de Estudos Legislativos, o Anteprojeto da autoria do Prof. Hélio Tornaghi, que poderia ser prontamente revisto e adaptado ao novo diploma penal. Mesmo na hipótese de ter-se de elaborar novo Anteprojeto, com o material disponível seria possível a um grande jurista realizar em poucos meses a tarefa de fazê-lo.

A mudança de governo, que se operou em novembro de 1969, adotou, porém, outra orientação. Da elaboração do novo Anteprojeto, incumbiu-se o Prof. José Frederico Marques, com a orientação dada pelo Ministro da Justiça, Prof. Alfredo Buzaid, de aproximar-se o novo diploma processual penal da nova lei de processo civil, da sua eminente autoria.

O Prof. Frederico Marques passou a trabalhar intensamente. Preparava em São Paulo um capítulo do novo Anteprojeto, e o trazia ao Rio de Janeiro, submetendo-o ao crivo da Comissão Revisora, presidida pelo Prof. José Carlos Moreira Alves e integrada pelos Profs. José Salgado Martins e Benjamim Moraes. Os trabalhos prolongavam-se por vários meses, obrigando o Governo a propor ao Congresso sucessivos adiamentos na vigência do novo Código Penal, ficando este, na última lei que o modificou, de entrar em vigor quando também vigesse o novo diploma processual penal.

Entretentes, críticas se iam fazendo ao Código Penal de 1969. Deve-se, aliás, assinalar, como elemento histórico, que a publicação dele, no Diário Oficial da União, apresentou-se com uma centena e meia de incorreções, nunca tendo sido republicado, apesar de o Ministro Gama e Silva haver rubricado novamente todas as páginas que apresentaram incorreções datilográficas.

Mas os Congressos de Direito Penal e ciências afins iam apontando inúmeros dispositivos que deveriam ser melhorados, cabendo ao Governo ser sensível à opinião dos maiores juristas penais do Brasil, a fim de aperfeiçoar o novo Código, mesmo antes da sua vigência.

Incumbido que fomos pelo Ministro da Justiça de estudar as emendas sugeridas, reunimo-nos com a mesma comissão, redigindo um Anteprojeto de reforma do Código Penal, elaborando também a respectiva Exposição de Motivos, que o Presidente Emílio Médici enviou ao Congresso. Este, discutindo amplamente as propostas insertas na Mensagem presidencial, fez-lhes inúmeras modificações, do que resultou a Lei n.º 6.016, de 31 de dezembro de 1973.

Empossado o novo Governo Federal, coube ao Ministro da Justiça, Dr. Armando Falcão, retomar o andamento dos projetos confiados à Comissão de Estudos Legislativos, entre os quais o do Código de Processo Penal (de cuja aprovação e vigência dependeria a entrada em vigor do novo Código Penal), o da nova Lei de Contravenções Penais e, ainda, outro que previa novas emendas ao Código Penal, antes da sua vigência.

Coube-nos, ainda, ser o redator do Anteprojeto destas emendas, redigindo também a sua Exposição de Motivos. Sofreu o Anteprojeto, como sempre, o crivo da Comissão integrada pelos Profs. Moreira Alves e Frederico Marques.

É que a Lei n.º 6.016 não conseguiu satisfazer o Governo e muitos juristas pátrios, que reclamaram de suas deficiências e incongruências.

Finalmente, em fevereiro de 1975, concluíram-se os três Anteprojetos citados, fazendo-se um todo harmônico do Código de Processo Penal, Lei de Contravenções Penais e lei de novas emendas ao Código Penal. A influência dos referidos Anteprojetos foi recíproca. Em vez de ser o do Código de Processo mero executor dos princípios do Código Penal, por vezes a excelência de determinada medida proposta no projeto da lei processual obrigava a fazer alterações na lei substantiva, para harmonizar com a sugestão vencedora na parte adjetiva.

A 10 de junho de 1975, no Palácio do Planalto, S. Exa. o Presidente Ernesto Geisel, em solenidade a que foram convocados os juristas que participaram da elaboração dos Anteprojetos, e na presença das altas autoridades dos três Poderes, firmou as Mensagens ao Congresso Nacional, que acompanharam ditos Anteprojetos.

Estamos, assim, em perspectiva de mais uma Reforma do Código Penal, antes de este entrar em vigor, em meados de 1976 ou no início de 1977.

É especificamente sobre o último Anteprojeto desta Reforma que iremos falar agora.

Importante é considerar que o novo Código Penal, de 1969, representava um considerável avanço sobre o diploma de 1940, ainda em vigor.

A linha doutrinária deixada pelo saudoso Ministro NELSON HUNGRIA, no seu Anteprojeto e nas duas primeiras revisões, presididas pelo mesmo jurista, foi integralmente mantida na revisão final, não tendo sofrido modificação sensível, nas alterações trazidas pela Lei n.º 6.016.

Assim, o novo Código seguiu a linha de um caráter acentuadamente humanista, segundo a doutrina de LANZA e DORADO MONTERO, quando estabelece, no art. 37, que “A pena de reclusão e a de detenção devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social”.

O infrator doente mental não é condenado, uma vez que se trata de pessoa inimputável; diz o novo Código que em tal caso o infrator pode ser internado em manicômio judiciário. Tal internação que, no Código de 1940, é obrigatória, torna-se agora facultativa. Segundo o disposto no art. 92, só será levada a efeito se “... suas condições pessoais e o fato praticado revelam que ele oferece perigo à incolumidade alheia...”.

Se ao condenado sobrevém doença mental, dispõe o art. 41 que deverá ser recolhido a manicômio judiciário, ou, na falta, a outro estabelecimento adequado, “onde lhe sejam asseguradas a custódia e o tratamento”. Trata-se do benefício assegurado ao homem, como se vem pregando desde BECCARIA, no século XVIII, ROEDER, no século XIX, e, mais recentemente, CONCEPCIÓN DE ARENAL.

A linha final filosófica do novo Código pertence à Escola Unitária de SABATINI, de quem HUNGRIA se tornou seguidor após tantos anos de luta na Escola Técnico-Jurídica, acompanhando ROCCO, MASSARI, VANNINI e MANZINI.

No tocante à aplicação da pena, adotou o novo Código o critério de BINDING, no que se refere ao tempo de sua aplicação, obedecendo à teoria da *lex mitior*, ao estabelecer que, no reconhecimento da lei mais favorável, a posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato.

A Comissão Revisora, baseada nas lições de SEBASTIAN SOLER, pronunciou-se no sentido de manter-se a punibilidade do erro de direito, mas com a possibilidade do abrandamento da pena.

Acolheu, ainda, a teoria diferenciadora do estado de necessidade, como excludente do crime ou somente da culpabilidade, como a vislumbrara GOLDSCHMIDT na sua monografia *Der Notstand, ein Schuldproblem*.

Ao considerar a crise do duplo binário, nunca resolvida satisfatoriamente, o novo Código ateu-se à lição de MEZGER, eliminando-se a possibilidade da aplicação da pena e da medida de segurança para indivíduos considerados normais. Os anormais receberiam a medida de segurança; os normais, a pena, podendo esta, no caso de fronteiriços que necessitassem de especial tratamento curativo, ser convertida em medida de segurança. Nunca, porém, o duplo binário.

O Projeto de Lei, que o Presidente da República enviou em Mensagem ao Congresso, a 10 de junho de 1975, tomou, na Câmara dos Deputados, o nº 636/1975. Altera ele dispositivos do Código Penal, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-1969, com as modificações da Lei nº 6.016, de 31-12-1973.

Na presente data — agosto de 1975 —, a matéria encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, sendo de toda conveniência conhecer e debater o seu conteúdo, pois todas as sugestões que possam melhorá-la estão em tempo de serem aproveitadas e remetidas ao Congresso, que será sensível à voz da cultura nacional, a fim de que tenhamos o Código Penal mais adiantado e mais perfeito do universo.

As linhas mestras das modificações propostas são as que se seguem.

A primeira envolve matéria de caráter econômico, quando o valor da pena pecuniária, ou da caracterização do prejuízo da vítima, ou do próprio ressarcimento do dano *ex delicto*, se relacionar com o salário-mínimo. A Lei n.º 6.016 havia redigido o § 2º do art. 44, da seguinte forma:

“Para os efeitos penais, considera-se o maior salário-mínimo mensal vigente no País, ao tempo do fato.”

Só o desconhecimento do fenômeno econômico da inflação poderia admitir tal redação. Deixar a avaliação de uma pena relacionada com o salário-mínimo “ao tempo do fato” seria — diz a Exposição de Motivos — desprezar os parâmetros da correção monetária, imprescindível em matéria econômica. Tal avaliação favoreceria indevidamente o autor do fato delituoso.

Se já estivesse em vigor, em 1974, o novo Código Penal, o juiz que aplicasse a pena máxima de 360 dias-multa ao crime de comércio ilícito de entorpecentes (art. 311), cometido naquele mesmo ano, mas julgado em 1975, estaria proporcionando ao réu um considerável desconto: aplicando-se as regras do art. 44, e dando ao dia-multa o seu valor máximo (um terço do salário-mínimo mensal), o réu pagaria apenas uma multa de Cr\$ 45.216,00, quando, pelo valor do salário-mínimo de hoje, deveria pagar Cr\$ 63.936,00. Pode-se imaginar que procrastinações inventariam todos os réus que tivessem de pagar multas, para se beneficiarem da desvalorização da moeda. A nova redação proposta corrige essa anomalia, ao estabelecer:

“Para os efeitos penais, salário-mínimo é o maior mensal vigente no País, ao tempo da sentença.”

Como o Projeto de Código do Processo Penal cria várias hipóteses de encerramento do processo, para réus primários, em que o acusado prefira pagar logo uma pena pecuniária, em crimes de pequena monta, arbitrada pelo juiz, foi necessário introduzir no art. 46 do novo Código Penal um dispositivo que permita ao magistrado, em crime de ação penal privada, substituir a pena detentiva pela da multa, para o encerramento do processo.

Será eliminada da lei penal, e, conseqüentemente, da lei processual, a hipótese da caução fidejussória, para o réu solvente que tivesse a sua multa convertida em detenção e quisesse reconvertê-la em pena pecuniária: ou paga esta em dinheiro, ou lhe assegura o pagamento mediante caução real. A fidejussória seria uma burla para um réu economicamente capaz e que já teria zombado da justiça criminal uma vez. Não lhe cabe tanto favor.

A Lei n.º 6.016 havia inovado, satisfatoriamente, no que diz respeito à suspensão condicional da pena; em vez de limitá-la ao condenado à pena de detenção não superior a dois anos, generalizou-a para qualquer pena privativa da liberdade: reclusão ou detenção (art. 70). Foi excelente medida de política criminal.

Foi infeliz, entretanto, ao querer inovar no tocante à liberdade condicional. O Código exigia um mínimo de dois anos de detenção ou reclusão para que fosse cabível o instituto. A Lei n.º 6.016 não fixou mínimo, estabelecendo, no art. 74, que caberá o **livramento sub conditione** a qualquer pena a que seja condenado o réu. Basta que este dela tenha cumprido a metade, se primário, ou dois terços, se reincidente.

Ora, se um criminoso tiver a pena de quinze dias de detenção (permitida pelo art. 37, § 1.º), poderá ele, se primário, requerer o livramento condicional aos oito dias do cumprimento da pena. E se ele for menor de vinte e um anos ao tempo do fato, ou maior de setenta ao tempo da sentença (art. 74, parágrafo único), bastar-lhe-iam cinco dias de cumprimento de sua detenção para requerer o livramento. Ora, como observa a Exposição de Motivos, a concessão desse benefício exige acurado exame da personalidade do condenado (art. 74, III). A não-limitação de prazo mínimo razoável de observação da vida carcerária do requerente torna impraticável o instituto, além de tumultuar, em caso de penas curtas, o bom funcionamento dos Conselhos Penitenciários e os juízos de execuções penais. A nova redação dada ao art. 74 do Código exige que a pena aplicada seja superior a dois anos, para que se possa conceder a liberdade condicional.

Em referência aos direitos políticos, foi preciso alterar a redação do art. 86, que era mais restrito que o disposto no art. 149, § 2.º, c, da Constituição Federal. Esta exige que, enquanto durarem quaisquer efeitos da condenação criminal, o condenado não pode votar, nem ser votado. É assim se redigiu o novo art. 86.

No que diz respeito ao aborto, quando a gravidez resultou de estupro (art. 129), voltou-se à redação do Código de 1969. A Lei n.º 6.016 eliminara o permissivo. Assim procedendo, a citada Lei cominava a pena de detenção até quatro anos para a mulher que engravidasse, vítima de uma violência carnal, e, por isso, praticasse o aborto. O Projeto n.º 636 corrige essa anomalia, voltando a permitir o aborto em tal caso.

Importante será mudança da redação do art. 133. Vai-se voltar à redação do Código de 1969, porque o que resultou da Lei n.º 6.016 encerra clamorosa incongruência. Para a ação penal, nos casos de "lesão corporal leve" (dolosa), exige-se a representação do ofendido. Ora, como obstacular a ação penal em casos de lesão dolosa, e obrigar a polícia e o juízo criminal a proceder de ofício em todos os casos de lesão culposa? É óbvio que o tratamento deve ser o mesmo, eliminando-se do foro criminal um número quase infinito de pequenos casos de lesões corporais, leves ou culposas, em que nem a vítima tem maior interesse em sua repressão.

No caso de furto qualificado, deve prevalecer o princípio adotado para diversos crimes contra a propriedade, quando o criminoso é primário e é de pequeno valor a coisa subtraída, ou quando o réu primário restituiu a coisa a seu dono, ou reparou o dano causado antes de instaurada a ação penal. Confia-se à prudência do juiz atenuar a pena, como medida de correta política criminal.

Dois dispositivos mereceram cuidados especiais no Projeto n.º 636. O primeiro se refere à proteção particular das terras e águas de posse de grupos indígenas. O esbulho possessório destas terá pena mais grave, pois são nossos índios frequentemente vítimas de elementos gananciosos da sociedade envolvente, os quais, mais armados e melhor instruídos, invadem suas reservas e delas os expulsam (art. 172).

O segundo é o relativo aos terrenos de propriedade particular, que são invadidos para fins de favelamento. Exigir sempre que o proprietário ofereça a queixa ou requeira a abertura de inquérito policial, para impedir o favelamento do seu terreno, é desconhecer o drama habitacional das grandes áreas metropolitanas, para onde afluem numerosos migrantes que abandonam seu **habitat** rural, atraídos pela miragem das grandes cidades e, depois, vão aí viver como párias, em precaríssimas condições de higiene, conforto e alimentação. Frequentemente, os proprietários estão longe, não

podem fiscalizar todas as suas terras, e daí nascem as favelas, gerando o universo de problemas que todos conhecemos. Com a redação dada ao art. 172, § 4.º, a ação penal será, em tal hipótese, pública, devendo a autoridade impedir a todo custo a formação de tais núcleos subumanos, mesmo no desleixo do proprietário.

Reclamou-se muito que o novo Código exclua importante figura criminal existente no diploma de 1940: o delito de "Atentado contra a liberdade de associação profissional". Corrigiu-se a omissão, agora, restabelecendo-se a figura em tela, no art. 219.

Imensa falha veio a ser sanada agora. Se uma pessoa, por motivo de reconhecida nobreza, registrasse como seu um filho alheio, gozaria apenas de uma atenuação de sua pena. Ora, a reconhecida nobreza deve ser, antes, uma causa particular de exclusão de crime, o que agora se estabelece no parágrafo único do art. 266.

Torna-se, infelizmente, comum o desajuste de leis de índole diversa. Assim, já há alguns anos, a Lei n.º 5.692, de 11-8-1971, que trata de matéria puramente educacional, define o ensino de primeiro e segundo graus. O Código, elaborado em 1969, ainda mantinha a expressão **ensino primário**, quando a nova Lei já falava em "ensino de primeiro grau", interpretando até a Constituição Federal, no seu art. 176, § 3º, I e II. Ajusta-se, agora, o Código Penal, no art. 272, à nova lei educacional.

O novo delito de "Peculato de uso" teve extensão demasiado lata no Código de 1969. Até o simples uso de veículo oficial para transporte de pessoa não relacionada com o serviço público era erigido em crime. Na nova redação dada ao art. 346, deu-se o conteúdo verdadeiramente técnico à nova figura criminal, dentro dos seus exatos limites.

Nos delitos de corrupção ativa, arts. 371 e 380, impunha-se uma uniformização. No primeiro, de natureza genérica, só se falava em "oferecer ou prometer" vantagem indevida a funcionário público; no segundo, particularizando a corrupção ativa ao caso de testemunha ou perito, dizia-se "Dar, oferecer ou prometer". Em ambos, aparecem agora as três formas paralelas.

Entre as expressões suprimidas, há uma série de pequenos senões, que não merecem destaque nesta hora. Uma, porém, merece ser citada. É o parágrafo único do art. 252 que declara, em matéria de repressão ao hotel suspeito, que "É irrelevante o fato da dissimulação do local, sob aparência de hotel, pensão, hospedaria ou casa de cômodos, ainda que mediante licença para seu funcionamento como tal".

A crítica sensata que se fazia a este parágrafo é que sua redação, pela drasticidade da forma, somente iria facilitar a corrupção dos pequenos agentes da autoridade. Foi ele retirado do Código, por motivo, portanto, de moralidade administrativa.

Mas deve-se manter claro que o **caput** do artigo permanece intacto, punindo severamente a manutenção de quaisquer locais de prostituição, como é tradicional em nosso direito repressivo.

Há uma série de pequenas emendas, inclusive de pontuação e acentuação gráfica. As expostas, porém, dão uma visão clara da forma que esperamos seja definitiva do novo Código Penal brasileiro, o qual, burilado como vai ficar, constituirá mais um marco de desenvolvimento da ciência jurídica de nossa Pátria, colocando o Brasil na vanguarda das legislações penais de todo o mundo.