

A REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL — I (*)

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

O aparecimento do anteprojeto de código penal, de autoria do eminente ministro NELSON HUNGRIA, constitui o início de nova etapa no desenvolvimento do direito penal brasileiro. É obra da maior categoria, confirmando a posição destacada que o grande mestre ocupa hoje na ciência do Direito Penal. Elaborado em prazo exíguo, o projeto proporciona excelente base para os estudos de reforma, e com êle, NELSON HUNGRIA demonstra sua inegável experiência na feitura de leis e a surpreende evolução de seu espírito, sempre em dia com as mais recentes contribuições doutrinárias. Pela segunda vez, o grande penalista brasileiro liga definitivamente seu nome à reforma de nosso direito penal.

Os novos códigos não podem ser feitos às pressas. São leis de altíssima importância na vida da nação, e é necessário que sejam os projetos submetidos a cuidadosa revisão, por especialistas de reconhecida competência, antes de serem enviados ao Congresso.

Formulamos a seguir observações que o anteprojeto sugere e que nos foi possível elaborar no curto prazo fixado, em atendimento à honrosa convocação feita pela *Ordem dos Advogados do Brasil*. Esperamos que essas observações, feitas em nome dos advogados do Estado da Guanabara, possam contribuir de alguma forma à elaboração de nosso novo código penal.

1. *Aplicação da lei penal* — Das alterações introduzidas nesse capítulo, devemos aplaudir a que estabelece sem restrições a retroatividade da *lei mais benígna* (art. 2 § 1.º). Em verdade a disposição limitadora que aparece no código vigente está revogada pela Constituição Federal. Deve ser mantida a perfeita solução do projeto, para o reconhecimento da lei mais benígna, estabelecendo que a lei posterior e a anterior devem

(*) Parecer elaborado por indicação da *Ordem dos Advogados do Brasil*, Seção do Estado da Guanabara. A publicação que ora se inicia, prosseguirá em nossos próximos números.

ser consideradas separadamente, no conjunto de suas normas aplicáveis ao caso vertente. Essa é a antiga lição de BINDING (*Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 261), contra a qual são raríssimas as vozes discordantes. Na Itália, PETROCELLI é a única opinião em contrário. Na Alemanha, a doutrina é unânime em afirmar ser inadmissível a combinação das duas leis, para formar uma terceira. Entre nós, porém, há ilustres professores que opinam diversamente, o que tem levado a jurisprudência a certas vacilações. No regime da lei vigente, parece-nos que a combinação das duas leis colide com o parágrafo único do art. 2.º do Código Penal, que manda retroagir a lei posterior que favorece o agente (e não a parte da lei posterior que beneficia o agente). O art. 2.º § 2.º do projeto, é, portanto, oportuníssimo, e deve ser mantido. Trata-se de mera consequência das normas de direito constitucional, que não permitem ao juiz legisferar, formando, com disposições tiradas de várias leis, uma terceira lei diversa. É o decisivo argumento de MANZINI (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. I, 1950, p. 344).

2. *Concurso aparente de normas* — Constitui inovação do projeto a tentativa de oferecer disciplina normativa à debatida questão do concurso aparente de normas (art. 5.º). Em verdade, dos quatro princípios aventados pela doutrina, somente há unanimidade de opiniões em relação ao da *especialidade*. Com referência aos demais, há enorme controvérsia (especialmente no que concerne à consumpção), agravada pela teoria do fato anterior e posterior impunível.

Não nos parece que a matéria tenha atingido a evolução doutrinária indispensável para permitir solução legislativa segura. O que encontramos nos códigos é a disciplina tão-somente do princípio da especialidade, que constitui, porém, como diz BETTIOL (*Diritto Penale*, 1962, p. 516), *un principio di carattere logico che deve essere riconosciuto ed accettato indipendentemente da ogni espresso riconoscimento legislativo*.

Entendemos que as disposições contidas no projeto, no art. 5.º letras b e c, conduzirão a justiça penal a graves equívocos, com o reconhecimento de concurso aparente de normas onde há concurso de crimes. Os casos de concurso aparente de normas são aqueles em que duas ou mais normas acham-se em vigor ao mesmo tempo, regulando a mesma matéria, de tal forma que uma delas exclui as demais, em face das relações que entre elas existem. Esse concurso aparente resolve-se com a aplicação de apenas uma e exclusão das demais, por princípios lógicos e de valoração jurídica do fato. As hipóteses

de especialidade e subsidiariedade (que se resolvem por princípios lógicos), são de mais fácil disciplina legislativa. A consumpção, porém, por sua própria natureza, dificilmente permite o estabelecimento de um critério. O projeto prevê apenas um dos casos de consumpção (na letra c do art. 5.º), e exatamente dos mais duvidosos. Pelo projeto, a falsidade documental seria excluída pelo crime patrimonial praticado com o documento falso, solução a que se opõem, a nosso ver com razão, os mais autorizados penalistas, mesmo os que aceitam o princípio da consumpção (veja-se para o direito italiano, MANZINI, *Trattato*, vols. II, p. 617, e vol. VI, p. 793, e MAGGIORE, *Diritto Penale*, 1953, p. 628; para o direito alemão, SCHOENKE-SCHROEDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1954, p. 811; para o direito suíço, PAUL LOGOZ, *Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie Spéciale*, 1955, p. 538). É curioso observar que o próprio eminente projetista, considerando a hipótese, a resolve em sentido contrário ao que consta do projeto (prevalência do crime meio) (*Comentários*, vol. IX, p. 196, nota).

Tomaríamos a liberdade de sugerir que o projeto se abstinhasse de regular o concurso aparente de normas. Para fazê-lo, seria preciso recorrer a fórmulas demasiadamente vagas, que nem sempre encontrariam neste imenso país, juizes bastante esclarecidos para aplicá-las. Não é preciso lei para resolver os casos em que duas ou mais normas se excluem por necessidade lógica ou de valoração jurídica do fato. O projeto HUNGRIA, está aqui, a rigor, procurando dar um passo muito largo na legislação penal. Somente o princípio da especialidade já alcançou suficiente cristalização doutrinária para que seja expressamente previsto. Não haveria inconveniência, mas também, não haveria necessidade de incluí-lo na lei.

Quanto ao parágrafo único do art. 5.º do projeto, também seria necessário revê-lo, ou suprimi-lo. Refere-se aos chamados tipos mistos *alternativos*: "Quando a norma penal prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados pelo mesmo agente sucessivamente". A fórmula abrange todavia, igualmente, os tipos mistos cumulativos. Os tipos *mistos* são aqueles que contemplam mais de uma modalidade de fato. São *alternativos*, quando as ações são fungíveis e permutáveis, sendo indiferente a realização de mais de uma, no que se refere à unidade do delito. Temos exemplo no crime do art. 211 do Código Penal ("destruir, subtrair ou ocultar"). A êsses, NELSON HUNGRIA, com muita propriedade, chama de *crimes de conteúdo variável*. Mas, há também os tipos mistos

imprópriamente chamados *cumulativos*, em relação aos quais desaparece a fungibilidade, dando lugar ao concurso material. Cada uma das modalidades do crime constitui uma figura autônoma de delito. Veja-se sobre este problema nossa tese *Conduta Punível*, 1961, págs. 137 e 205, e a bibliografia ali citada.

A distinção entre tipos mistos alternativos e cumulativos, remonta a BINDING, *Normen*, vol. I, p. 205 (2.^a edição, 1890). Embora haja certa imprecisão doutrinária na formulação dos critérios para reconhecimento dos tipos cumulativos, não há dúvida quanto à sua existência. Veja-se a seguríssima lição de MEZGER, *Strafrecht, ein Studienbuch*, 1960, p. 104. No Código vigente, por exemplo, o art. 180, apresenta, com a receptação própria e a receptação imprópria tipos cumulativos, que dão lugar ao concurso material. O parágrafo único do art. 5.^o do projeto excluiria o concurso em todos os casos de tipos mistos cumulativos. É perfeitamente inútil que a lei estabeleça expressamente que há um só crime quando o agente pratica mais de uma das ações dos tipos mistos alternativos. É matéria absolutamente pacífica.

3. *Lugar do crime* — Embora possa ser duvidosa conveniência estabelecer um conceito jurídico-penal de território (art. 7.^o §§ 1.^o e 2.^o do projeto), já que tal conceito deve ser dado pelo direito público e pelo direito internacional, é muito oportuna a regra introduzida no art. 7.^o § 2.^o, pois ainda se acha em vigor o Decreto 855, de 8 de novembro de 1851, dispondo diversamente sobre a aplicação da lei brasileira a fatos praticados a bordo de navios estrangeiros em pôrto ou mar territorial brasileiros.

4. *Relação de causalidade* — O projeto introduz, com referência à questão da causalidade, algumas inovações que não nos parecem felizes. Todos sabem as grandes incertezas que existem nessa matéria, sendo, portanto, as fórmulas do Código vigente (e a do projeto), verdadeiramente pioneiras (se não considerarmos as disposições desastrosas dos arts. 40 e 41 do Código Rocco), constituindo corajosa tentativa de oferecer solução legislativa para o problema.

Parece-nos necessário levantar uma preliminar: convém regulamentar no código a questão da causalidade material? É possível chegar a uma fórmula legislativa bastante precisa, técnica e cientificamente?

Respondemos a ambas as indagações pela negativa, apresentando desde logo o eloqüentíssimo argumento que nos proporcionam tôdas as legislações e projetos mais recentes.

É inegável que a questão da causalidade vem passando hoje a plano secundário, perdendo o relevo que lhe atribuía a teoria naturalística da ação. A medida que vai penetrando na legislação a máxima fundamental de que não há pena sem culpabilidade, deixa de ser importante estabelecer firmemente os princípios básicos da imputabilidade física. Em qualquer caso, a responsabilidade limita-se na culpa, e isso é que é de substancial importância. Excluída a responsabilidade objetiva, já não há porque cuidar-se, com tanta precisão, de estabelecer clara solução legislativa para o difícil problema da causalidade. A questão não tem, por outro lado, a magnitude que se imaginava: a causalidade somente surge nos crimes materiais, apresentando dúvidas em número muito restrito de casos.

A tentativa malograda feita pelo Código Rocco, que nosso legislador de 1940 imitou, parece mostrar com bastante clareza que a questão da causalidade não deve ser objeto de disciplina normativa. As fórmulas propostas são extremamente imperfeitas. É este um daqueles conceitos que devem ser deixados à elaboração doutrinária, como, por exemplo, o conceito de culpabilidade. Esse é o caminho que vão seguindo todos os códigos e projetos mais recentes. É lastimável que o projeto NELSON HUNGRIA tenha mantido basicamente a orientação do código vigente, nessa matéria difícil e controvertida.

Somos dos que entendem que o jurista deve partir do conceito naturalístico ou ontológico de causalidade, não havendo um conceito jurídico ou normativo. Nesse sentido deve ser aceito o princípio básico que a teoria da equivalência dos antecedentes estabelece, como fórmula eurística que visa simplesmente limitar a responsabilidade penal. Não se trata, portanto, de aplicação pura e simples de um princípio lógico ou filosófico incontestável, como supunha VON BURI.

Aceitando, embora, a teoria da equivalência dos antecedentes, no plano doutrinário, não nos parece que poderia ser acolhida a fórmula contida na segunda parte do art. 11: "Considera-se causa a ação ou omissão, sem a qual o resultado não teria ocorrido". A omissão não causa coisa alguma. Como já dissemos, a omissão, como abstenção de atividade devida, não é nem pode ser causa de um fenômeno. O código adotou a teoria da condição negativa, que remonta a LANDSBERG, hoje praticamente abandonada. É possível afirmar que todo fenômeno depende de um conjunto de condições positivas e negativas, para sua realização. Isso, porém, não basta para que se

atribua à inocorrência de condições impeditivas a categoria de *causa*. A *ausência* de circunstância ou condição que interfira no acontecimento não pode estar entre os fatores do evento, precisamente porque é algo inexistente. É impróprio afirmar que quem omite realiza uma condição, quando efetivamente deixa de realizar um impedimento.

O fundamento da responsabilidade, em caso de omissão tem sentido inteiramente diverso do que ocorre na hipótese de ação. A responsabilidade por omissão somente surge nos casos em que o agente tem o dever jurídico de impedir o resultado, que surge nos crimes comissivos por omissão. Diversamente do que ocorre na causalidade dos crimes comissivos, a questão relativa à evitação do resultado está estreitamente ligada a um enquadramento normativo. Quando se indaga da chamada causalidade da omissão, é necessário realizar um juízo hipotético, sobre a ação esperada. Esse juízo só pode ser feito *ex ante*, por um prognóstico, baseado em alta probabilidade ou certeza. Trata-se de responder à pergunta: a ação esperada ou devida teria impedido o resultado? Imaginemos o caso da enfermeira que deixa de ministrar o remédio. Podemos afirmar que ela não evitou o resultado *morte* somente quando fôr possível estabelecer, com um juízo de alta probabilidade ou certeza, que o medicamento teria impedido a morte do doente. A dúvida aqui no caso não basta para estabelecer a "causalidade" da omissão. Ora, parece claro que esse juízo ou esse prognóstico, feito *ex ante*, só pode ter por base, como pensa MAURACH, a teoria da causalidade adequada, que devemos corrigir, considerando as circunstâncias específicas do caso concreto.

A fórmula simplista de nosso código, que o projeto HUNGRIA reproduz, é errônea e inadmissível. Deve ser pura e simplesmente suprimida da lei.

O que os códigos e projetos modernos fazem é dispor sobre a relevância da omissão, ou sobre a equiparação desta à ação. Não se trata de estabelecer a *causalidade* da omissão, mas de reconhecer o conteúdo normativo desta e disciplinar os seus limites. É o que faz, por exemplo, o projeto alemão de 1950, no § 13: "Quem omite evitar um resultado que pertence a um tipo legal, é punível como autor ou partícipe, quando fôr juridicamente responsável por que o resultado não sobrevenha, e seu comportamento, de acordo com as circunstâncias, fôr equivalente à realização do tipo através de um fazer". O projeto NELSON HUNGRIA procurou marchar nesse sentido, não considerando, porém, que a *equiparação* normativa da omissão

à ação não se coaduna com a teoria da condição negativa, que o projeto acolheu na cabeça do art. 14. Ou a omissão é causa, como condição negativa do resultado, ou só é relevante como causa nas hipóteses em que o agente tem o dever jurídico de impedir o resultado. É a incongruência várias vezes censurada no Código Rocco, na disposição nebulosa do art. 40.

O segundo problema que a teoria da equivalência dos antecedentes apresenta, como vimos, está na chamada interrupção do nexa causal. Essa denominação é, evidentemente, imprópria: o nexa causal existe ou não existe. O parágrafo único do art. 11 do Cód. Penal, positivamente, é das passagens mais imperfeitas de nosso vigente diploma penal. Parece-nos não ser possível seriamente pôr em dúvida que nesse parágrafo único há uma exceção à regra geral, prevista na cabeça do artigo.

O projeto HUNGRIA entendeu de explicar que também a concausa relativamente independente exclui a imputação: "A superveniência de causa independente, ainda que relativamente tal, exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado". A rubrica lateral foi modificada no projeto: *superveniência de causa autônoma*. Há aqui, a nosso ver, *data venia* de nosso eminente mestre, vários equívocos. Em primeiro lugar, o parágrafo em questão só pode referir-se às concausas relativamente independentes: é claro que as causas absolutamente independentes já estão fora da cadeia causal, desde que não foram devidas ao agente e estão abrangidas pela própria cabeça do artigo. Em segundo lugar, as causas relativamente independentes, não são *autônomas* (como faz crer a nova rubrica), pela evidente razão de que são de independência apenas *relativa*. Por outro lado, mantendo-se basicamente a expressão da lei atual, o legislador não resolve as dúvidas que a doutrina tem levantado, quanto à inclusão por analogia, das concausas preexistentes e concomitantes. A ser mantida na lei a disciplina normativa da causalidade, parece-nos que esse parágrafo sobre concausa superveniente teria de ter outra rubrica e outra redação.

Saber que significa concausa superveniente *que por si só produziu o resultado* é problema diabólico. Preliminarmente, é errôneo falar de concausa *que por si só produziu o resultado*, tratando-se de causa *relativamente independente*. Se se trata de causa de autonomia apenas relativa, é claro que por si só não produz o resultado. E que causa seria essa? Afirma-se que é aquela que inaugura um novo curso causal, dando ao acontecimento uma nova direção, com tal relevância (em relação ao resultado), que é como se o tivesse causado sozinho. Não seria possível nos atermos apenas a um critério quantitativo. Os cri-

térios da teoria da causa eficiente, propostos por BATTAGLINI, não podem ser aceitos, pois introduzem no sistema conceitos que contrastam violentamente com a teoria da equivalência, adotada pelo código. Somente poderão ter valor subsidiário, inclusive porque não basta um critério quantitativo ou de maior eficiência, sendo necessário que ocorra um desvio no curso causal, de modo a dar um sentido novo à sucessão dos fatos.

Veja-se, porém, o conhecido exemplo do caçador que chega ao albergue. A rigor é hipótese de causa superveniente relativamente independente; mas não o poderá ser se houver *culpa* ou *dolo*. É caso que nos conduz à perplexidade e demonstra a impossibilidade de dar à matéria solução precisa. Por outro lado, mesmo que assim não fôsse, nem sempre seria fácil identificar, perante o caso concreto, a concausa que por si só produziu o resultado, mesmo com os critérios propostos, com inteligência, por alguns autores. Cf. nossa *Conduta Punível*, págs. 94/5 e seguintes.

Fazendo a reconstrução dogmática do direito vigente, entendemos que deve ser adotada a fórmula segundo a qual cumpre identificar novo curso causal, que se aparte da linha de desdobramento de perigo, que se iniciou com a ação, dando-lhe novo sentido, que leva ao resultado. O famoso exemplo do hospital esclarece bem a hipótese de exclusão do nexos causal, a que deve permanecer estranha qualquer consideração subjetiva: de nada valem aqui os princípios da causalidade adequada.

Entendemos ser a questão do nexos causal, daquelas que não precisam e não devem estar disciplinadas na lei, especialmente pelas dificuldades insuperáveis de chegar-se a uma fórmula técnica e cientificamente indisputável. O exemplo das legislações modernas, nesse sentido, é eloqüentíssimo. Por esse motivo, sugeriríamos que no projeto HUNGRIA o art. 14 tratasse apenas dos crimes comissivos por omissão, à semelhança do que faz o projeto alemão de 1960. Isso poderia ser feito sem qualquer alusão à causalidade, inexistente na omissão, com a rubrica — *crimes comissivos por omissão*: “Quando, através de omissão, viola o agente o dever de evitar o resultado, que podia impedir, este lhe será imputado, seja o dever decorrente de lei, de relação contratual ou de perigosa situação de fato, criada pelo próprio omitente, ainda que sem culpa.”

A ser mantida a regulamentação da causalidade, parecemos altamente recomendáveis as seguintes alterações: 1. Na cabeça do art. 14, suprimir a referência à omissão (“Considera-se causa a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido”). Se se preferir não enfrentar o problema da condição negativa, po-

deria utilizar-se uma fórmula genérica: "Considera-se causa o comportamento sem o qual o resultado não teria ocorrido." A rubrica do § 2.º deverá ser: "Superveniência de causa relativamente independente." A redação desse parágrafo, a nosso ver deveria ser: "Sòmente exclui a imputação a superveniência de causa relativamente independente, quando fôr possível considerar, em face das circunstâncias, que por si só produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou."

5. *Tentativa* — Manteve o anteprojeto a punibilidade mais branda da tentativa que consta de nosso código vigente e é tradicional entre nós. Como se sabe, são três os sistemas aventados para punição da tentativa: (a) — o da redução obrigatória da pena (códigos: Suécia, Noruega, Itália, Holanda, Argentina, Espanha, etc.); (b) — o da redução facultativa da pena (Suíça, Dinamarca, Iugoslávia, Alemanha); (c) — o da equiparação da pena da tentativa à do crime consumado (França, Bulgária, Tcheco-Eslováquia, Polônia, etc.).

Parece claro que o direito penal moderno evolui no sentido da equiparação da tentativa ao crime consumado, com a punição mais branda facultativa (ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, 1956, vol. I, p. 623 — nota). O nosso COSTA E SILVA (*Código Penal*, 1943, p. 89) entende que a tentativa deve ser punida mais levemente que o crime consumado, deixando-se porém ao juiz a faculdade de, em casos excepcionais, de suma gravidade, impor a mesma pena do crime consumado.

A opinião de COSTA E SILVA parece-nos sábia. Preferimos, porém, a fórmula da equiparação, com redução facultativa, que tem o mesmo significado prático. Essa fórmula já constava, aliás, do projeto FERRI (art. 16), tendo sido introduzida no vigente direito alemão (§ 44) desde 1943. O projeto de 1960 adotou-a também (§ 27, nº 2).

Nosso novo Código Penal deve seguir o mesmo caminho, podendo ser usada uma disposição semelhante à do vigente Código Suíço (art. 21, primeira parte).

6. *Culpabilidade* — Manteve o projeto, no art. 13, a definição de *dolo*, que consta da lei vigente: "Diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo." É fórmula extremamente simples, mas evidentemente incompleta e imprecisa.

Em primeiro lugar, devemos atentar ao fato de que, a rigor, é impróprio afirmar que o resultado é voluntário. Voluntária

é apenas a conduta: o resultado pode ser intencional. Cf., a propósito, LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1932, p. 155; MAX ERNST MAYER, *Der allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 113; FRANK, *ZStW*, vol. 10, p. 204, GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, vol. II, 1950, p. 304, entre outros.

Em segundo lugar, com a referência a *resultado* nesse dispositivo, o legislador está novamente tomando partido na questão do evento, a favor do conceito jurídico, a nosso ver, indefensável. Veja-se o § 13 da *Exposição de Motivos* do vigente Código penal: “Com o vocábulo *resultado*, o citado artigo designa o efeito da ação ou omissão criminosa, isto é, *dano efetivo* ou potencial, a lesão ou perigo de lesão de um bem ou interesse penalmente tutelado. O projeto acolhe o conceito de que não há crime sem resultado.”

O dano e perigo que resultam ou podem resultar da ação, nada têm a ver com o evento, em seu enquadramento técnico, isto porque o resultado de que depende a existência do crime não é o dano ou perigo, mas, sim, o acontecimento tipicamente relevante. Dano e perigo são qualificações jurídicas do evento, pois, para sabermos se há *dano* ou *perigo*, como resultado de determinada conduta, é necessário considerar o interesse ou bem jurídico atingido pelo fato punível. É evidente que a questão do evento está hoje em plano secundário. Em sentido próprio, evento é a realização da conduta típica, mas não se pode negar a conveniência de estabelecer uma noção mais restrita, que corresponda ao chamado conceito naturalístico, como pretendia VON HIPPEL. Nesse conceito restrito, evento é a modificação do mundo exterior causada pela ação ou imputável ao agente em virtude de sua omissão, que constitui realização de figura de delito.

O emprêgo do vocábulo *resultado* na definição de *dolo*, deve ser evitado.

Finalmente, será preciso observar que *dolo* não é apenas a vontade, mas, a vontade e a *consciência*. É o que aparece claro no art. 18 do Código Suíço: “*Vorsatzlich verübt ein Verbrechen oder ein vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt.*” Se se pretende adotar para a definição do crime doloso uma fórmula simples e de fácil entendimento, parece-nos que seria recomendável a seguinte: “Diz-se o crime doloso, quando o fato punível fôr praticado com vontade e consciência, ou quando assumir o agente o risco de sua possível realização.”

A disposição sobre a culpa *stricto sensu*, abandonando-se o casuismo do código vigente, é inovação muito interessante em nossa legislação. Nesse sentido estão se orientando todos os códigos e projetos modernos, desde o código suíço (art. 18). O anteprojeto considerou especialmente, além desse, o código grego (art. 28), e o projeto alemão, de 1960 (§ 18). As únicas observações que o texto suscita são as seguintes: convém deixar mais claro que a previsibilidade não é a de um ideal *homo medius*, mas do agente. Não nos parece, também, que se deva manter a expressão *levianamente*, pois lhe falta a necessária precisão. Cremos que seria adequado manter a expressão *censurável*, que aparece no projeto alemão (*vorwerfbar*) e que tem tanta significação no conceito moderno de culpabilidade. A fórmula do Código poderia ficar assim: "Diz-se o crime culposo, quando o agente, deixando de empregar a atenção ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que lhe era possível prever, ou prevendo-o, supõe, de forma censurável, que não se realizaria ou que poderia evitá-lo."

7. *Não há pena sem culpabilidade* — A rubrica do art. 17 do projeto aparece com um erro tipográfico evidente. Deveria ser "não há crime sem culpabilidade". Essa falha foi, aliás, corrigida na publicação feita pela REVISTA BRASILEIRA DE CRIMINOLOGIA E DIREITO PENAL (n.º 1, p. 173). É a disposição que põe, em definitivo, a derradeira pá de cal na responsabilidade objetiva. As referências feitas pelo eminente autor do projeto às leis e projetos estrangeiros, poderia ter acrescentado o § 56 do vigente código alemão, alterado desde 1953. É necessário atender a todas as consequências oriundas desse princípio.

8. *Erro* — Muito boas são as modificações introduzidas na definição de erro de fato, mantendo-se a formulação básica do código vigente, com evidente superioridade de forma.

A disposição sobre o chamado erro de direito constitui uma prudente fórmula de transação, que já constava do código suíço (art. 20). A rigor, porém, o erro de direito deveria sempre excluir a culpa: isto é consequência lógica do sistema segundo o qual não há pena sem culpa. Por isso mesmo não aprovamos a fórmula do anteprojeto. Parece-nos preferível uma solução que se oriente no sentido do projeto alemão (§ 21) e que poderia ser a seguinte: "Não é culpado quem, por erro escusável, supõe lícita a ação que pratica. Se o erro fôr recusável, pode o juiz atenuar a pena."

A suposição de licitude é a contrapartida da consciência da antijuridicidade da ação, indispensável ao dolo. Trata-se, portanto, de noção mais ampla do que o simples erro de direito, na concepção tradicional, motivo porque não há o que se temer de sua aplicação.

9. *Erro na execução* — Modificando o sistema vigente, no que concerne ao concurso de crimes, é necessário também corrigir, no anteprojeto, o § 1.º do art. 20, que dispõe: “Se, por erro ou outro acidente na execução, é atingido bem jurídico diverso do visado pelo agente, responde este por culpa, se o fato é previsto como crime culposos.” É indispensável prever também a hipótese de dolo eventual. Esse problema não existe no código penal vigente, em virtude do que dispõe o art. 53, *in fine*. O § 1.º do art. 20, portanto, deveria ser assim redigido: “Se, por erro ou outro acidente na execução, é atingido bem jurídico diverso do visado pelo agente, responderá este por dolo, se assumiu o risco de causar este resultado, ou por culpa, se o fato é previsto como crime culposos.”

10. *Estado de necessidade* — Seguiu o anteprojeto a orientação do código grego (arts. 25 e 32) e do projeto alemão, de 1960 (§§ 39 e 40), no sentido de distinguir o estado de necessidade que exclui a antijuridicidade da ação, do estado de necessidade que exclui a culpabilidade, atribuindo a este último a rubrica “inexigibilidade de outra conduta”.

É antigo, na Alemanha, o debate sobre a natureza do estado de necessidade, como causa de exclusão do crime. Esse debate surgiu com a teoria normativa da culpabilidade, pois esta, segundo FRANK, pressupunha a normalidade das circunstâncias do fato. Esse debate tem o seu início com a famosa monografia que GOLDSCHMIDT publicou em 1913 (*Der Notsstand, ein Schuldproblem*).

O anteprojeto acolhe a chamada *teoria diferenciadora*, que distingue conforme se trate de bem jurídico de valor igual ou inferior ao ameaçado. Essa teoria diferenciadora (que se opõe à *teoria unitária*), é hoje amplamente dominante entre os autores alemães. Veja-se a propósito as precisas indicações que nos dá ANIBAL BRUNO (*Direito Penal*, vol. I, 1956, p. 381, nota).

A teoria diferenciadora inspira-se, evidentemente, na idéia de inexigibilidade de outra conduta, dando-lhe, porém, dimensões muito estreitas. Como se sabe, são muito grandes as restrições que vão surgindo na doutrina, à admissão da inexigibilidade de outra conduta, como causa suprallegal de exclusão

da culpa e dificilmente se pode prever a evolução doutrinária nesse sentido.

Nada se pode opor à solução do anteprojeto, fortemente amparada em doutrina de alta categoria. O art. 22 atende, porém, a uma das situações de inexigibilidade, motivo pelo qual nos parece de duvidosa correção o emprêgo dessa rubrica. O projeto alemão refere-se a “estado de necessidade que justifica” (*Rechtfertigender Notstand*) e “estado de necessidade que desculpa” (*Entschuldigender Notstand*). O código grego também: “estado de necessidade como causa de justificação” (art. 25) e “estado de necessidade como causa de exclusão da culpa” (art. 32).

É claro que o estado de necessidade que exclui a culpa tem limites distintos do que exclui a ilicitude da ação. Pressupõe o primeiro a ação antijurídica e só tem cabimento quando seja inaplicável o segundo. Preferiu o anteprojeto a fórmula do código grego, que é mais restrita do que a do projeto alemão. Este se refere a “parente ou outra pessoa que seja próxima ao agente” (*einem Angehörigen oder einer ihm nahestehenden Person*), explicando a exposição de motivos que esta fórmula visa abranger aquelas pessoas que vivem sob o mesmo teto ou na mesma comunidade doméstica ou que esteja de outro modo ligada ao agente, de forma semelhante aos parentes. Por outro lado, é muito amplo o conceito que o projeto dá a parente (§ 10 n.º 3). O código grego estabelece uma limitação de parentesco, como o anteprojeto HUNGRIA. A fórmula do projeto alemão nos parece preferível, embora seja fácil compreender que a solução do anteprojeto é inspirada pela prudência.

É necessário prever a relevância do erro de fato, na hipótese da “inexigibilidade de outra conduta” (art. 22). Essa hipótese de erro não está abrangida pela fórmula do art. 18, pois não constitui discriminante putativa. Convém fazer remissão ao art. 18, esclarecendo que ele também é aplicável no caso do art. 22. É sistema preferível à solução inútilmente complicada do projeto alemão.

11. *Responsabilidade penal* — Não nos parece deva ser mantida a expressão “Responsabilidade penal” para designar a imputabilidade. Responsabilidade e imputabilidade são coisas diversas. Raros são os autores que identificam as duas noções. A expressão usada no código vigente (e reproduzida no anteprojeto) tem sido objeto de críticas inumeráveis, de inegável procedência. Veja-se, entre outros, ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, vol. II, 1954, p. 411 — nota; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso*

de Direito Penal, 1956, vol. II, p. 163; BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, vol. I, p. 327; NOÉ AZEVEDO, *Da Responsabilidade Criminal*, in *Rev. Tribs.*, vol. 138, p. 10; MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 1963, vol. I, p. 202.

É hora de acolher essa crítica, especialmente na redação do artigo 30 e em sua rubrica. O artigo deve começar: "Não é imputável..." (e não: "Não é penalmente responsável..."). A rubrica deve ser "inimputáveis".

Afora êsse reparo (que mais se faz pelo amor à precisão científica do que atendendo às consequências de ordem prática) a redação do art. 30 não merece censura. Êste constitui um dos pontos que maiores dificuldades oferecem ao legislador. HUNGRIA manteve-se fiel ao critério bio-psicológico, dominante nos códigos e projetos desde algum tempo, corrigindo, porém, a fórmula do código atual, que não abrangia inúmeros casos de perturbação mental, não oriundos de doença mental nem de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Isto obrigava o intérprete a dar à expressão "doença mental", um significado que ela, evidentemente, não tem. Evitou o anteprojeto referência a *doença mental*, considerando a imprecisão que apresenta, substituindo-a por "mórbida perturbação mental". Contemplou, ao lado desta e do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, "outra grave anomalia psíquica". É basicamente a solução do projeto alemão (§ 24).

12. *Emoção, paixão e embriaguez* — Corretíssima a eliminação pura e simples do art. 24 n.º I do Código vigente, sobre a emoção e a paixão. No que concerne à embriaguez, em princípio, não haveria necessidade de qualquer disposição especialmente dedicada à mesma, no que tange à imputabilidade. Os problemas da embriaguez (sob o aspecto da imputabilidade), resolvem-se de conformidade com a fórmula geral adotada. O art. 24 n.º II do Código vigente leva à responsabilidade objetiva, e é solução intolerável. O art. 31 do anteprojeto reproduz, praticamente, o art. 24 n.º II do código atual, embora estabeleça a responsabilidade por culpa, em caso de culpa (o que é óbvio) (art. 30 § 2.º).

Entendemos que não se deve cogitar de embriaguez, salvo a previsão da preordenada. Essa, porém, deve entrar na disciplina geral da *actio libera in causa*, que nos parece indispensável na lei, pois é, rigorosamente, uma exceção ao art. 30, que se refere ao momento da ação ou da omissão. É o entendimento corretíssimo do código suíço (art. 12). Poderia ser adotada uma

fórmula semelhante à do art. 35 do Código grego, ou à do art. 6 n.º 3 do código iugoslavo.

Se a embriaguez é completa e preordenada, o agente responderá a título de dolo, com a pena eventualmente agravada (o anteprojeto não reproduziu a agravante do art. 44, n.º II, letra c do código vigente). Se a embriaguez é completa e o agente assumiu o risco de, nesse estado, praticar o crime, teremos dolo eventual e integral responsabilidade. Se o agente previu ou podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, e não assumiu o risco de o fazer, a pena é aplicável a a título de culpa, se a este título é punível o fato. Se a embriaguez é completa e não fortuita, e se não houver dolo nem culpa, nenhuma pena pode ser imposta ao agente (porque não há pena sem culpa), a não ser pelo simples fato da embriaguez. É a solução que aparece no vigente direito penal alemão (§ 330, letra a), estabelecendo o crime de embriaguez completa (*Vollrausch*), ao qual se ajunta, como condição objetiva de punibilidade, a prática de fato definido como crime: "Quem se coloca, dolosa ou culposamente, através da ingestão de bebidas espirituosas ou através de outro meio inebriante, em estado de embriaguez que exclua a imputabilidade (§ 51 n.º 1), será punido com prisão ou multa, se, em tal situação, praticar ação ameaçada com pena". O projeto alemão de 1960 seguiu o mesmo critério (§ 351), que vamos encontrar também no Código austriaco (§ 523) e no Código suíço (art. 263). É a orientação a seguir, se se firma o princípio de exclusão da responsabilidade sem culpa.

13. *Menoridade* — Mantém o anteprojeto o limite da imputabilidade nos 18 anos, embora timidamente estenda a imputabilidade até os 16 anos, se o agente revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta. Essa fórmula vai conduzir, na prática a dificuldades, sendo necessário que o Código de Processo Penal indique claramente como deverá proceder a autoridade policial no inquérito em que o indiciado tiver mais de 16 e menos de 18 anos.

A tendência geral da legislação é o abaixamento da menoridade, como limite da imputabilidade. Em 14 anos está ela fixada no projeto alemão de 1960 (§§ 23 e 10 n.º 1), afirmando a Exposição de Motivos que a elevação desse limite enfraqueceria a consciência da responsabilidade dos jovens (*Die Grenze andererseits weiter hinaufzusetzen, würde das Verantwortungsbewusstsein der Jugend schwächen*). 14 anos foi também o

limite fixado pelo Código búlgaro de 1951 (art. 14), estabelecendo a inimizabilidade dos menores entre 14 e 18 que não tenham capacidade de entendimento e capacidade de autogoverno. Em 15 anos fixam o limite os códigos dinamarquês (§ 15) e tcheco, de 1950 (§ 10). O Código suíço, em 16 anos (art. 82), como muitas outras legislações.

O VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, reunido em Roma, em 1953, fixou também a idade de 16 anos, como limite para aplicação de pena (Cf. *VIe Congrès International, Compte Rendu des discussions*, Milão, 1957, p. 310).

Nossa recente experiência com crimes praticados por pequenos bandidos mostra o acerto na redução da idade-limite para a imputabilidade. Nossa única sugestão seria a de que fosse seguido o sistema do Código búlgaro, invertendo-se a exceção e a regra. Assim, o art. 32 poderia ser redigido da seguinte forma: "O menor de 16 anos é inimputável. Exclui-se a imputabilidade, se o agente, tendo mais de 16 e menos de 18 anos, não revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta". A atenuação da pena para os menores de 16 a 18 anos, sendo penalmente responsáveis, pode ser prevista entre as atenuantes genéricas.

14. *Concurso de agentes* — A unificação de todas as formas de participação, que geralmente se entende ser consequência da adoção da teoria da equivalência dos antecedentes, é, a rigor, incompatível com um direito penal da culpa. Poucas são as legislações penais que não distinguem entre os diversos graus de participação no delito. Esse sistema, que constava do Código da Louisiana, divulgou-se com o código italiano de 1930 (art. 110), sendo adotado apenas pelo código dinamarquês (§ 23); pelo código mexicano (art. 13) e pelo nosso estatuto penal vigente.

O sistema unitário inspira-se em razões de política criminal, visando mais eficiente repressão. Nunca é, porém, adotado em sua inteireza, pois isto levaria a soluções absolutamente injustas e inaceitáveis. Os códigos estabelecem temperamentos à equiparação dos vários partícipes. O sistema unitário, como bem assinala WOLFGANG DIETZ, *Taeterschaft und Teilnahme, in Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. II, 1954, p. 329, não representa unificação, transferindo apenas para o juiz as dificuldades para distinguir entre as várias formas de participação. Essa idéia é evidentemente correta. O siste-

ma da unificação está também em desacôrdo com a Política Criminal moderna, que se orienta no sentido de impor a sanção penal atendendo às qualidades pessoais do agente e não às características do fato. Como diz BOCKELMAN, *Die moderne Entwicklung der Begriffe Taterschaft und Teilnahme, in Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, p. 109, a concepção unitária da participação representa uma renúncia do legislador ao tratamento individualizado da personalidade do agente, partindo errôneamente de uma concepção causal do delito. A distinção está na natureza das coisas e é tarefa do legislador.

Embora reconheçamos como procedentes tôdas as críticas que, no plano científico, são apresentadas contra a teoria da unificação, é forçoso convir que entre nós sua aplicação não pode ser censurada. Ela tem a seu favor a grande simplicidade no estabelecimento de critérios, grandemente debatidos, quando se procura distinguir entre autoria principal e cumplicidade. Embora nos seduza uma forma de distinção, como a que aparece na maioria dos códigos modernos, não só pelos motivos já alegados, mas também para resolver o problema da participação tentada, julgamos melhor manter a fórmula que consta do art. 33 do anteprojeto. Afinal, a distinção entre autor e cúmplice, em termos práticos, significa apenas garantir a mais leve punição dêste, resultado que o sistema de nossa lei assegura.

O que nos parece indispensável, na disciplina do concurso de agentes, é deixar bem claro o princípio básico de que cada partícipe será punido conforme sua culpabilidade, e sem consideração à culpabilidade dos demais. Esse princípio, que consta do vigente código alemão (§ 50) e do projeto alemão de 1960 (§ 64), como se diz na Exposição de Motivos dêste último, está ao centro da teoria da participação e da teoria da culpa (*Dieser Satz steht im Mittelpunkt der Teilnahme und Schuldlehre*). Poderia constar do § 1.º do art. 33 do anteprojeto, cuja redação poderia ser a seguinte: "A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, medindo-se por sua própria culpabilidade. Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares ao crime".

15. *Propósito de participar de crime menos grave* — Manteve o anteprojeto (art. 33, § 3.º) a disposição medieval que consta do art. 48, parágrafo único do código vigente. Essa disposição, o legislador brasileiro foi buscar no art. 116 do Código Rocco, e somente pode ser aplicada com base em responsabilidade objetiva. Dispõe o anteprojeto: "Se algum dos concorrentes

tes quis participar de crime menos grave, a pena, em relação a êle, é diminuída de um terço até metade, não podendo, entretanto, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime”.

Ora, de duas uma: ou o agente tem culpa em relação ao crime mais grave, e por êle responde integralmente, ou não tem culpa em relação ao mesmo, e por êle não pode responder, mesmo com pena atenuada. A única brecha que o dispositivo nos deixa, dentro do direito penal da culpa é sua aplicação à hipótese de dolo eventual. Essa, porém, não pode ser a vontade da lei, conhecido como é o desenvolvimento histórico do problema.

Na Itália, a aplicação do art. 116 do Código Rocco tem levado a doutrina e a jurisprudência a grande confusão. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, 1955, p. 404, afirma que se trata de uma das normas mais drásticas da legislação em vigor, e que *senza dubbio raffigura un'ipotesi di responsabilità oggettiva*. Sustentando também a responsabilidade objetiva, pronunciava-se, entre outros, VANNINI, *Responsabilità oggettiva e causalità materiale nell'art. 116 nuovo Cod. Pen.*, in *Riv. Italiana di Dir. Pen.*, 1931; PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale*, 1950, p. 636 (*Trattasi, invece proprio di un caso di responsabilità obiettiva, dal momento che l'evento posto a carico del concorrente ignaro non è stato da lui, menomamente voluto*); FLORIAN, *Parte generale del Diritto Penale*, 1934, p. 718; SANTORO, *Responsabilità obiettiva nel concorso a delitto oltre l'intenzione, Scuola Positiva*, 1941, vol. II, p. 145; SALTELLI-ROMANO, *Comento*, vol. II, p. 595.

Aliás, a *Relazione ministeriale*, vol. I, p. 173, não fazia mistério, esclarecendo, a propósito: *Il progetto tiene ben distinti i due problemi della causalità e della responsabilità; posta la volontarietà dell'azione o dell'omissione, con le quali si realizza il concorso, stabilisce che si risponda del reato diverso commesso dal concorrente (se esso può farsi risalire, con effetto a causa, all'azione od omissione), a titolo di responsabilità obiettiva”*.

Alguns entendem que não se trata de responsabilidade objetiva em sentido próprio, porque houve vontade inicial no sentido de fato ilícito diverso (MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, 1950, p. 523). Temos então ressuscitado o *qui in re illicita versatur tenetur etiam de casu*.

Aqui no Brasil, o nosso COSTA E SILVA, *Código Penal*, 1943, p. 286, também reconhece ser um caso de responsabilidade objetiva o art. 48, parágrafo único do Código vigente. E nesse sentido também, com muita clareza, BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, vol. II, 4.^a edição, p. 488, e ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, vol. III, 1962, p. 144.

A questão do excesso na participação, à qual se refere o art. 48, parágrafo único do código vigente e o art. 33, § 3.º do anteprojeto, é, em verdade, antiga, e tem dado lugar a muitas dúvidas. Muitos praxistas (CARPZOVIO, MATTAEUS, BOEHMERO, etc.) sustentavam, em qualquer caso, a plena responsabilidade pelo excesso. Antiga teoria, que remonta a CARMIGNANI e é exposta por CARRARA (*Programa*, §§ 500 e seguintes) distingue conforme o excesso se configure em crimes da mesma natureza, ou não. Nesse último caso, a regra seria a da irresponsabilidade. No primeiro caso (crimes da mesma natureza), distingue-se ainda entre excesso nos meios e excesso nos fins. Somente este último se comunicaria: pelo excesso nos meios responderia apenas o executor.

Ora, fixado o princípio de que cada partícipe será punido de acordo com sua própria culpa, é fácil resolver a questão do excesso. Se o excesso fôr doloso (dolo direto ou eventual) o agente responde integralmente pelo mesmo. Nesse caso, realmente, não há excesso. Se há culpa *stricto sensu*, em relação ao resultado mais grave, o partícipe responderá por ele a título de culpa, se o fato fôr punível a esse título. Finalmente, se o resultado mais grave estiver além da culpa, por ele não responderá o partícipe. Não é necessário introduzir na lei qualquer dispositivo para que tais soluções sejam aplicadas, pois resultam do sistema. O § 3.º do art. 33 deve ser simplesmente eliminado. Com toda a probabilidade, sua inclusão no anteprojeto deveu-se a simples inadvertência do ilustre projetista, ardoroso partidário do princípio *nulla poena sine culpa*.

16. *O Sistema das penas* — Esclarece o art. 35 do anteprojeto que as penas privativas de liberdade “devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educacional, no sentido de sua gradativa recuperação social”.

Não nos parece que essa fórmula implique numa tomada de posição a respeito do grave problema relacionado com o sentido da pena no Direito Penal de nossos dias. Referimo-nos ao debate entre a pena retributiva e a pena simples medida de defesa social, eticamente neutra, tendo por base a emenda do réu. Entendemos que a pena, por sua própria essência, não pode jamais perder o seu caráter de retribuição ético-jurídica. Vai-se firmando, porém, o entendimento de que *em sua execução*, a pena deve visar à recuperação social do delinquente, sempre que essa recuperação seja necessária, possível e realizável. PETROCELLI, *La pena come emenda del reo, in Saggi di Diritto Penale*,

1952, p. 491, que é ferrenho partidário da pena retributiva, afirma: *Non v'è oggi nessuno infatti (all'infuori di chi neghi la moralità o la dichiarare estranea al magistero penale) che non accetti di indirizzare la esecuzione della pena verso la redenzione morale del reo, là dove questa sia necessaria e possibile.* A retribuição restringe-se à perda de bens jurídicos imposta pela sanção penal, transformando a pena numa medida necessariamente aflictiva. Esse debate, porém, está hoje pôsto em termos que permitem uma tranqüila solução legislativa. Na Itália, como se sabe, a recuperação do réu na execução da pena é preceito constitucional (*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*). Na Suíça, o Código Penal, em seu artigo 37, estabelece também que as penas privativas da liberdade devem, de forma educativa, preparar a reintrodução dos condenados na vida civil. Isso não impede que a doutrina, em sua imensa maioria, permaneça firme no entendimento de que a pena é retribuição e, portanto, necessariamente, um mal.

Assim sendo, é possível aceitar a fórmula contida no art. 35 do anteprojeto, sem entrar em debates doutrinários que dificilmente conduziriam a resultados práticos. Os partidários da pena retributiva, firmemente fundada num princípio de justiça, não precisam opor-se a tal fórmula, pois ela é conciliável com essa concepção da pena. Veja-se, por exemplo, a lição de VINCENTO CAVALLO, *Diritto Penale*, vol. III, p. 114: *la rieducazione che addita l'art. 27 della Costituzione si deve conseguire con particolari modalità di esecuzione della pena, la quale, però, conserva la sua essenza e natura di afflizione a titolo di castigo*. BETTIOL, *Diritto Penale*, 1962, p. 589, chama a isso “interpretação progressista da norma constitucional”.

A nós basta, para afirmação do princípio retributivo, o fato de fundar-se a pena na idéia de culpa. Lembremos, porém, o perigo da exploração, principalmente no júri, da fórmula do anteprojeto. Será fácil afirmar que a pena tem por base a emenda do réu e que é desnecessária se o réu não precisa de emenda, como aqueles que reconhecidamente não reincidem, entre o quais os delinquentes ocasionais. É o velho argumento de CARRARA, *La enmienda del reo tomada como único fundamento y fin de la pena*, in “*Opusculos de Derecho Criminal*”, trad. Buenos Aires, 1955, p. 139 (“A sociedade encontra-se desarmada frente a um delinquente corrigido”). A existência de delinquentes normais é admitida por gregos e troianos: cf. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, vol. I, 1955, p. 430, e FLORIAN, *Parte Generale*, vol. I, p. 351. O anteprojeto realmente não

toma a emenda do réu como fundamento da pena. Isso levaria à pena indeterminada necessariamente; excluiria a idéia de culpa e tornaria a pena inútil nos casos em que fôsse desnecessária a emenda, como é claro nos crimes culposos e nas contravenções e em muitos outros casos, como o de infrações penais praticadas por motivo de valor social ou moral (cf. PETROCELLI, *La Pena come emenda del reo*, p. 496). Por outro lado, como se tem observado, com muita propriedade, não há pena educativa com duração superior a dois anos. A pena que excede a dois anos já visa a atender a outros fins, estranhos à recuperação social do delinqüente.

Por essas considerações, talvez conviesse rever a fórmula do art. 35, segunda parte, inclusive porque um código não é obra de doutrina e não deve conter enunciados puramente programáticos.

17. *Sistema do duplo binário* — Corretíssima a solução do anteprojeto no abandono do sistema do duplo binário (pena e medida de segurança detentiva sucessivamente aplicadas). Esse sistema, que teve a missão histórica de conciliar duas tendências opostas, está em franco declínio por toda parte. No Brasil, afora uma ou outra malograda experiência, ele realmente não chegou a ser pôsto em prática.

Nas últimas edições de seu compêndio, MEZGER nos fala, a propósito, na *crise do duplo binário* (*Die Krisis der Zweispurigkeit*) (*Strafrecht, ein Studienbuch*, 1960, p. 305). Por um lado, as medidas de segurança detentivas, em sua essência, constituem penas. MEZGER afirma que a internação em casa de trabalho, que o código alemão prevê no § 42, letra d, é, em verdade, uma pena. Por outro lado, a *execução* da pena e da medida de segurança detentiva não se distinguem, sendo muitas vezes realizadas nos mesmos estabelecimentos, implicando numa simples mudança da ala esquerda para a ala direita (*vom Ostflügel in den Westflügel der Anstalt*). A internação em casa de custódia, que no código alemão é a custódia de segurança (*Sicherungsverwahrung*), é mal pior do que a pena, por ser por tempo indeterminado. Destina-se aos criminosos habituais perigosos.

O sistema do duplo binário nos veio do Código Rocco, estando presente em muitos códigos modernos. Mesmo naqueles países onde a distinção entre pena e medida de segurança permanece muito nítida na legislação, a tendência é permitir ao juiz a substituição da pena pela medida de segurança detentiva, o que se denomina sistema da aplicação vicariante (*Vikarieren im Vollzug*). Esse sistema iniciou-se com a alte-

ração introduzida em 1951 no primeiro parágrafo do art. 42 do Código Penal Suíço. E aparece no projeto alemão de 1960 (§ 87), aqui, porém, de forma mais nítida, pois esse projeto continua firme com o sistema do duplo binário, cujas inconveniências mais graves procura evitar. Sobre o sistema do projeto alemão, em sentido crítico, HANNS DUNNEBIER, *Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsentziehenden Massregeln, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 72, p. 32 (1960).

Está certo, portanto, o anteprojeto HUNGRIA, quando limita a medida de segurança detentiva aos casos de tratamento *curativo*.

18. *Pena e medida de segurança* — A nota que aparece sob o art. 35 do anteprojeto, poderia conduzir o observador superficial à falsa noção de que se defende a unificação da pena com a medida de segurança. Seriam muitas e graves as conseqüências dessa identificação, que uma parcela importante da doutrina hoje advoga. Não, porém, a maioria dos autores.

É sabido que este era um dos temas oficiais do VI Congresso Internacional, da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Roma, em 1953. É curioso acompanhar pelos anais a tortuosa e difícil formulação de uma conclusão, que obtivesse a aprovação do plenário. Veja-se *Association Internationale de Droit Penal, VIe. Congrès International, Comptes rendues des discussions*, Giuffré Editore, Milão, 1957, págs. 221 e seguintes. A comissão que debateu o tema, sob a presidência de PAUL CORNIL, teve como relator geral o saudoso mestre FILIPPO GRISPIGNI. A fórmula drástica, de inspiração positivista, aprovada pela comissão, recebeu em plenário vários substitutivos, sendo a muito custo aprovado um novo substitutivo apresentado por ERNESTO EULA e vários congressistas, como fórmula de conciliação. Essa fórmula está muito longe de constituir um pronunciamento no sentido da unificação da pena com a medida de segurança, representando apenas um voto contra o sistema do duplo binário. Mesmo assim, votaram contra o substitutivo todos os membros da numerosa delegação alemã, entre os quais estavam MEZGER, LANGE, WELZEL, HELLMUTH MAYER, SCHROEDER, bem como eminentes professores italianos, como PETROCELLI (autor de outro substitutivo), BETTIOL, LEONE, SABATTINI etc.

A distinção entre pena e medida de segurança é muito nítida, e não nos parece que haja qualquer possibilidade de

unificação dos conceitos. Isso, porém, não significa que seja conveniente manter o sistema do duplo binário com aplicação sucessiva seja da pena ou da medida de segurança detentiva. O anteprojeto HUNGRIA, a nosso ver, limita-se a acolher o voto do Congresso de Roma, sem maiores compromissos com qualquer das correntes em debate.

19. *Penas privativas da liberdade* — Manteve o anteprojeto o sistema de duas penas privativas da liberdade: a *reclusão* e a *detenção*. A reclusão, “sob regime mais rigoroso”, deve ser cumprida em estabelecimento separado ou em seção especial do mesmo estabelecimento. Que entende o anteprojeto por “ação educacional” “sob regime mais rigoroso”? Parece que o maior ou menor rigor é atributo da pena retributiva, tendo sentido aflitivo.

O que importa assinalar, porém, é que nunca, no Brasil, na vigência do Código atual, houve separação dos condenados às penas de reclusão e detenção. Em todos os estabelecimentos penais, dadas as dificuldades bem conhecidas e o desinteresse das administrações, os condenados a uma e outra pena sempre estiveram juntos, submetidos ao mesmo tratamento.

Para muitos, a tendência da legislação moderna é no sentido da unificação das penas privativas da liberdade. Veja-se, a propósito, ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, vol. III, p. 79, bem como os autores por ele citados. Nesse sentido orientou-se o *Criminal Justice Act*, inglês, de 1948, estabelecendo como única pena privativa da liberdade a prisão (*imprisonment*). Diz SIEVERTS, na tradução alemã dessa importante lei, que, na prática, há muito tempo não se fazia qualquer diferença na forma de execução das várias penas previstas no velho *Prevention of Crime Act*, de 1908. Cf. *Das englische Gesetz über Kriminalrechtspflege von 1948*, Berlim, 1952, p. X. Uma única pena privativa da liberdade contemplam também os códigos da Tchecoslováquia (§ 30) e da Bulgária (art. 22).

Uma outra orientação é a que resulta da tendência retribucionista, muito acentuada no projeto alemão de 1960. Este prevê, como espécies da pena privativa da liberdade *Zuchthaus*, *Gefängnis* e *Strafhaft*. Na Exposição de Motivos está dito que, em face de um direito penal da culpa, no qual a pena constitui um juízo de desvalor ético sobre o fato e o agente, deve esse juízo de desvalor, ter por base não só a duração da pena, mas também, tanto quanto possível, sua espécie. Uma contravenção ou um crime culposos não podem ser punidos com a mesma pena aplicável ao homicídio qualificado, embora se

reconheça que só em característicos de pequena importância é possível distinguir entre as penas de reclusão e detenção, na fase executiva (cf. *Begründung*, cit. p. 155). Mais de uma pena privativa de liberdade está prevista nos códigos da Iugoslávia (arts. 28 e 30) e da Grécia (art. 51).

Limitando-nos puramente às questões de ordem prática e abandonando, como nos parece recomendável, os debates que se relacionam com o fim e a natureza da sanção penal, cremos que deve ser mantido o sistema da dupla pena privativa da liberdade. Nenhuma diferença, todavia, deve ser feita na execução dessas penas. Já sabemos que essa diferença não existiria mesmo e o legislador seria hipócrita se a fizesse constar da lei. A diferença entre uma e outra dessas penas residiria em suas consequências jurídicas, tanto no direito material como no processual. Atende-se assim a conveniências de toda sorte, inclusive do ponto de vista da técnica legislativa.

É necessário, portanto, a nosso ver, reexaminar fundamentalmente o art. 35 do anteprojeto, não só em sua segunda parte, mas, também, no início. Aqui poderia ser apenas suprimida a expressão "aquela sob regime mais rigoroso que esta".

20. *Regime penitenciário* — A matéria relativa ao cumprimento das penas é, segundo a lição de MEZGER, em princípio, de natureza processual. Teremos, como se sabe, um código com as diretivas para as execuções criminais, e a esse Código deve ser reservada a regulamentação minuciosa da execução das penas. Isso, porém, não precisa estar dito no Código Penal. Mestre HUNGRIA fez um artigo do que deveria ser apenas uma *nota*, à margem do texto. O art. 41 do anteprojeto deve ser suprimido. O mesmo deve ser feito, com toda evidência, em relação ao art. 36. O belíssimo art. 32 do Código vigente não foi reproduzido no anteprojeto.

A disposição contida no art. 35 § 5.º é de grande alcance, mas sua introdução no código nos parece de duvidosa conveniência. De fato, não é bem a idade que deve servir como critério para a separação de uns condenados dos outros. Essa separação é a regra número um de todo regime penitenciário, mas deve ser feita entre os primários e os reincidentes ou entre os mais perigosos e perversos e os que não revelam desajuste social. Podemos ter pequenos facínoras menores de 21 anos e delinquentes ocasionais de maior idade. Nesse sentido deve ser reestudada a fórmula do art. 35 § 5.º, se não se preferir deixar a matéria para o código das execuções criminais, onde estaria mais adequada.

21. *Prisões abertas* — A experiência com as prisões abertas é definitivamente vitoriosa. Tanto no Brasil como no estrangeiro, está perfeitamente demonstrado o êxito do sistema, como meio de recuperação social. Parecem-nos, portanto, muito oportunas, as disposições do art. 37 do anteprojeto.

22. *Pena de multa* — Também merece aplausos o anteprojeto por ter aderido ao sistema de dias-multa, que provém das leis escandinavas. Esse sistema vai penetrando em tôdas as legislações modernas.

A substituição prevista no art. 44, inspirado no § 53 do projeto alemão é solução oportuna e inteligente. É pena que sua aplicação seja limitada aos raríssimos casos em que é cominada pena de detenção não superior a 3 meses.

23. *Aplicação da pena* — É uma constante nos códigos e projetos modernos a fixação de certas diretivas para a medida da pena. Isto é feito em regra com o enunciado de determinadas condições ou circunstâncias relativas ao fato e à pessoa do agente, às quais o juiz deve atender na escolha da pena e na fixação de seu "quantum". Esse critério, que, como diz MANZINI, visa iluminar o exercício do poder discricionário do juiz, penetrou nas legislações sob influência do Código Rocco (art. 133) e do Código suíço (art. 63). O art. 42 de nosso código vigente é de origem italiana. O critério está, todavia, no Código grego (art. 79); no Código iugoslavo (art. 38); no Código tcheco (§ 19); no Código búlgaro (art. 35); no projeto alemão (§ 60) etc. Os critérios invocados são muito diversos, embora todos estejam de acôrdo em que a medida da pena deve ter por base a gravidade do delito. Como se afere, porém, a gravidade do delito? É certo que se terá de levar em consideração elementos que se relacionam com o fato (gravidade do dano ou perigo, inclusive relacionados com os meios e modos de execução) e com o agente (culpabilidade, motivos determinantes e fins, personalidade, vida pregressa, conduta posterior ao delito).

Entre os elementos a serem considerados, resulta, em primeiro lugar e destacadamente a culpabilidade do agente. O projeto alemão destacou mesmo esse elemento, num inciso especial (§ 60 n. I). A enumeração do anteprojeto HUNGRIA é muito cuidadosa e completa. Temos apenas dois reparos a fazer. O primeiro é que logo ao início haja referência à culpabilidade, como se faz no código suíço. Deve-se abandonar a fórmula muito equívoca "intensidade do dolo ou grau da cul-

pa", que fomos buscar no Código italiano (cf. COSTA E SILVA, *Código Penal*, 1943, p. 244). Assim, no art. 50 do anteprojeto, logo após a expressão "devendo ter em conta", deveria seguir-se a "culpabilidade, a maior ou menor extensão do dano etc."

O segundo reparo é o seguinte: se se indica como elemento para a medição da pena, a consideração dos meios e modos de execução e das circunstâncias de tempo ou lugar, é necessário ressaltar a hipótese em que tais elementos já são características do tipo. É o que se faz no projeto alemão (*soweit sie nicht schon Merkmale des gesetzlichen tatbestandes sind*).

Entre as circunstâncias agravantes, não se compreende porque foi suprimida a última parte do art. 44 n.º II letra e do código vigente ("ou de que podia resultar perigo comum"), no art. 52 n.º II letra d do anteprojeto. A agravação pelo perigo comum resulta do emprêgo de meios cuja capacidade destruidora não pode ser controlada pelo agente, e nos parece perfeitamente justificada.

A fixação da temporariedade da reincidência é uma das novidades mais acertadas do anteprojeto. É a tendência da legislação moderna. Veja-se, por exemplo, o projeto alemão (§ 61 n.º 2). O § 3.º do artigo 53 também é muito feliz e não merece censura.

Entre as normas sobre a aplicação da pena, o anteprojeto introduziu algumas modificações importantes no regime da lei vigente, para as quais convém atentar. Entre essas, destaca-se a que se contém no art. 55, fixando limites para a agravação ou atenuação da pena: "Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime". Disposição semelhante não se encontra no código vigente, que estabelece a atenuação ou agravação *obrigatória*, deixando, porém, ao arbítrio do juiz a fixação do *quantum* de aumento ou diminuição. O anteprojeto estabelece uma nova limitação ao arbítrio judicial, de duvidosa oportunidade. A experiência com a aplicação do código vigente nesse particular indica, a nosso ver, a conveniência de manter-se o arbítrio do juiz na fixação do *quantum* da atenuação ou agravação. Se se pretende fixar aqui limitações, é preferível o sistema do vigente código italiano, segundo o qual a pena poderá ser aumentada ou diminuída *até um terço*, conforme se trate de agravante ou atenuante (arts. 64 e 65).

Modificou, igualmente, o anteprojeto, o art. 49 do Código vigente, relativo ao concurso de agravantes e atenuantes, já aqui para entregar à razoável apreciação do juiz a identificação das circunstâncias preponderantes. O código vigente define que se deve entender por circunstâncias preponderantes: são as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Parece-nos claro que, no concurso de agravantes e atenuantes, devem preponderar as circunstâncias de caráter pessoal. E isso deve constar da lei.