

INOVAÇÕES DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL DE 1969

PROFESSOR RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO

SUMÁRIO

N.ºs 1, 2 e 3	Introdução
4	Título I — Aplicação da Lei Penal
5	“ II — Do Crime
6	“ III — Da Imputabilidade Penal
7	“ IV — Do Concurso de Agentes
8	“ V — Das Penas
9	“ VI — Das Medidas de Segurança
10	“ VII — Da Ação Penal
11	“ VIII — Da Extinção da Punibilidade
12	Contribuição da doutrina, da jurisprudência e da legislação estrangeira.
13	A Prudência do Legislador.

1. Parece-nos que, para o conhecimento de nossa nova Lei Penal, a vigorar a partir de 1º de agosto de 1970, o primeiro passo deva ser a pesquisa das principais inovações introduzidas, a se realizar através do confronto entre o Código de 1940 e o novo Código.

2. É certo que a Parte Geral continua disciplinada em cento e vinte artigos, como no Código de 40; é certo que foram mantidos os mesmos títulos, capítulos e seções. Mas apesar de tudo isso, várias e profundas alterações foram introduzidas.

3. Examinemos o novo texto, acompanhando a ordem de apresentação de seus títulos e focalizemos os pontos de maior relevância na Parte Geral.

4. **No Título I — Da Aplicação da Lei Penal** — poucas foram as alterações introduzidas, como o reconhece a Exposição de Motivos (nº 4). Podemos apontar cinco: duas referentes à aplicação da lei penal no tempo e três referentes à lei penal no espaço.

A primeira inovação vamos encontrar no critério estabelecido para o reconhecimento da *lex mitior*. Segundo o art. 1.º, § 2.º, a lei mais favorável surgirá da comparação das duas leis sucessivas, “consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato”. Tal dispositivo, que reproduz norma do Anteprojeto HUNGRIA (art. 2.º, § 2.º), corta o debate doutrinário a respeito ⁽¹⁾ e impede, mesmo, que o juiz se transforme em legislador, compondo uma terceira lei, com parte da antiga e parte da nova ⁽²⁾.

A segunda inovação está na precisa conceituação do **tempo do crime**. Estabelece o art. 5.º que “o crime se entende praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”. Segundo a teoria da atividade ⁽³⁾, aqui nada mais fez o legislador, senão acolher o ensinamento da doutrina dominante.

Em terceiro lugar, registramos a definição do território nacional (art. 7.º, § 1.º) que, para efeitos penais, estende-se a aeronaves e navios brasileiros, conforme sua natureza e o lugar onde estejam.

(1) Favoráveis à solução ora tomada: N. HUNGRIA, *Comentários*, ed.1949, vol. I, p.96; A. BRUNO, *Direito Penal*, 1956, 1.º, p.263; PANNAIN, *Diritto Penale*, 2ª ed. I, n.º 63; ANTOLISEI, *Manuale Dir. Penale*, 5ª ed., vol. 1.º, n.º 44; BATTAGLINI, *Direito Penal*, trad. bras. 1964, n.º 22, p. 76.

Contrários, isto é, admitindo aplicação simultânea das duas leis: M. NORONHA, *Direito Penal*, ed.1959, vol. 1.º, p.104; J.F. MARQUES, *Curso Dir. Penal*, ed.1964, vol. 1.º, p. 192; Conclusão XXXIX, 1ª Conf. Desembargadores.

(2) “... estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissidente, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jôgo.” (N. HUNGRIA, *Coments.*, I, p.96.)

“... seria autorizar al magistrado para crear una tercera ley — con disposiciones de la precedente y de la posterior — con lo cual se arrogaria funciones legislativas que no tiene.” (ASUA, *Tratado*, vol. 2.º, n.º 715, p.548.)

(3) As outras duas são a teoria do evento e a teoria mista (Cf., BETTIOL, *Diritto Penale*, ed., p.132; ANTOLISEI, *ob. cit.*, I, p.84).

Em quarto lugar, vemos a aplicação da lei brasileira aos crimes de genocídio, mesmo praticados no estrangeiro, se o agente é brasileiro ou domiciliado no Brasil (art. 8.º, I, d) e aos crimes praticados em aeronaves e navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro, se lá não forem julgados (art. 8.º, II, c).

Finalmente: dispõe o art. 10, III, que a sentença estrangeira será homologada no Brasil para reconhecer o condenado como “reincidente ou criminoso habitual”. Entendem os mestres ROBERTO LIRA ⁽⁴⁾ e JOSÉ FREDERICO MARQUES ⁽⁵⁾, interpretando a lei atual, omissa a respeito, que não há necessidade de homologação para positivar a reincidência. Tal conclusão já não prevalecerá, diante dos termos claros do novo texto, inspirado no art. 12 do Código Rocco ⁽⁶⁾.

5. No Título II — Do Crime — há importantes alterações, que interessam o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Mantida ficou a atual disciplina da relação de causalidade (teoria de equivalência das causas), embora à Comissão Revisora parecesse dispositivo desnecessário, já que o problema está, hoje, relegado a plano secundário e diz respeito a reduzido número de casos. Muitos penalistas, aliás, consideram imperfeitas e, assim, facilmente criticáveis, todas as fórmulas propostas para solução do problema ⁽⁷⁾.

Dispondo sobre a causa independente, determina o art. 13, § 1.º, do novo Código:

“A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado. Os fatos anteriores imputam-se, entretanto, a quem os praticou.”

Comparando-se tal dispositivo com o art. 11, parágrafo único, do Código atual, vê-se que a única alteração foi o acréscimo da palavra “relativamente”. Ao primeiro exame, parece estranho: *pode uma causa de independência relativa produzir o resultado por si só?* Revelando tal estranheza e criticando a redação do art. 14, § 2.º, do Anteprojeto HUNGRIA, há o pronunciamento de H. FRAGOSO em parecer elaborado por indicação da O.A.B., em 1962 ⁽⁸⁾.

Percebe-se, porém, o alcance dado à expressão “por si só”. Refere-se àquela causa que não se acha na linha de desdobramento físico iniciada com a ação, mas que, interferindo no processo causal, dá-lhe novo rumo,

(4) Coments. Cód. Pen. ed. Rev. For., 1942, vol. 2.º, p.291.

(5) *Ob. cit.*, vol. 1.º, p.279.

(6) “Alla sentenza penale straniera pronunciata per un delitto può essere dato riorioscimento: 1) per stabilire la recidiva, o un altro effetto penale della condanna, ovvero per dichiarare l'abitudine o la professionalità nel reato o la tendenza a delinquere.”

(7) H. FRAGOSO, A reforma da legislação penal, in *Rev. Bras. Crim.*, vol. 2.º, p.59.

(8) *Rev. Bras. Crim.*, vol. 2.º, p.61.

desviando-o de seu curso normal ⁽⁹⁾, e leva ao resultado "em circunstâncias diversas daquelas a que conduziria o comportamento do agente" ⁽¹⁰⁾.

Já concluíra a doutrina ⁽¹¹⁾, com a confirmação da jurisprudência ⁽¹²⁾ que a lei atual, embora não o dizendo expressamente, contempla no art. 11, parágrafo único, a causa de independência relativa, não a de independência absoluta, prevista no corpo do artigo. Ora, o legislador aqui somente explicitou o conteúdo da norma e afastou qualquer dúvida que porventura subsistisse.

Inovação é, igualmente, o que se contém no art. 13, § 2º sobre a causalidade nos crimes comissivos por omissão. Indica o texto as fontes capazes de criar o dever de agir: a lei, a responsabilidade assumida por outra forma e o comportamento anterior.

Continuando a pesquisa, vamos notar outra alteração digna de registro, com inúmeras repercussões, inclusive no cálculo da prescrição: a **pena do crime tentado** (art. 14, parágrafo único). Como a lei atual determina o novo Código seja a tentativa punida com a pena do crime consumado, diminuída de um a dois terços. Mas, acrescenta, em casos de **excepcional gravidade** pode o Juiz deixar de efetuar qualquer diminuição. Nessas condições, crime consumado e crime tentado são punidos com a mesma intensidade. Chega-se a um critério que, a rigor, não se enquadra em qualquer dos três existentes ⁽¹³⁾. É um critério misto: redução obrigatória nos casos normais e equiparação nos casos excepcionais.

Alterou-se a definição de **crime culposo**, dando-lhe conceito mais amplo. O Código de 40, de forma bastante lacônica, preceitua como culposo o crime "quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia" (art. 15, II).

O novo texto considera crime culposo aquele em que o agente "deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevenindo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo" (art. 17, II). Trata-se da mesma redação

(9) Cf. N. HUNGRIA, *Em torno ao anteprojeto do Código Penal*, in *R. Bras. Crim.*, vol. 3.º, p.29

(10) A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 1.º, p.324.

(11) N. HUNGRIA, *ob. cit.*, vol. 1.º, p.240; J.F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.99; A. BRUNO, *ob. cit.*, vol. 1.º, Tomo 1.º, p.329; M. NORONHA, *ob. cit.*, vol. 1.º, p.157; H. FRAGOSO, *Conduta Punível*, p.107; E. CUSTÓDIO SILVEIRA, nota a trad. bras. do *D. Penal de Pattaglini*, p.185. ut. K.

(12) *Repositório da Jurispr. do Cód. Pen. de D. ARRUDA MIRANDA*, vol. 1.º, n.º 59.

(13) Redução obrigatória (Suécia, Noruega, Itália, Holanda, Argentina, Espanha); redução facultativa (Suíça, Dinamarca, Iugoslávia, Alemanha); equiparação (França, Bulgária, Polónia). Vide H. FRAGOSO in *R. B. Crim.*, vol. 2.º, p.63; J. BERNARDINO GONZAGA, *Tentativa*, *R. B. Crim.*, vol. 9, p.150.

empregada no art. 16, II, do Anteprojeto HUNGRIA, com o único acréscimo da palavra “cautela”, desatendida a sugestão de FRAGOSO ⁽¹⁴⁾ de substituir o advérbio **levianamente** pela expressão “de forma censurável”.

Conserva o novo Código a idéia nuclear da culpa **stricto sensu**. Na verdade, é através de imprudência, negligência ou imperícia que se revela a falta de cautela ou de atenção, isto é, do dever de diligência ⁽¹⁵⁾.

A novidade está, sim, no critério de aferição da culpa. Esta já não se determina objetivamente pelo homem médio, mas subjetivamente, levando-se em consideração o autor nas condições em que, então, se encontrava. Por outro lado, a amplitude da nova definição pode abranger a culpa inconsciente ou sem previsão (“resultado que podia prever”) e a culpa consciente ou com previsão (“ou prevenendo-o, supõe, levianamente, que não se realizaria ou que poderia evitá-lo”).

O art. 18 introduz preceito que não consta da lei atual: “não há crime quando o fato resulte de caso fortuito ou força maior”. Tal dispositivo destina-se, cremos, a contemplar o caso fortuito e a força maior como excludentes do próprio nexa causal ⁽¹⁶⁾ e não, apenas, como excludentes da culpabilidade ⁽¹⁷⁾. Se assim é, melhor estaria o dispositivo ao lado do art. 13, que dispõe sobre a relação de causalidade.

Outra importante inovação está no art. 19, que estabelece só responder o agente pelos resultados que agravam as penas, se “os houver causado, pelo menos, culposamente”. Vale dizer: nos crimes qualificados pelo resultado, o evento excessivo há de ser, pelo menos, culposo. Princípio valorizado pela doutrina ⁽¹⁸⁾ e já incluído em códigos atuais ⁽¹⁹⁾, representa, no dizer de H. FRAGOSO “a derradeira pá de cal na responsabilidade objetiva” ⁽²⁰⁾.

Mantida a distinção entre erro de direito e erro de fato, estabelece o art. 20 a atenuação da pena ou sua substituição por outra menos grave, quando o agente, por escusável ignorância ou erro de interpretação da lei, supõe lícito o fato. Erro escusável é de ser interpretado como aquele que não comporta censura ao agente.

(14) *Rev. Bras. Crimi.*, vol. 2, p.65.

(15) A. BRUNO, *ob. cit.*, tomo 2, p.470; SANTORO, *Diritto Penale*, 1949, p.208; “... la negligenza, l'imprudenza e l'imperizia, di cui si usa parlare, rappresentano, a nostro avviso, soltanto il dato esteriore derivante della negligenza iniziale, nucleo psichico dell'agire colposo” (MANTOVANI, *Il Concetto Ontologico del Reato*, 1954, p.166).

(16) N. HUNGRIA, *ob. cit.*, vol. 1.º, n.º 72; J.F. MARQUES: “O caso fortuito pode excluir a culpabilidade; antes disso, porém, ele exclui o nexa causal”. *Ob. cit.*, vol. 2.º, p.233.

(17) BETTIOL: “Circostanza di esclusione della colpevolezza per l'impossibilità di esigere un comportamento diverso e indubbiamente il caso fortuito” *Diritto Penale*, 5ª ed., p.393; PANNAIN, *Manuale Diritto Penale*, 2.ª ed., vol. 1, n.º 320.

(18) ASUA, *ob. cit.*, vol. 6, n.º 1696.

(19) Grego, art. 31; iugoslavo, art. 10; alemão, § 56, com a alteração de 1953.

(20) *Rev. Bras. Crim.*, vol. 2, p.65.

Outra inovação vamos encontrar na disciplina da **coação**. Distingue o Código de 69 a **coação física irresistível**, que exclui a própria ação (art. 23), da **coação moral irresistível**, que exclui a culpabilidade (art. 24, a). Essa distinção sempre foi feita pela doutrina ⁽²¹⁾ e pelos comentaristas ⁽²²⁾, na correta interpretação do art. 18 do atual Código, considerado por muitos “vago e impreciso” ⁽²³⁾.

Inovação de marcante importância é a relativa à disciplina do **estado de necessidade**, que poderá funcionar, de acordo com o valor do bem sacrificado, como discriminante (art. 28), ou como excludente de culpabilidade (art. 25). Abandona-se a teoria unitária, seguida pelo Código atual, e passa-se à teoria diferenciadora, que hoje prepondera na doutrina ⁽²⁴⁾.

Inspira-se na inexigibilidade de outra conduta, idéia cuja aceitação exige bastante reserva. Adverte A. BRUNO que “uma aplicação indiscriminada do princípio poderia alargar uma brecha no regime, por onde viriam a passar casos onde evidentemente a punibilidade se impõe, com a consequência de enfraquecer a necessária firmeza do Direito Penal” ⁽²⁵⁾.

Várias objeções já se fizeram e muitas outras ainda se farão à admissão do princípio de forma expressa ⁽²⁶⁾, no novo Código.

Releva acentuar que o dispositivo no Anteprojeto HUNGRIA (art. 22) era de alcance mais restrito, pois beneficiava o agente, “parente em linha reta, irmão ou cônjuge”. Mas o texto, finalmente aprovado, refere-se a “direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição”.

O excesso culposo é previsto não apenas para o caso de legítima defesa, como no Código atual (art. 21, parágrafo único), mas para “qualquer dos casos de exclusão do crime” (art. 30). Já havia notado BASILEU GARCIA, com a argúcia de sempre, criticando o Código de 40, que se impunha a disciplina do excesso para todos os discriminantes. “A nosso ver — escreve êle — a matéria do excesso devia ter disciplina unitária” ^(26-A).

Estabelece também o novo Código a impunibilidade do excesso escusável (§ 1º), isto é, aquêle em que não há culpa do agente, e reconhece possível a alteração de pena, em caso de excesso doloso (§ 2º) ^(26-B).

(21) A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 2.º, ps.549/550; J.F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.236.

(22) N. HUNGRIA, *Comenta.* vol. 1.º, p.420.

(23) ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES, *A coação irresistível no Direito Penal Brasileiro*, 1964, p.39.

(24) A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 1.º, p.381, *ut.*

(25) *Ob. cit.*, Tomo 2.º, p.484.

(26) Já está de forma implícita no Código de 40: N. HUNGRIA, *ob. cit.*, vol. I, p.202.

(26-A) *Inst. Dir. Pen.* 1952, Tomo 1.º, p.324.

(26-B) HENNY GOULART, *O Excesso na Defesa*, 1968, p.42, concorda com o disposto no § 1.º, mas discorda do que está no § 2.º

6. No Título III — torna-se necessário assinalar o seguinte:

Em primeiro lugar, a correta denominação **Imputabilidade Penal**, em vez de “**Responsabilidade**”, constante do Código de 40. A doutrina, com poucas vozes discordantes ⁽²⁷⁾, acentua a distinção entre imputabilidade e responsabilidade. Pois enquanto imputabilidade implica a idéia de capacidade do agente, ou capacidade de direito penal, responsabilidade significa a obrigação de “*arcar com as conseqüências jurídicas do crime*” ⁽²⁸⁾. Se aquela é pressuposto ⁽²⁹⁾ ou elemento ⁽³⁰⁾ da culpabilidade, esta refere-se a algo que vem **depois** do crime e que se acha **fora** dêle ⁽³¹⁾.

Poderíamos repetir, com QUEIROZ F.^o ^(31-A): “por ser imputável, o autor do fato delituoso é culpado e, por ser culpado é responsável, isto é, deve “responder” por tôdas as conseqüências do crime”.

Sublinhemos, em segundo lugar, a eliminação da referência à paixão e à emoção, que se vê no art. 24, I, do atual Código, referência que, aliás, sòmente tinha efeito educativo, servia apenas como advertência ^(31-B).

Em terceiro lugar, registre-se a possibilidade de substituição da pena imposta ao semi-imputável pela internação em estabelecimento psiquiátrico, na forma do art. 94.

Em quarto lugar, a modificação mais importante nesse título e já objeto de vivas discussões: o reconhecimento da imputabilidade excepcional dos jovens entre 16 e 18 anos, se possuem suficiente capacidade de entendimento e de autodeterminação (art. 33).

Manteve o nôvo texto, em suas linhas básicas, a disciplina do Código atual no tocante à imputabilidade. Continua prevalecendo o método biopsicológico. Só não compreendemos a redação dos arts. 31 e 32. Emprega-se ali a expressão “não é imputável”, quando se poderia dizer, simplesmente, “é inimputável”.

(27) “Responsabilidade e imputabilidade são conceitos que de tal modo se entrosam, que são equivalentes” N. HUNGRIA, *Novas Questões jurídico-penais*, 1945, p.66.

(28) M. NORONHA, *ob. cit.*, vol. 1.^o, p. 207.

(29) ASUA, *ob. cit.*, vol. 5, p.74; BATTAGLINI, *ob. cit.*, p. 218. FERNANDO CASTELLANOS, *Lineamentos de Derecho Penal*, México, 1967, p.203; A. QUEIROZ F.^o, *Lições de Dir. Penal*, 1966, p.137

(30) MESGER, *Trat. Derecho Penal*, vol. 2.^o, § 35; BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 2, p.433; M. NORONHA, *ob. cit.*, vol. 1.^o, p.132; J.F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. 2.^o, p.164.

(31) “Imposível confundir a culpabilidade “con la responsabilidad, que recae sobre todo el delito y está fuera de el, puesto que es consecuencia suya” (ASUA, *Trat.*, vol. 5, p.88.)

Enquanto a imputabilidade se prende a estrutura do delito a responsabilidade é estranha ao seu conceito: é a obrigação de sofrer a conseqüência jurídica própria do crime (pena)” BATTAGLINI, *ob. cit.*, p.119.

(31-A) *Lições de Direito Penal*, 1966, p.138.

(31-B) BASILEU GARCIA, *ob. cit.* 1.^o, Tomo 1, p.344.

7. Foi, acertadamente, substituída a designação do título IV: Co-autoria passa a ser **Concurso de agentes**, expressão, sem dúvida, mais ampla, capaz de abranger não só a co-autoria, que traduz conduta principal ⁽³²⁾, mesmo com divisão de tarefas ⁽³³⁾, mas também a participação que representa atividade secundária, acessória, dependente do fato principal ⁽³⁴⁾.

Continuou o novo Código fiel à teoria unitária, decorrência necessária ⁽³⁵⁾ da anterior aceitação do princípio ou equivalência das causas. Mas acrescentou-lhe indispensável temperamento o § 1.º do art. 35, que estabelece:

“A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.”

Já lembrava H. FRAGOSO, ao sugerir melhor redação ao § 1º do art. 33 do Anteprojeto HUNGRIA a necessidade de “deixar bem claro o princípio básico de que cada partícipe será punido conforme sua culpabilidade e sem consideração à culpabilidade dos demais” ⁽³⁶⁾.

Devemos notar ainda que toda a disciplina referente à agravação e à atenuação da pena, em caso de concurso de agentes, foi acertadamente trasladada do capítulo da Aplicação da Pena, em que se encontra hoje (arts. 45 e 48, II), para o concurso de agentes.

Cumprir registrar ainda a supressão, pela Comissão Revisora ⁽³⁷⁾ do dispositivo que constitui o parágrafo único do art. 48 do atual Código e que ainda era, injustificadamente, conservado no Anteprojeto HUNGRIA (art. 33, § 3º).

Tal norma, determinando que o co-autor responda pelo crime mais grave, embora tivesse querido participar de outro menos grave, constitui, no dizer dos comentaristas, manifestação de responsabilidade objetiva ⁽³⁸⁾.

(32)) A. BRUNO, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.644; J. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.310.

(33)) É o que pode acontecer principalmente nos crimes que Beling chama de ação dupla, como o roubo por exemplo; um dos agentes mantém a pistola apontada contra a vítima, enquanto o outro a despoja de seus valores. Por conta de um a violência contra a pessoa, por conta de outro a subtração, o que importa é que todos tomem parte, atuando em conjunto, na execução da ação típica, de maneira que cada um deles se possa chamar verdadeiramente autor” (A. BRUNO, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.645).

(34)) J. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.311.

(35)) A. BRUNO, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.636: “Hoje concordam os autores em que a maneira de resolver o problema da co-autoria está presa ao ponto de vista que se adote em relação à causalidade”.

(36)) *Rev. Bras. Crim.*, vol. 2.º, p.71.

(37)) A. BRUNO, *Coments. Cód. Pen.*, vo. 2.º, p.146.

(38)) COSTA E SILVA, *Cód. Pen.* 1940, p.286; BASILEU GARCIA, *ob. cit.*, vol. 1.º, Tomo 2, p.492; A. BRUNO, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.146; H. FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim.*, vol. 2.º, ps.71/72.

(38-A) *Rev. Bras. Criminal*, vol. 4, p.44.

8. Não nos podemos deter num exame aprofundado do **Título V — Das Penas** — que se compõe de cinquenta e seis artigos e que vai ser focalizado em duas outras sessões por ilustres juristas.

Anotemos, porém:

1º — A declaração da finalidade da pena feita no art. 37, com a expressa referência de que a reclusão e a detenção “devem ser executadas de modo que exerçam sôbre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social”.

Tal declaração foi considerada por BASILEU GARCIA nitidamente doutrinária, imprópria de figurar em lei e até perigosa, pois capaz de “fomentar soluções de complacência em detrimento da defesa social”.

H. FRAGOSO endossou a crítica, ao dizer: “Lembramos, 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 aquêles que reconhecidamente não reincidem, entre os quais os delinquentes ocasionais” (39).

Registre-se que, ante a crítica de BASILEU GARCIA, concordou N. HUNGRIA (40) em alterar o art. 35 do anteprojeto, incluindo em seu texto que a reclusão e detenção “devem ter por fim não sômente punição pelo crime praticado, senão também...” e acrescenta a parte final do artigo. Mas tal referência à punição não veio consagrada no texto definitivo.

2º — O desconto, em benefício do condenado, do tempo excessivo em que êle estêve prêso por outro crime, desde que haja reconhecimento judicial de tal excesso em data posterior ao segundo crime (art. 42, parte final). Esta ressalva impõe-se para evitar que o agente se julgue com um “crédito penal” a fazer valer num futuro crime... (41)

3º — O regime da semiliberdade, em estabelecimento penal aberto, para o condenado primário, de nenhuma ou de escassa periculosidade, se a pena imposta não é superior a seis anos (art. 40).

4º — A possível substituição da pena de reclusão pela detenção (art. 38) e a de detenção pela multa (art. 46), esclarecendo a Exposição de Motivos (nº 19) ser vedada a dupla substituição.

5º — A fixação da pena pecuniária através do sistema de dia-multa (art. 44), de origem escandinava e que se vai introduzindo, aos poucos, nas legislações modernas (42).

(39)) Rev. Bras. Crim., vol. 2.º, p.74.

(40)) Rev. Bras. Crim., vol 5, p.11.

(41)) O texto do artigo parece a BASILEU GARCIA pouco claro (Rev. Bras. Crim., vol. 4.º, p.47.)

(42)) A. BRUNO, Coment. Cód. Pen., vol. 2.º, p.83.

6º — A possibilidade de imposição da pena de multa (nunca excedente a cem dias-multa), em caso de crime praticado com fim de lucro, ou por cupidez, ainda que tal pena “não esteja expressamente cominada” (art. 45).

É dispositivo que já se encontra em códigos e projetos recentes e pretende atingir o criminoso, que atua por cobiça, no seu ponto realmente **vulnerável**, como adverte SOLER, ao justificar o art. 76 do seu Projeto (43).

7º — A pena indeterminada para o criminoso habitual ou por tendência (art. 64). Melhor: pena relativamente indeterminada, porque há um mínimo de três anos e um máximo de dez (§ 1º).

8º — Novo conceito de reincidência, com as restrições de tempo (art. 57, § 1º) e da natureza do crime anterior (§ 2º).

9º — A nova disciplina do concurso de crimes, com a equiparação do concurso formal ao concurso material (art. 65). Procedese a unificação das penas, pelo critério do cúmulo material ou da exasperação, conforme o caso. Mas permite-se uma diminuição “no caso de unidade de ação ou omissão ou de crime continuado” (art. 67, parágrafo único) (44).

10º — A impossibilidade de reconhecimento do crime continuado, quando a ofensa é a bens personalíssimos de vítimas diferentes (art. 66, parágrafo único). É dispositivo que se apóia em boa doutrina (45) e supre lacuna na atual legislação (46).

No que tange a **suspensão condicional da pena**, assinalemos dois únicos pontos.

Em primeiro lugar, a possibilidade de estender-se o benefício a um número muito maior de condenados. Isso, em decorrência de dois novos dispositivos: o que permite ao Juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção (art. 38) e o que só considera impeditiva do **sursis** a condenação anterior por crime ou contravenção “reveladores de má índole” (art. 71, n.º I).

Em segundo lugar, a apuração da idade do réu menor de vinte e um anos ou maior de setenta, condenado a pena de reclusão. Segundo o art. 71, **caput**, considera-se a idade ao tempo do crime, não ao tempo da condena-

(43) Rev. Bras. Crim., vol. 12, p.229.

(44) Criticando a solução do Anteprojeto HUNGRIA, prefere o Prof. P.J. COSTA Jr. a manutenção, com pequenas correções, da disciplina dada pelo Código atual. Considera a equiparação das duas espécies de concurso “um relegamento total do aspecto psicológico do delito, reduzindo numa das mais clamorosas injustiças”. (Rev. Bras. Crim., vol. 4, p.189)

Note-se ainda que o art. 121, § 5.º, do novo Código é exceção à disciplina do concurso (H. FRAGOSO, Rev. cit., vol. 4, p.91).

(45) P.J. COSTA JR. Rev. cit., vol. 4, p.110; Costa e Silva, ob. cit., vol. 4, p.306; M. NORONHA, ob. cit., vol. 1.º, p.346. Contra: J.F. MARQUES, ob. cit., vol. 2.º, p.355; MANOEL PEDRO PIMENTEL, Do Crime Continuado, 2ª ed. p.138.

(46) J.F. MARQUES, ob. cit., vol. 2.º, p.355.

ção. Esta norma veio cortar acesa discussão na doutrina e na jurisprudência sobre o critério, preferível, havendo até um terceiro: o momento do crime ou da condenação, que mais favorecer o réu (47).

No **livramento condicional**, devemos considerar, pelo menos, dois pontos da maior relevância:

1º — A pena já não terá que ser acima de três anos, como dispõe o Código de 40, mas poderá ser “igual ou superior a dois anos” (art. 75, *caput*);

2º — Em caso de concurso de crimes, deverá considerar-se a pena unificada (art. 75, § 1º), dispositivo que substitui a criticada norma constante do art. 60, parágrafo único, do Código atual.

A novidade mais importante no capítulo das **Penas Acessórias** é a supressão da incapacidade para o exercício de profissão, que passa a constituir medida de segurança (arts. 92, 96 e 97). Lembra H. FRAGOSO que “as penas acessórias têm um nítido e talvez prevalente sentido preventivo. E por isso orientam-se elas no sentido das medidas de segurança” (48). Acentua A. BRUNO que o destino das penas acessórias talvez “seja o de incorporarem-se na categoria das medidas de segurança, com o prevalecimento do seu caráter preventivo dos crimes” (49).

9. No título VI, referente às **medidas de segurança**, foram introduzidas modificações importantes, não obstante a crítica e o protesto de BASILEU GARCIA (50).

Notemos:

1º — A supressão das medidas de segurança de internação em casa de custódia e tratamento, e em colônia agrícola e a de liberdade vigiada. Por outro lado, o aparecimento das medidas de internação em estabelecimento psiquiátrico (arts. 92 e 94), interdição do exercício de profissão (art. 96) e a cassação de licença para dirigir veículos (art. 97).

2º — A inexistência, agora, de qualquer presunção de periculosidade, como adverte a Exposição de Motivos (nº 34).

3º — O abandono do sistema do duplo binário (pena e medida de segurança detentiva, aplicadas sucessivamente), passando-se, agora, no caso dos semi-imputáveis, ao sistema vicariante: o juiz, ou impõe pena privativa da liberdade, embora atenuada, ou, se o réu necessita de especial tratamento curativo, impõe medida de segurança de internação em estabelecimento psiquiátrico (art. 94) (51).

(47)) BASILEU GARCIA, *ob. cit.*, Tomo 2.º, p.541.

(48)) *Rev. Bras. Crim.*, vol. 3.º, p.31.

(49)) *Coment. Cód. Pen.*, vol. 2.º, p.209.

(50)) *Rev. Bras. Crim.*, vol. 4.º, p.45.

(51)) H. FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim.*, vol. 3, p.32

(52)) A. BRUNO, *Dir. Pen.*, 1ª ed. Tomo 3.º, p.229; J. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, vol. 3.º, ps.330/331; H. FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim.*, vol 3, ps. 33 e seg.

(53)) N. HUNGRIA, *Rev. Bras. Crim.*, vol. 4, p.39.

(54)) *Nota em seguida ao art. 89, § 2.º, do Anteprojeto.*

4º — Não há medida de segurança detentiva para os imputáveis, pois, diz a Exposição de Motivos (nº 16), “a pena, não obstante a sua natureza, retributiva, deve ser cumprida como medida de segurança, ou seja, tendendo à recuperação social do delinqüente”.

10. Mantida ficou no nôvo Código Penal, apesar do protesto de muitos (52), a disciplina da **ação penal** (Tít. VIII), invocando-se para isso o exemplo de códigos recentes (grego, búlgaro, húngaro) e de projetos, como o alemão de 1960 (53), bem como a correlação de matérias e sua interpenetração.

A inovação de maior destaque é o desaparecimento da ação penal privada subsidiária, que se encontra prevista no art. 102 § 3º do atual Código.

Justificando tal eliminação, diz N. HUNGRIA que a ação subsidiária “quase sempre deixa de atender ao interêsse da Justiça, para sòmente servir a sentimentos de vindita, quando não a objetivo de chantagem” (54).

Na verdade, se a única hipótese de ação privada subsidiária é a de inércia do M.P., como reconhecem a doutrina e a jurisprudência dominantes (55), não deve subsistir um receio de enfraquecimento da repressão penal, pois o ofendido poderá, fàcilmente, obter da autoridade superior a desejada movimentação do processo.

11. Finalmente, no último Título da Parte Geral — **Extinção da Punibilidade** — destaquemos as seguintes modificações:

Primeira: a inclusão que se fêz do **perdão judicial** (56) entre as causas extintivas da punibilidade (art. 108, nº V). Interpretando o Código de 40, omissa a respeito, chegara já a doutrina à conclusão de se tratar de causa de extinção da punibilidade (57). A nova lei acolheu êsse entendimento e o declarou de forma expressa.

Nenhuma admiração ou estranheza pode causar isso, sabido que a enumeração do art. 108 não é taxativa. Várias causas extintivas da punibilidade existem em outras normas do Código. BASILEU GARCIA (58) foi descobrir uma na Parte Especial e logo obteve a concordância de J. FREDERICO MARQUES (59): a morte do cônjuge ofendido nos crimes de adultério, pois aqui a ação privada é personalíssima (60).

(55)) H. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 1ª ed., n.ºs 187, 188; J.F. MARQUES, *Elem. Dir. Proc. Pen.*, 2ª ed., vol. 1.º, n.º 194; MAGALHAES NORONHA, *Curso Dir. Proc. Penal*, 1964, p.42.

(56)) Casos de Perdão Judicial no Cód. de 40: Arts. 140, § 1.º; 176, parágrafo único; 180, § 2.º; 240, § 4.º; 249, § 2.º No Cód. de 69: Arts. 132, § 5.º; 144, § 1.º; 179; 197, parágrafo único; 265, § 4.º; 277, § 2.º

(57)) “Pelo perdão não se exclui nem a tipicidade, nem a antijuridicidade, nem a culpabilidade da ação. O crime existe e funciona mesmo como o pressuposto do perdão. Exclui-se a sua punibilidade por conveniência de política criminal”. (A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 3.º, p.179. No mesmo sentido: J.F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.270; N. HUNGRIA, *Novas Questões Jurídico-Penais*, p. p.105.

(58)) *Ob. cit.*, Tomo 2.º, p.667.

(59)) *Ob. cit.*, vol. 3.º, p.401.

(60)) O disposto no § 2.º do art. 240 do Cód. de 1940 foi repetido no § 2.º do art. 265 do Cód. de 1969.

Diz a Exposição de Motivos no nº 36:

“Não se julgou necessário esclarecer que, no caso de perdão, deve o Juiz abster-se de condenar. Julgando presente os pressupostos da condenação, abstem-se neste caso o Juiz de proferi-la, declarando extinta a punibilidade.”

Melhor seria que o legislador houvesse incorporado ao texto êsse entendimento, que é também o de abalisados mestres ⁽⁶¹⁾. Estariam afastadas as dúvidas que ainda subsistem, para muitos ⁽⁶²⁾, de que ao ato judicial de não imposição da pena, deve preceder um juízo condenatório, com o reconhecimento, no caso concreto, da configuração do crime em todos seus aspectos.

Como é sabido, a Exposição de Motivos, por mais segura que seja, não passa de interpretação doutrinária ⁽⁶³⁾.

Segunda: O prazo prescricional aferido pela pena imposta, no caso em que somente haja recurso do réu, só prevalece a partir da sentença (art. 111, § 1º).

Põe-se termo ao que a Exposição de Motivos considera “a teoria brasileira de prescrição pela pena em concreto” (nº 37).

Como é sabido, o Pretório Excelso, depois de longos e acalorados debates, fêz incluir em sua SÚMULA o registro 146: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Tal orientação, de cunho liberal ⁽⁶⁴⁾, pode, na opinião de muitos, comprometer a repressão penal. No dizer de H. FRAGOSO, contribui para “criar uma autêntica osteomalácia de todo nosso sistema repressivo” ⁽⁶⁵⁾.

Em defesa da tese, que veio a ser incorporada ao texto do Código, diz o mesmo ilustre professor e co-autor da nova lei, que a fixação de prazos prescricionais “é questão de sensibilidade jurídica do legislador, não de ciência” e que o entendimento liberal “concede ao criminoso um estranho favor, de que nenhuma lei penal já cogitou, garantindo, em muitos casos, a impunibilidade, pela conhecida e lastimável morosidade de nossa justiça” ⁽⁶⁶⁾.

(61)) A. BRUNO, *Coment. Cód. Pen.*, vol. 2.º, p.180; H. FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim.*, vol. 3, p.36.

(62)) N. HUNGRIA: “Segundo entendemos, o perdão judicial deve seguir-se à efetiva condenação do réu” *Coment.*, vol. 7, p.273.

(63)) A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 1.º, p.212; M. NORONHA, *ob. cit.*, vol. 1.º, p.95.

(64)) “A orientação seguida, a respeito, pela Alta Côte consagra concessão liberal, de que já não lhe é permitido retratar-se, pela generalidade e extensão dos efeitos” RHC 42.987, RTJ 36/359.

(65)) *Jurisprudência Criminal*, p.39.

(66)) *Rev. Cit.*, vol. 3: p.40.

Terceira: A aferição do prazo prescricional, em caso de concurso de crimes ou de crime continuado, é feita não pela pena unificada, mas considerando-se isoladamente cada crime (art. 111, § 3º).

Acolheu o legislador a orientação jurisprudencial. Já consta da SÚMULA do Supremo (registro 497): “quando se tratar de crime continuado a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”. A doutrina dominante é no mesmo sentido, como demonstra J. FREDERICO MARQUES (67).

Quarta: Depois de declarada a reabilitação, ficam cancelados os antecedentes criminais, que só poderão ser comunicados às autoridades para instruir outro processo penal contra o réu (arts. 119 e 120).

A disciplina dada pelo Código de 69 à reabilitação não constitui novidade, sabido que ela já se encontra na redação dos arts. 119 e 120 do Código atual determinada pela Lei n.º 5.467, de 5-7-68.

12. Não se pode negar o esforço dispendido pelos ilustres juristas N. HUNGRIA, A. BRUNO, H. FRAGOSO, B. MORAES Fº, IVO D'AQUINO na elaboração da nova lei penal. Só o tempo demonstrará se agiram com total acerto nas inovações introduzidas. Representam elas, é certo, o acolhimento da lição doutrinária, da lição jurisprudencial e a experiência da legislação estrangeira. O Prof. P. J. COSTA JR., em trabalho intitulado “O Projeto, o Código e a Estatística” (68), mostrou que 53,85% das alterações na parte geral do Projeto HUNGRIA inspiravam-se na legislação estrangeira (19,41% projeto alemão; 17,47% projeto argentino; 13,59% códigos grego e iugoslavo).

Isso não deve causar admiração, pois como esclarece N. HUNGRIA, “nos seus princípios fundamentais, os mais recentes códigos e os projetos atualizados são como que cópias ligeiramente disfarçadas umas das outras” (69).

13. Também se deve acentuar a prudência do legislador refreando, em muitos pontos, os avanços da doutrina. A Exposição de Motivos esclarece, pelo menos em três pontos (n.ºs 8, 12, 16), que as conclusões da Comissão Revisora foram rejeitadas “em nome da prudência”. O legislador não se pode prender unicamente à lição dos doutos, pois tem que considerar outros interesses, igualmente relevantes.

(67)) Rev. Cit., vol. 13, pgs. 85 e seg.

(68)) Rev. Bras. Crim., vol. 3, p.89

(69)) Arquivos Min. Justiça, vol. 55, p.5.