

"VISÃO PANORÂMICA DO NÓVO CÓDIGO PENAL"

PROFESSOR BENJAMIN MORAES

Apresentando o nóvo Código Penal Brasileiro, devemos fazer um rápido escôrço histórico de sua elaboração. Surgiu êle de uma determinação do então Ministro da Justiça, João Mangabeira, para dotar o Brasil de códigos atualizados.

Foi nomeado para realizar a *feitura do anteprojeto* de Código Penal o Ministro Nelson Hungria. Êste penalista revelou, na tarefa a que se dispôs, uma brilhante juventude espiritual. Sendo extremamente combativo e tendo, desde môço e até a sua maturidade, adotado as *teses da escola técnico-jurídica*, caminhou na idade mais avançada para a escola unitária de Sabatini, aproveitando, nesse ecletismo, o que houvesse de bom, tanto na escola técnico-jurídica, também chamada neoclássica, como na escola positiva.

Tendo feito ardorosa defesa do Código Penal de 1940, muitos não acreditavam que pudesse evoluir tanto como veio a fazê-lo ao elaborar o anteprojeto. Apresentou um trabalho renovado, compulsando os melhores tratados e analisando os códigos penais promulgados nos últimos vinte anos. Conseguiu elaborar um anteprojeto moderno, mantendo conquistas do Código de 1940, mas inovando em muitas coisas e indo contra muitos postulados, que defendeu nos seus comentários ao Código Penal de 1940, ao adotar teses bastante revolucionárias.

Alguns o criticam por isso. Expresso, todavia, a minha admiração a homens como Nelson Hungria, que não se estratificam, não paralisam no tempo e são capazes, mesmo na idade propecta, de estudar e de evoluir.

Depois que publicou o anteprojeto, Hungria participou de dezenas de simpósios e congressos, que se realizaram no Brasil, analisando minuciosamente a sua obra.

Podemos afirmar, sem sombra de dúvida, que de todos os anteprojeto elaborados desde o tempo do Ministro João Mangabeira até o do Ministro Gama e Silva, e agora Alfredo Buzaid, nenhum foi tão discutido como o do Cód. Penal. Não se trata, pois, de obra feita às pressas ou que não corresponda à cultura brasileira. Um anteprojeto que sofreu de 7 a 8 anos de debates e discussões, que suscitou dezenas e dezenas de seminários, conferências, congressos e simpósios, não se poderia traduzir como obra precipitada. Acrescente-se que, se Nelson Hungria nem sempre esteve presente a esses congressos todos, os seus promotores enviaram o resultados de suas observações para a seção de reforma do Código, no Ministério da Justiça. Nelson Hungria leu-os e estudou, uma por uma, as muitas propostas de modificações vindas de todos os cantos do Brasil. Há arquivos volumosos compulsados e anotados por Nelson Hungria.

Quero, assim, cumprir um dever de elementar justiça, para com aquêle insigne autor, justificando o trabalho de quem já não pode estar aqui presente, porque a morte, há cerca de um ano, o levou dentre nós.

Constituiu-se, no Ministério da Justiça para analisar o anteprojeto Hungria, a primeira Comissão Revisora integrada pelo próprio autor e mais os Professores Roberto Lyra e Hélio Tornaghi. Iniciou-se a revisão à luz de tôdas as sugestões vindas dos mais variados pontos de nossa Pátria. Tal comissão, porém, não prosseguiu os seus trabalhos. Dissolveu-se e o Sr. Ministro da Justiça nomeou outra integrada pelo mesmo autor do anteprojeto e ainda pelo Prof. Anibal Bruno, que se aposentara na Faculdade de Direito do Recife, e pelo Prof. Heleno Fragoso, do Rio de Janeiro.

Vários anos trabalhou esta comissão revisando, minuciosamente, o anteprojeto. Não parou aí o trabalho.

Quando Hungria faleceu, no início do ano passado, o hoje Ministro Alfredo Buzaid, então coordenador da reforma dos Códigos no Ministério da Justiça, extraiu cópias do anteprojeto emendado e remeteu-as a vários juristas penais do Brasil, principalmente do Estado de São Paulo. Enviou, igualmente, um exemplar ao Prof. Oscar Stevenson, aqui no Rio de Janeiro, solicitando-lhe as sugestões de emendas.

Cerca de doze a quinze juristas de São Paulo, que receberam cópias do anteprojeto, estudaram-no, fizeram reuniões, enviando posteriormente perto de sessenta sugestões ao Ministro da Justiça.

Sob a presidência do Ministro Alfredo Buzaid, então, reuniram-se os remanescentes das comissões revisoras: Heleno Fragoso e Aníbal Bruno, pelo Código Penal comum, Ivo d'Aquino e Benjamin Moraes, pelo Código Penal Militar.

Desta última comissão já faltava o Prof. Teles Barbosa, que havia falecido no ano anterior.

Registre-se que Aníbal Bruno, enfêrmo, solicitou dispensa dos trabalhos.

Durante vários dias discutiram-se as emendas trazidas de São Paulo. Poucas foram rejeitadas; a quase totalidade, com pequenas alterações, foi aceita, sendo determinada a sua incorporação ao anteprojeto já revisto.

Quando terminou este trabalho, por ordem do Ministro Gama e Silva, o então coordenador da reforma dos Códigos, Prof. Alfredo Buzaid, honrou-nos com o convite para fazer a assim chamada **revisão final**.

Não se deveria alterar substancialmente a obra de Hungria e da Comissão Revisora. Não se tratava de transformar o anteprojeto, nem de elaborar um nôvo, mas, mantendo-se o mais possível a obra deixada por Hungria, importava encaixar as leis que a Revolução de 1964 já havia adotado em matéria penal e que não tinham sido incorporadas ao texto do anteprojeto. Conviria também aperfeiçoar o que fôsse possível, deixando fora do Código somente aqueles crimes que tradicionalmente extravasam o âmbito do Código Penal: crimes de imprensa, de responsabilidade, de segurança etc.

Essa tarefa custou-nos bastante e obrigou-nos a consultas inúmeras, durante o prazo curto que nos foi concedido.

Trabalhando pouco mais de um mês, todos os dias e até madrugada, consultamos, além de obras especializadas, juizes, membros do Ministério Público, advogados, administradores, médicos legistas, autoridades policiais e especialistas nos vários pontos em que seus esclarecimentos se faziam de real necessidade.

Assim, consultas foram feitas às autoridades monetárias do Banco Central quanto ao problema da proteção penal às empresas financeiras e ao mercado de capitais. Consultou-se à gerência do meio circulante para atualizar a repressão ao crime de moeda falsa, que na lei anterior oferecia redação com atraso, alegado por aquelas autoridades, de mais de cem anos.

Cito um exemplo: dizia-se, no Código de 1940, que tomar uma nota recolhida e desfazer nela o sinal indicativo de sua inutilização, para restituí-la à circulação, constituía crime.

No século passado, as cédulas, quando recolhidas, eram inutilizadas com um carimbo de "recolhida". Há dezenas de anos, entretanto, o sinal de recolhimento não é mais o carimbo, cuja tinta se possa desfazer com algum produto químico. É feito através de uma máquina perfuradora, que faz dois grandes furos na nota de, mais ou menos, 3 a 4 centímetros de diâmetro.

De modo que, colocados os maços de cédulas na prensa perfuradora, ela as perfura em dois lugares, fazendo círculos do tamanho citado, caindo o papel proveniente dos furos num receptáculo diferente daquele para onde vão as notas recolhidas. Então, a expressão "desfazer-se sinal indicativo de sua inutilização" já não tinha sentido. Na redação nova do art. 324, a matéria está hoje atualizada de acôrdo com o método pelo qual se verifica a inutilização do bilhete recolhido: "... recompor cédula recolhida e inutilizada para o fim de restituí-la à circulação..."

Assim, procuramos vários outros pontos. Fizemos confrontos. Chamamos autoridades para consultas a fim de que o Código saísse o mais perfeito possível. Entre os advogados colhemos opiniões e sugestões de Caio Tácito, grande Professor de Direito Administrativo; Serrano Neves, eminente penalista, e outros. Entre os Magistrados, pedimos a colaboração do eminente Juiz de Menores, que nos honra aqui com a sua presença, o Juiz Allyrio Cavalieri. Entre os membros do Ministério Público, ajudou-nos muito Rafael Carneiro da Rocha. Entre os médicos-legistas, ressalto a figura de Nilson Santana. Também autoridades policiais foram consultadas. No Ministério de Comunicações, o CONTEL foi igualmente ouvido.

Ao entregarmos o projeto revisto, fizemos sentir ao Sr. Ministro que não há obra humana perfeita. Toda obra humana é perfectível. Assim o compreendeu o ilustre homem público. E, embora não se tenha a pretensão de que o novo Código Penal seja obra perfeita, podemos acentuar que êle traduz os últimos avanços da ciência penal, honrando a cultura brasileira, ali incorporada não só pela pena ilustre de Nelson Hungria, mas de todos os criminalistas brasileiros que, de uma forma ou de outra, concorreram para a sua redação final.

Apreciarei, agora, as quatro linhas mestras do novo Código. A primeira é que êle apresenta o quadro puro de **um direito penal da culpa**. Foram eliminados todos os resquícios de responsabilidade objetiva no novo diploma penal brasileiro.

A segunda característica é o abandono de preocupações sectárias que amarrassem, excessivamente, o texto às exigências de tal ou qual escola penal.

Segue o Código atual a mesma tendência eclética do Código de 1940, onde, segundo a Exposição de Motivos do então Ministro Francisco Campos, se fizeram transigências entre as escolas que se debatem no campo doutrinário da ciência penal. O Código novo obedece à última fase da posição doutrinária de Hungria, seguindo a tendência unitarista, ajustando tudo que houvesse de melhor nas diversas correntes. Um exemplo disto é a aplicação da lei penal no tempo, onde se procurou eliminar divergências doutrinárias, adotando-se a posição esposada por Binding.

Quanto à tentativa, foi seguida a doutrina do Ministro paulista Costa e Silva, permitindo-se duas alternativas: a redução da pena, se o juiz assim entender conveniente, ou a manutenção da pena correspondente ao crime consumado, se os danos produzidos na vítima forem consideráveis.

Com relação ao erro de direito e ao erro de fato, seguiu-se a doutrina de Sebastian Soler, que faz uma distinção clara entre uma situação e outra. Seguindo-se os estudos de Frank e Goldschmidt, distinguiu-se o estado de necessidade como causa de exclusão de crime e causa de exclusão de pena.

Atendendo-se à lição de Mezger, eliminou-se o sistema conhecido como “duplo binário”, adotado pelo Código de 1940.

Na criação das penas relativamente indeterminadas, observou-se a doutrina exposta pelo jurista português Eduardo Correia, transferindo-se a individualização para momento posterior à sentença.

No que se refere à linguagem, embora reconheçamos que Hungria não era um purista, havemos todos de convir que o seu português era excelente. Manejava o vernáculo com admirável mestria, como suas numerosas obras o atestam.

Referenda, ainda, a boa linguagem do Código, isenta de solecismos e cacofonias, a colaboração, na Comissão Revisora, de escritores de bom apuro lingüístico, como os Professôres Aníbal Bruno e Heleno Fragoso.

Um terceiro ponto saliente no novo Código Penal é a sua técnica avançada, como se deduz dos dispositivos referentes ao tratamento prisional dos fronteiriços, à pena relativamente indeterminada e ao criminoso habitual ou por tendência.

A quarta e mais notável linha que merece ser citada, é a orientação humanista, advinda das nobres pregações de Roeder, Dorado Montero e Vincenzo Lanza.

Como exemplos dessa linha humanista, sem pretender esgotar todos os casos contidos no novo diploma penal, apresentaremos os principais.

Renovação do Sursis: O art. 71, inciso I, do novo Código, que terá a redação modificada para aproximá-lo do que já está estabelecido no novo Código Penal Militar, permitirá a renovação da suspensão condicional da pena, desde que não tenha o réu sofrido condenação anterior, por crime ou contravenção reveladores de má índole.

Entenda-se bem: a lei penal admite, entre os motivos do crime, uma distinção entre os nobres e os torpes. Sendo assim possível, que um crime seja cometido por motivos nobres e justos, admite-se uma conseqüência maior do que a simples atenuação da pena (art. 58, III, a). Se um pai de família anda com sua filha numa rua da cidade e um importuno se aproxima requestando a jovem, o pai naturalmente o adverte, mas êste insiste na importunação. Reprendido e observado segunda e terceira vêzes, mantém a sua atitude inconveniente. O pai da jovem afinal reage e dá-lhe um sôco no nariz. Tira-lhe sangue. Cometeu um crime de lesão corporal leve. Certamente o juiz lhe dará a pena mínima e lhe concederá o **sursis**. Na vigência dêste, êste mesmo pai, anda com a mesma jovem filha e a cena se repete. Observado e repreendido o novo elemento importunador, e continuando na sua atitude condenável, o pai pratica nova agressão. Nova lesão corporal. Não houve, é claro, ação reveladora de má índole. Conseqüentemente, o juiz pode renovar-lhe a suspensão condicional da pena. Pela legislação ainda vigente, o juiz não teria outra possibilidade: consideraria êsse pai zeloso como **reincidente específico**. Dar-lhe-ia a pena mais grave, fixando-lhe um **quantum** superior à metade da soma do mínimo com o máximo. Esta solução, verdadeiramente iníqua, será agora corrigida no novo Código.

Outro exemplo: o **livramento condicional**, segundo o disposto no art. 75 — pode ser concedido ao condenado a pena de reclusão ou de detenção por tempo igual ou superior a **dois** anos. A legislação ainda vigente estabelece que a suspensão condicional da pena poderá ser concedida ao condenado até dois anos de detenção; e o livramento condicional só será concedido se o réu tiver no mínimo **mais de três anos** de pena privativa da liberdade. E assim mesmo por um só dos crimes praticados. Se a sua pena fôr de quatro anos, resultante da soma de duas penas de dois anos, não haverá o direito a êsse livramento. A iniquidade é manifesta. Um réu condenado a três anos de pena detentiva, pela legislação ainda vigente, não terá o benefício do **sursis**, nem do livramento condicional.

Chegamos, assim, ao fato estranho de alguns réus, condenados a três anos, apelarem à instância superior, pleiteando o aumento da sua condenação, para terem direito ao livramento condicional. Com a redação do novo art. 75, desaparece essa iniquidade, pois o livramento será concedido a partir de dois anos de pena privativa da liberdade.

A **proteção do liberado condicional** é outro exemplo marcante da orientação humanista do novo Código. O liberado não fica mais sujeito à vigilância das autoridades policiais que, nos escalões inferiores, são, infelizmente, ainda mal preparadas para estas árduas e importantes funções. A observação cautelosa e a proteção devidas ao liberado serão realizadas por patronato ou, na falta dêste, por serviço social penitenciário.

Basta a referência ao **serviço social** para sentir-se a melhoria extraordinária da situação ainda vigente.

O art. 38, do novo Código, permite ainda uma novidade bastante generosa:

“Art. 38 — A pena de reclusão não superior a dois anos pode ser substituída pela de detenção, desde que o réu seja primário e de bons antecedentes, e tenha realizado o ressarcimento do dano antes da sentença condenatória.”

Como se vê, na pena de reclusão até dois anos, permite-se a sua **transformação em detenção**, dentro de determinadas condições, o que traz inúmeras vantagens processuais, e mesmo na fase da execução penal.

O novo Código admite, também, no art. 46, a **substituição da pena de detenção**, não superior a seis meses, pela pena pecuniária, o que representa enorme progresso no tratamento penal, deixando-se de aplicar as penas curtas de privação da liberdade e evitando-se mandar para a promiscuidade carcerária o réu primário, sem periculosidade, para, através de uma multa, satisfazer a justiça penal.

Acrescente-se que o art. 48 permite, ainda, o **pagamento da multa com prestação de trabalho livre**, dizendo o seguinte:

“Art. 48 — Se o condenado é insolvente, mas possui capacidade laborativa, pode ser-lhe permitido o resgate da multa mediante prestação de trabalho livre em obras públicas ou empresa pública, entidade autárquica ou sociedade de economia mista.”

Um notável exemplo da nova linha humanista do Código de 1969 é a **criação do estabelecimento penal aberto**, previsto no art. 40. Tal inovação representa um progresso apreciável na nossa legislação repressiva. O condenado primário, de nenhuma ou escassa periculosidade, se tiver pena não superior a seis anos, poderá ser recolhido a estabelecimento penal aberto, que não é apenas uma prisão sem grades, pois pode ser mesmo o que alguns autores chamam de **prisão-albergue**, permitindo-se ao condenado trabalhar, durante o dia, fora da casa prisional, a ela retornando, porém, à noite para aulas e descanso. É, portanto, mais do que as atuais prisões abertas de Bauru, Rio Preto, Taubaté e outras do Estado de São Paulo. Na Guanabara, acabou-se de aprovar o primeiro projeto de prisão realmente aberta.

Cumpre-nos, ainda, apresentar outro ponto de grande relevância, dentro da linha humanista do novo Código: o **decréscimo do valor da reincidência**.

O Código de 1940 faz da reincidência uma verdadeira pedra de toque, seja na configuração do delito, seja na aplicação da pena. O novo Código, no § 1º do art. 57, revoluciona essa orientação ao estabelecer:

“Art. 57 —

§ 1º — Não se toma em conta, para o efeito da reincidência, a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção

da pena e o crime posterior decorreu período de tempo superior a cinco anos.”

De fato, a reincidência pode não apresentar nenhuma característica de maior maldade ou tendência para o crime, que, só em determinados casos, se tem verificado. Como exemplo de reincidência que não tem expressão social ou jurídica, figuramos a hipótese de um jovem de 18 anos, que toma o automóvel do pai e, dirigindo-o imprudentemente, cause em alguém uma lesão corporal leve. Aos cinquenta anos, premido pelas circunstâncias econômicas da família, emite um cheque sem fundos. Pela legislação ainda vigente, seria reincidente genérico. Entretanto, não há quem possa encontrar a mínima relação entre aquela infração culposa da juventude e esta infração dolosa da idade madura. A nova legislação evita a injustiça que o Código de 1940 estabelece para o tratamento penal em tal hipótese.

Finalmente, observamos um ponto de excepcional importância da legislação penal da Revolução de 1964. É o novo conceito da **reabilitação criminal**. Já o Governo Revolucionário, em julho de 1968, alterara os arts. 119 e 120 do Código Penal, permitindo que a reabilitação alcançasse quaisquer penas impostas pela sentença definitiva. Com pequenas adaptações, foi a nova e generosa lei incorporada ao Código de 1969, nos arts. 117 a 120. Para se ter idéia do quanto o Código anterior era iníquo, basta lembrar que não admitia, jamais, a reabilitação de pena principal; só de penas acessórias, e mesmo assim, só de **algumas** penas acessórias. E o mais grave: se o reabilitado de uma pena acessória cometesse nova infração, perderia a reabilitação e jamais poderia obtê-la segunda vez. O novo Código é, positivamente, mais humano, constituindo-se num permanente convite à reabilitação do criminoso.

É certo que a nova lei estende o prazo de prova e exige maior quantidade de elementos que assegurem o reconhecimento da regeneração do criminoso. Mas tem a vantagem de permitir a reabilitação da pena principal. As limitações do § 2º do art. 117 são poucas e justificam-se por si mesmas. Pode, entretanto, o reabilitado, sempre que tiver sua reabilitação revogada, requerê-la novamente, desde que se esforce para alcançar sua própria regeneração. Concedida a reabilitação, a nova lei manda cancelar, mediante averbação, os seus antecedentes criminais e não permite a comunicação dessas condenações a nenhuma pessoa do público, pois o art. 120 limita a comunicação apenas à autoridade policial, ou judiciária, ou ao representante do Ministério Público e somente quando houver instrução de novo processo penal, que se instaure contra o reabilitado.

Como se vê, é uma providência generosa, e um permanente convite ao grande fim social da pena: a regeneração do antigo delinqüente.