

Descriminalizações e despenalizações no direito penal positivo brasileiro

RAUL CHAVES

1. Embora entendendo que uma apreciação, mais de espaço, caberá à 3ª Comissão, cujo tema genérico — Reforma da Legislação Penal — compreenderá, ainda, o exame das descriminalizações propostas ao longo do trabalho, anexo, por fotocópia, ADVOCACIA E REFORMA PENAL, o seu autor — que desta proposição também o é — sugere um reexame daquela tese na qual opinou por várias descriminalizações.

2. E propostas também ficam alterações despenalizadoras, não explicitadas naquela tese, posto insinuadas, relativamente aos crimes de **aborto, sedução, corrupção de menores e local de prostituição** (arts. 123, 124, parágrafo único, 127, 242, 243 e 252, parágrafo único, do Código Penal dito de 1969).

Quanto a tais despenalizações, pretende o autor desta proposição o que por diante minudeado.

ABORTO — que o legislador permita ao aplicador da lei o **perdão judicial** para a gestante, sempre que o motivo que a conduziu à prática ou ao consentimento do aborto não reflita egoísmo ou torpeza; norma que tornará inteiramente desnecessário o **tipo do aborto por motivo de honra**, este **descriminalizado**, quanto à gestante, mesmo que o preceito configurador do parágrafo único do aludido art. 127, passe a constituir outro parágrafo do art. 124;

SEDUÇÃO e CORRUPÇÃO DE MENORES — que se acrescente um artigo, logo após o de nº 249, prevendo a diminuição de pena, de um a dois terços, sendo a ofendida maior de quatorze e menor de dezesseis anos, ou o **perdão judicial**, se maior de dezesseis anos, no caso de ser o agente casado e a ofendida conhecer essa circunstância;

Proposição à 2.ª Comissão

Criminalização e Descriminalização

Proponente: Raul Chaves, do IBCP, 1.º-Sec. da Diretoria Nacional, e Instituto dos Advogados da Bahia

LOCAL DE PROSTITUIÇÃO — A supressão do parágrafo único do art. 252, escrevendo-se, em seu lugar, outro em que se ressalve ficarão isentos de pena as que mantiverem ou freqüentarem local de prostituição ou qualquer lugar habitualmente destinado a encontros para fim libidinoso, desde que o seu funcionamento seja licenciado pela autoridade pública, expressa ou tacitamente.

3. Considerando que do Encontro só participarão mestres das ciências penais, que saberão rapidamente compreender os intuitos do proponente e o alcance da proposta inserida no **item 2** acima, sobretudo levando-se em conta a realidade sócio-cultural brasileira da atualidade, dispensável parece, neste passo ao menos, uma fundamentação, que seria ostentar, fora de tempo, um saber minguado, como o do proponente. Este, todavia, na discussão da matéria perante a Comissão, poderá adminicular esclarecimentos, acaso ocorrendo perplexidades.

Curitiba, Paraná, em 17 de agosto de 1978.

ADVOCACIA E REFORMA PENAL

“É muito difícil que haja uma só nação que se governe por boas leis. Não é isto precisamente por ser obra dos homens; estes têm feito coisas excelentes... Consiste isso, mais que tudo, em que nos Estados todas as leis se hão estabelecido quase sempre pelo interesse do legislador, pelas necessidades do momento, pela ignorância, ou por superstição. Têm redigido as leis com certa medida; por casualidade, irregularmente, como são fundadas as cidades”. VOLTAIRE (Dicionário Filosófico).

I — Explicação prévia. Colocação do tema

1. Distribuído, como nos foi, independentemente de consulta anterior, ou recomendação subsequente, sobre o contexto do trabalho a ser apresentado, sobressaltou-nos, de início, perplexidade, receosos de ficarmos aquém, ou de irmos além, no trato desse tema “Advocacia e Reforma Penal”, notadamente estando ele sob a epígrafe da “Independência e Autonomia da OAB”.

Utilizarmo-nos da propalada e há tanto discutida reformulação do direito positivo concernente às ilicitudes penais comuns, para sustentarmos a legenda epigrafada, pareceu-nos pouco, senão inútil. Mesquinho, se apenas nos ativéssemos a proposições específicas à advocacia, como atividade judiciária, indicando este ou aquele fragmento da “reforma”, esta ou aquela orientação da lei inconveniente ao seu exercício. Inútil, pelo que se nos afigura o óbvio, contentarmo-nos em redizer da indispensabilidade do nosso pronunciamento, antecipado ao império da “reforma”, mormente quando tão em evidência

foram postas as **prerrogativas** do advogado, na última Conferência (1974), fixado ele componente do Poder Judiciário, porque a advocacia atende a um interesse essencialmente público, não revelando somente a profissionalidade à disposição de pessoas, para a defesa de seus direitos; mas, enfaticamente, guardiã perpétua do bem-estar coletivo, na impessoalidade do seu destino, aquela impessoalidade indubitosa nos transe mais difíceis da vida política de todos os povos, dever público de assistência (como sublinhou, preciosamente, ALOYSIO DE CARVALHO FILHO), que dá ao advogado a incomparável nobreza de ser defensor da própria sociedade, “cujas aspirações ou sofrimentos se expressam na corajosa eloquência da sua palavra, por força de um argumento ou por audácia de uma imprecisão, conferindo, por isso mesmo, a essa profissão, tal dever público, o mais perigoso dos encargos”. (“Oração de Paraninfo”, in **Revista da Faculdade de Direito da Bahia**, v. XIII, pág. 100).

2. Refletindo, porém, que seria, como será, positivar aquela *independência, um pronunciamento explícito, decisivo, alheio* a conveniências episódicas, abrangente dos aspectos fundamentais ou apriorísticos da “reforma”, ampliando aquele sentido usual, que se vem dando à locução; aludindo às correlações com o ordenamento jurídico total, seus pontos de partida diante da realidade sócio-cultural brasileira e mesmo sem deixarmos à margem, apesar de miúdo, o que percussão do pretérito, ou inseguranças do futuro incalculado; de logo sugerindo, criticando, aplaudindo ou condenando; — assim refletindo, e acreditando que a arte de advogar é a de defender o direito no seu imenso espectro, que inclui o homem, a humanidade toda vista em conjunto ou nas subdivisões nacionais, propomo-nos a elaborar trabalho, posto em linhas de síntese, que implique naquele posicionamento globalizado, desbordante do sumítico termo comum “reforma penal”. Destarte, de frente, de pronto, oferecendo embargos à revisão parcelada, não raro dissonante, praticamente de varejo.

E o fazemos crendo que a OAB, como instrumento de defesa dos direitos humanos, em nosso país, deve investir-se nas atribuições daquele **ombudsman**, dos países escandinavos, espécie de departamento nacional de queixas, ao qual podem ser levadas as reclamações todas, contra tudo ou quem quer que seja, instituição que deita raízes na Suécia, vai por século e meio, *ali funcionando para defender o homem comum* do arbitrio do Trono. O **ombudsman**, retratado por GEORGE KENT, invocado pelo criminologista HURWITZ e, há pouco, no Brasil, tão bem estudado e explicado por CARLOS ALBERTO PROVENCIANO GALLO (**Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, nº 49, jan. a mar. de 1976, págs. 207-246) e FAVILA RIBEIRO (**O Ministério Público na Defesa da Ordem Constitucional**, Fortaleza, 1976).

3. É bem de saientarmos, contudo e de plano, que conclusões várias, sugestões diversas, inseridas por diante, nestas páginas, advieram-nos dos inúmeros debates, conclaves, simpósios e seminários, de que participamos. E de por certo que rastreamos opiniões alhures apreendidas, ensinamentos colhidos, lições vividas; alquando incluindo pronunciamentos coletivos — **Recomendações** — como os da II Jornada Latino-Americana de Defesa Social (Goiânia — Brasília, agosto de 1975); do V Congresso Brasileiro de Direito Penal e Ciências Afins (São Paulo, fevereiro de 1974); do Seminário de Direito Penal e Processual Penal de Belo Horizonte (FD da UFMG, outubro de 1974); da "Carta de Goiânia" (Seminário em setembro de 1973); e da V Conferência Nacional dos Advogados (Rio, agosto de 1974). Nem desprezaremos passos mais largos de trabalhos e críticas nossos, apresentados ao Instituto dos Advogados Brasileiros (março de 1974), ao Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP (maio de 1974), à Faculdade de Direito de Colatina (Espírito Santo, junho de 1974), ao Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e Faculdade de Direito de Cruz Alta (agosto de 1974) e à Universidade Federal da Paraíba (João Pessoa, agosto-setembro, 1976).

II — A reforma. Seu planejamento

4. Consoante anunciamos previamente, sustentamos (ou advogamos, é o caso...) uma "Reforma Penal" que compreenda a revisão, reformulação, ou emenda, de toda e qualquer lei que diga respeito às ilicitudes penais, quaisquer que sejam, por mais **especiais**, ou singelas, como as denominadas **contravenções**.

Não importa, a nosso ver, seja recente, ou tido por jovem, o Código Penal Militar. Matéria perigosa, de aproximação difícil, a Lei de Segurança Nacional. Arriscada, a parte que disciplina os órgãos de divulgação, estabelecendo sanções penais para os que deles abusam. Labiríntica (e por isso mesmo talvez), a legislação relativa aos abusos do poder econômico, às sonegações e fraudes fiscais. O preciosismo, aparente, da falência. A ambigüidade dos crimes de responsabilidade e dos eleitorais. As exigências, às vezes peculiares, do direito adjetivo, correspondente a algumas das formas **típicas** acima invocadas.

Esquecido não estando, ainda, dos riscos de um descaso ou da maior aproximação dos tóxicos, cuja repressão ao tráfico e uso foi atardeada como projeto de **impacto**... malgrado estabelecida em lei inexecutável, a constituir outra provocação para o menosprezo da ordem jurídica. Nem da sigilosa e apressada "Reforma do Poder Judiciário". Quanto a esta, aliás, não nos cabem considerações de espaço, constituindo tema autônomo a outrem destacado, além de compreendido, ao que ima-

ginamos, em três outras partes do temário (3º, 5º e 11). Que fique, porém, mesmo de passagem, registrada a nossa objeção à prematuridade dessa Reforma, antecipada à promulgação de documentos legais outros, que lhe deveriam servir como ponto de partida; à sua elaboração *intra-muros*, sem divulgação prévia e necessária do projeto, com tempo para a reflexão e a crítica das entidades outras interessadas; à centralização administrativa, em que implica, minimizando, por mais essa forma, a Federação, através do Conselho Nacional da Magistratura e da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (pelo menos, como estão propostos); objeção ao seu momento, quando ainda não restauradas as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade dos juizes; à sugestão, que insere, de um Tribunal Misto, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em alternativa com a do Tribunal do Júri, sem, todavia, condicionar a **mistura** dos juizes de fato (jurados) com juizes **especializados**, qualificação, destes últimos, que poderia justificar a instituição do **escabinato** em nosso país; em suma, à confusão, que se percebe presente à filosofia da Reforma, entre o mau funcionamento de órgãos, atuais, do Poder Judiciário, e os seus defeitos de estrutura, a ponto de enfatizar-se os julgamentos rápidos, que correrão os riscos da ligeireza e da superficialidade.

5. Considerando, por conseguinte, que advogamos uma **reforma penal** compreensiva do reexame de todo o direito positivo pertinente à ilicitude penal, temos que partir do que já impera, às vezes com dissonâncias vigentes; cuidando, por outro lado, de harmonizá-lo com o a imperar. Como exemplos, os seguintes fragmentos: a discordância entre o Código Penal Militar, promulgado em 1969 (Decreto-Lei nº 1.001), art. 50, admitindo a maioria penal aos 16 anos, enquanto perdura o art. 23 do Código Penal de 1940, com a maioria apenas aos 18 anos; *idem*, quanto ao prazo para obtenção do **livramento condicional** (art. 89 do CPM e art. 60 do CP de 1940); bem como a divergência, que haverá, entre os mesmos Códigos (persistindo a fórmula atual do art. 84 — suspensão condicional da pena — do CPM), se vier a vigor, sem alterações outras, o art. 70 do CP de 1969, com a redação da Lei nº 6.016/73.

6. Destarte, sugerimos, de início, que antes de qualquer nova promulgação, ou início de vigência de lei penal, sejam confrontadas de **per si**, umas com as outras, revendo-se, para atualização e harmonia através de revogações ou alterações, o que vigorando no momento.

III — **Consolidação ou unificação das normas incriminadoras e processuais**

7. A propósito, reeditamos, aqui, pensamento nosso contrário à multiplicação do rol das **leis extravagantes**, no campo das

fontes normativas de direito penal. A **especificidade** da proteção jurídica pode conter-se, precisamente, no bojo do direito comum, da lei ordinária, onde, aliás, obtém melhor ênfase e consegue maior divulgação, mais detido e acurado estudo, possibilitando, em conseqüência, mais justa aplicação. Não se afirme que a legislação codificada fica presa a esquemas rígidos e pouco dúcteis, daí a preferência pela legislação especial. Tal afirmação nega o sentido, a finalidade e a valia das codificações. E para lembrar que não são assim rígidos e nada maleáveis os esquemas dos Códigos — como o nosso de 1940 — basta referir os momentos inúmeros das leis especiais (inclusive de outros códigos, como o Penal Militar e o Eleitoral) repetindo, por inteiro, aquele, suas normas, quando não declaram sua aplicação, as do código, subsidiariamente. Mesmo quanto aos preceitos processuais, que a tutela deste ou daquele bem ou interesse parece reclamar **especialidades**, não se nos afiguram sejam tais que se não possam conter na codificação respectiva — ora, também, sob exame para a reforma. Aliás, reexaminando-se o próprio Direito Penal Complementar, constituído por uma legislação que não se costuma chamar de **especial**, ver-se-á que muito dele, senão quase todo, poderá abrigar-se numa só codificação. Haja vista as hipóteses dos crimes de falência e contra a propriedade industrial; dos contra a guarda e o emprego da economia popular; contra os abusos do poder econômico; dos próprios crimes eleitorais e os denominados **de imprensa**. Estes, ou seja, as ilicitudes de caráter penal tipificadas na respectiva lei, as únicas que merecem tal categoria, são as relativas às ofensas à honra individual, atentatórias aos bons costumes e à segurança nacional. Podem ficar, então, agasalhados, os tipos, no próprio Código, prevista a variação quanto ao modo de praticar o crime — através da imprensa ou outro meio de comunicação — a ela correspondendo um **plus** ou um **minus** de pena. E vale ressaltarmos aqui, e de logo, que jamais aceitamos a diversificação das penas para os crimes contra a honra individual, mais brandas as estabelecidas nas leis de imprensa, pois, em verdade, mais severas deveriam ser à vista do maior alcance da lesão à honra alheia, quando a ofensa é divulgada pelos órgãos de comunicação. Não se diga que o entendimento para um **minus** da pena, tem suas motivações na **liberdade** fundamental a preservar-se (liberdade que se preservará, a contento, excluída a censura prévia). Não insistir nesse argumento, pois, a **ofensa** será sempre um **abuso** praticado e, na maioria das vezes, por estranhos à atividade profissional, que apenas da imprensa se servem, exatamente, a fim de mais ofender, pela veiculação maior da injúria, da difamação ou da calúnia. A rigor, nosso pensamento, nestes dias, com aquele propósito da maior **descriminalização** possível, se desenvolve contrário à sanção penal para tais ilícitos, preferindo deixá-los como danos civis.

IV — A lei de segurança nacional e o “habeas corpus”

8. Retomando a linha da exposição, no passo preciso em que sugerimos a maior unificação das normas penais substanciais criminalizadoras, queremos fique consignada a idéia, nossa, da própria lei que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social (Decreto-Lei nº 898, de 29-9-69).

Era da tradição brasileira (como continua sendo em vários sistemas penais positivos alienígenas) a inclusão desses ilícitos penais no Código comum ou civil. Na época do Estado Novo — ao que se conta, como resultado de transação, da Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado com os agentes do Governo, a fim de ser permitido tom mais liberal para o Código em elaboração —, foram destacados aqueles ilícitos para uma lei especial, consoante preceito fixado, afinal, no art. 360 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-1940.

9. Nenhum critério de ordem científica, porém, justifica a permanente separação, que vai ensejando, cada vez mais, um divórcio **a vínculo** entre os dois diplomas legais, o definidor dos crimes contra a segurança permeabilizando-se às agressões mais violentas aos direitos civis e políticos assegurados em protocolos e convenções internacionais. Frequentemente, baldo de técnica, como lei, estereotipa vícios e defeitos, segundo, **exempli verbis**, os salientados por JOSAPHAT MARINHO (Inconstitucionalidade da Lei de Segurança Nacional, **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, 1967, n.ºs 13/14, pág. 3), ao apreciar os artigos 2º e 3º, § 1º, do Decreto-Lei nº 314/67, cujo antagonismo ali estabelecido chegava a gerar penas para fato não definido como crime. Susceptíveis a demasiais punitivas, com seu elenco de sanções especiais, têm tais leis atingido às raias do desumano, afrontando, duramente, aquela outra idéia da **despenalização**. E ainda se prestam a julgamentos de exceção, por uma justiça castrense, não habilitada profissionalmente para decidir sobre aqueles direitos civis e políticos, sujeita aos preconceitos da disciplina militar, que não se casam com a vida do cidadão comum.

10. Indicando a necessidade da revisão da lei de segurança, não sendo ela submetida a capítulo especial do Código Penal comum (como nas leis do passado e no Projeto Alcântara), há que sustentar-se e propor-se quanto defendido e concluído por HELENO FRAGOSO, na sua tese “Os direitos humanos e sua tutela jurídica” (**Anais da V Conferência**, págs. 105-132), profligando, ainda, contra a suspensão da garantia constitucional do **habeas corpus** para as hipóteses de acusações da prática dos crimes nela previstos.

11. Em torno da descabida suspensão do **habeas corpus** naqueles casos, muito escreveram e sustentaram juristas e advogados, havendo um consenso dos profissionais da lei, todos na

trincheira da liberdade democrática, lutando pela revogação do ATO que a instituiu. Mal não há, no entanto, relembrar-se a palavra autorizada, concisa, serena como sempre, de EVERARDO LUNA: "Sem dúvida, pode o **habeas corpus** perturbar as atividades investigatórias e repressivas dos crimes e prejudicar outros interesses de ordem pública. Mas da própria vida faz parte a sua perturbação, o perigo de viver. Não é a segurança que nos dá a vida (Santayana). E como o direito é feito para vida, tanto nos põe em segurança como nos expõe a perigo. A pena imposta a um criminoso também perturba outros interesses da ordem pública. E mais impressionantemente ainda é a perturbação causada pela execução de uma sentença."

12. "Assim também no **habeas corpus**. A perturbação porventura causada, também compõe a proteção da liberdade — o mal é menor e é meio; o bem é maior e é fim.

Melhor o **habeas corpus**, instrumento legal, com o perigo de perturbar a investigação e a repressão penal, do que a investigação e a repressão do fato, sem as restrições formais da lei, investigação e repressão a sofrerem, sempre irremissivelmente, a tentação, a sedução da arbitrariedade, que é a contrariedade ao Direito praticada pela própria autoridade (JAMES GOLDSCHMIDT). Com a presença do **habeas corpus**, quem tem poder de concessão está limitado por lei; na ausência do **habeas corpus**, não há limitação legal possível. Entre limitar e não limitar poderes melhor mesmo é limitá-los: na primeira alternativa, nenhum súdito do Estado tem sua liberdade injustamente ofendida; na segunda alguns súditos podem tê-la" (**Trabalhos de Direito Penal**, ed. Un. Fed. de Pernambuco. Recife, 1971, págs. 81-83).

V — Outras leis especiais e complementares

13. A legislação penal sobre economia, constitutiva de um Direito Penal Econômico (nele incluídos o Financeiro e o Tributário) se não configura um labirinto, pela falta de sistematização que esteve presente nas edições de todos e cada qual dos diplomas respectivos (Leis n.ºs 4.595/64, 4.728/65, 4.729/65, 4.357/64, 4.137/62 e Decreto nº 57.609/66), retrata os piores momentos legiferantes deste país, talvez desde sua independência política. A pressa, com que elaborada sucessivamente, exigiu outras tantas apressadas correções, quase sempre distantes dos cânones imperativos da dogmática. E, à medida que foram aplicadas essas leis, ou as tentaram aplicar, mais gritante, por vezes escandalosa, se evidenciou a sua ineficácia para disciplinar toda a matéria pretendida. Nem uma sistematização doutrinária como a encetada por MANOEL PEDRO PIMENTEL (**Direito Penal Econômico**, RT, São Paulo, 1973), e outros mestres, em estudos menores e ensaios diversos, poderá suprir-lhes

as lacunas, corrigir-lhes as erronias, harmonizá-las com um sistema penal realmente científico, sobretudo em se tratando de um "direito penal econômico", que deve ser acostado a outra lei, paralela, que define os crimes e as contravenções contra a economia popular (Decreto-Lei nº 869/38), e às normas incriminadoras esparsas na Lei nº 4.591/64 (dispõe a respeito de condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias) e no Decreto nº 60.501/67 (crimes contra a organização previdenciária).

Não se aceitando a incorporação de todo esse direito penal econômico — que, insistimos, não possui autonomia jurídica, ou de ciência jurídica autônoma, não passando de capítulo do Direito Penal — ao novo Código comum, ainda sujeito a alterações antes de sua vigência, há que realizar-se, e quanto antes, um exame total que leve, ao menos, a uma **consolidação**.

Sendo difficilimo apontar neste trabalho as impropriedades todas, os vícios diversos, até as contradições, dessas diversas leis que compõem o chamado Direito Penal Econômico, remetemos o leitor ou curioso mais interessado para as 244 páginas da obra do citado professor da Universidade de São Paulo; às de seu outro livro **Legislação Penal Especial** (RT, São Paulo, 1972); e às, também valiosas, de RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, publicadas na **Revista dos Tribunais**, volumes 417 e 428, intituladas "Direito penal administrativo e ilícito fiscal" e "Direito penal econômico e o ilícito fiscal".

Observe-se que urge a sistematização e atualização dessas normas relativas aos crimes econômicos, pois, há, inquestionavelmente, uma **criminalidade econômica** dia a dia mais perigosa, mais envolvente. HENTIG, escrevendo sobre os crimes comerciais, há quase 20 anos atrás, já dizia que o furor contemporâneo de fazer cada vez mais dinheiro traz todas as características de uma obstinação, que se verifica na peculiaridade mental observada em jogadores profissionais, aventureiros irrequietos e dipsomaniacos da excitação. (HANS VON HENTIG — **Crime: cause and conditions**, J. Y., 1957, pág. 97.) E é dessa obsessão pelo lucro fácil, à margem de qualquer escrúpulo ético, que surgem os famigerados **criminosos de colarinho branco**, fauna a proliferar em todos os países, desenvolvidos ou em desenvolvimento, substitutos dos **gangsters** — empresários de todas as latitudes.

14. Quanto à **legislação antitóxicos** não há o que dizer-se, sobre a necessidade de sua revisão, sem redizer-se algo do muito que se tem escrito desde que surgiu a Lei nº 5.726, de 20-10-1971. Há uma verdadeira biblioteca sobre o assunto e nenhuma opinião (de fora dos corredores governamentais da época) favorável à sua continuidade. Não insistiremos, todavia, sobre a matéria, eis que já tramita no Congresso Nacional um

projeto de lei elaborado pelo Executivo, projeto que mereceu cuidadoso exame dos magistrados e professores de Direito do Estado de São Paulo, do qual resultou um pronunciamento digno de atenção (Cf. **O Estado de S. Paulo**, ed. de 4-7-76, pág. 47).

Inobstante essa nova proposição governamental e o citado pronunciamento, que aceita a **lei específica** (observadas, é claro, as emendas propostas), continuaremos sustentando a vantagem das normas penais referentes ao tráfico e uso de entorpecentes, ou que determinem dependência física, permanecerem entre os **crimes contra a saúde pública**, no Código Penal, ainda que adminiculadas outras regras, nas imediações do art. 311 (Código de 1969, redação de 1973) partindo-se das conclusões da tese de JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO FRANCESCINI e EUCLIDES BENEDICTO DE OLIVEIRA (o primeiro, desembargador em São Paulo e com várias publicações a respeito do assunto; o segundo, Juiz do Tribunal de Alçada daquele Estado) aprovada pelo V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (São Paulo, fevereiro de 1975), tese que se vê estampada em **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, 1975, nº 45, pág. 3. E também pensamos não haver necessidade de normas processuais estranhas ao código de rito comum, devendo ser, apenas, acrescido um Título novo, respectivo, ao Livro VI — “Dos procedimentos especiais” — do Projeto de Lei nº 633/75, relativo ao futuro Código de Processo Penal.

15. Relativamente aos **crimes de responsabilidade**, persistimos no ponto em que situamos a problemática em a nossa monografia, com o mesmo nome, nos idos de 1960.

Trata-se de uma excrescência do ordenamento jurídico brasileiro, instituto **sui generis**, com vertentes numa omissão vocabular do legislador de 1827, que, ao fixar a responsabilidade penal dos Ministros de Estado (não imunes como o Imperador), consagrou a locução. Convertida em norma constitucional pela República, chegou aos nossos dias pejada de significação penal, consubstanciada em Lei Complementar a Lei Ordinária (aplicável aos Prefeitos), quando, na verdade, a Carta Magna apenas devia cuidar das hipóteses de **impedimento (impeachment)**. Sem alusões a **tipos** de ilícito penal, mas, tão-só, aos casos de **indignidade** ou incapacidade para a alta função pública, não havia, como não há, necessidade do teor criminal, a ponto de estabelecer figuras ambíguas e anfíbias, estas a criar problemas de conflito aparente de normas e de aplicação da lei processual. Se o governante incide nas sanções de crimes previstos no Código Penal comum (ou em outras leis especiais) ele é simplesmente um criminoso, apenas com direito ao foro privilegiado se a **persecutio** o surpreende no exercício da função. Quanto às outras condutas, indignas ou impróprias, pode-

rão constituir ilicitudes que justifiquem o **impedimento** para o cargo. Nada, porém, justifica, dentro da concepção da dogmática penal, sejam vistos como crimes ou delitos.

Destarte, aqui coerentes com a nossa antiga tese, entendemos que uma **reforma penal** deve expurgar do direito positivo aquelas normas que estabelecem os **crimes de responsabilidade**, não raro definidos imprecisamente, em **tipos abertos**, afrontando a boa técnica na precisão do campo das ilicitudes descontínuas, que afasta a possibilidade das perigosas e arbitrárias analogias.

16. No que tange aos **crimes e contravenções eleitorais** não percebemos uma especificidade que justifique a distinção ou apartamento da legislação comum. A objetividade jurídica cabe na codificação civil, ainda que a proteção dos direitos dos eleitores constitua matéria para um capítulo distinto. Quanto às *outras espécies, são contra a Administração da Justiça, algumas ínsitas no Capítulo final do Título derradeiro do Código Penal, outras ali podendo conviver em boa companhia.*

Por outro lado, uma **poda descriminalizadora** no elenco dessas ilicitudes penais eleitorais será possível e valiosa diminuindo-se as **letras mortas** do ordenamento jurídico positivo.

17. Não nos referiremos espaçadamente, às pretensas **leis de trânsito**, quanto à sua preocupação de criminalizar condutas, embora, *ao tratarmos do novo Código Penal, aduzirmos notas aos tipos* fixados nos seus artigos 287 e 288.

Oportuno, entretanto, parece de logo recordarmos que as conclusões da II Jornada Latino-Americana de Defesa Social (acima invocada) foram no sentido de evitar a criminalização das infrações às regras do trânsito. Tendo por objetivo, aquele conclave, exata e exclusivamente o exame da matéria, a imensa maioria dos presentes foi contrária à idéia da criminalização, *sendo que os europeus (italianos e franceses, principalmente) demonstraram, querendo, ou não, a falência da repressão à conduta desregrada na direção de veículos, através de leis penais, a ponto de no velho continente começarem a rever o assunto no sentido da não incriminação.* E podemos afirmar que o pronunciamento de um dos Relatores, o Professor de Direito Penal e Senador da República (Paraná) ACCIOLY FILHO, laborado exaustivamente, foi decididamente conclusivo pela rejeição de normas penais para a repressão das transgressões às leis de trânsito.

VI — A Lei das Contravenções Penais

18. Mantida a separação entre os crimes e contravenções, estas em diploma legal distinto — separação que, igualmente, não

julgamos absolutamente necessária, a despeito de algumas regras especiais (territorialidade, elemento subjetivo, não punição da tentativa, maior compreensão para o erro) — não há muito o que reformular.

Claro que adotada a nomenclatura exclusiva de **prisão**, para a pena privativa de liberdade (desaparecendo as variações **reclusão**, **detenção** e **prisão simples**), segundo a proposição reiterada dos penalistas brasileiros, que não vêem qualquer vantagem nas diferenciações, afinal, meramente teóricas, se assim acontecer, há que alterar-se a redação do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, embora prevalecendo o critério objetivo e extrínseco ali formalizado, sendo, como é, impossível uma distinção ontológica entre crime e contravenção. Aliás, a nosso entender e sobretudo se ocorrer a unificação, como proposta neste trabalho, das normas incriminadoras penais esparsas em leis especiais, extravagantes e complementares, fora do Código Penal comum apenas ficando o que constitui conteúdo do Direito Penal Militar específico — as regras dessa Lei de Introdução bem poderão incorporar-se ao dito Código, sob o título de **Introdução**.

19. Absurdo, porém, se nos representa a redação do art. 4º (que deve desaparecer inteiramente) do anteprojeto SALGADO MARTINS, segundo o texto publicado no **DO** de 16-8-74. Pretende aquele passo da futura lei um conceito de contravenção que nem corresponde a todos os **tipos** contravencionais (há as de dano), nem a distingue dos crimes (pois há crimes de perigo).

20. Pequenas, mais razoáveis alterações outras, mormente no campo da pena, para dar-se prevalência à pena pecuniária, deverão ser feitas. Nos termos das sugestões de MIGUEL REALE JUNIOR ("Principais alterações da nova Lei das Contravenções Penais" in **Revista da OAB**, Seção do R. J., v. II, 1976, págs. 73/84), com as quais concordamos, inclusive quando adverte para a necessidade de explicitude quanto ao elemento subjetivo da contravenção (vinculando-o à concepção normativa da culpabilidade); e propõe a exclusão do **parágrafo único** do art. 43 do anteprojeto, que, hipocritamente, quer punir o anúncio comercial de anticoncepcionais, esquecido da abusiva propaganda de toda e qualquer medicação ao alcance do grande público, independente de receita, talvez uma das maiores fontes de renda dos grandes veículos da comunicação.

VII — O Código de Processo Penal. A instituição do Júri

21. Deixando para o final deste trabalho as considerações sobre o texto do Código Penal, que serão mais detidas e minuciosas (por motivos óbvios), aludiremos de imediato à reforma

do Código de Processo Penal, a ela vinculando a problemática da instituição do **Júri**, cuja soberania, tanta celeuma vem provocando.

22. Indiscutível a urgência com que se deve tratar da reforma processual penal, significando o atual Projeto de Lei nº 633/75 um notável momento a fim de ser ela concretizada. Não resultasse aquele projeto do trabalho original de JOSÉ FREDERICO MARQUES, alterado por ele próprio sob as vistas de HÉLIO TORNAGHI (as duas maiores autoridades sobre o assunto, neste País), já estaria representando um passo decisivo para a atualização das instituições processuais penais.

Aqui, ou ali, por sem dúvida, há que respigar-se uma nota, emendar-se, ou melhor ordenar-se o futuro diploma legal, consoante vários estudiosos da matéria já sugeriram, entre eles, pelo que conhecemos, NILZARDO CARNEIRO LEAO, professor titular das *Universidades Federal e Católica de Pernambuco*, cujo pronunciamento perante a Comissão Especial Parlamentar (do Congresso Nacional) foi sintetizado e repetido no V Encontro de Advogados de Pernambuco (1975), dando ocasião a um opúsculo de 43 páginas (**Projeto de Código de Processo Penal** — OAB, Recife, 1975). Neste, por sinal, vemos objeções sérias ao Projeto de Lei n.º 633/75 das quais adiante, destacaremos algumas.

23. Os artigos 25 e 26, do citado projeto, como redigidos, não satisfazem à garantia do **Juízo Natural** que é um corolário do princípio do **nullum crimen**. Realmente, se o governante pode alterar, surpreendentemente, a competência para julgar fatos já praticados, dando efeito retroativo à lei que modifica a competência (tal como no exemplo do AI nº 2, transferindo para a Justiça Militar o julgamento dos crimes contra a segurança nacional, repetindo o que ocorreu na Alemanha Nazista, em 1933), fácil será burlar aquele princípio, pois, nem sempre há **juizes em Berlim...** De causar espécie, em verdade, aquelas redações após o que nos ensinou o mestre FREDERICO MARQUES, sobre o **Juízo Natural**, num dos ensaios de seu livro **Estudos de Direito Penal**.

24. A expressão **delito**, usada por vezes, deve ser substituída por **crime** ou **infração penal**, evitando-se confusões por isso que a linguagem do direito substantivo brasileiro a desconhece, não tripartindo as infrações como entre outros países. Nem fica bem **autópsia**, posto de uso comum para designar a **necrópsia**.

25. O **julgamento sumário**, pela negligência do advogado defensor, estabelecido no art. 100, § 1º, letras **a** e **b**, é perigoso. Nenhum juiz poderá avaliar aquela **negligência**, quando o advogado, por exemplo, preferir não recorrer (ou a isso for recomendado pela própria parte), optando por providência posterior. So-

mente o órgão da classe, pela sua Comissão de Ética, chamado a opinar, se for o caso, terá condições de decidir.

26. A locução **moralmente legítimos**, do art. 294 não é feliz. Bastaria que o legislador escrevesse "... todos os meios legais, e ainda os não expressamente previstos neste Código, desde que não imorais ou constrangedores dos direitos da personalidade humana, serão admissíveis..."

27. Quanto ao **exame criminológico**, de que tanto receamos, poderá, realmente, significar um prejulgamento. Há quase 20 anos escrevemos sobre o assunto (**Anteprojeto de Código Penitenciário**, 1957), advertindo contra o perigo desses exames, no curso do processo, antes do julgamento, receando as imprecisões científicas em que se respaldam muitas das conclusões dos peritos. Estes, com freqüência, se contradizem, divergem entre si, às vezes só pela **escola** a que filiados. Entretanto, o **exame criminológico**, previsto no Código de Processo, é uma decorrência da lei substantiva, a nosso ver, no particular, digna de reparos, segundo ao depois referiremos.

28. A regra do parágrafo único do art. 764, condicionando a tramitação do processo de **habeas corpus** à não oposição do paciente, poderá ensejar dúvidas e iniquidades. E a fim de que não se imagine que os nossos pruridos de liberal estão vendo fantasma, trazemos à colação fato recentíssimo, ocorrido na Comarca de Carinhanha, Bahia, quando um juiz, atrabiliário e criminoso, mandou prender sumariamente um cidadão de conceito social, deixando-o incomunicável até que ele declarasse ser falsa a sua própria assinatura, em mandato outorgado a um advogado para representá-lo em juízo.

29. Relembrando o que antes escrevemos sobre a unificação das normas incriminadoras no Código Penal Comum, chamamos a atenção para a necessidade de serem abertos espaços, no Projeto nº 633 à regulamentação dos processos especiais atinentes às hipóteses todas incluídas na lei substantiva comum.

30. Enfim, tratemos do Júri e sua soberania.

Tanto têm escrito e opinado sobre a matéria, um grande número (a maioria indiscutivelmente) de juristas favorável ao veredicto soberano, que, nos parece desnecessário buscar o respaldo de autoridades, transcrevendo ou resumindo a opinião respectiva, ainda que seja de um RUI, de um ROBERTO LYRA, de um HÉLIO TORNAGHI ou de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (autor da emenda constitucional que fixou aquela soberania na Carta de 1946), mestres insignes, o último professor também de Direito Penal cujas lições permanecem vivas nas muitas páginas que nos legou.

31. De nossa parte e resumindo, propugnamos pelo restabelecimento da soberania, usando, apenas, três argumentos: 1) o

Júri soberano é uma forma remanescente — uma das poucas que restam — de um liberalismo que fincou raízes na alma brasileira, expressando sistema político democrático de que já sentimos saudades...; **2)** de nenhum dos defeitos que podem ser atribuídos à instituição (por força da ignorância ou sensibilidade dos jurados) estão imunes os juizes togados... sensíveis e ignorantes (para decisão de causas penais) tanto quanto os juizes de fato —, afirmação que fazemos, com tranquilidade e segurança, pronto a publicar casuística e episódios, após um longo tirocinio na advocacia, militando perante os tribunais superiores do País e a Justiça de 9 (nove) outros Estados da Federação, entre os quais São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais; **3)** as erronias dos juizes togados, sem especialização e condicionados à profissionalidade, são, freqüentemente, mais perniciosas do que as praticadas pelos jejunos, decidindo somente com sua consciência, ou por influências passageiras, a sorte de seu semelhante.

32. O que se faz necessário, *sim*, é uma remodelação do instituto. Sua simplificação. E, principalmente, que os Juizes de Direito, a quem cabe convocá-lo e presidi-lo, ao Tribunal do Júri, observem, como profissionais do direito, toda a disciplina jurídica que o modela, não **esquecendo**, segundo se observa com freqüência, de aplicar a lei sem vacilações e concessões.

VIII — O Código Penal

33. Com vagares, considerando que o diploma penal substantivo comum é bem o ponto culminante da desejada **reforma**, vertente da qual deverão partir as conseqüências básicas para a disciplina de todo ordenamento jurídico-penal positivo, seja **material** (leis outras especiais, complementares ou extravagantes), seja **adjetivo**, trataremos a seguir do chamado Código Penal de 1969, bastante alterado pela Lei nº 6.016/73 e ainda necessitante de revisão no fundo e na forma.

34. Considerações gerais. Sendo evidente que este trabalho é uma tentativa de crítica, *menos de hermeneuta que de um estudioso* ainda carente de explicações, em dúvida quanto aos motivos de certas perpetuações e os fundamentos deste ou daquele renovo, claro que não desceremos a uma apreciação **pari passu**, embora não seja possível fugir, aos quantos, dos momentos mais infelizes ou inovadores.

Isso explicitado, parece-nos caber, de início, a ressalva quanto ao equilíbrio, que será negativo (pela repetição de filosofia e instituições superadas), entre a Parte Geral contendo o sistema orgânico dos princípios que servem de respaldo às normas incriminadoras, e a PARTE ESPECIAL onde cristalizadas aquelas normas. Se a GERAL, na sua estrutura, reflete meca-

nismos de antigos modelos, insistindo, por exemplo, no uso dominante, senão quase exclusivo, das penas privativas de liberdade, procurando, a destempo, classificação de criminosos para abusar de tais sanções, refugindo, assim, às sugestões da nova era, a PARTE ESPECIAL, igualmente, não espelha aquela expressão político-jurídica de nossa época (com sensíveis modificações dos critérios morais e dos sistemas de valores), não surge evidenciando iniciativas descriminalizadoras ou despenalizadoras. Ao revés, cativa daqueles princípios julgados insuperados, foi com eles coerente, mantendo a rígida disciplina para o **aborto**, a equívoca e ampla **sedução**, a ridícula incriminação do **adultério**, e, ao querer inovar, foi às culminâncias de uma **inseminação artificial** precipitadamente tipificada sob as inspirações de moralistas tão ortodoxos quanto os que continuam vendo, para salvação do casamento, um crime na física infidelidade conjugal, figuras delituosas essas, neste passo, lembradas, tão-só, como exemplo, pois, aqui e ali, aquela coerência se estereotipa. Aliás, houve momento em que, desejando ser mais realista... , exumou um **incesto**, diretamente das Ordenanças de Felipe II, norma que irá dizer, além fronteira, somos, pelo que a lei memoriza, um povo que retrocedeu nos seus costumes.

Por outro lado, não há procurar-se o resultado de qualquer esforço no sentido de um sistema, mesmo relativo, dessa PARTE ESPECIAL, visando àquela sua reformulação orgânica, abrangente da posição do bem jurídico, mínimo possível, e aconselhável, da sonhada Teoria Geral da Parte Especial (Cfr. VOUN ROBERT, *Precis de Droit Penal Spécial*, págs. 5 e segs., Sirey, Paris, 1953), afora conhecidas páginas de GRISPIGNI ANTO-LISEI, ERIK WOLFF, e o recente MAURACH, em *Deutsches Strafrecht*, Bes, Teil, 3ª ed.).

Há normas **finais complementares**, nessa PARTE ESPECIAL, que bem mereciam, pela sua possível generalidade, fossem situadas com melhor sistematização, evitando interpretações equívocas. Vejam-se, por exemplo, a do art. 198, relativa a crimes contra o patrimônio; a do art. 379, § 2º, retratação em hipótese de **falso testemunho** ou **falsa perícia**; e a do art. 388, § 2º, concernente ao **favorecimento pessoal**. Em torno da primeira das normas acima indicadas, há quatro anos atrás, MAGALHÃES NORONHA escreveu algumas considerações contestando decisório judicial que entendeu indeclinável a ação penal, e de natureza pública, para a declaração formal de isenção de pena (cfr. "Crimes patrimoniais: imunidade penal e respectiva ação", *Diário de São Paulo*, ed. de 26-4-70). E por que não tentar-se a unificação daquelas **disposições gerais**, contidas em capítulos isolados, nos Títulos dos crimes contra o patrimônio, contra os costumes e contra a fé pública? Essa nomenclatura, aliás — **disposições gerais** — repete-se com bastante impropriedade, ao final do Código, para ressaltar a vigência da lei especial.

Ao propósito, o legislador de agora teria incidido no defeito técnico ocorrido com o Código de 1940, quanto à localização, piorando a emenda com a substituição do qualificativo, ali, **finais**, agora, **gerais**. Na verdade, penso que tal ressalva, em outros termos redigida, melhor ficaria num parágrafo do art. 12, estatuída nele já estando a **norma de integração**. Aquela ressalva, contida no último momento do Código, sobre a legislação especial, não passa de uma exceção mais explícita aos princípios gerais por ele cristalizados. Sobretudo, agora, com a Lei nº 6.016, que expungiu daquele art. 12 o trecho final — “Para os efeitos penais, salário mínimo é o maior mensal vigente no País, ao tempo da sentença —”, constitutivo de uma **norma de hermenêutica**, levando-a para o lugar apropriado, ou seja, o de um parágrafo do art. 44 (§ 2º), momento em que disciplinada, específica e miudamente, a pena pecuniária.

Detido, mais um pouco, em torno das **disposições gerais**, observamos que a do art. 343 (renumeração da Lei nº 6.016, de 31-12-73), mandando aplicar a regra do art. 65, § 1º (**concurso formal**), com maior benignidade ainda, vem, indubitavelmente, pôr um ponto final na controvérsia exegética, evitando a aplicação da pena mais severa pelos que rezavam na cartilha do **concurso material**, em hipótese de crime contra a **fé pública**, meio para a prática de **estelionato**. Aplaudimos a solução, que oferece deslinde a matéria tão discutida (divididos os estudiosos, no próprio campo da simples interpretação legal, em três ou quatro grupos). Entretanto, pessoalmente, guiado pela lição do inesquecido NELSON HUNGRIA (**Rev. Bras. de Crim. e Dir. Penal**, vol. 3, out.-dez. 1973 — pág. 18), preferimos ver, no caso, uma unidade jurídica. O crime de falsidade, exaurido com o **praejudicium alterius**, não passa de um estelionato qualificado pelo meio. Aceita a proposta de HUNGRIA como norma geral, isto é, sempre que o crime contra a **fé pública** for o meio empregado na prática de outro crime, este seria **qualificado**, sendo possível reduzir mais ainda (do que na hipótese de concurso formal) a pena respectiva, e, às vezes, limitando-se o arbítrio judicial, pois, fixada ela, a pena, sem as oscilações do acréscimo, que pode variar entre um sexto e a metade, aplicada a regra instituída com a Lei nº 6.016.

35. DISCIPLINA NORMATIVA DO APARENTE CONCURSO DE NORMAS — O demorar-nos em volta de tais fragmentos do “novo” Código, obriga-nos a outra **profissão de fé**. **Profissão de fé**, que hoje sentimos tanto mais necessária de explicitar quanto é certo que, em público, já perfilhamos o ponto de vista oposto (Cfr. **Crimes contra a fé pública**). É o caso: **nullum consilium quod mutari non potest** . . .

Trata-se do problema relacionado ao conflito aparente de normas. Inscrevendo-nos entre quantos estimariam ver a maté-

ria disciplinada no direito positivo, à maneira da proposição de HUNGRIA no seu Anteprojeto de 1963, temos por inconveniente a omissão.

À parte, mesmo, a polêmica travada entre aquele autorizado projetista e o professor da Faculdade Cândido Mendes, então Redator-Chefe da **Rev. Bras. de Crim. e Dir. Penal** (ver vols. 2, pág. 56, e 3, pág. 17), polêmica da qual nos pareceu sair incólume o ponto de vista sustentado pelo mestre HUNGRIA, não raro ficando, em face do simplório de certos argumentos opostos, com a impressão de que seu adversário combateu somente pelo amor ao debate, não lhe podendo increpar o só desejo de evidência, tão ao contrário de suas discretas atitudes pessoais. Mesmo sem querer repetir os argumentos ali expendidos (na publicação por último citada), que se nos afiguram irrespondíveis; ainda que esquecido da magistral explicação de OSCAR STEVENSON ("Concurso Aparente de Normas Penais", in **Estudos... em Homenagem a Nelson Hungria**, Forense, Rio, 1962, pág. 26); ou não aceitássemos, totalmente, o que escreveram LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA ("Conflito Aparente de Normas Penais", in **Rev. da Fac. de Dir. da UFMG**, outubro, 1965, Belo Horizonte — trabalho repetido, com alguns acréscimos, em **Justitia**, v. 75, págs. 7 a 35 — S. Paulo, 1971) e JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO (**Concurso Aparente de Normas Penais**, Gramacho, Salvador, Bahia, 1972); ainda assim, a vivência profissional advocatícia, a observação de estudioso, arrastam-nos, hoje, a porfiar pela inserção, no diploma legal, de normas que disciplinem a matéria.

Sem desejarmos delongas embora, mas, querendo apontar fatos que nos aconselham a essa atitude, consignamos um exemplo colhido no foro, talvez o mais importante do País, que é o da Comarca da Capital de São Paulo, onde os juizes devem ser do melhor quilate também intelectual. Pois bem, dali mesmo, saiu uma decisão de pronúncia, relativamente recente, porque de 1970, em que revelado, pelo seu prolator, absoluto desconhecimento da doutrina referente a solução do aparente conflito de normas, a ponto de pronunciar alguém como autor de tentativa de morte e de lesão corporal grave por **uma única ação** agressora, **contra uma única vítima**. Isso em São Paulo. Imaginemos o que não há ocorrido por esses brasis afora. Poderíamos citar outros episódios observados em processos criminais da nossa região, e aludir ao de S. Paulo, comarca de Santos (1972), em que o Juiz, alheio à categoria especial de facilitação de **contrabando ou descaminho** (art. 318 do Código Penal vigente) agravou a pena ao fundamento de haver sido o crime praticado com "violação de dever inerente ao cargo".

Contivesse a lei aquelas normas propostas por HUNGRIA, não serviriam elas de advertência a evitar tamanhos equívocos?

Não há quem pretenda aplicar a lei, mal a lendo e só olhando, e mal a jurisprudência catalogada, artigo por artigo do Código? Como esses — em grande número neste País imenso e de tantos desníveis culturais — irão surpreender, encontrar, nos livros da doutrina, as indicações certas para a solução da problemática, às vezes, intrincada, por sua própria essência técnico-filosófica?...

36. A PARTE GERAL do Código de 1969. Não nos sendo possível examinar, em trabalho como este, com um mínimo de profundidade, todo o contexto da PARTE GERAL, passaremos ao largo sobre matérias como a **retroatividade da lei mais benigna**, ampliado o princípio no art. 2º; o **lugar do crime** (art. 6º), com melhor redação que a do art. 4º do Código de 1940; as inovações, de caráter formal, quanto à **causalidade e relevância da omissão causal** (art. 13); conceito do **crime culposo** (art. 17, II) repetitivo de norma respectiva vigente, em que pese a redação original do Anteprojeto Hungria e do Decreto-Lei 1.004, conceito que preferíamos; o **erro de direito**, relevante como circunstância atenuante (art. 20); o **erro de fato** (art. 21), com tratamento mais rude e técnico; os **estados de necessidade e da não exigibilidade** de outra conduta (artigos 25 e 26), desdobramento cuja necessidade não nos convence pelo que a doutrina e a jurisprudência sempre entenderam como **excludente de criminalidade** sob a epígrafe do art. 20 do Código ainda vigente; a **imputabilidade**, substituindo, com a vantagem da precisão terminológica, a **responsabilidade** do Título III da Parte Geral do Decreto-Lei 2.848/40; do fim daquele **duplo binário** incongruente, que o legislador brasileiro de 1940 copiou do Código Rocco; e da **prescrição retroativa** (art. 110, § 1º) a merecer aplausos pelo que representa de atendimento à realidade brasileira, às dificuldades da execução da pena, e que já vinha sendo consagrada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, posto desvinculando-se da letra da lei.

37. Outros momentos, contudo, merecem algum relevo, como os concernentes às PENAS, à **perigosidade**, à **prescrição da reincidência**, e ao **criminoso habitual** ou **por tendência** (inovação, esta última, a respeito da qual guardamos algumas reservas).

Entretanto, porque muito já discutiram os penalistas brasileiros a respeito desses temas, a média de opiniões confluindo para **Recomendações e Conclusões** conjuntas, adotadas em conclusões de âmbito nacional, queremos crer que a transcrição, aqui, de tais manifestações formais e expressas, alcançará o destaque que tais matérias necessitam, sem nos tornarmos fastidiosos.

Haja vista, pois, as conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em São Paulo, no

ano transato, tendo como temário oficial os logo acima mencionados institutos:

1ª “O grau de periculosidade aferido obrigatoriamente pelo juiz, na sentença, consoante a legislação penal proposta, ainda que possa ser revisto no curso da execução da pena é de transcendental relevância, pois, indicará o tipo de estabelecimento penal a que o sentenciado deverá ser recolhido, ligando-se, diretamente, com a oficialização da prisão-albergue, além do **sursis** em regime de penas.

2ª Tendo em vista os dispositivos da legislação penal brasileira proposta, que estabelece a aferição da periculosidade mediante exame criminológico, deve tal exame ser feito, na medida do possível, por especialistas aptos para definir a capacidade criminológica e o grau de adaptação social do delinqüente.

3ª Deve ser mantida a aplicação da pena por tempo relativamente indeterminado, quanto ao mínimo, e somente às categorias dos criminosos habituais e por tendência.

4ª Reexame parcial do conceito de criminoso habitual, principalmente no que tange à habitualidade presumida que, na forma da legislação penal proposta, constitui uma presunção de culpabilidade.

5ª Reexame do conceito de criminoso por tendência, que deveria ser melhor explicitado.

6ª A pena deve assentar-se no requisito da culpa, de sorte que, ao ser aplicada, surge como retribuição ética da conduta. No curso da execução, porém, deve ser acrescido um sentido de readaptação.

7ª Urgência de uma reforma no sistema de penas. Que se fortaleça a luta que se vem empenhando, no sentido de que a pena de prisão se restrinja a delinqüentes que representam um perigo social, ou aos casos de comprovada necessidade, encontrando-se para os outros tipos de infratores, substitutivos penais satisfatórios.

8ª Nos casos de infrações passíveis de penas leves, e, ademais, sendo o agente primário, sem periculosidade e tiver reparado o dano, é de conveniência possa o juiz encerrar o processo após a instrução, reconhecendo a perempção.

9ª Independentemente da vigência do novo Código Penal, adoção em todos os Estados do Brasil do regi-

me de "prisão-albergue", quer através de lei estadual, quer através de **provimentos** dos órgãos competentes das magistraturas estaduais, pois, a concessão do trabalho externo em obras públicas ou entidades privadas, nada mais é do que a execução da pena através de laborterapia.

10ª Na parte geral da legislação repressiva proposta devem figurar dispositivos regulamentando a possibilidade de perdão judicial, considerando-o causa de extinção da punibilidade, subordinado a determinadas condições subjetivas e objetivas.

11ª A legislação penal proposta deverá admitir, como já o faz o vigente Código Penal Militar, a renovação do **sursis** quando a infração anterior não revelar má índole do agente. Ficaria assim redigido um dispositivo:

"A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa por dois a seis anos, se o condenado não tiver sofrido condenação anterior por infração penal reveladora de má índole, for de escassa ou nenhuma periculosidade e tiver demonstrado o sincero desejo de reparar o dano."

12ª Aquele que comete novo crime 5 anos após a extinção do cumprimento da pena por crime anterior tem direito a postular o **sursis**, graças à prescrição da reincidência em todos os seus efeitos.

13ª Necessidade de um Código de Execuções Penais dirigindo e orientando toda a política penitenciária do País, objetivando-se que não fiquem à mercê de deficiências da administração, aqueles que estão privados de liberdade (reservado, aos Estados, o direito de elaborar normas supletivas).

14ª Reformulação do sistema de execução das penas, modernizando o ultrapassado regime penitenciário brasileiro, com fundamento na realidade do País e nas necessidades de momento, atinando-se para os novos conceitos de execução penal no mundo moderno.

15ª A execução da pena deve ser feita sob um sistema interacionista, dinâmico e que garanta maiores poderes ao juiz na individualização concreta da pena, com efetiva fiscalização jurisdicional e que proteja todos os direitos da pessoa humana não atingidos pela sanção.

16ª A duração da pena pode ser reduzida na fase de execução por força da prevenção especial, corrigindo-se os erros de valorização do grau de desadaptação do condenado, não ficando o juízo da execução adstrito ao grau mínimo.

17ª No atual momento histórico brasileiro, devem ser eliminadas as expressões "reclusão", "detenção" e "prisão simples", substituídas pela expressão "prisão".

18ª É conveniente a substituição das expressões "velho", "enfermiço" ou "enfermo" e "criança" contidas na legislação penal proposta, pela fórmula genérica: crime cometido contra quem tenha sua capacidade de defesa de qualquer forma reduzida.

19ª O traficante de entorpecentes deve ser punido com maior severidade, levando-se em conta a nocividade da droga e a extensão do tráfico."

Enquanto assim se pronunciaram penalistas de todo o Brasil, alguns outros, na Capital de Goiás, em 1973, assinavam a "Carta de Goiânia", da qual extraímos os seguintes trechos:

"1. O Direito Penal moderno, como ciência dogmática e normativa, deve visar à defesa da Sociedade e à recuperação do delinqüente, de forma tal que a pena, em qualquer dos seus aspectos, contribua para o bem-estar social e para a adequação do delinqüente aos padrões superiores da civilização hodierna, prevenindo a Criminalidade.

2. As conquistas da Criminologia, como ciência não somente causal explicativa mas também valorativa, devem ser aproveitadas na elaboração das leis penais e no tratamento do delinqüente.

4. O quadro histórico atual do Direito Penal e da Criminologia torna imprescindível a substituição do sistema vigente de penas para permitir que o condenado, através das normas de conduta, a serem fixadas, se adapte aos valores sociais, participando ativamente do processo de sua recuperação.

5. O tratamento penal do condenado deve importar no respeito integral à dignidade humana de forma a restaurar-lhe a estima social e utilização do seu valor na realização do processo da sociedade.

6. Dada a insuficiência da pena privativa de liberdade para a ressocialização do delinqüente recomenda-se:

a) limitação do uso da pena de prisão exclusivamente para os sentenciados realmente perigosos;

b) adoção para os condenados de escassa ou nenhuma periculosidade, do regime de prisão aberta e prisão-albergue;

c) a introdução de medidas humanísticas conducentes à reintegração social do condenado como: ampliação do perdão judicial, do **sursis** e do livramento condicional, além de outras medidas substitutivas da pena de prisão;

d) maior amplitude da pena de multa, como a sanção que se tem revelado mais proveitosa na repressão dos delitos e recuperação dos delinqüentes;

e) substituição, nos delitos do trânsito, da interdição do direito de dirigir veículos moto-mecanizados pela medida de segurança de cassação de licença para direção de tais veículos (como aliás já estabelece o artigo 92 do C. Penal a vigor em 1974).

7. Como vários institutos no Código Penal e no mais recente Anteprojeto de Código de Processo Penal, a exemplo do criminoso habitual e do criminoso por tendência, são interdependentes, recomenda-se a simultaneidade da vigência dos dois diplomas legais." (Esta "Carta" levou as assinaturas de Salgado Martins, Benjamim Moraes, Everardo Luna, Raul Chaves, Alcides Munhoz Neto, Manoel Pedro Pimentel, Odím Americano, Luiz Vicente Cernicchiaro, Juçara Leal, Virgílio Donnici e Licínio Leal Barbosa).

38. Pelo contido nas conclusões supra transcritas é tranqüilo o consenso dos entendidos sobre a necessidade de uma revisão substancial em trechos, da maior repercussão, da Parte Geral do Código de 1969, notadamente no que diz respeito às penas, sua aplicação, sua forma de execução e os estabelecimentos penais necessários, bem como a moderação com que devem ser cominadas as privativas de liberdade. Em torno dessa matéria e para confirmação do pensamento mais autorizado dos doutos, há páginas preciosas de MANOEL PEDRO PIMENTEL (Conferência no Instituto Brasileiro dos Advogados, Rio, 1974), de EVERARDO LUNA (*Justitia*, v. 90, pág. 23/1975), de EVANDRO LINS (falando pela Sociedade Brasileira de Criminologia e em entrevista pessoal a *O Globo*, ed. de 22-7-1976), e de RENÉ ARIEL DOTTI (*Pesquisas Sobre a Reforma Penal*, Curitiba, 1973).

39. A PARTE ESPECIAL do Código de 1969. Ela não alterou, na sua estrutura, o que do diploma vigente, conservando os

mesmos Títulos, sob idênticas denominações, apenas surgindo, entre eles, alguns capítulos novos, e o Título autônomo para os crimes contra a propriedade imaterial, apartado do contra o patrimônio, sem qualquer razão aparente ou técnica, solução diversa da que o legislador adotara no Título I, onde abarcou espécies multifárias, inclusive a do **genocídio**.

Supresso o capítulo "Da Rixa". ficando o modelo típico desse crime no elenco dos "contra a incolumidade individual", opção que não merece censura, pois, o relevo já não será necessário, como ao tempo do Código de 1940, em que a figura surgia autônoma (e em boa hora) pela vez primeira. Correta, ainda, afigura-se-nos a ressalva expressa na hipótese de **rixa complexa**, em que a pena pela morte ou lesão grave será aplicada cumulativamente contra o autor da lesão maior ou letal, se identificado ele. Lamentável, apenas, que o legislador não aproveitasse a oportunidade para uma definição do instituto da rixa, diante da controvérsia existente entre os que admitem a tentativa (NELSON HUNGRIA, utilizando argumentos e exemplos alheios, que não convencem) e os que, com melhores argumentos — consoante nossa opinião — negam sua possibilidade ou relevância jurídico-penal por ser crime unissubsistente, que surge **improvisa certatio**, sem prévio concerto. A estruturação conceitual na lei (o que ela continua fazendo, até, em relação ao **furto**) evitaria dúvidas e confusões, surgidas em decorrência do alheamento à **subtaneidade** e da não atenção para que os seus participantes, mais de dois, que se atrimam, ou se agridem, mutuamente, cada qual por si... Deus por todos. Defendendo esse ponto de vista, já em 1957, escrevíamos desejando contestar a estranha doutrina de MASI, perfilhada por HUNGRIA (Cfr. "Notas sobre o crime de rixa", in **Forum**, v. XXIX, pág. 8, Bahia, 1957).

40. O crime de contágio venéreo. Supressas as figuras típicas dos crimes de contágio venéreo e de moléstia grave, não tendo ocorrido, propriamente, uma descriminalização, porque compreendidas pela norma do art. 134, uma espécie de regra geral contra a exposição da vida ou da saúde a perigo. Concordando com esse entendimento, que foi inserido na Exposição de Motivos (nº 45) assinada pelo Ministro GAMA E SILVA, rejeitamos, **permissa venia**, as explicações com base no progresso da medicina e na ausência de repercussão forense.

Quanto à primeira, do que se sabe hoje, o que está divulgado a toda hora, é a incidência maior das doenças venéreas, ao tempo em que, a par com uma certa imunização (resistência aos antibióticos), que adquiriram aqueles germes todos, o processo anticoncepcional do anovulatório (pílula), mais difundido, não se casa, como aqueles outros (do **condom**, por excelência), para a prevenção do contágio. E acresce a **liberdade sexual**... de gente incauta, jovem, sem memória (ao menos oral) do terrível

espectro dos males venéreos, preocupada apenas em não conceber. para não ser obrigada a abortar. . .

No que diz com a repercussão forense, o argumento chega a ser gracioso, saindo de quem sustenta a necessidade de continuar como ilicitude penal o adultério, e persiste, tão severo, ao incriminar o aborto e punir a gestante que abortou.

41. Crimes contra a vida. Passando a refletir sobre particularidades, guiado pela ordem estabelecida na Parte Especial, começando com o relativo à proteção à vida, Título I, para seguir até as alterações inovadoras inseridas entre os crimes contra a administração da Justiça (último Capítulo do Título XI), cuidaremos, embora a largos trechos, indicar o que merece maior atenção. E é claro que não esgotaremos o assunto, nem diremos a última palavra sobre a matéria. Mal poderemos sublinhar alguns momentos felizes ou assinalar — como talvez repetisse LUCHINI — os espinhos das flores a serem colhidas. . .

Servindo-nos, tantas vezes, de trabalhos semelhantes, realizados por mestres, evitaremos insistir no que melhor dito, limitando-nos, então, a indicar as fontes, trabalhos esparsos que mereciam reunião, ou coletânea, para as consultas necessárias à revisão pretendida. Ao propósito, vale lamentar que as Comissões Revisoras e os encarregados ministeriais de leituras últimas, não divulgassem os seus trabalhos, os seus **votos**, suas opiniões, trazendo a público atas, sugestões, pareceres. Repetiu-se o que ocorrera com o Código de 1940, cuja Comissão Revisora do Anteprojeto Alcântara, tão altamente integrada, deixou apenas para o relato memorial, a jeito de reminiscências, o que nela se discutiu. Se alguns depoimentos ficaram, bem sucintos e parciais, são insuficientes ao melhor entendimento da matéria. Perdeu o hermeneuta, que poderia encontrar valiosos subsídios nos registros das discussões travadas no momento da revisão.

Relativamente aos crimes contra a vida, observamos, inicialmente, que o legislador de 1969 (e o de 1973 — Lei nº 6.016) deixou passar a oportunidade para extremar, em disposição autônoma, o chamado **homicídio privilegiado**, ou seja, a hipótese de crime contra a vida, para a qual se prevê acentuada diminuição da pena. Seria melhor a autonomia dessa figura, até para evitar-se dúvidas quanto à aplicação da **minorativa**, em hipóteses de homicídio qualificado. Se, em alguns casos, quando o que qualificou foi o motivo — fútil, torpe — ou o **fim**, é de fácil evidência **contradictio in adjecta**. Mas, se se trata de qualificação pelo **modo** ou **meio** de execução, surge a dúvida e esta vai espalhando pelos tribunais, alguns arestos repelindo a diminuição da pena, outros a aceitando dentro na tese de aplicação analógica **in bonam partem intra legem**. Há mais argumentos em favor da autonomia. Mas, podem ser vistos em

várias páginas de autores respeitados, como, por exemplo, OLAVO OLIVEIRA, que, no seu bastante divulgado **Delito de Matar** (Imprensa Universitária do Ceará, 1959, págs. 164 e segts.), sugere essa solução, lembrando o conflito jurisprudencial e sustentando sua forma autônoma. Ela evitaria várias discussões. Sobre o **direito à minorativa** (em contraposição à **faculdade** da concessão pelo Juiz) e sobre questões relacionadas com a prescrição da pena **in abstrato**. Impediria aquelas decisões díspares, que torna iníquo o tratamento diverso para hipóteses idênticas.

Ainda quanto a esse **homicídio privilegiado** (impropriedade terminológica consagrada no foro, e que o próprio HUNGRIA respeitou), há que atentar-se para a lição de CUSTÓDIO DA SILVEIRA, propondo a exclusão da exigência de uma reação imediata ou simultânea à provocação da vítima. Convincte a argumentação que esse publicista paulistano desenvolveu na sua conferência relativa ao Anteprojeto Hungria, pode ser lida na publicação do Instituto Latino-Americano de Criminologia **Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro** (Imprensa Oficial, S. Paulo, 1965, pág. 258). Ressalvamos, porém, que preferindo aceitasse o legislador aquela emenda supressiva, excludente da condição de imediatidade ou simultaneidade da reação, que evitaria perplexidade quanto ao tempo do intervalo entre a provocação e a reação, impedido não nos reconhecemos para advogar tese segundo a qual o **logo em seguida** não impede hermenêutica menos liberal, pois, a lei, realmente, não "pode ser tão malvada que diga ao indivíduo: mata rápido ou não te benefício; não suporta!" (RICARDO NUNEZ, *apud* Custódio da Silveira, *ob. cit.*, pág. 253). Algum intervalo, possível de ocorrer pelo tempo, que passa o agredido, da surpresa para a emoção violenta, **processus** de formação do estado psíquico facilmente compreensível, há que ser tolerado. O **sine intervallo** não deve ser absoluto. O **incontinenti** pode ser entendido à maneira do **logo após**, do flagrante presumido (CPP, art. 302, III), equiparada essa última locução da lei adjetiva nacional à dos franceses — **temps voisin** —, ou às dos italianos: **tempo prossimo**, **immediatamente dopo**, e **poco prima** (ver EDUARDO ESPINOLA, **Código de Processo...**, v. III, 2ª ed. FD 1945, pág. 343). A mora na reação nem sempre indica o ódio guardado, o rancor concentrado, a vingança tardia. Só porque houve algum intervalo, que não comportava uma concentração de ódio, nem implicava num disfarce da emoção, não se deve excluir a minorativa. Também rejeitamos aquela expressão **vingança**, para caracterizar a reação emocional, ainda que imediata. É vocábulo com bastante sentido pejorativo ao menos avisado parecendo referto da premeditação, que desmente o **impetus**. Vingança, não será propriamente aquela resposta ao estímulo da agressão. Precoce, contemporânea, ou tardia, se se trata de

vingança, algo reflexiva, não se deve confundir com o impulso psico-físico-reativo que surge no auge da emoção.

Referindo-nos ao **homicídio qualificado**, vê-se, no Código "novo", acréscimos não reclamados pelos intérpretes e aplicadores do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940.

Ora é o da **cupidez**, insita no homicídio mercenário, praticado mediante paga ou promessa de pagamento.

Por igual, exacerbado o casuísmo do **homicídio qualificado**, o último legislador penal aduziu aquele motivo libidinoso (excitar ou saciar desejos sexuais), que, se consciente, já é **torpe**, abjeto, indecoroso, imoral; parecendo, entretanto, no mais das vezes, impulso mórbido ou patológico. excludente de imputabilidade.

Enfim, como surpresa, a própria **surpresa**, inumada no mesmo jazigo do Código de 1890, porque o de 1940 a entendeu compreendida na fórmula ampla (mais técnica) de "outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido". Ressuscitada, surpreendentemente, difícil será enxergá-la senão como exagero, gastando sua atenção, o legislador, com uma insignificância.

Ao burilar o **homicídio culposo**, por alguns dito **qualificado** (art. 120, § 4º), terá sido feliz o legislador retirando o que vem no § 4º do art. 121 do Código vigente, após o "deixar de prestar socorro imediato à vítima". Redundante, o que se segue — "não procura diminuir as conseqüências do seu ato" — é inadequado mencionar a fuga para evitar prisão em flagrante. Se a fuga impede socorro imediato, na omissão deste já está prevista. Fora daí é punir uma fuga, pela fuga, desconhecendo o sacrossanto e universal direito a ela. Subtrair-se à ação da autoridade repressora é atitude tão reconhecidamente humana que nenhum sistema jurídico a qualifica como ilicitude. Assim, mesmo supresso aquele jocoso art. 291 da redação primeira do Código novo (que teria inspirado o corte no § 4º do art. 120), o legislador de 1973 manteve a redação original desse § 4º, como estava no Decreto-Lei nº 1.004. (*)

(*) N.R.: — A Lei nº 6.016/73 suprime o art. 291 e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 1.004/69:

Fuga do local do acidente, com abandono da vítima.

Art. 291 — Causar, na direção de veículo motorizado, ainda que sem culpa, acidente de trânsito, de que resulte dano pessoal, e, em seguida, afastar-se do local, sem prestar socorro à vítima que dele necessite:

Pena — detenção, de seis meses a um ano, sem prejuízo das cominadas nos §§ 3.º e 4.º do art. 121 e no art. 133.

Isenção de prisão em flagrante.

Parágrafo único — Se o agente se abstém de fugir e, na medida que as circunstâncias o permitam, presta, ou providencia para que seja prestado socorro à vítima, fica isento de prisão em flagrante.

Poderia o legislador, refletindo medida de política criminal protetora da vítima, somar a seu favor, explicitando o inverso, com a promessa de uma **causa especial de diminuição (minus** mais sensível do que a circunstância atenuante do art. 58, III, letra **b)** para o agente que prestasse imediato socorro à vítima. Estaria coerente com aquela idéia, absoluta e primordial, de que a lei não se preocupa em punir o criminoso, mas em proteger o cidadão. É o que sempre vemos naquela **coação psicológica**, que tanto previne, exercida pela lei, somente com sua institucionalização (FEUERBACH).

No texto original desse Código de 1969, promulgado pelo Decreto-Lei nº 1.004, há um § 5º do art. 121 (este, agora, renumerado em 120). Projetando alterações, o Poder Executivo encaminhou, em setembro de 1973, ao Congresso Nacional, Mensagem, propondo a supressão daquele § 5º, como um corolário da retificação, também proposta, para os dispositivos disciplinadores do concurso formal (Cfr. Exposição de Motivos, nº 10). Aceita foi a proposição, quanto às alterações dos arts. 65, 66 e 67, e supresso o § 2º do art. 133 (renumerado como 132); bem assim modificada a redação do art. 347, renumerado para 343. É o que se vê da Lei 6.016, de 31-12-1973, publicada no **DO** daquela data e republicada no de 6 de janeiro seguinte. Dela, dessa Lei nº 6.016, não se vê, entretanto, que supresso haja sido o mencionado § 5º do art. 121. Ao contrário, pela omissão dessa mesma Lei nº 6.016, que indicou expressamente supressões muitas, há que entender-se mantido aquele § 5º. Pouco importa ele contradiga o princípio geral, estabelecido no § 1º do art. 65. Será uma exceção, como norma especial, se não corrigida a anomalia antes da vigência da lei. (**)

Encômios merecerá também o legislador pelo trato que deu à "Provocação direta ou auxílio ao suicídio", conservando a condição objetiva de punibilidade. Não nos rendemos aos

(**) N.R.: — Decreto-Lei n.º 1.004/69, alterado pela Lei n.º 6.016/73:

"Art. 120 —

Multiplicidade de vítimas

§ 5.º — Se, em consequência de uma só ação ou omissão culposa, ocorre morte de mais de uma pessoa ou também lesões corporais em outras pessoas, a pena é aumentada de um sexto até metade."

"Art. 65 —

§ 1.º — Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes a que se cominam penas privativas de liberdade, impõe-se-lhe a mais grave, ou, se da mesma espécie, somente uma delas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto até a metade. Se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, as penas privativas de liberdade aplicam-se cumulativamente."

argumentos em contrário, pois, se o agente "já teria revelado toda sua insidia, toda sua pérfida periculosidade", ao induzir, instigar ou auxiliar o suicídio frustrado, ou reduzido a uma lesão leve, o caso seria para equipará-lo ao do **crime impossível** e à regra geral do art. 27 do Código vigente, ambos os dois princípios repelindo o critério subjetivo absoluto para a punição, admitida, tão-só, a medida de segurança em face da perigosidade revelada.

Entretanto, não nos afeiçoamos à alteração redacional (**instigar** antes de **induzir**), nem ao **nomen juris**, diverso, que teria sido necessário para distinguir a nova figura, "provocação indireta ao suicídio", colocando-nos, no particular desse acréscimo incriminador, em posição contrária aos que elogiaram a cópia do Código búlgaro (art. 138). A margem mesmo das considerações de CUSTÓDIO DA SILVEIRA (ob. cit., págs. 256-277), levando em conta o descompasso entre a pena para a **provocação indireta ao suicídio** e a imposta pelos **maus traços** de que resulta a morte, fincamos pés no chão, preocupados com o perigo a que expostos os casais desajustados, cujas intimidades, para começo de prova ou prova plena, seriam testemunhadas por domésticos e vizinhos... O Brasil não se esgota com o Rio, S. Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife ou Salvador. Mais do que isso e menos, pela uniformidade cultural, do que a República constituída pelas antigas Trácia e Mésia, com civilização estimulada pelos romanos desde que Augusto a conquistara. Na verdade, é, ainda, em muitas paragens, um país de "comadres" maledicentes, "fofoqueiras", que metem sua colher... à-toa.

Penetrando, por diante, em terreno prenhe de espinhos e armadilhas, repetimos declaração formal adversa à rigidez para a punição do aborto. A lei brasileira permaneceu alheia à realidade, numa época em que 120 líderes, religiosos, filósofos, sociólogos, cientistas, escritores, assinam o Manifesto Humanista II contra a massificação do indivíduo, chegando a advogar o direito ao divórcio, ao controle da natalidade, ao aborto. SKINNER, psicólogo de Harvard, SIDNEY HOOK, professor emérito de Filosofia da Universidade de Nova Iorque, o Rabi MORDECAZ KAPLAN, FRANCIS CRICK, co-descobridor britânico da estrutura da molécula do DNA, ANDREN SAKHAROV, físico soviético dissidente, puseram seus autógrafos naquele Manifesto de 4 mil palavras.

O legislador desconheceu o número astronômico dos casos de aborto sem repercussão forense (é o caso...), mantendo-se religiosamente incorruptível. Não se preocupou em investigar as razões e motivos para a quantiosa incidência e seu desconhecimento formal, como se um fato deixasse de existir só porque se deixa ignorado. Há meses os jornais de Pernambuco

noticiaram que, pela 1ª vez, desde 1942, o Tribunal do Júri do Recife iria julgar um caso de aborto. Chegamos a sentir inveja da eficiente Justiça da Mauricéia, não podendo prever quando haverá estréia em Salvador... Malgrado isso, calculamos que só numa das ruas da nossa quadriavoenga cidade (por coincidência rua Padre Vieira...) onde se aglutinam vários "consultórios", praticam, em média, nunca menos de três abortos criminosos a cada sol...

A imprensa baiana (*Tribuna da Bahia*, Salvador, 29 de abril, 1974) publicou declarações de médicos da Maternidade Tsyla Balbino, segundo as quais, naquele estabelecimento, em 1972, foram atendidas cerca de 4.200 mulheres que teriam abortado criminosamente. Esse número diz respeito ao percentual de 80%, que calcularam, dos 5.220 casos de aborto a que atenderam. Imagine-se, então, que em uma só maternidade desta capital, com 1.100.000 habitantes, aparecem, num ano, em média, quase 12 abortos criminosos por dia.

E não há deslembrar a denúncia, de há dois anos, constante do documento editado pelos 81 professores de Medicina, afirmando que são praticados, no Brasil, quase um milhão e meio de abortos, anualmente (*Jornal do Brasil*, ed. 29-2-1972).

Por que, então, não se procurar solução mais condizente com essa realidade, como as adotadas por lei inglesa de 1968 e a de abril de 1970 do Estado de Nova Iorque?

A lei búlgara serviu de exemplo para a instigação indireta do suicídio. Por que não a respeito do aborto? E as da Hungria, do Havai, do Alaska, lembrando as mais recentes, sem olvidar as da Suécia, Islândia, Dinamarca, Finlândia, Noruega, URSS? A do Japão, recentíssima, preferiu liberar o aborto em clínicas oficiais, para o controle da natalidade, do que permitir a importação de produtos anticoncepcionais de fabricação estrangeira.

Destarte, não passa de uma esmola a novidade do "aborto por motivo de honra", fazendo parelha com o "terapêutico" (art. 129), esmola bem sumítica diante da eliminação do descrímene para o aborto sentimental ou da estuprada, descrímene que até devia ser ampliado para alcançar abortos em hipóteses de concepção resultante de outras ações criminosas contra os costumes.

Enfim, só percebemos em o novo "aborto por motivo de honra" uma concessão, nos moldes das que equiparam a concubina à esposa, a fim de prorrogar a solução do divórcio. Concessão mesquinha, incolor, que nem sequer admitiu um **perdão judicial**, para a gestante, e a substituição da pena privativa de liberdade pela de multa, para quem o provoca; medida, aliás, aquela, do **perdão judicial**, que julgamos devia es-

tar prevista para todos os demais casos de aborto criminal consentido.

42. Passando do dramático ao lírico, olhamos para o **genocídio**, a passos largos.

Momento expressivo da utopia, o da normatização de crimes contra a humanidade, será ridículo incorporar-se suas normas na legislação ordinária nacional. O egoísmo das nações, que ainda por muito tempo imporá as separações, inclusive raciais e étnicas, colocando os povos e os grupos uns contra os outros, não permitirá, jamais, que um país menos poderoso militarmente tome qualquer iniciativa a fim de punir quem, originário de outro estado preparado atomicamente para a guerra, haja porventura tentado destruir um grupo nacional, étnico ou religioso.

Mas não nos queremos perder em digressões puramente literárias uma vez que a Convenção de 1948 não passa de um poema — belo poema, embora — do qual defluíram as estrofes românticas da legislação nacional. Tentando apenas considerar o aspecto técnico, fiquem duas indagações: — Será o genocídio um crime contra a pessoa, a ser incluído, no Código, sob esse título? De qualquer forma, categoria de crime contra a pessoa, ou não, **letra morta**, que tem sido, e continuará, não ficaria mais discreto na legislação esparsa (já que tanta lei especial e extravagante flutua por aí), evitando disputar, com o aborto, o adultério e alguns mais, o prêmio pela desmoralização da principal lei repressora da criminalidade?

43. Os crimes contra a honra de pessoa jurídica. Tendo em vista a **sedes materiae**, não nos convencemos quanto à “ofensa à pessoa jurídica”, e seu aumento especial de pena (art. 147 e seu parágrafo). A primeira, na essência, admissível se se referisse à pessoa jurídica de direito privado (a empresa), parece deveria ficar entre os crimes contra a propriedade imaterial. O aumento de pena, inteiramente razoável se admitida a inovação, mas, na lei de imprensa, já que ali temos os **crimes de imprensa**.

44. Publicidade opressiva — Coação indireta... (art. 386). Com o mesmo sentido, opomos embargos à inclusão, no Código, da **coação indireta, nomen juris** na Lei 6.016. Tipo aberto, aliás, já **anormal** “com o fim de exercer pressão”, tudo indica será outra **letra morta**. Que fique no vale comum da legislação especial... Prejudicará menos o ordenamento jurídico penal, cujo diploma mais visível, mais importante, é o Código.

45. Violação de intimidade. Quanto à “violação de intimidade” (art. 161) não poderá ser, nem será punida sem a divulgação, que constitui, por sem dúvida, o grande mal. Deve o Código despear-se dessa ligação, e ela, a fórmula, liberar-se

do § 1º, que deve ser elemento do crime. Indo tudo para o agasalho da lei disciplinadora dos meios de comunicação, persistindo sua autonomia.

Mantida sob a égide da Lei nº 6.016, melhor alojada estaria, se de parede-meia com a "violação de domicílio", na Seção II do Cap. VI dos crimes contra a liberdade.

Se a norma pretende proteger a intimidade da vida privada, agora ameaçada de revelação pública — graças à tecnologia de hoje, com suas teleobjetivas e instrumentos outros — essa **vida privada**, cuja devassa se quer impedir, é a que se desenrola no domicílio. Mas não configura, propriamente, um **segredo**, fato sobre que se guarda rigoroso silêncio, não o comunicando a terceira pessoa.

Observamos, também, ser fácil compreender que pronunciamos palavras (frases, declarações, confissões) na intimidade, muitas das quais improferíveis em público. Mas difícil será atinar com o que seja **discurso** para auditórios íntimos, sem público. Assim, naquela cauda dos discursos que não foram pronunciados publicamente, o legislador tornou a lei jocosa, lembrando certa página de GUIMARÃES ROSA. ("Os Chapéus Transeuntes" — novela em torno da Soberba — da publicação **Os Sete Pecados Capitais**, ed. Civilização Brasileira, Rio, 1964).

46. Crimes contra o patrimônio. Entre os crimes contra o patrimônio há muito o que sublinhar entre as inovações benéficas. O trabalho de crítica ao Anteprojeto Hungria, realizado por MAGALHÃES NORONHA, produziu bons resultados (Cfr. a citada publicação do ILAC, **Ciclo de Conferências..** págs. 57 a 78). O respeitável professor da Universidade Mackenzie, festejado publicista como autor de obras valiosas sobre a especialidade, foi, quase sempre, bem lido e considerado. Mas os revisores do anteprojeto não aceitaram algumas de suas proposições, como a do acréscimo — "no estado em que se encontrava" — à redação do art. 165, oportuno adinículo, necessário à conceituação plena do **furto de uso**, consoante lições de vários mestres, entre estes a de MANZINI (**Treatato...**, Nuova edizione, Torinese, Torino, 1952, v. 9, pág. 325) lembrada por NORONHA. Há que insistir-se. A restituição imediata se completa estando a coisa no estado em que se encontrava antes do **uso indevido**. Sem esse elemento, a simples restituição não desfigura sensível lesão, desfalque, ao patrimônio, caracterizado o furto comum pelo locupletamento irressarcível imediatamente.

Há que ver-se, de volta, o **abgeato**, ainda que redação restritiva, excluídos ficando os eqüinos, uma vez que, se **deixados**, também, em campos ou retiros, os **cavalos** não são considerados como "reses" pelos léxicos, nem o são, também, na linguagem corrente. Noutra passo, o **privilégio**, no furto da coisa comum, só foi estendido à apropriação indébita da coisa comum,

não atendendo o legislador à sugestão de NORONHA, que o quer para todos os crimes patrimoniais que o comportem.

A propósito, a **atenuação** dos §§ 1º e 2º do art. 164, entendida extensível a hipóteses de **furto qualificado** por IVO DE AQUINO nos trechos do seu Código Penal Militar (art. 240, § 7º), assim como acolhida a tese em alguns tribunais no que diz respeito ao Código vigente (§§ 1º e 2º do art. 156), bem que seria mais adequado, evitando-se a disparidade dos decisórios, a transposição desses §§ 1º e 2º de modo a abranger o **furto simples** e o **furto qualificado**, modificadas as remissões existentes nos arts. 182, no § 3º do art. 183, e no § 3º do art. 187.

Há que ver-se, ainda, a **chantagem** (art. 170), inovação bem vinda, a despeito de certa disparidade entre a sua sanção e a da **extorsão indireta**; e a **usura** (art. 194). Quanto a essa última figura, o legislador terá atendido a certos reclamos, atualizando e fixando normas revogadas pelos costumes (Cfr. **Rev. Jurisp.**, vs. 36 e 47, págs. 46 e 558, respectivamente). E não querendo parecer usurário, lembramos a leitura do trabalho de FRANCISCO LACERDA DE ALMEIDA — “A Usura no Novo Código Penal”, in **Justitia**, Anais do I Cong. do M.P. do Estado de São Paulo, v. I, 1971 —, com advertências que valem ser conhecidas e ponderadas. Sugerindo, por outro lado, um confronto entre esse fragmento do “novo” Código (art. 194) e a chamada Lei de Mercados de Capitais, que se nos apresenta como uma **prejudicial** àquele, tornando ociosa a figura, no Código, do crime de usura.

47. Fraude em jogo desportivo e competição. Admitindo, embora, a proteção penal contra o **doping** no desporto, procurando resguardar a pessoa humana, rejeitamos na amplitude que lhe deu o Código, agasalhando-a como tipo de fraude em competições de animais, esporte de privilegiados, vivendo mais às custas da bolsa de incautos profetários, como é a **corrida de cavalos** (a principal ou única competição que estará sendo protegida), não merece tanta proteção legal.

Aceitamos, pois, e tão-só, a incriminação em hipótese de **doping** da pessoa humana. Mas para ser punido entre as ilicitudes contra a saúde pública, como variação da tipificada no art. 311, independente da obtenção de vantagem econômica, e com um **plus** na pena.

48. Cheque sem fundo e crimes contra a fé pública. Procurando destacar o assunto, a problemática do **cheque sem fundo** (art. 183, VI), cujo trato foi substancialmente modificado através da Lei nº 6.016, desde a denominação até a supressão da figura distinta (protetora do instituto do cheque em si mesmo) que ficara estampada no art. 335 do Decreto-Lei nº 1.004, afirmamos não convence o argumento da Exposição de Motivos, que acompanhou a mensagem de 1973, propondo as alterações.

Constituindo-se a matéria, já hoje, um verdadeiro “cabo de tormenta” no direito positivo brasileiro, asseveramos, simplesmente, que, salvo a modificação proposta por MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 70), para a redação daquele inciso VI — “... emite cheque, não pago pelo sacado, por insuficiente provisão de fundos ou por haver frustrado o pagamento” — redação que será a melhor, adotando seus fundamentos, salvo isso, não arredamos o pé do escrito em “Crimes contra a fé pública” (supracitada publicação do ILAC, **Ciclo de Conferências** . . . , págs. 89 e segts.). A propósito, reeditamos tudo quanto ali ficou gravado, relativamente, aos “crimes contra a fé pública”, aceitando o que, do Anteprojeto Hungria, conservado no Código “novo”; e fazendo restrições ao que não considerou o ali sugerido, uma vez que mantemos aqueles pontos de vista, entre eles, o da necessidade da criação de uma forma culposa para o **reconhecimento, como verdadeiro, de firma ou letra que o não seja** (art. 324).

49. Destacamos, também, a figura do art. 190, “Títulos irregulares”, como outro momento de desacerto do legislador de 1969. Mas, para convidar os estudiosos a lerem o trabalho de HEITOR GOMES DE PAIVA (“Código Penal de 1969 e as figuras penais de Direito Comercial”, in **Rev. Jurld.**, v. 81, Porto Alegre, 1973. págs. 9 a 35). O que ali escrito, demonstrando, até, ser uma norma impossível, já justifica plenamente a necessidade da revisão, ao menos, de tal passagem do “novo” Código.

50. Querendo evitar um prolongamento ultra-exagerado para essas considerações, igualmente apenas lembramos, sobre os crimes contra a propriedade industrial, a excelente exposição de CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FRÓES, publicada na **Rev. de Informação Legislativa**, do Senado Federal (nº 27, págs. 183 a 198), em cuja conclusão ele salienta a flagrante e clamorosa desarmonia entre o Decreto-Lei nº 1.004, Código Penal, e a lei sobre a propriedade industrial, apesar de ser, a segunda, da mesma data, 21 de outubro de 1969...

51. **Crimes contra os costumes.** Entre os crimes contra os costumes, encontra-se o verbo **presenciar** na figura do **atentado violento ao pudor** (art. 239), suprimindo uma lacuna do Código de 1940, que deixava impune o agente que constrangia o menor de 14 anos a **presenciar** ato libidinoso diverso da conjunção carnal. O argumento de NÉLSON HUNGRIA, de ser desnecessária tal proteção, ao menor de 14 anos, em virtude de sua inocência, parece jamais convenceu alguém.

A substituição do vocábulo **atentado** (art. 216 do CP 1940) pela **ofensa** (art. 241), bem como a redução da pena máxima para essa forma de fraude sexual parecem oportunas. Não, a modificação do nome do Capítulo — Crimes contra a **disponibilidade sexual** —, quando era “. . . contra a **liberdade sexual**”.

Lemos nos mesmos livros da vida, lidos pelos que pensam superada a necessidade de um crime de sedução, como o que tipificado no art. 242, repetindo o 217 do Código de 1940. **Nem tanto ao mar...** A **permissividade** dos novos tempos não enseja acreditemos em inexperiência a ser protegida até os 18 anos. E o próprio legislador, ao incriminar o **rapto** consensual, reconheceu a voluntariedade invencível da jovem, reduzindo para 18 anos sua proteção, nesse caso, a despeito da norma visar principalmente o reforço da autoridade dos a quem cabe a guarda dos menores. Mas, estamos num Brasil de muitos **interiores**, sendo flagrante os desníveis culturais e a diversificação dos condicionamentos étnicos. Por isso, reformularíamos o tipo para exaurir a proteção aos 16 anos, presumindo a inexperiência ou imaturidade (à maneira do Código Soviético de 1960, art. 119), da mulher virgem, fisicamente, e não corrompida; permitindo, por outro lado, a substituição da pena privativa de liberdade pela de multa, se primário e solteiro ou viúvo o agente, e admitindo o **perdão judicial** na hipótese de ser ele casado, conhecendo a vítima tal circunstância. De qualquer sorte, reduziríamos a pena máxima, igualando-a à prevista para o corruptor.

Satisfaz ao entendimento doutrinário o acréscimo — “mediante subtração ou **retenção**” — do art. 244, não sendo para desdenhar-se a explicitude relativa à acumulação de penas, se ao rapto se segue outro crime de natureza sexual. Também motivo para festejar a ressalva do art. 248, I, em favor da suposição contrária, do agente, sobre a idade menor de 14 anos em hipótese de presunção de violência. Provoca repugnância, no entanto, a equiparação do desquitado ao casado, para o aumento de pena do art. 249, III. Num país onde não há divórcio e os concubinatos, por isso mesmo, já estão sendo tão respeitados, pela **respeitabilidade** dos concubinatórios na maioria dos casos, são bem diversas as situações. Chegou a tempo a emenda supressiva da Lei nº 6.016.

52. Voltando à figura do **incesto**, observa-se que o legislador nem sequer tentou justificar a sua inusitada autonomia. Na Exposição de Motivos, editada em 1969, não há uma palavra a respeito. E na que acompanhou a Mensagem nº 260/73, não foi, o Sr. Buzaid, além de uma explicação absolutamente despropositada — “para resolver um problema de concurso aparente dessa norma” — justificando emenda ao então art. 259. A explicação é “pior que o soneto...” Ou a ignorância correu parelha com a malícia. Mas, pergunta-se, teria havido algum surto incestuoso? — algum pesquisador denunciara situação alarmante? — os juristas reclamaram contra o tratamento da matéria no Código vigente, limitando-se ao aumento de pena (art. 226, II)? — algum exegeta ou aplicador da lei lamentou a ausência da figura isolada?

Parece que se pode responder que **não** a qualquer dessas perguntas. Aliás, nem ALCANTARA MACHADO teria feito reparos, nos idos de 1940, contra a eliminação da norma que propusera (art. 305). Diga-se, de passagem, que ele, ALCANTARA, foi o único, desde o Código Criminal de 1830, a sugerir um crime autônomo de **incesto**, sem, todavia, oferecer explicações a respeito. Vejam-se todos os projetos que se sucederam à codificação imperial (que já eliminava a figura), até o de NÉLSON HUNGRIA. Não há uma palavra derredor do assunto.

Nenhuma epidemia incestuosa pode ser apontada. Aqui, como alhures (Cfr. FRANCESCO PARENTI e PIER LUIGI PAGANZ, **Psicología y delinuencia**, versão argentina, Ed. Beta, B. Aires, 1970, pág. 154), a incidência incomum tem resultado dos mesmos fatores ambientais (a indigência, a vida promíscua familiar, o baixo nível social e cultural, num momento de maior libação alcoólica do homem na meia idade, sendo menos infreqüente na zona rural do que na urbana). Pesquisa, só haverá, no Brasil, a realizada por MAGALHÃES NORONHA e JOÃO CARLOS DA SILVA TELLES, nos anos 40, cuja conclusão a respeito, em termos ambíguos, pedindo a "capitulação do crime de incesto", não convence da necessidade da autonomia, principalmente porque eles, os pesquisadores, declaram, **conclusivamente**, que "as relações incestuosas decorrem, na maioria dos casos, de anomalias mentais..." (Rev. Penal e Penitenciária, publicação do Instituto de Biotipologia Criminal da Penitenciária do Estado de São Paulo, vols. IV a VII, fascs. 1-2, S. Paulo, 1947, págs. 87 a 112).

Destarte, a falta de explicação do legislador talvez obrigue indagações "freudianas", assunto do paladar aprimorado daquele genial Pai da psicanálise, que sobre o incestoolveu suas vistas repetidamente.

Silencioso, ou não, o legislador de 1969 colocou-se contra a tendência dos Códigos modernos, que é a de excluir, da lista dos delitos, o incesto. (Cfr. RAUL GOLDSTEIN, **Diccionario de Derecho Penal**, Omeba, B. Aires, 1962, pág. 302). Na realidade, com a autonomia e sem a qualificação do "escândalo público" — modelo do art. 258 do "novo" Código brasileiro — só se encontrará nos Códigos do México, de Cuba (Código de Defesa Social — 1936), da Suíça e da Iugoslávia (art. 198). Alguns outros — e são bem poucos —, como os da Itália (1930) e Espanha, punindo quando ocorre o **escândalo público**, qualificativo que, há mais de um século, CARRARA já ridicularizava (**Programma...** § 2.005). Por sinal, o grande Maestro, insurgindo-se contra a autonomia desse crime, chegou a escrever:

"Pero cuando se trata de reconocer si un hecho tiene los caracteres de un verdadero delito autónomo, no

basta que el mismo sea vicioso o gravemente vicioso, si no se encuentra un derecho particular o universal que sea lesionado por el mismo hecho. Sin esto, el legislador troca su función. Ahora bien, el derecho particular que se lesiona con el incesto (separado de otro maléfico) me parece muy difícil de ser hallado. El aislamiento del incesto presupone que no haya habido adulterio, ni violencia, ni estupro con seducción criminosa; y entonces a la mujer que consintió, la qual debería ser correa, no se la puede llamar paciente del pretendido delito, como no puede serlo el cónyuge, que se supone no existe. Por eso es muy arduo indicar cual se la persona que los dos voluptuosos han lesionado en su derecho." (Ob. cit., § 2001 — versão argentina, Depalma, B. Aires, 1946, Parte Especial, v. III).

53. Reencontrando o **crime de adultério**, há que sentir-se a irrealidade nas palavras com que a Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.004 pretende justificar a incriminação, que só elas demonstram a **sem razão** dessa iliceidade penal. Não admira, porém, a casmurrice num país onde a minoria prefere desmoralizar o casamento, equiparando-o tão largamente ao concubinato versátil, instável e desregrado, como preço para impedir o divórcio. Hipocritamente "rezando seus terços em família" e exaltando a Declaração Universal dos Direitos do Homem, não lêem o seu art. 16: "Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, SUA DURAÇÃO E SUA DISSOLUÇÃO". A contradição brasileira, acordando com essa Declaração, mas impondo na própria Lei Magna, a indissolubilidade do casamento, cuja duração é **ad vitam**, explica bem porque a moral média do povo se preocupa mais com as regras do futebol, o regulamento da loteria esportiva e os estatutos das escolas de samba do que com a lei que disciplina seu comportamento social.

54. Outro instante que parece infeliz, pela precipitação é o da **fecundação artificial**. Não há, na Exposição de Motivos, uma sílaba a justificá-la. Nem se diga ser equiparável ao adultério, quando heteróloga e contra a vontade do marido. Esta conclusão é verdadeira heresia jurídica, em face do conceito generalizado do adultério, quer como ilícito civil, quer como infração penal, conceito que pressupõe contato físico, pessoal, da parilha homem e mulher.

Precipitado o legislador, porque, consoante já escrevemos (com apoio em CUELLO CALÓN e SERPA LOPES), a inseminação artificial não repugna fortemente o sentido moral médio da

comunidade, para tipificar um ilícito penal (Cfr. **Rev. da Fac. Dir. da UFBA**, v. XXXIV, 1959-1961, pág. 235). Quando muito ela poderá constituir forma de **injúria grave**, ilícito civil, a justificar a dissolução da sociedade conjugal. Há 14 anos sustentávamos isso e não fomos contrariados por qualquer penalista ou civilista pátrio. Ao contrário, de Recife, em 1970 (IV Cong. Bras. de Direito Penal e Ciências Afins) veio a aprovação da tese de FERNANDO SANTANA (ex-discípulo, portador da láurea do seu curso jurídico), que rejeitava o art. 268 do Decreto-Lei nº 1.004 ("A inseminação artificial e o novo Código Penal Brasileiro", na **Rev. da OAB** do DF, v. III, Brasília, 1971, págs. 33 a 45). Lemos em MANOEL PEDRO PIMENTEL, certamente desconhecendo aquele trabalho deste seu aluno, concluir que o "problema não se apresenta com assiduidade, não exigindo, portanto, solução imediata" ("Estudos e Pareceres de Direito Penal — A inseminação artificial perante o Direito Penal" — **Rev. dos Trib. de São Paulo**, 1973, págs. 104 a 112). Nessa última publicação citada, está dito que MAGALHÃES NORONHA focalizou a matéria, concluindo como o fizéramos, **diante dele mesmo**, em prova de concurso, no distante 1960.

Se existem arestos de estranhas terras (ut BATTAGLINI, "Fecundazione artificiale e adulterio", **Scritti Giuridici in onore de Alfredo de Marsico**, Giuffrè, Milano, 1960, v. I, págs. 21 a 27 — e SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI, "O sexo e a lei penal", in **Justitia**, v. 78, São Paulo, 1972, págs. 199 a 208), admitindo a hipótese, são raros, e, alhures mesmo, contrariados por outras tantas decisões dos seus tribunais. Por igual, se alguns autores, nas terras européias, aplaudem a incriminação (parecendo que S.S. Pio XII, em 1949, com eles concordava), muitos outros, em bem maior número, discordam frontalmente (Cfr. CUELLO CALÓN, **Tres Temas Penales — El aspecto penal de la fecundación artificial**, Bosch, Barcelona, 1955, págs. 177 a 196).

Consagrada, porém, a **inseminação artificial** no texto do novo Código, gritante é a desigualdade de tratamento em relação ao **adulterio**, este com pena muito inferior à prevista para a punição daquela. Chega parecer que o legislador quis estimular a **fecundação natural por via do adulterio**. As mulheres casadas com homens impotentes, **generandi**, que aproveitem. Serão "os seis vinténs... e o gosto".

E, afinal, por que o legislador de 1973 modificou o **nomen juris para inseminação artificial se crime será a fecundação?**

55. Já tão alongada esta exposição, limitamo-nos a mencionar as perigosas inovações dos arts. 287 e 288 — **embriaguez no volante e perigo resultante de violação de regra de trânsito**. Com vantagem para o direito à liberdade, contra os abusos das autoridades de trânsito, devem ser entendidas como já compreendidas no tipo amplo do art. 134 — **perigo para a vida ou saúde** — sobretudo aquela segunda, a do art. 288. A embria-

quez no volante dará margem à iniquidade ou desmoralização da lei, pela dificuldade de um conceito preciso do “estado de embriaguez”.

56. Bastante a correr, olhamos para os **crimes contra a saúde pública**, ficando a lamentar o legislador não desse ouvidos às lições precisas do insigne mestre FLAMÍNIO FÁVERO, que com tanta concisão e percuciência criticou os defeitos do Código de 1940, mantidos no Anteprojeto Hungria (Cfr. a multicitada publicação do IALC, **Ciclo de Conferência** . . . , págs. 204 a 212). Para servir como escarmento, indicamos o art. 296, cuja redação permite admitir-se um imenso retrocesso: a lei penal brasileira de 1969 quer punir os germes que **causam epidemias** . . . Sim, porque segundo lembra aquele notável professor de Medicina Legal, os germes é que causam as epidemias. Os homens podem, através dos germes, **dar causa, provocar** . . . os germes, ensejando a epidemia. Mas só através dos germes . . .

57. Chegando ao último Título da PARTE ESPECIAL do novo Código, prolongada estando a exposição, só quatro rápidas paradas. A primeira delas em fúlgido instante, a fim de lembrar o **peculato de uso**, que é uma coerência do legislador com o **furto de uso**. A bem pensar, merecendo loas maiores, o art. 346, constante e escandaloso o uso indevido da coisa pública. Mas que deve sofrer aqueles reparos indicados para o art. 165.

A segunda pausa, para confessar que a Lei nº 6.016 nos deixou frustrados com a supressão do art. 376 do Decreto-Lei nº 1.004. Confirmando entendimento de que se deve combater o vício de **lei especial**, que poderá conduzir-nos até o “Direito Penal do Amor”, como diria JIMÉNEZ DE ASUA, asseguramos que o tipo **fraude contra o fisco**, redigido em 1969, não disputa imperfeições com o crime de **sonegação fiscal**, da Lei nº 4.729, de 14-7-65, momento legislativo, este último, que tantas aflições tem ensejado, merecendo a incineração ou sepultamento em “cova rasa”, para dele não mais se ter memória. Determinando fosse supresso o dispositivo, o signatário da Exposição de Motivos GM/352-B, de 21-8-73, do alto de sua intangível sabedoria, concedeu lacônica frase: “deve continuar a ser regulada em lei especial”. Felizes são os abissínios, os galas, os danakils, mais garantidos pelos artigos 360-361 do seu Código Penal de 1957 (3 de julho), fruto do trabalho direcional de um verdadeiro penalista. Ali, no entanto, ninguém se julgou **nec plus ultra**. Pediram a um JEAN GRAVEN que fosse, pessoalmente, ao solo africano, surpreender suas realidades locais, conversar com seus colegas etíopes e orientá-los na proposição da lei.

A **desobediência em caso de pensão alimentícia**, art. 384, vale uma penúltima parada, visando o destaque para o elogio, mormente porque, aí, o legislador preferiu a incorporação ao

Código (melhor agasalho), do art. 22 da Lei nº 5.478, de 25-7-68, que dispõe sobre a ação de alimentos. Marca, todavia, a incongruência (pelo confronto com o comportamento logo acima criticado) do festejado processualista civil da Paulicéia, signatário da Exposição de Motivos GM/332-B.

Por derradeiro, a proteção penal a esta profissão.

Em boa hora o legislador decidiu resguardar a nobre atividade, punindo com o rigor da lei penal os que a ela se arvoram independentemente da licença de quem de direito. *Fê-lo*, porém, talvez, incompletamente (art. 396 — **exercício ilegal da advocacia**).

Dizendo, de modo amplo embora, o legislador de 1969, “prestar assistência jurídica a outrem”, *mas, localizado o tipo* entre os crimes contra a administração da justiça, temíamos que a figura não compreendesse as atividades de bastidores, de orientação legal às empresas, e consultorias jurídicas, exercitadas aquém foro e processos. Entretanto, estas últimas têm sido, provavelmente, as mais perniciosas à profissão, as mais desleais na competição. Preferível por isso, que, mantida a amplitude, houvesse uma ressalva equiparando a advocacia, propriamente dita, que se realiza naquelas instâncias mencionadas, com toda e qualquer atividade simile ou assistência jurídica.

Agora, com a nova redação da Lei nº 6.016, restringindo, o modelo legal a, simplesmente, “exercer a advocacia sem autorização legal”, mesmo eliminando a exigência da **enumeração** (que estava no art. 400 do Decreto-Lei nº 1.004), a imperfeição se nos apresenta maior porque menos aceitável uma interpretação abrangente daquela advocacia atrás dos biombos empresariais, ou exercitada na esfera administrativa. E aí está *mais um defeito do novo Código demonstrando como urge*, realmente, ser revisto, antes mesmo da sua vigência, que não pode ocorrer independentemente da atualização da lei processual, esta, sim, bem mais necessária. Sobretudo à vista da anunciada reforma judiciária.

58. Cumpre-nos concluir com uma última tentativa, a de exculpar-nos pela prolixidade, nem sempre resultante de feliz logomania. E pela linguagem, quiçá irreverente, por vezes, assumindo ares de **advocatus diaboli**, não raro.

Do primeiro desses pecados, esperamos a indulgência plena, tendo prevenido os que a ler estas páginas estiveram seduzidos. Os que chegaram a este ponto final, ouvindo ou lendo, não poderão dizer que lhes faltou a prévia advertência.

Quanto ao último, não nos submetemos ao *mea culpa*, alegando inadvertência inconsciente. Considerando que uma reforma como a que foi objeto do exame pretendido, assunto não

é apenas para os juristas, interessando a toda uma coletividade, procuramos, propositadamente e bastas vezes, descer até o pedestre, juntar nossas palavras ao vozeio da gente anônima. Já QUINTANO RIPPOLES dizia que, ao fim e ao cabo, não é um Código Penal dissertação acadêmica ou uma proposição para Congresso de Cientistas. (**Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo XI, fasc. II, maio-agosto, 1957, pág. 343).

Destarte, se, nalguns passos, formal e sereno, parecia apenas apoiar-nos em HENRY RHODES (**O Gênio e o Crime**) — “talvez necessitemos um pouco mais de psicologia e um pouco menos de textos de lei” — no geral, bem mais cuidamos manter o que somos: — alguém da sofredora classe média, proletário de simples ferramentas do intelecto, falando **sine animus docendi**.

Mas, se sob esses moldes teria sido indesejado, também aqui, que nos vejamos, piedosamente, sob o abrigo dos Livros Santos: **Non est bonum reverentiam observare, et non omnia omnibus beneplacent in fide** (Eclesiástico, XLI. 20).

IX — Conclusões

59. A **reforma penal**, para que deve contribuir, com sua palavra, a Ordem dos Advogados do Brasil, não pode conter-se na simples revisão ou atualização dos diplomas legais comuns, ou civis, isto é, Código Penal e de Processo Penal. Deve ela abranger o prévio exame de todo o ordenamento jurídico positivo pertinente à ilicitude penal, civil, militar, especial ou complementar. substantiva e adjetiva.

60. Esse exame, compreendendo diplomas legais recentes e os superados pelas mudanças sociais, exame indispensável para a harmonia do sistema deve procurar a padronização das **normas de aplicação** e a unificação das **substanciais**, sobretudo as incriminadoras, em moldes a ensejar um maior esforço descriminalizador e despenalizador.

61. Para que se obtenha aquela harmonia, há que evitar-se a fragmentação do direito positivo, codificando-se, ao máximo, a proteção penal aos bens e interesses que dela necessitam, desaconselhando-se, por conseguinte, **leis especiais, extravagantes e complementares**, sempre que a matéria couber no Código Penal Civil.

62. O Código Penal Militar deve ser revisto, com urgência, no que se refere à **menoridade penal**, com término somente aos 18 anos; à unificação das penas privativas de liberdade e demais alterações propostas para o Código Penal de 1969.

63. As normas constitutivas de Lei de Segurança Nacional devem voltar para o âmbito da codificação comum, a ela adaptadas.

64. Os chamados **crimes de imprensa**, constituindo ilícitudes penais, devem ser acomodados no elenco dos crimes comuns, qualificados pelo modo de execução.
65. Consolidada toda a legislação configuradora do direito penal econômico positivo, inclusive a que define crimes contra a economia popular, e os de falência, deve abrigar-se no novo Código Penal Civil.
66. Não há necessidade de lei especial para a repressão penal ao tráfico e uso de tóxicos, devendo, as normas respectivas, ser incluídas entre os crimes contra a saúde pública do Código Penal comum, abertos espaços, no de Processo Penal, para a disciplina adjetiva, revogada, quanto antes, a legislação vigente, pertinente à espécie.
67. As ilícitudes penais eleitorais também poderão encontrar sua **sedes materiae** no Código Penal Comum.
68. Os chamados **crimes de responsabilidade**, como entidades autônomas de aspecto penal, devem ser erradicadas do direito positivo brasileiro. Que nele permaneça, apenas, a indicação de condutas ou comportamentos impróprios para o exercício das altas funções que ensejam a aplicação do **impedimento (impeachment)** sem tipificações criminais.
69. Urge a promulgação de um novo Código de Processo Penal comum, com base no Projeto nº 633/75, emendado, em alguns passos, e adaptado às leis penais substantivas **novas** ou reformuladas na mesma época legislante. E que nele se assegure a soberania do Tribunal do Júri.
70. Deve ser revista, parcialmente, a Lei das Contravenções Penais, segundo o explicitado neste trabalho, não se incluindo todo seu conteúdo no próprio Código Penal comum. Admitida essa inclusão as normas fixadas na Lei de Introdução ao Código Penal e na Lei das Contravenções, devem constituir o Título I do Código.
71. O Código Penal de 1969 deve ser remodelado, segundo as linhas dos pronunciamentos invocados neste trabalho, expurgado dos seus graves defeitos e posto em dia com a realidade social, dentro nos parâmetros do atual estágio científico do Direito Penal.
72. Nenhuma reforma penitenciária de fundo deve ser planejada antes de promulgado o novo Código Penal reformulado segundo a sugestão inserida na conclusão supra.
73. Em suma, a Reforma Judiciária, preconizada como fundamental para as demais reformas legais em elaboração, não pode realizar-se à margem das outras, obstando o império e a continuidade de princípios jurídicos consagrados pela tradição e pela vocação democrática do Brasil.