

Conclusão

86. É este o projeto que tenho a satisfação e a honra de submeter à apreciação de Vossa Excelência.

O trabalho de revisão do Projeto Alcântara Machado durou justamente dois anos. Houve tempo suficiente para exame e meditação da matéria em todas as suas minúcias e complexidades. Da revisão resultou um novo projeto. Não foi este o propósito inicial. O novo projeto não resultou de plano preconcebido; nasceu, naturalmente, à medida que foi progredindo o trabalho de revisão. Isto em nada diminui o valor do projeto revisto. Este constitui uma etapa útil e necessária à construção do projeto definitivo.

A obra legislativa do governo de Vossa Excelência é, assim, enriquecida com uma nova codificação, que nada fica a dever aos grandes monumentos legislativos promulgados recentemente em outros países. A Nação ficará a dever a Vossa Excelência, dentre tantos que já lhe deve, mais este inestimável serviço à sua cultura.

Acredito que, na perspectiva do tempo, a obra de codificação do governo de Vossa Excelência há de ser lembrada como um dos mais importantes subsídios trazidos pelo seu governo, que tem sido um governo de unificação nacional, à obra de unidade política e cultural do Brasil.

Não devo encerrar esta exposição sem recomendar especialmente a Vossa Excelência todos quantos contribuíram para que pudesse realizar-se a nova codificação penal no Brasil: Dr. Alcântara Machado, Ministro A. J. da Costa e Silva, Doutor Vieira Braga, Dr. Nelson Hungria, Dr. Roberto Lira, Narcélio de Queirós. Não estaria, porém, completa a lista se não acrescentasse o nome do Dr. Abgar Renault, que me prestou os mais valiosos serviços na redação final do projeto.

Aproveito o ensejo, Sr. Presidente, para renovar a Vossa Excelência os protestos do meu respeito. — **Francisco Campos.**

III — EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CÓDIGO PENAL DE 1969 MINISTRO GAMA E SILVA

CÓDIGO PENAL

Excelentíssimos Senhores Ministros de Estado da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar.

O projeto de Código Penal que tenho a honra de submeter à elevada apreciação de Vossas Excelências deve-se, essencialmente, à figura magnífica de Nelson Hungria, expoente de nossa cultura jurídica, que liga, assim, pela segunda vez, o seu nome à reforma de nossa legislação penal. Incumbido pelo Governo de elaborar o anteprojeto, apresentou-o no ano de 1963, sendo feita ampla divulgação de seu trabalho. Numerosas foram as contribuições dadas ao exame do projeto, com os estudos e críticas apresentados por faculdades de Direito, pelos Conselhos da Ordem dos Advogados do Brasil e por diversas instituições, entre as quais se destaca o ciclo de conferências e debates realizado em São Paulo pelo Instituto Latino-Americano de Criminologia.

2. Em 1964, designou o então Ministro Milton Campos uma comissão revisora para o estudo do anteprojeto. Dessa comissão fizeram parte, além do próprio autor, os Professores Aníbal Bruno, que a presidiu, e Heleno Cláudio Fragoso. Durante largo tempo a comissão examinou o texto, tendo presente a colaboração preciosa que chegara de vários pontos do País, introduzindo-se numerosas modificações, fruto de cuidadosa análise da matéria. Foi, assim, elaborado um projeto, que não chegou a ser divulgado.

Retomado pelo atual Governo o trabalho de reforma de nossa legislação codificada, empenhou-se o Ministério da Justiça na últimação do projeto, tendo em vista o longo processo de elaboração eficiente que até então já se realizara. Assim, de acordo com a nova orientação adotada pelo Ministro da Justiça, foi o projeto submetido a revisão final por uma comissão de que fizeram parte os Professores Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo d'Aquino, levando-se em conta, inclusive, a necessidade de uniformizar os textos dos projetos de Código Penal e de Código Penal Militar.

O Governo não pôde contar, nessa revisão final, com o insigne Professor Aníbal Bruno, em virtude de saúde.

3. O Código Penal vigente será, talvez, a melhor de nossas codificações. Sua técnica apurada bem revela o elevado desenvolvimento da Ciência do Direito Penal entre nós. Por isso mesmo, não se pretendeu elaborar um código totalmente novo, abandonando-se a sistemática de nossa atual legislação. Ao contrário.

o propósito foi sempre o de manter, tanto quanto possível, as soluções da lei vigente, cuja eficiência e correção foram demonstradas em longos anos de aplicação, por todos os tribunais do País. Procurou-se aperfeiçoar nossa lei penal com a correção de reconhecidos defeitos e a introdução de contribuições novas, fruto do desenvolvimento notável da ciência penal de nosso tempo.

Tendo-se presente a realidade brasileira, procurou-se ajustar a nossa legislação penal às exigências fundamentais de um Direito Penal da Culpa, que visa a proscriver toda forma de responsabilidade objetiva, proporcionando-se, por outro lado, soluções eficientes para a repressão da criminalidade grave. Com a adoção de critérios modernos para aplicação das penas, evitam-se as conhecidas distorções da jurisprudência, possibilitando-se a realização de uma Justiça material, bem como a recuperação social do delinqüente, sem prejuízo da eficiência na repressão.

Aplicação da lei penal

4. No Título I da Parte Geral, poucas foram as alterações de substância introduzidas, sendo evidente a superioridade técnica do projeto em comparação com o Código atual.

5. Quanto à aplicação da lei penal no tempo, que é dominada pela regra da *lex mitior*, deixou-se claro que, no reconhecimento da lei mais favorável, a posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato. Elimina-se, com isso, a divergência doutrinária que reina nessa matéria, adotando-se o critério que já BINDING (*Handbuch des Strafrechts*, 1885, pág. 261) preconizara e contra o qual raras são as vozes discordantes. A Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, em sua reunião de Santiago do Chile, realizada no ano de 1963, com o concurso de penalistas brasileiros, aprovou, aliás, a mesma fórmula (cf. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 4, jan./mar. de 1964, pág. 151).

6. A fixação do tempo e do lugar do delito aparece em dispositivos distintos dos que tratam da aplicação da lei penal no espaço. São, em realidade, questões diversas. O tempo e o lugar do delito relacionam-se com a estrutura do fato punível, podendo mesmo situar-se

no capítulo que a este corresponde, como ocorre em vários textos modernos.

A regra sobre o tempo do crime é nova e consubstancia o ensinamento de doutrina pacífica. Quanto ao lugar do crime, manteve-se a solução do Código vigente, que consagra a teoria da ubiqüidade, com especial referência às situações da participação.

7. Quanto à aplicação da lei penal no espaço, manteve-se o princípio tradicional da territorialidade, como regra geral, esclarecendo-se a noção de território, com a adoção de critérios aceitos sem discrepância. Isso também se fez com respeito à aplicação da lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou navios estrangeiros de propriedade privada, no território nacional, que consta agora de texto expresso.

Aos casos de extraterritorialidade, acrescentou-se uma nova situação, para suprir evidente lacuna em tal matéria. É o caso dos crimes praticados a bordo de aeronaves ou navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não tenham sido julgados. Se um crime for praticado a bordo de aeronave de nacionalidade brasileira, de propriedade privada, em vôo sobre território estrangeiro, onde não faz escalas, a lei brasileira atualmente não é aplicável se o agente ou a vítima não forem brasileiros. Isso também ocorre com os casos de crimes cometidos a bordo de navios que deixam águas territoriais estrangeiras e não regressam aos portos de onde saem.

Cria-se, assim, um novo princípio de aplicação da lei penal no espaço, que será o da representação, no qual o Estado a que pertence a bandeira da aeronave ou navio se substitui àquele em cujo território ocorreu o crime, que não foi perseguido e punido por motivos irrelevantes.

Do crime

8. A Comissão Revisora suprimira as normas referentes à relação de causalidade, que aparecem hoje em poucas codificações. São conhecidas as deficiências técnicas de disposições desse tipo, principalmente no que tange à causalidade da omissão e à interrupção do nexa causal, matérias que não se resolvem com facilidade com a teoria da equivalência dos antecedentes e, sobretudo, com uma concepção mecanicística de causa.

Na revisão final, entretanto, decidiu-se manter, com pequenas correções, o que se refere à relação de causalidade, considerando que se trata de regra que jamais trouxe qualquer dificuldade na aplicação da lei penal, sendo de fácil compreensão pelos juizes. Suprimir esse dispositivo seria ensejar a reabertura de largo debate que ainda hoje divide a doutrina, entre as teorias fundamentais sobre o nexo causal, o que haveria de conduzir a incertezas e dificuldades na aplicação da lei. Reconheceu-se, por outro lado, que a questão da causalidade passa hoje a plano nitidamente secundário na economia do delito, pois só aparece nos crimes materiais ou de resultado, apresentando dificuldades em número extremamente limitado de casos. Não se trata, como VON BURI imaginava, em 1863, de uma característica geral do delito, que era então concebido, erroneamente, como um processo de causação de um resultado. A relação de causalidade tem hoje sua relevância limitada ao condicionamento que proporciona à responsabilidade penal, e mesmo assim de forma secundária, com a proscrição da responsabilidade objetiva.

9. Importante é o que agora aparece com referência aos crimes comissivos por omissão. Não se encontram especificados na lei vigente, nem nos Códigos de sua época, os pressupostos de conduta típica, dessa categoria de delitos, defeito que as legislações penais modernas vêm corrigindo. Como se demonstrou, amplamente, a ilicitude aqui surge não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque o não impediu, violando o seu dever de garantidor. É indispensável fixar na lei as fontes de tal dever de atuar.

Manteve-se o projeto nos limites tradicionais proclamados pela doutrina, de longa data. O dever jurídico de impedir o resultado surge, basicamente, com a lei, com o contrato ou com a anterior atividade causadora do perigo, mesmo sem culpa. Evitou-se a referência a contrato, que constava do texto original do projeto, tendo-se em vista que o dever de agir surge também quando o agente espontaneamente assume função tutelar ou encargo sem mandato. Não é propriamente do contrato que surge o dever jurídico, mas de sua projeção social, como espécie de dever de direito público, exercendo-se não em relação ao

outro contratante, mas ao corpo social. Por isso mesmo, as limitações impostas pelo contrato, e que se fundam no direito privado, não têm relevância, a fórmula adotada pelo projeto atende a essas considerações.

Na punição da tentativa, manteve-se o critério de redução da pena, de um a dois terços, como regra geral. Todavia, em casos de gravidade excepcional, permitiu-se a aplicação da mesma pena prevista para o crime consumado. Recolheu-se, assim, a lição de nosso grande COSTA E SILVA (*Código Penal*, 1943, pág. 69). Se o agente, querendo matar, inutiliza a vítima, tornando-a, por exemplo, cega e parálitica, merece a pena do crime consumado. Sem chegar a tais extremos, outros casos podem ser formulados, a evidenciar a correção do critério.

10. Na definição da culpa *stricto sensu*, abandonou-se o critério casuístico do Código vigente, em favor de uma definição *mais ampla e correta*. A *ilicitude* nos crimes culposos surge pela discrepância entre a conduta observada e as exigências de ordenamento jurídico com respeito à cautela necessária em todo comportamento social, para evitar dano aos interesses e bens de terceiros. O conceito de cuidado necessário no tráfico jurídico é, sem dúvida, objetivo e normativo, devendo corresponder à conduta que teria um homem prudente e inteligente, na situação de autor. Daí não deflui, ainda, a culpabilidade, que não se estabelece com o critério do *homo medius*, capaz de estabelecer apenas um desvalor do resultado. A culpa está em função da reprovabilidade da falta de observância por parte do agente, nas circunstâncias em que se encontrava, do cuidado exigível, ou seja, da diligência ordinária ou especial a que estava obrigado. Em substância, aqui estão as situações de negligência, imprudência e imperícia da lei vigente, porque é através delas que se apresenta a conduta reprovável de quem omite a cautela, a atenção ou a diligência devidas.

11. Dando aplicação ao princípio básico da inexistência de responsabilidade penal sem culpa, o projeto incorporou a regra, hoje generalizada, de que o agente só responde pelos resultados que especialmente agravam as penas, quando os houver causado pelo menos culposamente. Isso se aplica a todas as causas de aumento situadas no desdobramento causal da ação e, em particular, aos crimes qualificados pelo resultado. O

princípio *nullum crimen sine culpa* é uma das constantes do projeto, e sua significação exegética não deve ser esquecida.

12. Da mesma inspiração é a nova regra relativa ao erro de direito. A Comissão Revisora pronunciou-se no sentido da completa equiparação do erro de direito ao erro de fato, solução afastada no exame final do projeto, em nome da prudência. O entendimento geral da doutrina e da jurisprudência em relação ao erro de direito extrapenal, equiparado ao erro de fato, elimina o principal inconveniente da ampla disposição do Código vigente quanto à irrelevância do *error iuris*. Nos casos em que a ignorância ou erro de interpretação da lei conduzem à suposição da licitude do fato, pode o juiz atenuar a pena, nos limites fixados no art. 59, ou, ainda, substituí-la por outra menos grave. A pena de reclusão pode ser substituída pela de detenção, e esta, pela de multa. É solução plenamente satisfatória.

Como é óbvio, deve o erro ser *excusável*, ou seja, não derivar de culpa. Inexcusável é o erro que permite censura ao agente.

Manteve-se a distinção tradicional entre erro de direito e erro de fato, não obstante o reconhecimento da maior perfeição técnica da divisão entre erro de tipo e erro de proibição. A distinção clássica que sempre se adotou entre nós não deve ser eliminada em favor de regulação extremamente complexa e estranha à nossa doutrina. Nesse sentido pronunciou-se a Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina. Vejam-se as judiciosas palavras proferidas por SEBASTIAN SOLER, na reunião celebrada na cidade do México, em 1965 (*Código Penal Tipo para Latinoamérica*, México, 1967, pág. 353).

13. Na disciplina da coação, o projeto distingue a coação física irresistível (que exclui a ação) da coação moral irresistível (que exclui a culpabilidade). Esta última aparece junto à obediência hierárquica. São conhecidas as divergências sobre a natureza jurídica desta última, e as diversas soluções foram consideradas. Preferiu-se manter a orientação da lei vigente e estabelecer neste passo uma inovação que não produziria efeitos práticos.

14. Com referência ao estado de necessidade, seguiu o projeto o sistema moderno de distinguir os casos de ex-

clusão da ilicitude dos que excluem a culpabilidade. É antigo o debate sobre a natureza do estado de necessidade, como causa de exclusão do crime. Esse debate surgiu com a teoria normativa da culpabilidade, pois esta, segundo FRANK, pressupõe a normalidade das circunstâncias do fato. Iniciou-se na doutrina o exame da matéria com a monografia notável que GOLDSCHMIDT publicou em 1913 (*Der Notstand, ein Schuldproblem*).

O projeto acolhe a chamada *teoria diferenciadora*, que distingue conforme se trata de bem jurídico de valor igual ou inferior ao ameaçado. Essa teoria diferenciadora (que se opõe à *unitária*) é hoje amplamente dominante, e sua correção nos parece indubitável. Ela se inspira na idéia de inexigibilidade de outra conduta, dando-lhe, porém, limites claramente definidos. São muito grandes as restrições que surgiram na doutrina à admissão da inexigibilidade de outra conduta, como causa geral e supralegal de exclusão da culpa, estando hoje esse entendimento em franco descrédito, pelo menos no que concerne aos crimes dolosos.

Ao lado do estado de necessidade que exclui a culpa (que o anteprojeto denominava imprópriamente de *inexigibilidade de outra conduta*) aparece o estado de necessidade que exclui a ilicitude. Pressupõe o primeiro a ação antijurídica e só tem cabimento quando for inaplicável o segundo.

O estado de necessidade que exclui a ilicitude somente se configura quando o mal causado, pela sua natureza e importância, é *consideravelmente inferior ao mal evitado*. Fora daí, a situação de necessidade pode conduzir à exclusão da culpa, quando o bem a salvar for do próprio agente ou de pessoa a quem esteja ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição. Em favor desta última fórmula foi abandonado o critério restrito do anteprojeto em sua formulação original (parente em linha reta, irmão ou cônjuge). A conduta deixa de ser reprovável quando é inexigível comportamento diverso, o que haverá de ocorrer sempre em situações excepcionais.

Embora não haja referência expressa, é claro que o erro quanto à inexigibilidade de outra conduta é essencial, pois se trata de situação análoga à das discriminantes putativas.

A pena pode ser atenuada nos limites legais (art. 59) se a coação for resistível

ou se a ordem de superior hierárquico não era manifestamente ilegal ou se, no caso de estado de necessidade como excludente da culpa, era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado. Em tais casos, o juiz terá em vista particularmente as condições pessoais do réu, pois se trata, em última análise, de estabelecer a sua culpabilidade, vale dizer, a censurabilidade de seu comportamento.

15. Se, em qualquer dos casos de exclusão de crime, houver excesso escusável (não derivado de culpa), fica o réu *isento de pena*. A situação aqui é de inexigibilidade. Mesmo quando o excesso fór doloso, pode o juiz atenuar a pena.

Imputabilidade

16. Diversas e importantes propostas foram apresentadas em tema de imputabilidade, fruto do largo exame que o anteprojeto mereceu em todo o País. A Comissão Revisora elaborou, após demorados debates, uma fórmula tecnicamente perfeita, a mesma que o grupo brasileiro levou à reunião realizada na cidade do México pela Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina e foi ali aprovada. Todavia, a meticulosa consideração da realidade brasileira e, sobretudo, da longa experiência com a aplicação do Código vigente desaconselhou uma alteração substancial, para incluir também a grave perturbação da consciência como capaz de excluir a imputabilidade. Parece certo que a fórmula do Código vigente, apesar de sua rigidez, não conduziu a soluções iníquas ou a situações de responsabilidade sem culpa. É altamente duvidosa a conveniência de ampliar-se a fórmula, comprometendo a eficiência da repressão, com as incorreções e abusos a que poderia dar lugar, nesta passagem essencial da lei, a proposta da Comissão Revisora. Por essas razões, na revisão final se manteve, basicamente, a disposição da lei vigente.

Em relação aos semi-imputáveis, inovação importante ocorre com a regra prevista no art. 94, que adotou o sistema *vicariante*, para aplicação ou da pena ou da medida de segurança. O projeto termina com o sistema do **duplo binário** (pena e medida de segurança detentiva sucessivamente aplicadas). Esse sistema, que teve a missão histórica de conciliar duas tendências opostas, está em franco declínio por toda parte. No Brasil, afora

uma ou outra malograda experiência, ele realmente não chegou a ser pôsto em prática.

Nas últimas edições de seu compêndio, MEZGER nos fala, a propósito, na crise do **duplo binário** (*Die Krisis der Zweispurigkeit, in Strafrecht, ein Studienbuch*, 1967, pág. 364). Por um lado, as medidas de segurança detentivas, em sua essência, constituem penas, dado o seu caráter aflagante. Por outro lado, na execução, a pena e a medida de segurança detentiva não se distinguem, sendo muitas vezes realizadas nos mesmos estabelecimentos, implicando numa mudança da ala esquerda para a ala direita. A internação em casa de custódia, que no Código Penal alemão é a custódia de segurança (*Sicherungsverwahrung*) é **mal** pior do que a pena, uma vez que é por tempo indeterminado.

O sistema do duplo binário nos veio do Código Rocco, estando presente em muitos códigos modernos. Mesmo naqueles países em que a distinção entre pena e medida de segurança permanece muito nítida na legislação, a tendência é permitir ao juiz a substituição da pena pela medida de segurança detentiva, o que se denomina sistema da aplicação *vicariante* ou substitutiva.

O projeto termina com o defeituoso sistema das medidas de segurança detentivas para imputáveis. A pena, não obstante a sua natureza retributiva, deve ser cumprida como uma medida de segurança, ou seja, tendendo à recuperação social do delinqüente. As únicas medidas de segurança detentivas são a internação em manicômio judiciário e a internação em estabelecimento psiquiátrico, anexo ao manicômio judiciário ou ao estabelecimento penal.

Assim sendo, no caso de semi-imputabilidade, tal seja, a situação que a determina, o juiz pode aplicar pena atenuada, enviando o agente a estabelecimento correccional, ou pode, em substituição, ordenar o seu internamento em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou ao estabelecimento penal, ou em seção especial de um ou de outro (art. 94). Se sobrevier a cura, o condenado pode ser transferido a estabelecimento penal, não ficando excluído seu direito a livramento condicional. Por outro lado, se, findo o prazo da internação substitutiva, persistir o mórbido estado psíquico do internado, condi-

cionante de periculosidade atual, a internação passa a ser por tempo indeterminado.

17. O limite da imputabilidade foi mantido, como regra geral, nos dezoito anos. Excepcionalmente, pode ser declarado imputável o menor de dezesseis a dezoito anos se revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta.

A tendência geral da legislação é a de fixação da menoridade penal nos dezesseis anos. O VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, reunido em Roma, em 1953, fixou em dezesseis anos o limite para a aplicação de pena (cf. VI^o Congrès International, Compte Rendu des Discussions, Milão, 1957, página 310). Vários códigos atuais fixam esse limite em quatorze anos, como é o caso da lei alemã. Repetindo, de certa forma, o que já se disse, com toda a procedência, parece certo que a possível redução do limite da imputabilidade a dezesseis anos aumenta a consciência da responsabilidade social dos jovens.

Como a responsabilidade criminal dos jovens de dezesseis a dezoito anos é excepcional, não pode caber dúvida de que deverá ser declarada pelo Julz de Menores se a lei processual não dispuser diversamente.

Proclama-se, por outro lado, a necessidade imperiosa de submeter os menores e, inclusive, os jovens adultos delinquentes a tratamento especial. Por isso mesmo o projeto declara que os menores de vinte e um anos cumprem pena separadamente dos condenados adultos (art. 37, § 5.º). Se o condenado for primário, o tempo de cumprimento da pena pode ser reduzido à metade.

Concurso de Agentes

18. É possível que a unificação de todas as formas de participação e autoria seja, a rigor, incompatível com um Direito Penal da Culpa. São poucas as legislações que não distinguem entre os diversos graus de participação e as distintas situações de autoria. Todavia, o sistema unitário, que se inspira em razões de política criminal, visando a mais eficiente repressão, nunca é adotado em sua inteireza, pois isto conduziria a soluções injustas e intoleráveis. Estão sempre previstos temperamentos à equiparação dos diversos participantes, de forma a assegurar a justa punição de cada um.

Ao contrário do que diz Bockelman (*Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme, in Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, pág. 109*) a concepção unitária da participação não representa necessariamente uma renúncia do legislador ao tratamento individualizado da personalidade do agente.

A aplicação da fórmula unitária do Código vigente não pode ser censurada. Ela tem a seu favor a grande simplicidade no estabelecimento de critérios, grandemente debatidos, quando se procura distinguir entre autoria e participação, e entre culpabilidade primária e secundária. Afinal, a distinção entre autor e cúmplice, em termos práticos, significa apenas garantir a mais leve punição deste, resultado que o sistema de nossa lei assegura.

Proclamou o projeto a regra fundamental em tema de concurso de agentes que é a de que a punibilidade de cada um dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Isso deve servir como princípio reitor geral para os juizes, na aplicação da pena em caso de concurso. Foi eliminada a regra inadmissível do art. 48, parágrafo único, do Código vigente, que representa brutal aceitação de responsabilidade sem culpa.

Das Penas

19. Manteve-se o sistema de dupla pena privativa da liberdade (reclusão e detenção), não obstante as sérias objeções contra o mesmo apresentadas. As múltiplas conseqüências dessa distinção, inclusive em matéria processual, desaconselhavam a unificação das penas privativas da liberdade. Sem compromissos de natureza doutrinária, afirma-se que as penas devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social.

Não foi aceita a sugestão do anteprojeto, no sentido de elevar o máximo da pena de reclusão, que foi mantido em trinta anos. O máximo de detenção foi fixado em dez anos.

Constitui hoje tendência muito viva, e acertada, nas legislações penais, a da ampliação dos poderes discricionários do juiz na aplicação da pena, com vistas à realização de uma Justiça material e à escolha da medida adequada para que se cumpram os fins das penas, dos quais

não se exclui a justa retribuição. O sistema da lei vigente obrigando à imposição da pena de reclusão, sem alternativas, é um dos motivos determinantes das graves distorções que atualmente se verificam na aplicação das leis penais. Os juizes resistem à aplicação de penas inadequadas e injustas.

Para dar solução aos inconvenientes mais graves do sistema da pluralidade das penas privativas da liberdade, o projeto acolhe o critério das penas substitutivas, de forma eficiente. Já vimos que a pena pode ser substituída pela medida de segurança detentiva, no caso de semi-imputáveis. A reclusão também pode ser substituída pela pena de detenção, e esta, pela de multa, vedada, entretanto, a dupla substituição.

A pena de reclusão não superior a dois anos pode ser substituída pela de detenção, desde que o réu seja primário e de bons antecedentes, e tenha realizado o ressarcimento do dano antes da sentença condenatória. A pena de detenção não superior a seis meses pode ser substituída pela de multa, nas mesmas condições. Em ambos os casos trata-se da pena imposta e não da pena cominada ao crime. A substituição deve dar-se quando o juiz considerar que a pena menos grave é bastante como advertência e justa retribuição pelo malefício praticado. A substituição da pena de reclusão pela de detenção permite que o juiz conceda a suspensão condicional da pena, se julgar conveniente.

O ressarcimento do dano constitui eficaz instrumento de luta contra o crime, estando praticamente esquecido no arsenal das medidas repressivas. O projeto atribui sempre a maior importância ao ressarcimento do dano, do qual só se pode cogitar naqueles crimes em que haja dano reintegrável. Maior ênfase foi dada ao ressarcimento como pressuposto do livramento e da suspensão condicionais.

20. A experiência com as prisões abertas é definitivamente vitoriosa, em nosso País e no estrangeiro. O projeto expressamente declara que as penas de detenção e reclusão podem ser cumpridas em estabelecimento penal aberto, sob regime de semiliberdade e confiança, desde que o condenado seja primário e de nenhuma ou escassa periculosidade, e a duração da pena imposta não seja superior a seis anos. Fixou-se êsse limite, amplo, tendo-se em vista os estudos recentes

que revelam não ter o quantum da pena grande significação na escolha dos delinquentes mais aptos ao regime da prisão aberta.

A internação em estabelecimento penal aberto pode também constituir fase de execução, precedendo à concessão do livramento condicional do condenado de bom comportamento, que demonstre adaptabilidade social.

Pena de Multa

21. Importante inovação foi aqui introduzida, com a adoção do sistema do dia-multa, que provém das leis escandinavas. Esse sistema vai penetrando em tôdas as legislações modernas. O mínimo da pena de multa é de um dia-multa, e o máximo, de trezentos dias-multa.

O dia-multa deve ser fixado segundo o prudente arbitrio do juiz, não podendo ser inferior ao maior salário-mínimo diário do País, nem superior ao décuplo de tal salário. Será fixado de acordo com a situação econômica do condenado, atendendo-se especialmente ao seu patrimônio, rendas, meios de subsistência, nível de gastos ou outros elementos que o juiz considere adequados. Deverá, assim, ser considerada a situação econômica global do condenado, sem que o juiz tenha de ater-se ao seu padrão de salário, quando se tratar de assalariado. É claro que, se o condenado viver exclusivamente do produto de seu salário, o dia-multa não deverá ser inferior à sua renda diária, pois nesse caso estabelece-se com precisão o critério da lei.

A nova fórmula da facilitação do pagamento da multa é de incomparável superioridade. Tal seja a situação econômica do condenado, o juiz pode conceder um prazo não inferior a três meses e não superior a um ano, a contar da data do trânsito em julgado da sentença condenatória, para o pagamento da multa, ou permitir que êle se faça a prestações mensais, dentro do mesmo prazo, com ou sem garantias. Tais favores revogam-se se o condenado é impontual ou vem a melhorar de situação econômica.

Aplicação da Pena

22. O dispositivo geral sôbre a aplicação da pena corresponde basicamente ao do Código vigente. A semelhança do que ocorre em diversas legislações estrangeiras, o projeto deixa expressa a obrigação de motivar a pena imposta, em sua

medida. O condenado tem direito a saber por que recebe esta pena. Não basta a simples referência aos critérios genéricos (estabelecidos no art. 52 do projeto), como tem proclamado reiteradamente o Supremo Tribunal Federal. Não só a pena aplicada acima do mínimo deve ser fundamentada. Se a lei amplia o poder discricionário do juiz na aplicação da pena, exige-lhe, em contrapartida, a fundamentação do exercício desse poder, como elemento essencial de garantia para o réu.

23. Entre as agravantes continua a figurar, em posição de destaque, a reincidência. Foi, no entanto, eliminado o que se refere à reincidência específica, pois significa limitação intolerável ao poder discricionário do juiz na aplicação da pena. Por outro lado, a reincidência específica perde inteiramente o sentido diante do sistema de sanções previsto para os criminosos habituais ou por tendência. Estes, sim, são realmente importantes, constituindo aquela criminalidade endurecida contra a qual deve mover-se o sistema repressivo, com a maior eficiência.

A reincidência pode, ou não, revelar maior merecimento de pena. Seguiu aqui o projeto critério moderno dentre os preconizados pelo Código Penal Tipo para a América Latina e introduzidos em vários projetos atuais. A maior conquista, em tal matéria, é a temporariedade da reincidência. Se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o crime posterior, decorreu período de tempo superior a cinco anos, perde a reincidência qualquer relevância jurídica.

Não se consideram, para os efeitos da reincidência, os crimes militares ou políticos. Igualmente não se consideram os anistiados, mas a estes não faz referência a lei, porque a anistia, por definição, faz desaparecer o delito. Diversos dos efeitos da reincidência, que o Código vigente prevê de forma mais ou menos despropositada, foram eliminados do projeto. A título de exemplo podemos mencionar a aplicação da atenuante relativa ao crime praticado sob a influência de multidão, que a lei vigente faz depender, sem razão plausível, da primariedade do réu.

24. A completa ausência de critérios para a fixação do *quantum* da agravação ou atenuação da pena, aconselhou o estabelecimento de um princípio geral que aparece no art. 59. Quando a lei

determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço. guardados os limites da pena cominada ao crime. Tais limites somente deixam de prevalecer quando se trata de causas especiais de aumento ou diminuição da pena (art. 62).

25. Para dirimir a controvérsia jurisprudencial e a incerteza doutrinária que reina nessa matéria, o projeto deixa claro que a pena-base é aquela que o juiz aplicaria se não houvesse qualquer circunstância ou causa de aumento ou diminuição. Trata-se de elemento adicional de garantia para o réu na aplicação da pena. Se houver circunstância agravante ou atenuante, também é indispensável fixar a pena-base.

Criminosos habituais ou por tendência

26. Os criminosos habituais ou por tendência constituem o grande problema da repressão penal. É necessário reagir contra esse tipo de criminalidade com instrumentos verdadeiramente eficientes. Como se dizia no relatório da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, de 1948, "raros são os países que se limitam a procurar combater a criminalidade endurecida, pelas disposições sobre a reincidência". O projeto incorpora-se à legislação moderna, estabelecendo previsão especial quanto aos criminosos habituais ou por tendência, e um sistema repressivo eficaz, com a pena relativamente indeterminada.

Com tal pena, transfere-se a individualização para momento posterior à sentença, considerando a impossibilidade de determinar, rigorosamente, a medida da culpabilidade do agente e o momento em que estarão atingidas as exigências da retribuição e da reparação, inclusive da recuperação social do delinqüente, que se deve realizar sempre por via judicial (cf. EDUARDO CORREIA, *Código Penal, Projeto da Parte Geral*, 1963, pág. 57). Não se trata de uma pena de segurança.

Eliminando a medida de segurança detentiva para imputáveis, procura o projeto dar nova dimensão ao tratamento penitenciário, de modo que a prisão atue efetivamente como instrumento de recuperação social. É o reconhecimento de que os objetivos a que visam as medidas de segurança detentivas para imputáveis podem e devem ser alcançados através dos estabelecimentos prisionais.

O critério de pena relativamente indeterminada que o projeto acolhe procura proporcionar efeito estimulante, operando através do sistema do livramento condicional.

A habitualidade será presumida se o criminoso reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa da liberdade em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena. Reincidir pela segunda vez é praticar um terceiro crime. Nesse caso, a lei presume a habitualidade.

A habitualidade pode ser reconhecida pelo juiz se, embora sem condenação anterior, em período de tempo não superior a cinco anos, o agente comete quatro ou mais crimes da mesma natureza, puníveis com pena privativa da liberdade, e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes. Neste caso, pode o criminoso habitual ser primário, isto é, não ter ainda condenação anterior. É a situação de vários delinquentes que cometeram numerosos crimes sem serem tecnicamente reincidentes.

Tanto no caso de habitualidade presumida, como no de habitualidade reconhecível pelo juiz, devem os diversos crimes praticados ser da mesma natureza. A noção de crimes da mesma natureza é a da lei vigente.

27. Criminoso por tendência é aquele que comete homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave e, pelos motivos determinantes e meios ou modos de execução, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez. A criminalidade por tendência é sempre reconhecível pelo juiz e deverá ser declarada em relação a uma personalidade insensível e perversa, em crimes graves contra a vida e a incolumidade pessoal.

28. Se o criminoso for habitual ou por tendência, a pena aplicável será por tempo indeterminado. A duração mínima dessa pena (que não pode, em caso algum, ser inferior a três anos) é a pena fixada pelo juiz para a infração penal que está sendo julgada.

Cumprindo o mínimo da pena indeterminada, o livramento condicional poderá ser concedido, desde que o condenado tenha reparado (salvo impossibi-

lidade de fazê-lo) o dano causado pelo crime e desde que sua boa conduta durante a execução da pena, sua adaptação ao trabalho e as circunstâncias atinentes à sua personalidade, ao seu meio social e à sua vida pregressa permitam supor que não voltará a delinquir (art. 76).

Se o livramento condicional for concedido, o juiz fixará um período de prova entre três e cinco anos. Se não for concedido, poderá ser novamente solicitado a cada dois anos, a seguir. Se for revogado, não poderá ser novamente concedido antes de três anos.

Em nenhum caso a duração da pena indeterminada pode exceder a dez anos, após o cumprimento da pena mínima imposta, ou seja, da pena que corresponde à infração pela qual o criminoso foi julgado e que não poderá nunca ser inferior a três anos (art. 64, § 1.º).

Se o criminoso habitual ou por tendência for semi-imputável, a pena poderá ser substituída pela internação, na forma do art. 94.

Concurso de crimes

29. Equipara o projeto o concurso material ao concurso formal de crimes, para o mesmo tratamento penal, seguindo assim o bom exemplo de várias legislações. Se as penas correspondentes aos diversos crimes forem da mesma espécie, a pena única é a soma de todas (cúmulo material). Se forem de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, com aumento de metade do tempo das menos graves (exasperação da pena). Todavia, se houver unidade de ação ou omissão, ou seja, se os diversos crimes forem praticados mediante uma só ação ou omissão, o juiz pode diminuir a pena unificada de um sexto a um quarto. Esta mesma regra se aplica quando se tratar do crime continuado. A pena unificada não pode ultrapassar de trinta anos, se é de reclusão, ou de quinze anos, se é de detenção.

Suspensão condicional da pena

30. Não há alterações substanciais no que tange à suspensão condicional da pena, tendo-se mantido, em essência, o que consta da lei vigente. A suspensão condicional adquire um novo relevo apenas em virtude da possível substituição da pena de reclusão, a que já aludimos, e que constitui um dos pontos altos da reforma penal.

Sem modificar o sistema da lei vigente, procurou-se dar ênfase ao ressarcimento do dano, pois a êle deve dar-se nesta matéria a maior atenção. Não cabe, no entanto, ao legislador estabelecer normas rígidas a respeito, pois o juiz deve atender sempre às condições do condenado. O ressarcimento do dano deve ser, sempre que possível, fixado como condição para a suspensão condicional da pena, a ser cumprida em prazo determinado. É indispensável que os juizes o tenham sempre presente ao conceder o *sursis*. Este será revogado se o condenado solvente frustra, sem motivo justificado, a reparação.

Esclareceu o projeto que a menoridade de vinte e um anos, para o caso especial da pena de reclusão, refere-se à data do crime, pondo fim às dúvidas que atualmente existem a respeito.

Livramento condicional

31. Reduziu-se para dois anos o limite da pena privativa de liberdade permissiva do livramento condicional, eliminando-se um dos mais graves defeitos da lei vigente. Atualmente, a condenação do réu primário a penas mais longas é paradoxalmente mais favorável, quando se trata dos limites entre dois e três anos, porque o livramento condicional só é possível quando a pena imposta é superior a três anos.

Esclarece o projeto que se deve ter em conta a pena unificada, em caso de concurso de crimes (art. 75, § 2.º) estabelecendo mais uma regra geral de largo alcance: se o condenado é primário e menor de vinte e um ou maior de setenta anos, o tempo de cumprimento da pena pode ser reduzido à metade.

Aqui também deve repetir-se o que já deixamos consignado em matéria de suspensão condicional da pena, com respeito ao ressarcimento do dano. Deve êle ser sempre exigido, salvo absoluta impossibilidade de fazê-lo, como condição para o livramento.

Para a revogação do benefício, exige-se agora a prática de crime **doloso** cometido durante a sua vigência. A prática de crime, sendo imposta pena privativa da liberdade, também revoga o benefício, salvo se, tendo de ser unificadas as penas, não fica prejudicado o requisito do cumprimento de metade da pena, se o réu é primário.

32. Não se refere mais o projeto a "vigilância do liberado", mas a "observação cautelar e proteção do liberado." Isso corresponde a uma mudança completa de métodos e critérios que nessa matéria está a exigir o nosso sistema correcional. Em nenhum caso o liberado ficará entregue à vigilância da polícia, pois esta, como a experiência demonstrou amplamente, quase sempre se exerceu em sentido negativo. O liberado fica sob observação cautelar e proteção realizadas por patronato oficial ou particular, dirigido aquêle e inspecionado êste pelo Conselho Penitenciário. Na falta de patronato, o liberado fica sob observação cautelar realizada por serviço social penitenciário ou órgão similar. Sabe-se como é importante êsse trabalho para a efetiva recuperação social do liberado.

Penas acessórias

33. O projeto disciplina as penas acessórias de forma evidentemente superior à do Código vigente, bastante complexa.

Para o que tange à perda de função pública, foi a esta equiparada a que é exercida em empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista, ou sociedade de que participe a União, Estado ou Município como acionista majoritário.

A inabilitação para o exercício de profissão passa para o setor das medidas de segurança, onde está mais adequada, dado o seu evidente sentido preventivo.

Medidas de segurança

34. É mais simples e mais clara a disciplina das medidas de segurança no projeto. Foi suprimida, sem inconvenientes, a parte geral, que consta do Capítulo I do Título VI do Código vigente. Isso foi possível com o abandono da internação em casa de custódia e tratamento e da internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional. A execução dessas medidas detentivas obrigava a meticolosa fixação de seus pressupostos. Como já vimos, o projeto partiu do entendimento de que a pena se cumpre como a medida de segurança detentiva. Não haverá também qualquer presunção de periculosidade.

A duração mínima da internação em manicômio judiciário (art. 93) já não depende da pena cominada ao crime. Este critério, seguido pelo art. 91 do Código vigente, é totalmente injustificá-

vel. É evidente que a pena cominada não é e não pode ser critério válido para aferir a periculosidade do agente. Declara o projeto que a internação é por tempo indeterminado, devendo seu mínimo ser fixado de um a três anos.

A internação, em qualquer dos casos para os quais está prevista, deve visar não apenas ao tratamento curativo do internado, senão também ao seu afeiçoamento a um regime educativo ou de trabalho, lucrativo ou não, segundo o permitirem suas condições pessoais.

35. A interdição para o exercício de profissão situada agora entre as medidas de segurança (art. 96), elimina o dissídio jurisprudencial quanto à sua obrigatoriedade. O juiz deve impor a medida, desde que, pela apreciação conjunta das circunstâncias do fato e dos antecedentes e condições do condenado, deva presumir-se que voltará à prática de crime semelhante. Cabe ao juiz reconhecer se ocorrem os pressupostos da aplicação da medida, mas, uma vez reconhecidos, a imposição é obrigatória. Esse regime se aplica à cassação de licença para dirigir veículos (art. 97).

A transgressão das medidas de segurança não detentivas aparece incriminada no projeto, como forma especial de desobediência. Trata-se de providência essencial para sua eficácia.

Extinção da punibilidade

36. As causas de extinção da punibilidade previstas expressamente pelo Código vigente acrescenta o projeto o perdão judicial. É sabido que nem todas as causas de extinção da punibilidade estão mencionadas nessa passagem expressamente. A omissão relativamente ao perdão judicial é preenchida. Não se julgou necessário esclarecer que, no caso de perdão, deve o juiz abster-se de condenar, julgando presentes os pressupostos da condenação, abstém-se neste caso o juiz do proferi-la, declarando extinta a punibilidade pelo perdão.

37. Em matéria de prescrição, o projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula também, daí por diante pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insus-

tentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão.

38. Atendendo-se à jurisprudência tranqüila que se formou a respeito, o projeto declara que, em caso de concurso de crimes ou de crime continuado, a prescrição é referida não à pena unificada, mas à de cada crime considerado isoladamente.

39. Incorpora o projeto as alterações recentes de nossa legislação penal, em matéria de reabilitação, que agora alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva. Declarada a reabilitação, serão cancelados, mediante averbação, os antecedentes criminais, que não poderão ser comunicados senão à autoridade judiciária ou policial, ou ao representante do Ministério Público, para instauração do processo penal que seja movido contra o reabilitado.

PARTE ESPECIAL

40. A parte especial do projeto mantém as linhas gerais do Código vigente. Desnecessário, portanto, será repetir aqui o que já se encontra incorporado à consciência jurídica do Brasil.

Justificar-se-á, assim, somente a parte que mais inova em nosso Direito. É certo que surgem alguns capítulos novos e eliminam-se dispositivos que figuram na legislação atual. A experiência da vida forense, o aporte cultural trazido pelas mais recentes publicações especializadas e as conclusões dos últimos congressos nacionais e internacionais sobre o direito criminal haveriam de determinar os acréscimos e as eliminações verificadas na Parte Especial.

As modificações que já haviam sido feitas ao texto da lei penal vigente foram, com algumas adaptações, introduzidas no projeto. Igualmente foram incorporados dispositivos penais editados após a Revolução de 1964, quer melhorando a conceituação de diversas infrações penais, quer estabelecendo novas tutelas penais, como as que se referem ao mercado de capitais e às instituições financeiras.

Continuaram fora do texto as leis especiais que, por sua natureza, sempre mereceram situação destacada do Código Penal, na legislação pátria e na estrangeira.

Dos crimes contra a pessoa

41. O Título I da Parte Especial segue o modelo do Código vigente, incluindo-se, entretanto, mais um Capítulo: Do Genocídio. Incorpora-se, destarte, à legislação ordinária uma figura criminal que se achava em lei especial, mas que a consciência jurídica do mundo de após guerra vem trazendo para os textos que regem o direito penal comum, convidando os que manuseiam freqüentemente o Código Penal a ter sempre na memória os horrendos crimes contra grupos humanos, não deixando jamais esmaecer a luta contra os déspotas que os praticaram, e evitando, para sempre, a sua repetição.

Dos crimes contra vida

42. Mantida a conceituação vigente dos casos de homicídio doloso e culposo, incluiu-se a hipótese da multiplicidade de vítimas, na modalidade culposa, com o aumento razoável da pena.

Eliminou-se, no infanticídio, a discutida fórmula da "Influência do estado puerperal", instituindo-se o conceito do crime praticado *honoris causa*.

Além dos casos já admitidos na legislação vigente de provocação direta ao suicídio, admitiu-se agora a provocação indireta à autodestruição da vida.

Entre as modalidades do crime de aborto, incluiu-se a do cometido por motivo de honra; o aborto preterdoloso, que figurava no Capítulo das lesões, foi agora colocado no Capítulo próprio, com conceituação mais precisa.

Melhor redação foi dada aos casos de discriminação do aborto, quando é o único recurso para evitar a morte da gestante ou quando a gravidez resulta de estupro. Cuidados especiais foram tomados para a verificação da honestidade de ambas as alegações.

Do genocídio

43. Embora podendo merecer um capítulo à parte, tratando-se de crime contra pessoas humanas, reunidas em grupos nacionais, étnicos, religiosos ou raciais, visando a destruí-los, entendeu-se prudente inserir o velho delito, brutalmente renovado no Século XX, no Título dos crimes contra a pessoa.

Vários casos assimilados são admitidos, estabelecendo-se um aumento de

pena se o crime é praticado por governante ou mediante determinação deste.

Da lesão corporal

44. Com este *nomen iuris*, foi mantido o conceito do crime que compreende "todo e qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental".

Distinguiu-se, porém, no caso de gravidade das lesões, a hipótese de serem os resultados graves produzidos dolosa ou culposamente, para o efeito da justa aplicação da pena. O Código atual prévia tal distinção apenas quando o resultado mais grave fôsse a morte. No projeto, além do homicídio preterdoloso, acolheu-se agora a figura da lesão grave preterdolosa; atendeu-se, desta forma, aos reclamos dos juizes que, em boa consciência, se recusavam a apenar tão severamente, como manda a lei atual, lesões qualificadas pelo resultado, quando este não era a morte.

No caso de reciprocidade de lesões leves, não se sabendo qual dos contendores atacou primeiro, ou quando ocorrem as hipóteses de grande valor ético, poderá o juiz não só substituir a pena de detenção pela pecuniária, como conceder o perdão judicial.

No que diz respeito à ação penal, estabeleceu-se que, se a lesão corporal é leve ou culposa, somente se procede mediante representação. Com esta providência, para casos de tal simplicidade, aliviar-se-á o pesado ônus que no momento recaí nos cartórios de polícia e nas varas criminais, sem qualquer vantagem social.

Da periclitación da vida e da saúde

45. Eliminaram-se as figuras dos crimes de perigo de contágio venéreo ou de moléstia grave.

Alou-se ao progresso da medicina, em tais casos, a ausência de repercussão forense dos fatos porventura havidos. Não se deixa, todavia, sem proteção penal a saúde humana, em tais hipóteses, pois, quando ocorrer o *dolus periculi*, poderá enquadrar-se o fato na regra geral do art. 135, que prevê o delito de exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo direto e iminente.

46. Esclareceu-se, no crime de exposição ou abandono de recém-nascido, o

problema da autoria: é a pessoa da mãe, e, assim mesmo, para gozar do benefício da pena tão reduzida, é indispensável provar-se a *honoris causa*.

47. No crime de rixa, agora incluído no elenco dos delitos de periclitção da vida e da saúde, fêz-se mais clara a distinção entre a rixa simples, quando defa resultem lesões leves ou não resulta nenhuma, e a rixa complexa, quando ocorre morte ou lesão grave. Em ambas as hipóteses, é claro que o motivo nobre de intervir na rixa para separar os contendores excluirá o crime.

Dos crimes contra a honra

48. Mantiveram-se, em geral, os crimes de calúnia, difamação e injúria nos termos da lei atual. Particularizou-se, entretanto, o caso da ofensa a pessoa jurídica, quando a propalação de fatos não verdadeiros contra ela forem capazes de abalar-lhe o crédito ou a confiança que esta merece do público.

Tal hipótese admite, ainda, a agravção da pena se o crime é cometido por meio da imprensa, do rádio ou da televisão.

Dos crimes contra a liberdade

49. No crime de constrangimento ilegal, manteve-se a redação da lei vigente. Não se considerou necessário alterá-la, não obstante várias sugestões recebidas pela Comissão Revisora. A hipótese de dominar a vítima por meio de hipnose, entorpecente ou substância que determine a dependência física ou psíquica equipara-se, para todos os efeitos penais, à violência. No caso particular deste crime, incorpora-se à frase "ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência".

50. A exclusão do crime, quando o constrangimento se faz para conjurar iminente perigo de vida ou de grave dano ao corpo ou à saúde, oferece a ressalva do caso de transplante de órgão, o que, pela novidade dos fatos em tal campo da medicina, deve continuar ainda objeto de lei especial.

Do crime contra a inviolabilidade do domicílio

51. Melhorou-se a redação da lei vigente, especialmente no que se refere ao "repouso noturno", em vez de "noite", e no que tange às hipóteses de dispensa

da tutela penal do § 5.º do art. 158. Nos demais, com poucas alterações, foi mantido o Código atual.

Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência e comunicação

52. Com pequenas alterações, foi mantida a lei atual. Num período em que crescem, de maneira impressionantemente rápida, as telecomunicações, pelos progressos da telefonia, das redes de televisão, do uso do telex e dos satélites artificiais, impondo medidas novas a cada momento, entendeu-se melhor deixar para lei especial, que no momento se reforma no País, as configurações delituosas particulares da espécie.

Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos

53. A novidade introduzida nesta seção é a consistente no crime de violação de intimidade, matéria versada nos Congressos de Direito Penal, como o que se realizou ultimamente no Chile. O abusivo emprêgo de teleobjetivas e instrumentos congêneres para violar visualmente a intimidade da vida privada, ou o uso de microfones secretos ou gravações clandestinas para violar o resguardo das palavras ou discursos que não foram pronunciados publicamente, constituirá o delito que se incorpora ao elenco das infrações penais. É óbvio, entretanto, que a justa causa elidirá o caráter criminoso do fato.

Quanto aos demais crimes, mantém-se a situação da lei atual.

Dos crimes contra o patrimônio

54. Mantida a conceituação atual do crime de furto, definiu-se, com precisão, o pequeno valor da coisa furtada pelo agente primário: é o que não exceda a quantia de um décimo do salário-mínimo mensal, considerado este sempre o mais alto do País.

Os mesmos benefícios penais previstos para o delito de furto atenuado são admitidos, independentemente do valor da coisa, para o criminoso primário que restitui a coisa ao dono ou repara o dano causado antes de instaurada a ação penal. É a ênfase que o projeto dá, em todo o seu texto, à grande arma da luta contra o crime: a reparação do dano, ou a restituição da coisa quando possíveis.

Entre os casos de furto qualificado incluiu-se o de animais bovinos ou eqüinos, deixados em currais, campos ou retiros, onde não há possibilidade material de estreita vigilância. É delito que atinge as grandes áreas rurais, que não podem ser esquecidas pelo legislador penal.

O furto de uso, que se fez mais e mais freqüente, em especial no que se refere ao automóvel, é agora previsto. É claro que, se o agente subtraiu o veículo, usou-o e, em vez de repô-lo no lugar onde se achava, abandonou-o em qualquer outra parte, não realizou o furto de uso, mas furto consumado.

55. O roubo qualificado tem novas modalidades: se o agente causa, dolosamente, lesão grave ou se há morte preterdolosa.

Em consequência, o latrocínio existe apenas quando a morte é dolosamente ocasionada. Eliminando dúvidas surgidas na aplicação da lei atual, o projeto incrimina o latrocínio, mesmo se a lesão patrimonial deixa de consumir-se. É que, embora previsto como delito contra o patrimônio, foi atingido um bem fundamental que é a vida humana.

56. Na extorsão mediante seqüestro, forma das mais graves atualmente praticadas, equipara-se, para os efeitos penais, a tentativa ao crime consumado.

57. Quando, para a obtenção da vantagem econômica, a grave ameaça não é à vida ou à integridade da vítima, mas à sua reputação ou de pessoa que lhe seja particularmente cara, configura-se o delito de chantagem, agravando-se a pena se a ameaça de divulgação do fato é de fazê-lo pela imprensa, radiodifusão ou televisão.

58. No crime de dano, às três formas já admitidas — destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia — acrescentou-se a de fazer desaparecer, a qual, não se equiparando ao furto, nem ao dano próprio, ficava sem a devida repressão penal.

No dano em coisa tombada, incluíram-se outras hipóteses de tombamento que não estavam previstas no Código vigente. Tutela-se agora a coisa tombada pela autoridade competente, em virtude de seu valor artístico, paisagístico, arqueológico, histórico, etnográfico ou bibliográfico. A pena, que na legislação

atual era menor que a do dano qualificado, é agora majorada, em vista de ofender bens de ordem cultural que dificilmente poderão ser restaurados.

59. No Capítulo do estelionato e outras fraudes, houve importantes alterações.

A emissão de cheque sem fundos e a expedição de duplicata simulada passaram, segundo a melhor doutrina, para o Capítulo da falsidade documental. Permanece, entretanto, como modalidade de fraude patrimonial o fato de frustrar, sem justa causa, o pagamento de cheque que emitiu em favor de alguém.

Inseriu-se também a fraude em jogo desportivo ou competição de animais, desde que se objetive vantagem econômica.

Reduziu-se, no art. 189, a fraude, punível como crime, à hospedagem fraudulenta. O fato de tomar uma refeição em restaurante, ou utilizar-se do transporte num veículo, sem dispor de recursos para efetuar o pagamento, deve passar ao elenco das contravenções.

O Código vigente já havia absorvido a parte penal da legislação específica das sociedades por ações. Com o rápido crescimento da vida financeira do País, surgiu, especialmente após a Revolução de 1964, toda uma legislação nova regulando o mercado de capitais e o funcionamento das instituições financeiras. Os instrumentos penais contidos nessa legislação específica estavam a exigir uma atualização, como se observou no Congresso Nacional de Direito Penal, realizado em São Paulo, em 1968. Incluiu-se, então, no projeto, com redação mais precisa, toda a parte penal da referida legislação, enriquecida com preciosas sugestões recebidas das autoridades financeiras superiores.

60. A usura passou a integrar um capítulo novo do projeto. O juro extorsivo, o lucro patrimonial excessivo em contrato de mútuo de dinheiro ou qualquer outro devem ser reprimidos penalmente.

O projeto, entretanto, prudentemente, num país que ainda não debelou de todo a inflação, referiu-se à taxa de juros fixada não apenas em lei, mas em regulamento ou ato oficial, de acordo com a competência que têm hoje as autoridades monetárias superiores.

61. No que diz respeito à receptação, o projeto oferece redação atualizada, pe-

la absorção de leis especiais, e estendendo a tutela penal a bens e instalações de entidades de direito público, de empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista, sociedade de que participe a União, Estado ou Município como acionista majoritário, ou empresa concessionária de serviços públicos.

Dos crimes contra a propriedade imaterial

62. Pouco se inovou no Capítulo referente aos crimes contra a propriedade intelectual.

Com o advento do novo Código da Propriedade Industrial, tornou-se imperiosa a atualização dos crimes contra patente de invenção, de modelo de utilidade, de desenho ou modelo industrial e outras infrações penais contra a propriedade industrial e comercial. Toda a parte penal foi omitida do Decreto-Lei n.º 254, de 28 de fevereiro de 1967, sendo mantidas as disposições punitivas da lei anterior.

Advindo novo Código Penal, era justo que se fizesse retornar ao seu texto, e devidamente atualizados, todos os dispositivos penais que tutelam a matéria. É o que agora se oferece no projeto.

Dos crimes contra a liberdade ou organização do trabalho

63. Mantém-se, em geral, a incriminação dos fatos que, encerrando violência ou grave ameaça contra a liberdade ou a organização do trabalho, perturbam a vida social do País.

Dá-se, entretanto, redação mais precisa às diversas figuras criminais, criando-se novo conceito de abandono coletivo de trabalho. Enquanto a lei vigente exige apenas o concurso de três empregados no mínimo, o projeto, ao reprimir a greve violenta, define-o como o deliberado pela totalidade ou maioria dos empregados de uma ou várias empresas, acarretando a cessação de todas ou de algumas atividades.

Inserem-se também uma norma penal em branco, ao incriminar-se o fato de omitir o empregador as prescrições legais ou regulamentares das medidas de higiene e técnicas da segurança do trabalho.

Continuará ressaltada a legislação especial de greve, que prevê outras figuras criminais relacionadas com os fatos ali previstos.

Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos

64. Permanecem com redação mais precisa os crimes deste Título na lei atual.

A matéria relativa à extirpação de órgão ou tecido de cadáver, bem como a de transplantes, continuará em legislação especial, dada a novidade da matéria, que não permite ainda definições suficientemente estáveis.

Dos crimes contra os costumes

65. São mantidos, com diversos aperfeiçoamentos, os dispositivos atuais dos crimes contra a disponibilidade sexual e os delitos de sedução, corrupção de menores e rapto.

No que se refere à ação penal, que, em regra, nestes crimes, depende de queixa, incluiu-se, entre os casos excepcionais em que cabe ação pública, a hipótese de, quando fôr empregada a violência, resultar à vítima lesão grave ou morte.

66. Entre os crimes de lenocínio, continua a figurar, com a redação atual, o local de prostituição; definiu-se, entretanto, agora, como irrelevante o fato da dissimulação do local, sob aparência de hotel, pensão, hospedaria ou casa de cômodos, ainda que mediante licença para o seu funcionamento como tal.

67. Os delitos de ultraje público ao pudor são mantidos com redação semelhante à do Código vigente. Acrescentou-se, porém, a televisão como um dos veículos de divulgação criminosa de obscenidades.

Dos crimes contra a família

68. O projeto criou um novo capítulo no Título VII: Do crime contra a moral familiar. Define-se aí o incesto, agravando-se a pena se o delito for praticado em relação à menor de dezesseis anos.

69. Conservam-se os atuais crimes contra o casamento, inclusive o adultério, que fortes correntes no Brasil insistem em retirar do ilícito penal para conservá-lo apenas como ilícito civil. Pareceu, entretanto, à Comissão Revisora que seria errôneo manter-se a incriminação da simples simulação de casamento e descreminar-se o mais grave fato contra o casamento: o adultério. É falso dizer-se que a moral média do povo brasileiro se contenta com a prova obtida em inquérito policial para promover o desquite na esfera civil. A ausência de condenações criminais pelo delito de adultério deve-se mais à permanência da mentalidade, que nos vem das velhas Ordenações, de o ofendido fazer justiça pelas próprias mãos quando toma conhecimento do adultério do seu cônjuge. As seções criminais dos órgãos de imprensa trazem com frequência notícias de homicídios e tentativas de homicídio, por motivo de adultério. Mantendo-se a incriminação deste, procura-se educar, com a função pedagógica que é também inerente ao Código Penal, o nosso povo a buscar, no processo criminal, uma solução mais humana para os seus propósitos de vingança. Só se contenta com o ilícito civil aquele que já tem, há muito, desfeito espiritualmente o seu matrimônio.

70. Entre os crimes contra o estado de filiação, o projeto inclui novas figuras. Assim, é crime registrar como seu o filho de outrem; igualmente, a fecundação artificial, sem o consentimento do marido, com sêmen de outro homem.

71. O projeto incorporou, entre os delitos contra assistência familiar, os dispo-

sitivos penais da Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, que modificou a figura do abandono material, a fim de assegurar, pela ameaça da pena, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

Criou também, entre as modalidades do abandono moral, a figura da omissão de cuidados e providências que pais ou responsáveis deviam tomar, quando podiam fazê-lo, para preservar de corrupção moral, menor de dezesseis anos sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda. Era providência legislativa há muito reclamada por juizes e autoridades policiais, que têm agora como chamar à responsabilidade aqueles que, sem justa causa, se subtraem ao dever de preservar eticamente os filhos e outros menores sob sua guarda.

Dos crimes contra a incolumidade pública

72. Com o aparecimento e utilização da energia nuclear, tornou-se imperiosa a criação de uma modalidade especial do crime de explosão, majorando-se a pena quando o meio empregado for o desencadeamento dessa energia.

Também o abuso de radiação ionizante ou de substância radioativa constitui nova figura criminal, quando expuser a perigo a vida ou a integridade física de outrem.

A embriaguez ao volante, por criar perigo a um número ilimitado de pessoas, na via pública, é também erigida em crime.

A violação de regra de trânsito, quando expõe a incolumidade de outrem a perigo efetivo e grave, constitui igualmente crime.

73. O art. 291 define, como delito, 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.

Para configuração do delito, não basta causar o acidente, pois tal fato pode ser mesmo penalmente irrelevante; é indispensável que o agente deixe o local sem prestar socorro à vítima que sofreu dano pessoal. Este fato poderia ser capitulado entre os crimes contra a administração da justiça, pois dificulta sensivelmente a prova da autoria. A Comissão de revisão final preferiu, entretanto, colocá-lo entre os crimes contra a incolumidade pública, sob a ponderação de que a vida humana deveria merecer prioridade na tutela penal.

74. Com alterações de redação, foram, em geral, mantidos os crimes contra a segurança dos meios de transporte e comunicações e outros serviços públicos.

Na primeira modalidade do perigo de desastre ferroviário, omitiu-se o verbo "destruir", pois o termo "danificar" abrange (art. 175) tanto "destruir" como "inutilizar" ou "deteriorar".

O art. 294, que insere a fórmula residual dos atentados contra os veículos, teve a sua pena sensivelmente majorada. Não era justo que o perigo de desastre com um bonde (equiparado pelo § 4.º do art. 292 a "estrada de ferro") fôsse crime de maior apenação que o perigo de desastre com o ônibus, que faz hoje grandes percursos interestaduais e mesmo internacionais. E o ônibus, na sistemática do nosso Direito Penal, se encaixa na forma residual do art. 294.

O projeto incorporou também, no crime de atentado contra serviço de utilidade pública, a majorante de pena prevista na Lei n.º 5.346, de 3 de novembro de 1967, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento do serviço.

75. O elenco dos crimes contra a saúde pública foi enriquecido com várias figuras, como a poluição de lagos e cursos de água ou, nos lugares habitados, as praias e atmosfera, infringindo pres-

crições legais ou regulamentares emanadas de autoridades federais.

A matéria referente ao comércio, posse ou facilitação do uso de entorpecente ou substância de efeito similar, que se continha no Decreto-lei n.º 385, de 26 de dezembro de 1968, foi agora incorporado ao projeto.

Dos crimes contra a paz pública

76. O projeto mantém as mesmas incriminações da lei atual, alteradas tão-somente as penas pecuniárias.

Dos crimes contra a fé pública

77. O Capítulo I — Da moeda falsa — foi atualizado para adaptar o seu conteúdo e a sua linguagem aos princípios que regem presentemente o meio circulante no País.

Como modalidades de falsificar, distinguem-se a **fabricação** e a **adulteração**. Esta última substitui a antiga **alteração**, ficando assim conforme a linguagem adotada oficialmente nos serviços de polícia científica e nas convenções internacionais.

Na nova redação do § 3.º do art. 322, teve-se em conta, ainda que em termos gerais, a **entidade pública** que fabrica ou emite moeda. A **criminosidade** da fabricação pode atingir não apenas o título ou pêsso da moeda, como o estabelece a lei atual. Outras características determinadas pelas autoridades monetárias, como a forma, o desenho, o tamanho etc., podem ser desobedecidas pelo agente. Daí, a redação atual, que fala em "papel-moeda ou moeda metálica com características diferentes das determinadas pelo órgão competente".

Entre os crimes especiais com papel-moeda, incluiu-se a fórmula "Recompôr cédula recolhida e inutilizada, para o fim de restitui-la à circulação". Teve-se em vista que a inutilização, já de há muito, não se faz com a aposição de sinais que possam ser suprimidos, como prevê o Código atual. Com o sistema atual de

inutilizar as cédulas pela perfuração, cabe melhor, a redação já apontada.

No delito de criação de moeda paralela configura-se a emissão, sem permissão legal, de nota, bilhete, cupom, vale, ficha, bônus, título, brinde ou semelhante, com o propósito de exercer função de dinheiro ou moeda. Tal fato deverá significar uma promessa de pagamento ao portador, ainda que tal não esteja expressamente consignado.

Da falsidade de títulos e outros papéis públicos

78. Com pequenas modificações o projeto mantém a legislação atual.

Da falsidade documental

79. Atendendo à evolução tecnológica, equiparou-se a documento, para os efeitos penais, o disco fonográfico e a fita ou fio de aparelho eletromagnético a que se incorpore declaração destinada à prova de fato juridicamente relevante.

O cheque sem fundos e a duplicata simulada passam a constituir crimes de falsidade documental, incorporando-se, no último, o dispositivo penal da Lei n.º 5.474, de 18 de julho de 1968.

80. O projeto inova numa disposição geral, ao estabelecer que, se o crime contra a fé pública for o único meio empregado na prática de outro crime, o agente responderá tão-somente pela falsidade, mas com a pena aumentada de um a dois terços.

Dos crimes contra a administração pública

81. Criou o projeto, entre as várias modalidades do peculato, o delito de **peculato de uso**, incriminando o uso, ou a permissão do uso indevido, de veículo ou qualquer outra coisa infungível de valor ponderável, pertencente à administração pública, para fins alheios ao serviço.

82. Foram mantidos, em geral, os demais crimes contra a administração pública, observando-se, todavia, a alteração do **nomen juris** da **Advocacia administrativa para Patrocínio indébito**, pelo respeito que merece a atividade lícita

do exercício da advocacia perante as repartições administrativas.

83. O conceito de funcionário público para os efeitos penais teve a sua equiparação ampliada para quem exerce cargo, emprêgo ou função em autarquia, sociedade de economia mista ou sociedade de que participe a União, Estado ou Município como acionista majoritário.

84. A fim de obviar o inconveniente de haver dois crimes com o mesmo **nomen juris**, o projeto distinguiu, no art. 373, o **Tráfico de influência**, perante a administração pública, da **Exploração de prestígio**, no art. 402, perante órgãos do poder judiciário.

85. Incluiu-se, entre os crimes contra a administração da justiça, a figura da **publicidade opressiva**, consistente em fazer, pela imprensa, rádio ou televisão, antes da ocorrência de decisão definitiva em processo penal, comentários com o fim de exercer pressão relativamente a declarações de testemunhas ou decisão judicial.

86. Acolheu o projeto, ainda, o delito de **Exercício ilegal da advocacia**, para quem prestar assistência jurídica a outrem, sem autorização e mediante remuneração.

Estou seguro, Senhores Ministros no exercício da Presidência da República, que a sanção ao presente projeto, atualizado quanto à doutrina, ponderado com as luzes da jurisprudência, e coordenado com as leis já editadas pela Revolução de 1964, constituirá um testemunho universal da cultura jurídica brasileira, nivelando-se com os melhores e mais perfeitos códigos penais do mundo.

Ficará a Nação Brasileira a dever a Vossas Excelências mais este serviço, que enobrecerá o País e constituirá motivo de justo orgulho cultural para todos os que porfiaram em exaltar a ciência jurídica de nossa Pátria.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossas Excelências protestos de profundo respeito. — **Luis Antonio da Gama e Silva**, Ministro da Justiça.