

A REFORMA DO CÓDIGO PENAL (ASPECTOS PARCIAIS)*

JOSÉ AUGUSTO DELGADO**

Juiz federal (RN) e Professor Assistente do Departamento de Direito Público da UFRM

1. - Na, na atualidade, uma conscientização sedimentada, nos vários segmentos da sociedade, defendendo a reforma não só do Código Penal Brasileiro, como também, de outros Códigos que compõem o nosso ordenamento jurídico.

Na verdade, o movimento em tal sentido se iniciou com as modificações Introduzidas no Direito Processual Civil legislado, quando, em 01.01.1974, entrou em vigor o atual Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11.01.1973), que, por sua vez, já foi alterado pelas Leis nº 5.925, de 01.10.1973; 6.014, de 27.12.1973; 6.071, de 03.07.1974; 6.247, de 07.10.1975; 6.314, de 16.12.1975; 6.355, de 08.09.1976; 6.435, de 15.07.1977; 6.515, de 26.12.1977; 6.745, de 05.12.1979; 6.771, de 27.03.1980; 6.780, de 12.05.1980; 6.820, de 16.09.1980; 6.830, 22.09.1980; 6.851, de 17.11.1980; 6.899, de 08.04.1981.

2. - No momento em que nos destinamos a pesquisar a razão pela qual os nossos Institutos Jurídicos positivos se submetem a constantes alterações, o pensamento deve se voltar para a função dinâmica do direito, atuando na busca de acompanhar as mudanças sociais e procurando fornecer meios de controle com capacidade de estabilizar os conflitos vivos.

3. - Não se pode deixar de reconhecer que as mudanças no comportamento dos membros da sociedade representam reflexos de vitalidade. Entretanto, elas conduzem a uma diminuição de segurança,

* Palestra proferida no Curso de Atualização para Oficiais da Polícia Militar do RN, NATAL – RN, maio - 1981.

** Ministro do Superior Tribunal de Justiça a partir de 15.12.1995 e aposentado em 05.06.2008.

pelo fato de que se alteram as vigas mestras sustentadoras das Instituições tradicionais nascidas de agrupamentos que se valorizaram através dos tempos.

4. - Centro de tal perspectiva, surge a necessidade da presença do Estado que, através do Direito Positivo, impõe normas reguladoras do atuar humano.

5. - Não nos filiamos a corrente daqueles que criticam as constantes modificações que são feitas em nosso ordenamento jurídico positivo. Entendemos como uma consequência do momento contemporâneo, quando as transformações sociais, políticas, econômicas, religiosas, de costumes e de valores ocorrem constantemente exigindo um aperfeiçoamento das leis, sob pena de desatualização.

Por outro lado, o desenvolvimento da Ciência Jurídica tem imposto que novas concepções sejam firmadas sobre os variados temas de direito, pelo que Institutos considerados intransponíveis se submetem, hoje, a várias Indagações e se quedam ante as recentes teorias criadas.

6. - O nosso Direito Penal, até recentemente, viveu distanciado dos efeitos da sua aplicação e da sua funcionalidade. A validade imposta pelos fenômenos jurídicos era absorvida por esquemas teóricos e científicos que impunham uma preocupação maior só com a sistematização e Interpretação coerente do estatuto penal. Alguns estudiosos mais progressistas chegaram até a afirmar, como um grito de alerta, que estava acontecendo a falência do direito Penal, em face do fracasso detectado por, ao invés de provocar, ...a fase de execução, a reintegração social do condenado, ser veículo de elevação dos índices de reincidência criminal.

7. - Uma visão sintética dos problemas penais, na atualidade, nos mostra que, realmente, o direito Penal Positivo não está alcançando a sua finalidade filosófica. No particular, e de ser lembrada a afirmação do

Prof. Giuseppe Bettiol, Catedrático de Direito Penal da Universidade de Pádua, quando enfatizou que

o direito penal é uma concepção de vida: é uma filosofia. É obra vã procurar arrancar do humus moral e filosófico a planta do direito penal. Sem ele, ela não pode viver, nem desenvolver-se. Está condenada a morte, àquela morte que o positivismo criminológico preparou para o direito penal, quando — ainda que em nome de uma filosofia — o transportou para o puro terreno dos fatos, deitando-o sobre uma mesa anatômica, onde a personalidade moral do homem é uma recordação já muito distante (In "O Problema Penal", trad. de Fernando de Miranda, pág. 35, Edição Coimbra Editora Ltda, abril/67).

8. - É de se registrar que os embargos enfrentados pelo Direito Penal legislado se concentram em vários fatores, exigindo estudos de cada um e aprofundamentos que o presente trabalho não permite.

Entretanto, para simples fixação de tais dificuldades e das Idéias que cercam o Direito Penal vigente, passamos a comentar algumas delas:

a) O problema da pena, especialmente, o contraste existente entre a concepção retributiva e a concepção defensiva da pena;

b) o respeito pela personalidade humana (da concepção retributiva da pena) exige a eliminação das penas que ofendem o homem e o aviltam;

c) a desigualdade da aplicação da Justiça na administração criminal, quando só os marginais pobres estão nos cárceres;

d) o desajustamento dos menores, a evolução das enfermidades mentais, o crescimento das minorias étnicas e culturais, a marginalidade da mulher, a dimensão da violência, a criminalidade oculta e o uso de tóxicos;

e) a inadequação do sistema penitenciário e os seus problemas reflexos;

f) as fortes tensões impostas pelo Estado e pela pressão econômica.

9. - Do pouco que já foi exposto, é fácil a verificação de que há necessidade do Direito Penal se modificar. A Ciência do Direito Penal não pode se afastar dos problemas políticos, econômicos e sociais por preferir as investigações puramente técnico-jurídicas ou dogmáticas. A mudança do Direito Penal é uma imposição de contexto social em que vivemos. As categorias Jurídicas penais necessitam atingir concretamente os fatos sociais, estabelecendo regras que permitam o controle da criminalidade e a ressocialização do infrator.

10. - O Ante-Projeto de reforma do Código Penal Brasileiro que o Governo Federal submete ao estudo de todos os segmentos da sociedade brasileira para estudo e apresentação de sugestões, é o reflexo das necessidades de mudança que são justificadas pelo pensamento anterior.

11. - É imprudente se afirmar que o resultado das modificações irá resolver todos os problemas penais, entretanto, só o fato do Governo se mostrar preocupado em aperfeiçoar o ordenamento jurídico penal, isso representa um grande passo para que em um futuro longínquo muito se possa alcançar.

12. - A visão do Ante-projeto nos mostra, de imediato, que se defende uma profunda reforma na Parte Geral do Código Penal.

Em face dos limites impostos ao presente trabalho, a nossa discussão ficará limitada a alguns aspectos de sentido modificador da estrutura atual.

13. - O Ante-Projeto propõe que o § único do art. 2º de Código Penal, passe a ter a seguinte redação:

“Artigo 2º Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, mesmo que já julgados”.

Trata-se da aplicação, sem qualquer condição, do princípio da retroatividade benigna da lei. O que se propõe está devidamente compatibilizado com o princípio constitucional contido no art. 153, § 16, da CF, do teor seguinte:

“A Instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e a pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

O parágrafo único do art. 2º do Código Penal, ao dispor que “A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos vigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível”, contraria, em sua parte inicial, o princípio constitucional já referido. Assim, de acordo com a lei penal vigente, se a lei posterior capitulasse uma atenuante não prevista na lei anterior, ela só poderia ser aplicada se o fato não estivesse definitivamente julgado. Não é o que determina a Constituição Federal; a lei penal retroage por comando constitucional, mesmo que haja coisa julgada, em casos da “abolitio criminis”, na da pena mais branda e quando por qualquer outro modo favorecer ao acusado. E aplicação Incondicional do princípio da retroatividade “in melius”.

14. - A disposição sobre o lugar do crime, tradicionalmente, entre nós, sob a proteção do princípio da territorialidade se encontra alterada no ante-projeto. A proposta para a redação do art. 4º é: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de

direito Internacional, ao crime cometido no território nacional". A redação do artigo 4º do Código Penal vigente, dispõe: "Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado".

15. - O que o legislador pretende é deixar devidamente caracterizado com definição autônoma, o princípio da territorialidade, o lugar do crime e o tempo do crime.

Para tanto, acrescentou os artigos 5º e 6º. Este quanto ao termo do crime:

"Artigo 6º. O crime se entende praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado".

Aquele trata do lugar do crime, dispondo:

"Artigo 5º. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado".

16. - Fazendo incidir a meditação no atual art. 4º do Código Penal, firma-se a conclusão de que aí se cuidou da aplicação do princípio da territorialidade temperada,

que permite, com a quebra do conceito de Impenetrabilidade do direito interno, ou de exclusividade jurídica do Estado sobre o seu território, atual, em determinados casos, a lei de outro Estado, em obséquio à boa convivência internacional e sob o auspício da reciprocidade de tratamento (Vicente Sabino Júnior, pág 93, direito Penal, 1980).

17. - Diante do que se afirmou, ressalte-se o abandono pelo nosso sistema penal dos demais princípios que dominam a eficácia da lei penal no espaço: a) o da personalidade ou nacionalidade; b) o da defesa, também chamado princípio real ou proteção; c) o da jurisdição universal, ou da universalidade do direito.

18. – Além do princípio da territorialidade, o art. 4º do Código atual cuidou do lugar do crime. Fê-lo com apoio no princípio da teoria da unidade ou ubiqüidade, também conhecida como mista (junção da teoria da ação e do efeito), que tem por lugar do delito aquele em que for realizado. “Qualquer um dos seus elementos integrantes, seja o da execução, seja o do momento consumativo” (Magalhães Noronha, pág. 94, Direito Penal, 1º volume).

19. - No nosso entender, o ante-projeto, sem abandonar a teoria referida, uma vez que as demais (a da intenção da atividade, e do efeito, a do efeito Intermédio, a da ação a distância e a limitada da ubiqüidade) são inaceitáveis pela nossa doutrina, foi profundamente feliz em definir de modo isolado o lugar do crime e o tempo do crime (art. 5º e 6º).

A prática da ação ou estado de omissão, no todo ou em parte, representa o momento nuclear para definir o lugar e o tempo do crime. Este, como sabemos, é composto dos seguintes elementos:

a) conduta humana dolosa ou culposa; b) resultado (salvo nos crimes de mera conduta); c) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado (salvo nos crimes de mera conduta e formais); d) enquadramento do fato material (conduta, resultado e nexos) a uma norma penal incriminadora (Damásio de Jesus, 1º volume, Parte Geral, Ed. Saraiva).

É o resultado do conceito dogmático do delito: ação típica, antijurídica culpável e punível.

20. - Uma outra salutar inovação introduzida pelo ante-projeto está contida nos §§ 1º e 2º do art. 4º. Primeiramente, firme-se o entendimento do que seja a extensão do território nacional para fins penais (§ 1º), para, em seguida, determinar a aplicação da lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou navios estrangeiros de propriedade privada, achando-se aqueles em pouso no território nacional

ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estes em porto ou mar territorial do Brasil.

21. - A omissão existente no Código Penal atual sobre o conceito da extensão do território nacional, nos leva a seguir as regras fixadas pelo Direito Internacional, pelo DL. nº 1.098, de 25.03.1970, art. 1º (Mar Territorial), pela Sexta Conferência Pan-Americana de Havana, em 1928 (Abrigo de Criminoso em Navio), pelo Código Brasileiro do Ar (Dec. lei 32, de 18.11.1966) e outras normas relativas ao assunto.

22. - A aplicação da lei penal brasileira aos crimes cometidos no estrangeiro foi aperfeiçoada no Ante-Projeto.

Deparamo-nos, agora, com o princípio real ou de proteção sendo seguido pelo nosso legislador, no art. 7º, I, do Ante-Projeto, tendo em vista a relevância das objetividades jurídicas ou bem interesses tutelada, como a vida ou a liberdade do Presidente da República, o patrimônio ou a fé pública de nossas entidades políticas, etc (Magalhães Noronha, ob. cit., pág. 96).

23. - As modificações pretendidas se encontram catalogadas nas letras "b" e "d", I, do art. 7º, permanecendo nas demais letras do inciso o já existente. Assim, na letra "b", pretende-se que seja punido o crime cometido contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado ou Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou publicação instituída pelo Poder Público.

No momento, o Código Penal não trata de punir os crimes cometidos no estrangeiro contra o matrimônio ou a fé pública do Distrito Federal, de Território, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público.

A letra "d" cuida da prática de genocídio, quando praticado no estrangeiro, por brasileiro ou agente domiciliado no Brasil.

O genocídio, em nosso sistema jurídico é regulado pela Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, que não se preocupa com o seu cometimento, no estrangeiro, por brasileiro ou por agente domiciliado no Brasil.

24. - No inciso II, do art. 7º, foi acrescentada a letra "c", tratando da sujeição à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes praticados em aeronaves ou navios brasileiros, mercante ou de propriedade privado, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

25. - O desprezo das frações não computáveis de pena é apresentado no Ante-Projeto de acordo com a sistemática que o mesmo defende, quanto ao sistema de punibilidade. A redação proposta é: "Art. 11. Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, nas patrimoniais, as frações de cruzeiro".

A atenção do estudioso se volta, desde logo, para a expressão "penas privativas", no plural, e "patrimoniais", a mostrar que o assunto "pena" será tratado, adiante, no Ante-Projeto, com sensíveis diferenças do sistema atual.

26. - O artigo 12 do Ante-Projeto manda aplicar as regras legais do Código aos fatos Incriminados por lei especial. Não repete o final do art. 10, do código Penal, que manda aplicá-las, salvo se a lei especial dispor de modo diverso.

27. - A relação de causalidade do crime se apresenta, no art. 13 do Ante-Projeto, melhor definido do que o faz o atual Código no art. 11.

Ali se diz que "O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem, por ação, o tenha causado ou, por omissão, não o tenha impedido". Há maior clareza e unidade do conceito,

o que não existe na afirmação do art. 11, do Código atual, do teor seguinte:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

28. - A omissão foi considerada relevante, secundo o § 2º do art. 13, do Ante-Projeto, “quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Trata-se de conduta não tratada, com tal destaque, no Código atual. O seu destaque, como fez a comissão encarregada de elaborar o Ante-Projeto, atende a necessidade de se responsabilizar serialmente maior intensidade aquele que se comporta embora tendo o dever de agir, com omissão consciente na formação do delito.

29. - Uma outra inovação que se apresenta que consideramos de rara felicidade é a que explicita, na relevância da omissão, a quem incumbe o dever de agir. Assim, de acordo com a parte final do § 2º do art. 13, a proposta é para que

O dever de agir incumbe a quem:

- a) Tenha por lei obrigação de cuidado, prestação ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

30. - O arrependimento posterior ao delito, também, foi preocupação do Ante-Projeto, desde que o crime seja cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e o dano tenham sido reparados com ato espontâneo do agente. A pena, em tal circunstância, poderá ser reduzida de um a dois terços ou substituída por outra menos grave.

31. - Um outro aspecto cuidado foi o da agravação pelo resultado. O que se quer é a responsabilidade só do agente que houver causado o crime, ao menos culposamente.

32. - Outras profundas modificações são propostas. O erro cassou a ser cuidado com as idéias modernas da doutrina, realçando-se o erro sobre elemento do tipo, os discriminantes políticos e o erro sobre a ilicitude de fato (arts. 23 e 21).

Considerou-se, outrossim, a punição do excesso culposo nas hipóteses de estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal.

O termo responsabilidade empregado pelo legislador de 1940 foi substituído por imputabilidade.

Na co-autoria não se seguiu rigidamente a teoria unitária. A medida da culpabilidade do co-autor é quem vai determinar a sua culpabilidade, além de se valorizar, para efeito de diminuição da pena, a participação de menor importância.

Substanciais alterações sofreu o título das penas, pondo-se um fim ao regime tradicional que devia ser substituído pelo trinômio: a) penas privativas de liberdade, b) restritivas de direito, c) patrimônios.

O estudo de tais aspectos, a partir do erro, recebe um aprofundamento maior, que não cabe nos limites impostos ao presente trabalho.