

Aspectos do código penal brasileiro de 1969

ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES

Professor da Faculdade de Direito da U.F.M.G.

SUMARIO

1. Anteprojeto; 2. Estrutura; 3. Inovações; visão geral; 4. Parte geral: modificações; 4.1. Responsabilidade objetiva; 4.2. Estado de necessidade; 4.3. Imputabilidade; 4.4. Das Penas; 4.4.1. Reclusão substitutiva; 4.4.2. Reincidência; 4.4.3. "Sursis"; 4.4.4. Pena de multa; 4.4.5. Pena indeterminada; 4.4.6. Prisão aberta; 4.5. Medida de segurança; 4.6. Prescrição retroativa; 5. Parte especial: inovações; 5.1. Infanticídio; 5.2. Lesão corporal leve ou culposa; ação penal; 5.3. Furto de uso; 5.4. Peculato de uso; 5.5. "Crimes do automóvel"; 6. Conclusão; 7. Quadro das principais modificações.

1 — Tem o País, finalmente, novo Código Penal.

Projetado em 1962 pelo saudoso Ministro Nélson Hungria — revisto por comissão composta do próprio autor do anteprojeto e dos Professores Anibal Bruno e Heleno Fragoso, passando pela revisão final do Professor Benjamim Morais — chega ao seu termo através do Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, autografado pelos Ministros Militares no exercício da Presidência da República.

2 — Estruturalmente repete as linhas mestras do Código atual.

Substancialmente é o código atual, modificado. Em outras palavras: o novo diploma traz a mesma fisionomia, alterada por intervenções que lhe deram maior rigor técnico e lógico.

3 — Sem embargo, apresenta inovações de relêvo: algumas impostas pelos fatos da vida, a exigirem sua previsão e adequação jurídicas, v.g., o “furto de uso” (art. 166), a “atuação abusiva de instituição financeira” (art. 193), a “ofensa à pessoa jurídica” (art. 131), a “chantagem” (art. 171), a “fraude em jôgo desportivo ou competição” (art. 185), a “embriaguez ao volante” (art. 289), o “abuso de radiação” (art. 281), o “peculato de uso” (art. 350), etc.; outras trazidas pela evolução dos conceitos jurídico-penais, trabalhados pela dogmática e filtrados pela jurisprudência, refletidos no melhor disciplinamento de institutos tradicionais como o “êrro de direito” (art. 20), a “reincidência” (art. 57), o “concurso de crimes” (art. 65), o “excesso” na legítima defesa (art. 29, § 1º), etc.; outras, ainda, que defluem da exigência da “política criminal”, com as novas formulações dos institutos do “livramento condicional” (art. 75 e seguintes), da “suspensão condicional da pena” (art. 71 e seguintes), da “reabilitação” (art. 117 e seguintes), etc.; finalmente, aquelas que foram simplesmente incorporadas de leis extravagantes, como a “usura” (art. 195), a “fraude contra o fisco” (art. 376), etc.

4 — Destacadamente, as modificações mais sensíveis verificadas na parte geral foram as seguintes:

4.1. — a eliminação da possibilidade de condenar-se a título de “responsabilidade objetiva” era esperada em um diploma que se atém à *culpa penal* como princípio basilar.

O atual código, embora jurando fidelidade ao *direito penal da culpa*, era acusado por doutrinadores de tomo de haver ensejado a oportunidade, na hipótese de crime qualificado pelo resultado (lesão corporal seguida de morte, por exemplo), de condenação com suporte na ignominiosa responsabilidade sem culpa.

A regra insculpida no art. nº 19 (“Pelos resultados que agravam especialmente as penas só responde o agente quando os houver causado, pelo menos, culposamente”) afasta tal possibilidade;

4.2. — extremamente feliz afigura-se a solução dada à *vexata quaestio* do “estado de necessidade”, que o anteprojeto Hungria buscava resolver com a figura da “inexigibilidade de outra conduta”, que é, não há negar, critério de apreciação imanente a tôdas as discriminantes e eximentes e cuja particularização viria trazer dificuldades à sua aplicação como critério genérico.

A criação do “estado de necessidade” como causa de isenção de pena e a manutenção da figura homônima como causa de exclusão de crime dão solução a todos os problemas que os fatos venham a criar;

4.3. — a tese da imputabilidade aos dezesseis anos, vigorosamente sustentada por corrente ponderável de juristas e adotada em numerosas legislações, foi repudiada pelo legislador de 1969, que, atento às peculiaridades do País e às lições dos estudiosos, entendeu de conservar o limite da imputabilidade nos dezoito anos, abrindo exceção aos que, havendo completado dezesseis anos, revelem “suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acôrdo com êste entendimento” (art. 33).

Efetivamente, como já assinalaram eminentes psicólogos e sociólogos, o temperamento latino oferece, quase sempre, a impressão falsa de completo desenvolvimento psíquico, muito antes dos dezoito anos.

Receia-se, contudo, que a impossibilidade de verificação da capacidade psíquica do menor em grande número de comarcas vá estabelecer uma diferenciação injusta para os que tenham a sua situação examinada em comarca onde tal verificação possa ser feita;

4.4. — sofreu o capítulo relativo às “penas” reformulações sensíveis e importantes:

4.4.1. — a faculdade conferida ao Juiz de substituir a pena de reclusão não superior a dois anos pela de detenção, tendo em vista a primariedade, os bons antecedentes do agente e o ressarcimento do dano (art. 38), é medida salutar pela possibilidade de conceder-se ao condenado a suspensão da pena.

A impossibilidade de beneficiarem-se os condenados a curtas penas de reclusão era freqüentemente lamentada;

4.4.2. — igual elogio comporta o estabelecimento da temporariedade da “reincidência”, cujos graves efeitos não prevalecem, quando, a separar a prática de um crime da de outro, tenha fluído período de tempo superior a 5 anos (art. 57, § 1º).

A indistinção entre reincidência “genérica” e “específica” é também salutar, sobretudo quando se sente que, na prática, nem sempre a segunda categoria apresenta maior índice de periculosidade;

4.4.3. — a nova formulação do instituto do “sursis”, ou seja, da “suspensão condicional da pena” (art. 71 e seguintes) era reclamada por ponderável parcela de estudiosos.

O código em vigor criava uma faixa de iniquidade onde incidiam os condenados à pena de detenção superior a dois anos e inferior a três, impossibilitados de alcançarem os benefícios do “sursis” ou “livramento condicional”.

Ocorria, na prática, o absurdo de o condenado à pena de 3 anos pedir a elevação do *quantum* fixado, possibilitando-lhe cumprir pena menor que a imposta na sentença.

Em consequência, reduziu-se também para dois anos o prazo de condenação que autoriza a concessão do livramento condicional (art. 75);

4.4.4. — a fixação da pena de multa relacionada ao salário mínimo impede a desnaturação da importante sanção, como consequência do aviltamento da moeda;

4.4.5. — cria o novo Código a pena relativamente indeterminada, ao permitir sua prorrogação além dos limites fixados na sentença.

A faculdade é de aplicação restrita ao criminoso “habitual” ou “por tendência”, definindo-se o primeiro como aquele que “reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a cinco anos...” (art. 64, § 2º, letra a), ou que, “embora sem condenação anterior, comete

sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes” (art. 64, § 2º, letra *b*); o segundo como aquêlê que “comete homicídio, tentativa de homicídio, de lesão corporal grave, e, pelos motivos determinantes e meios ou modos de execução, revela extraordinária torpeza, pervensão ou malvadez” (art. 64, § 3º).

Dessa forma, resolve-se em parte o grave problema da devolução ao meio social de indivíduos dificilmente reconciliáveis à disciplina social.

Diz-se relativamente indeterminada porquanto a sua duração não excederá a 10 anos, após o cumprimento da pena imposta (art. 64, § 1º);

4.4.6. — importante modificação que o nôvo diploma apresenta consiste na introdução do “estabelecimento penal aberto” no elenco dos estabelecimentos penais.

Dispõe o art. 40 que “as penas de reclusão e detenção podem ser cumpridas em estabelecimento penal aberto, sob regime de semi-liberdade 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” (art. 40).

Considera-se “aberto”, consoante definição emanada do Congresso de Haia, o estabelecimento onde inexistem obstáculos materiais contra a evasão, tais como muros, grades, guardas suplementares, etc.;

4.5. — o nôvo Código na esteira de ponto-de-vista, hoje, universalmente aceito (v. projetos alemão e português) consagra a teoria monística relativamente aos imputáveis e semi-imputáveis.

Aos primeiros, na prática, a “medida de segurança” nada mais representa que um acréscimo à pena imposta, sem nenhum benefício à sociedade ou ao condenado, sobretudo, por-

que, na sistemática do Código vigente, a “medida” deveria ser cumprida após o cumprimento da pena.

Agora, ou se aplica a “pena” ou a “medida” de segurança”;

4.6. — é de se lamentar a eliminação do elenco das causas extintivas da punibilidade da chamada “prescrição retroativa”, ou seja, a operada entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória.

Não colhe, “data venia”, o argumento expendido na “exposição de motivos” no sentido de que a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto “compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão”.

A ser assim, tôda forma de prescrição incide no defeito apontado.

A demora na punição do culpado gera a presunção, entre outras coisas, de sua desnecessidade, quer ocorra antes ou depois de sentença condenatória. Preferível teria sido a fórmula do anteprojeto Hungria, que, espelhando a contribuição da jurisprudência, consagrou a prescrição retroativa;

5. — Relativamente à *parte especial*, cinco inovações, dentre outras, merecem particular consideração, a saber;

5.1. — defeituosa, parece-nos, a solução dada ao “infanticídio”, pela substituição, no perfil legal, do “estado puerperal” pelo “motivo de honra”, sobremodo porque o Código já prevê, como entidade privilegiada, o abôrto *honoris causa*. Se a mulher se sente desonrada diante de uma gravidez não desejada, por que aguardar o parto?

A formulação do art. 122 oportuna a prática de injustiça no tratamento da mulher que mate o próprio filho levada por perturbação fisio-psíquica (hipótese do art. 22, § único do Código vigente) e a que faça por motivo de honra, eis que a primeira não goza mais do “privilégio” que à segunda se concede. O melhor que poderá suceder àquela é ser condenada por homicídio com pena diminuída (art. 31, § único);

5.2. — o condicionamento da ação penal à “representação” do ofendido na hipótese de “lesão corporal leve” ou “culposa” merece encômios pelo desafôgo que trará aos Cartórios policiais e judiciais e pela legalização do procedimento irregular — principalmente na hipótese de lesões culposas — consistente no arquivamento de inquéritos quando a vítima a isso assentia;

5.3. — o “furto de uso”, configurado como entidade privilegiada em relação ao furto comum e já contemplado em Códigos antigos, é disposição altamente louvável, não apenas como medida repressiva, mas, também, pela distinção que autoriza fazer entre os autores do furto *tout court* e do furto para uso momentâneo, colocados, ultimamente, em reiteradas decisões, em pé de igualdade, pela necessidade de repressão;

5.4. — a coibição do abuso na utilização de veículos e coisas (oficiais), a que tem sido impotentes as administrações, impunha-se como medida moralizadora, sendo, assim, elogiável a configuração, como crime, do “peculato de uso”.

5.5. — aspecto importante do nôvo diploma reside no aumento das medidas de repressão ao impròpriamente denominado “crime do automóvel”. Estão previstos como entidades autônomas a “embriaguez ao volante” (art. 289), o “perigo resultante de violação de regra de trânsito” (art. 290), e a “fuga após acidente, com abandono da vítima” (art. 291).

Tais inovações eram reclamadas como adjutório no combate ao alarmante crescimento dos acidentes de trânsito, nos quais a embriaguez, particularmente, oferece altíssima contribuição;

6. — A rápida visão que se procurou oferecer do nôvo Código Penal permite, não obstante algumas falhas, definí-lo como um dos melhores da atualidade, mantendo o Brasil numa posição de destaque no confronto com os demais centros de cultura jurídica.

7. — Além das alterações mencionadas ou examinadas, apresenta o nôvo diploma diversas outras, sendo as mais importantes as apontadas a seguir, consoante a própria ordenação da lei:

PARTE GERAL

Tit. I — *DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL*

- art. 2º — lei supressiva de incriminação
- § 2º — apuração de maior benignidade
- art. 3ª — regência das medidas de segurança
- art. 12 — conceito de salário mínimo para efeitos penais

Tit. II — *DO CRIME*

- art. 13, § 2º — conceito de omissão
- art. 17, II — conceito unitário de culpa
- art. 18 — caso fortuito e força maior
- art. 20 — êrro de direito
- art. 23 — coação física
- art. 24 — coração moral

Tit. V — *DAS PENAS*

- art. 38 — detenção substitutiva
- art. 46 — multa substitutiva
- art. 55 — fundamentação da medida da pena
- art. 66, § único — inexistência de crime continuado quando se trate de bens jurídicos inerentes à pessoa
- art. 79 — observação cautelar e proteção do liberado

Tit. VI — *DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA*

- art. 94 — substituição da pena por internação
- art. 97 — cassação de licença para dirigir veículos

Tit. VIII — *DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE*

- art. 108, — perdão judicial

PARTE ESPECIAL

Tit. I — *DOS CRIMES C/ A PESSOA*

- art. 109 — abôrto preterdoloso
- art. 162 — violação de intimidade

Tit. II — *DOS CRIMES C/ O PATRIMÔNIO*

- art. 165, § 1º — conceito de pequeno valor
- art. 191 — títulos irregulares

Tit. VII — *DOS CRIMES C/ A FAMÍLIA*

- art. 268 — fecundação artificial
- art. 271 — abandono de mulher grávida

Tit. X — *DOS CRIMES C/ A FÊ PÚBLICA*

- art. 335 — cheque sem fundos

Tit. XI — *DOS CRIMES C/ A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*

- art. 376 — fraude contra o fisco
- art. 386 — publicidade opressiva