

# O Direito Penal Brasileiro desde 1939

ARNOLD WALD

**A** EVOLUÇÃO do direito já se tornou lugar comum.

As conferências, as monografias, as teses convergem sobre o mesmo tema: a evolução, a crise, a transformação do direito, que parece ser o problema jurídico característico da nossa época.

O assunto já foi exaurido com os trabalhos dos mestres franceses e com uma vasta bibliografia nacional, na qual merecem especial destaque, ao lado de obras não menos valiosas, o Relatório do Professor San Tiago Dantas no último Congresso da União Internacional dos Advogados realizado nesta capital, a aula inaugural dos cursos da Universidade do Brasil pronunciada pelo Professor Arnaldo Medeiros da Fonseca e uma interessante monografia do Professor Ebert Chamoun.

Já as metamorfoses do direito penal foram menos estudadas embora lhes dedicasse diversas obras inteligentes e proféticas o insigne Professor Donnedieu de Vabres e a ela aludisse incidentalmente Ripert no seu *Déclin du Droit*.

No Brasil, um dos melhores trabalhos que focalizam a evolução do direito penal é uma esplêndida conferência do Ministro Nelson Hungria, publicada em apêndice do 1.º volume dos *Comentários ao Código Penal*, publicado pela Revista Forense, em que o ilustre magistrado aponta a padetização do direito penal.

Na realidade, o direito penal havia de sofrer as mesmas influências que o direito civil, passando, ele também, de uma fase individualista a uma fase social, padecendo dos excessos de uma regulamentação minuciosa e refletindo a febre legislativa que domina a nossa época. Assistimos pois também à socialização do direito penal. Esta transformação, que, no Brasil, data dos últimos quinze anos, é nitidamente sentida quando enumeramos e analisamos algumas das principais disposições de direito penal elaboradas desde 1939.

Citemos pois brevemente estas normas que já nos sugerem os institutos novos a se criarem, fazendo-nos adivinhar deste modo o sentido que vai tomando o nosso direito penal positivo com a hipertrofia dos poderes estatais e a intervenção crescente do Estado na vida comercial.

Vejamos pois algumas das principais medidas legislativas referentes ao direito penal elaboradas a partir de 1939. Notemos que são em geral normas regulamentares de atividades até então livres, medidas protetoras dos interesses estatais, decretos-leis referentes ao controle dos preços e aos crimes contra a economia popular. O próprio

Código Penal é um sintoma do abandono das idéias individualistas e da aceitação de novas ideologias que firmam o predomínio da sociedade em detrimento dos direitos e garantias individuais.

Efetivamente, pelo Decreto-lei n.º 1.210, de 12 de abril de 1939, foi aprovado o Código de Caça indicando as licenças necessárias para poder caçar e regulamentando a caça. Estabelece este decreto no seu capítulo VIII as penas em que incorrem os infratores do Código de Caça, sendo consideradas estas violações como contravenções penais.

O Decreto-lei n.º 1.716, de 28 de outubro de 1939, dispõe sobre a configuração e o julgamento dos crimes contra a economia popular definindo no seu art. 1.º os gêneros de primeira necessidade.

O Decreto-lei n.º 2.524, de 23 de agosto de 1940, estabelece as penas para os crimes definidos no art. 3.º, incisos II e V do Decreto-lei n.º 869, ou seja: a transgressão de tabelas oficiais de preços de mercadorias e a fraude de pesos ou medidas padronizadas.

O Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, é o Código Penal vigente.

Para fixar o seu histórico, estamos lembrados de que, com a Proclamação da República fôra abandonado o brilhante código criminal de 1830, inspirado nos projetos Bernardo de Vasconcelos e José Clemente, que não mais correspondia às novas necessidades sociais do momento. A Abolição já fizera com que Nabuco apresentasse, ainda no ministério Ouro Preto, um projeto de reforma do código de 1830 para dêle retirar as disposições relativas aos escravos. O gabinete incumbiu então o Conselheiro Batista Pereira da elaboração de novo projeto. Revisto este por uma comissão de juristas, foi transformado no Código Penal Republicano de 1890, tendo sido promulgado pelo Decreto n.º 847, de 11 de outubro deste ano.

Mas, com o Código Penal de 1890, "nasceu a tendência de reformá-lo. A datar de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas. Retardado em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia, e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira que fôsem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis."

O direito penal, como todo direito e mais do que qualquer outro ramo da ciência jurídica, é condicionado pela técnica e pelo espírito da época em

que foi elaborado. Assim, o código de 1890 havia de ser essencialmente um código liberal e individualista.

De fato, chegara ao auge o Estado liberal, o individualismo contratual. O Brasil do fim do século passado ainda vivia impregnado e imbuído de Rousseau e de Beccaria, do espírito filosófico francês e da declaração dos direitos do homem e do cidadão.

Mas, enquanto os nossos meios jurídicos ainda viviam apegados ao século XVIII, o direito passava de uma fase individualista a uma fase social, de um período racionalista a uma época em que predominariam os estudos históricos.

O subjetivismo de Maine de Biran e a filosofia eclética de Cousin eram substituídos pelo determinismo de Taine e pelo positivismo de Comte. Já Tarde apontava as transformações do direito. A concepção fisiocrata do Estado liberal era olvidada começando a aludir os economistas e escritores políticos ao intervencionismo dos órgãos estatais.

Com Saleilles, Josserand e Duguit o direito adquiria um caráter social que havia de ser estudado posteriormente pelos Ripert, pelos Savatier e pelos Morin. Com Lombroso e Ferri surgiam a antropologia e a sociologia criminal, com Pende e Di Tullio desenvolviam-se a endocrinologia e a biotipologia.

Técnicamente atrasado, o Código de 1890 foi também o produto político de sua época; tanto assim que punia com pena menor o indivíduo que traísse o Brasil do que aquêle que cometesse um homicídio dando margem à frase pitoresca de Afrânio Peixoto: "É maior crime matar um brasileiro do que matar o Brasil". Era assim que pensavam os homens de 1890 arraigados aos princípios da dignidade humana e da autonomia da vontade individual.

Não podiam subsistir tais idéias nos horizontes novos que se rasgavam com o século XX. Os projetos de reforma do Código de 1890 foram-se multiplicando: desde o projeto do deputado Vieira Araújo, de 1893, até os projetos Galdino Siqueira (1913), Sá Ferreira (1927) e Alcântara Machado (1938). O projeto dêste último, eminente mestre da Faculdade de Direito de São Paulo, foi revisto por uma comissão constituída pelos magistrados Vieira Braga, Nelson Hungria e Narcélio de Queiroz e pelo Professor Roberto Lyra, representante do Ministério Público, transformando-se no Código Penal ora vigente.

Manteve o Código, por motivos práticos e considerações de ordem social, a distinção entre crimes e contravenções contra a qual se insurgira, com bases na dogmática jurídica, o Professor Alcântara Machado, só se referindo todavia o Código aos crimes e deixando ao Decreto-lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941, a regulamentação das contravenções penais.

O Código está dividido em duas partes: uma geral, contendo os princípios dominantes em nosso

direito penal, e a outra especial, com a especificação dos crimes e das respectivas penas.

A parte geral compreende oito títulos, divididos em capítulos e êstes em seções. A parte especial comporta onze títulos com as mesmas subdivisões, concluindo com as disposições finais.

Na parte geral, encontramos os princípios fundamentais referentes à aplicação da lei penal, ao crime, à responsabilidade e à co-autoria, às penas e às medidas de segurança, à ação penal e à extinção da punibilidade.

Na parte especial estão classificados os crimes de acôrdo com o bem jurídico contra o qual atentam: crimes contra a pessoa; crimes contra o patrimônio; crimes contra a propriedade imaterial; crimes contra a organização do trabalho; crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos; crimes contra os costumes; crimes contra a família; crimes contra a incolumidade pública; crimes contra a paz pública; crimes contra a fé pública; crimes contra a administração pública e crimes contra a administração da justiça.

O nosso Código Penal procurou conciliar os postulados morais com as necessidades sociais, a salvaguarda dos direitos individuais e a defesa do bem comum. Não se deixou levar pela política dos Estados autoritários, a que aludia Donnedieu de Vabres, não adotou o *direito penal de necessidade*. Fêz todavia certas concessões justas à escola positiva, concessões estas que constituem verdadeiros e incontestáveis progressos para o nosso direito penal.

Como o escreve Francisco Campos, na sua exposição de motivos, o Código "ao invés de adotar uma política extremada em matéria penal, inclinase para uma política de transação ou de conciliação. Nêle os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva".

Assim, a responsabilidade penal continua a ter como pressuposto a responsabilidade moral, mas, paralelamente, aos elementos perigosos, embora moralmente irresponsáveis, aplicam-se as medidas de segurança, que representam valiosa inovação introduzida em nosso direito, tendo preparado êste ingresso das medidas de segurança no Código de 1940, o movimento doutrinário que em tôrno do assunto foi criado com os artigos do Desembargador Ari Franco e do Professor Heitor Carilho, com as teses dos Professores Hélio Gomes e Madureira do Pinho, com o estudo de Ataliba Nogueira e o Relatório de Nelson Hungria na Conferência Brasileira de Criminologia.

Ao juiz foi deixada grande margem de liberdade na graduação da pena de acôrdo não só com as circunstâncias do crime cometido mas também com a personalidade e os antecedentes do criminoso. À justiça moral uniu-se o critério social da periculosidade. Já se disse que se Beccaria fêz com que o homem descobrisse a justiça, Lombroso fêz com que a justiça descobrisse o homem. É preciso conciliar as duas frases que simbolizam duas fases do direito penal. É indispensável que o juiz faça justiça graduando a pena de acôrdo com

o temperamento do delinqüente. Mas esta onipotência do juiz seria perigosa se não estivesse limitada por lei. E' também necessário que o direito penal continue sendo o *direito protetor dos criminosos*, a garantia do indivíduo que cometeu o crime e contra o qual a sociedade só poderá usar da pena prevista em lei. Aqui, mais uma vez, operou-se a conciliação entre individualismo e tendências sociais, classicismo e positivismo, direitos do homem e individualização da pena.

O princípio da reserva de legalidade, o *nullum crimen sine lege* foi mantido em nosso direito não obstante o seu abandono generalizado nos Estados totalitários, inclusive na Argentina. Assim, as leis penais não retroagem a menos de serem mais favoráveis ao criminoso.

E' aplicado o princípio da territorialidade da lei, ressalvadas as exceções oriundas de convenções e regras de direito internacional.

O critério da causalidade aceito pelo nosso Código é o da equivalência dos antecedentes. Não se distingue mais pois entre autores e cúmplices, incidindo na pena cominada ao crime "quem de qualquer modo para êle concorre".

No tocante à culpabilidade, equiparou-se o dolo eventual ao dolo direto, considerando-se que agiu dolosamente tanto aquêle que quis o evento como aquêle que assumiu o risco de produzi-lo.

Quanto à responsabilidade penal, o Código abraçou o método bio-sociológico excluindo-se a responsabilidade "se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação". Ao lado dos irresponsáveis, acolhe o Código os fronteiriços, os semiloucos que ocupam uma região cinzenta, uma terra de ninguém entre os imputáveis e os inimputáveis. São os criminosos de imputabilidade restrita aos quais a lei concede uma redução de pena.

De acôrdo com o Código Penal, estão submetidos à legislação especial os menores de 18 anos.

Deixaram de ser causas excludentes da responsabilidade penal as emoções e as paixões.

São êstes os princípios gerais a dominarem o Código Penal de 1940.

Politicamente, como o nota o Professor Madureira do Pinho, o Código não reflete a situação existente quando da sua elaboração, explicando-se tal fato por ter sido feito por "técnicos não solidários ou comprometidos com o regime político vigente no momento histórico. Procuraram os legisladores dar ao Código Penal uma feição inteiramente apolítica, não querendo sãbiamente arcar com a responsabilidade da elaboração de um código adequado e conforme à atualidade política que reconheciam como certamente transitória". Absteve-se pois o legislador de conceituar e punir os crimes políticos, estabelecendo, no art. 360, nas disposições finais, que ficavam revogadas as disposições em contrário "ressalvada a legislação especial sôbre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprêgo da economia popular, os crimes de imprensa e

os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República, e dos Governadores ou Intervenores, e os crimes militares."

Quanto à sua técnica jurídica, tem o Código Penal, como todo monumento legislativo, certas falhas. E' todavia de muito superior ao Código de 1890. Basta citar um exemplo: no antigo código as emoções e as paixões eram consideradas como discriminantes e assim numerosas absolvições, pela maioria das vêzes injustas, se sucederam. Êste e muitos outros erros do Código de 1890 foram sanados. Muitos novos crimes surgiram, introduzindo-se no Código vigente, devido à evolução da técnica e as transformações do meio social.

Certas falhas na organização e no vocabulário do Código de 1940 hão todavia de ser apontadas. Assim, v.g., o Professor Madureira do Pinho insurgiu-se contra a definição do infanticídio que, segundo o art. 123, consiste em "matar, sob a influência puerperal, o próprio filho durante o parto ou logo após", lembrando o ilustre catedrático da Faculdade Nacional de Direito a celeuma doutrinária existente em tôrno do conceito de estado puerperal. O mesmo mestre indica com muita razão o erro de técnica que fêz com que se subordinasse a emissão de cheque sem fundo, crime essencialmente formal, ao texto do art. 171 caput que exige para a configuração do crime a existência de "vantagem ilícita para si ou para outrem em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento."

Em resumo, não obstante as suas lacunas, poderemos dizer do Código Penal com Francisco Campos que "nada fica a dever aos grandes monumentos legislativos promulgados recentemente em outros países." Depois de doze anos de vigência do Código o julgamento emitido pelo antigo Ministro da Justiça não pode mais ser contestado.

Talvez não tivesse sido o Código Penal uma codificação perfeita como a imaginária Rui Barbosa. E talvez repita-se aqui entre defensores e críticos do Código Penal o conflito entre o govêrno Campos Sales e a Águia de Haia quando da elaboração do Código Civil, antagonismo êste apontado e analisado com tanta finura e inteligência pelo Professor San Tiago Dantas em seu excelso estudo sôbre *Rui Barbosa e o Código Civil*. "Para a obra a se empreender queria (Rui) a *longevidade secular*. No pensamento do govêrno, o Código era um grande problema a resolver, no de Rui Barbosa, um produto extremo da nossa cultura, a destilar e cristalizar lentamente, com a preocupação única de obter uma obra pura e durável, que desse testemunho da geração que a elaborou".

Mas, como o nosso Código Civil que mereceu os aplausos de Planiol, o Código Penal de 1940 só pode fazer honra à cultura jurídica nacional, podendo ser colocado o projeto Alcântara Machado à mesma altura que o projeto Clóvis Beviláqua.

O Decreto-lei 3.340, de 8 de maio de 1941, sujeitou a seqüestro os bens de pessoas indiciadas

por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública e outros, desde que haja locupletamento ilícito para o indiciado.

O Decreto-lei n.º 3.415, de 10 de julho de 1941, dispõe sobre a prisão administrativa e o depósito e guarda dos bens apreendidos aos acusados de crime contra a Fazenda Nacional.

O Decreto-lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941, é a lei das contravenções penais. Compreende uma parte geral e outra especial.

Na parte geral, é indicado o elemento subjetivo das contravenções como sendo a simples voluntariedade da ação ou omissão, prescindindo do dolo ou da culpa. A tentativa de contravenção é penalmente indiferente. Grosso modo, e fora as exceções capituladas na lei de contravenções, aplicam-se a esta as regras gerais do Código Penal.

A parte especial divide-se em oito capítulos compreendendo sucessivamente as contravenções referentes à pessoa, ao patrimônio, à incolumidade pública, à paz pública, à fé pública, à organização do trabalho, à polícia de costumes e à administração pública.

O Decreto-lei n.º 3.914, de 9 de dezembro de 1941, é a lei de introdução do Código Penal e da Lei das contravenções penais. Esta lei distingue de modo pragmático (de acordo com a pena aplicada), e não ontológico, entre crimes e contravenções penais. Alude às penas cominadas aos infratores do Código Florestal e da legislação especial de caça e pesca, aos falidos, sendo a falência culposa ou fraudulenta. Refere-se à internação de menores e à aplicação de medidas de segurança. Estabelece enfim as penas para os crimes ocorridos antes da vigência do Código Penal.

O Decreto-lei n.º 4.545, de 31 de julho de 1942, que regula a forma e a apresentação dos símbolos nacionais, enumera no seu capítulo VII as penalidades nos casos de profanação dos distintivos e outros símbolos nacionais.

O Decreto-lei n.º 4.124, de 24 de novembro de 1942, estabelece as penas cominadas para os crimes de deserção e de engajamento.

O Decreto-lei n.º 4.865, de 23 de outubro de 1942, proíbe a suspensão condicional de pena imposta aos estrangeiros que estejam no país em caráter temporário.

O Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, é a Lei de Falência ora vigente que especifica em seu título XI quais os crimes falimentares e suas respectivas penas.

O Decreto-lei n.º 7.903, de 27 de agosto de 1945, ou Código da Propriedade Industrial, estabelece em seu título IV os crimes em matéria de propriedade industrial. Divide-se o título IV em sete capítulos referentes:

1) aos crimes contra os privilégios de invenção, os modelos de utilidade e os desenhos ou modelos industriais;

2) aos crimes contra as marcas de indústria e de comércio;

3) aos crimes contra o nome comercial, o título do estabelecimento e a insígnia;

4) aos crimes contra a expressão ou sinal de propaganda;

5) aos crimes de concorrência desleal;

6) aos crimes cometidos por meio de marcas de indústria e de comércio, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinais de propaganda;

7) à ação penal e às diligências preliminares.

O Decreto-lei n.º 8.168, de 19 de novembro de 1945, dispõe sobre o processo e julgamento dos crimes de competência do extinto Tribunal de Segurança Nacional.

O Decreto-lei n.º 8.690, de 10 de janeiro de 1946, regulamenta a substituição e a conversão de penas criminais.

O Decreto-lei n.º 9.070, de 15 de março de 1946, refere-se à organização do trabalho, regulando os dissídios coletivos e a greve e indicando quais as atividades profissionais consideradas fundamentais e quais as acessórias.

O Decreto-lei n.º 9.125, de 4 de abril de 1946, institui as comissões de preços, especificando as suas atribuições, e estabelece o controle dos preços, definindo ainda as contravenções contra a economia popular e cominando-lhes as respectivas penas.

O Decreto-lei n.º 9.215, de 30 de abril de 1946, proíbe a prática ou exploração de jogos de azar em todo o território nacional.

O Decreto-lei n.º 9.840, de 11 de setembro de 1946, define novos crimes contra a economia popular.

O Decreto-lei n.º 24.253, de 23 de dezembro de 1947, concede indulto aos delinquentes primários condenados a penas não excedentes a três anos de prisão desde que não lhes haja sido declarada a periculosidade e que não tenham, em seus assentos penitenciários, faltas graves ou mau procedimento.

São estes decretos alguns marcos na evolução do nosso direito penal durante estes últimos doze anos. Representam e constituem menos uma lista completa de normas legislativas penais do que pontos sintomáticos de uma legislação nacionalista e intervencionista, caracterizada por uma regulamentação cada vez maior e mais minuciosa que restringe progressivamente o campo da autonomia da vontade, de uma legislação que está quase diante do perigo de confundir o direito civil com o direito penal.

Assim também no direito penal, passamos do individualismo jurídico ao direito social.

Não acreditamos todavia que a presente evolução seja definitiva, que fique integralmente subordinado o indivíduo às contingências sociais, que seja banido do direito o princípio bíblico de que a pena não passará do criminoso. As necessidades sociais hão de se harmonizar com os princípios morais e o direito penal não pode perder o seu caráter eminentemente humano, a sua função de protetor da sociedade mas, ao mesmo tempo, na palavra do velho Liszt, de "magna carta dos criminosos". E' preciso conciliar a função preventiva e repressiva do direito penal. O direito deve assegurar, na palavra do Professor San Tiago Dantas, a ordem e a justiça. E' indispensável conciliar estas duas finalidades. Devem os juristas fazer a síntese do grande movimento social que impregna o direito hodierno com os princípios da moral individualista e cristã. Só assim a revolução que atravessamos não será vã. Toda revolução para sub-

sistir há de ser primordialmente uma revolução moral.

As idéias filosóficas e os regimes políticos hão de se concretizar no trabalho agudo de cristalização, no labor crítico e na serenidade moralizadora do jurista. E' o que já dizia Ripert:

"La pensée des philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle aurait été vaine si de robustes praticiens, constitutants et législateurs, n'avaient refait l'État et rédigé des codes.

L'oeuvre du juriste est la seule qui demeure quand le tumulte des révolutions est apaisé."

Ao jurista, isento das paixões, cabe pois atenuar o choque dos impulsos revolucionários e realizar uma revolução jurídica que coadune as novas necessidades do direito social com a moral um pouco olvidada em nosso tempo, mas sem a qual não há direito que possa surgir e se manter.