

SÔBRE O ANTEPROJETO DE NÔVO CÓDIGO PENAL

NELSON HUNGRIA

As restrições que, em longo artigo publicado na "Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal", fêz o prof. Heleno Fragoso, como representante da Ordem dos Advogados, ao anteprojeto de Código Penal, de minha autoria, constituem, sem dúvida, a mais autorizada e séria crítica já formulada ao meu modesto trabalho. Procedem elas de um autêntico penalista e estão, por isso mesmo, a exigir que eu venha em defesa ou explicação dos critérios, regras ou conceitos que não mereceram sua aprovação. Pesa-me dizer que as objeções do ilustre crítico são, na sua quase totalidade, destituídas de fundamento ou relevância. Começou êle por discordar da inovadora formulação expressa das regras atinentes ao "curso aparente de normas", increpando-as ora de supérfluas, por seu caráter lógico ou indiscutida admisibilidade, ora de prematuras, porque ainda não suficientemente **decantadas** pela doutrina. Quando à primeira increpação, é de ponderar que se todos os princípios de caráter lógico ou incontroversos não devessem figurar, por ociosos, no texto da lei penal, teria esta de ser desfalcada de muitos de seus dispositivos tradicionais. Tirante os que se apresentam como axiomas ou truismos, os princípios lógicos, notadamente quando visam a evitar um excesso de pena, devem ser expressamente consignados. Mais que conveniente, é isso necessário como aviso aos menos ágeis de raciocínio. E tanto não são de logicismo acaciano os princípios relativos ao "curso aparente de normas", que a falta de sua explícita menção no texto legal é que explica os não raros casos de **bis in idem** em matéria penal, encontradiços nos repertórios de jurisprudência. Ainda recentemente, uma das Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, decidindo um caso rumoroso, olvidou ou ignorou a regra chamada da **consunção**, e identificou numa tentativa de estupro um concurso material de crimes: o da mesma tentativa e o de atentado violento ao pudor. . . Quanto à segunda increpação, quero apenas invocar, para demonstrar a sem-razão do prof. Fragoso, a autoridade de um autor de sua predileção, o insigne **Giuseppe Bettiol**, que, no seu "Diritto

Penale", (pgs. 449-450), referindo-se às principais das regras em questão, justamente reconhece e proclama que elas estão fora de dúvida e já alcançaram "un notevole grado de cristallizzazione sí che possono essere, con sufficiente tranquillità, accolti nell' ambito del sistema".

Diz o prof. Fragoso que, no art. 5.º, letra c), o anteprojeto "preve apenas um dos casos de **consunção**, e precisamente um dos mais duvidosos". Nada menos exato. Os casos únicos de consunção — o do **crime progressivo** e o da **progressão criminosa** — estão ali compreendidos, e a unidade jurídica, na espécie, é ponto inteiramente pacífico na doutrina. Para atestar suposta controvérsia, é indicado o caso de fraude patrimonial com o emprêgo de falsidade documental ou numária, a cujo respeito muitos autores entendem que há um concurso de **estelionato e falsum**. Ora, tal caso nada tem a ver com a regra da consunção, pois jamais se ouviu dizer que o **crimen falsi** fôsse etapa necessária ou fase normal do **crimen stellionatus**. A unidade jurídica que eu sustento na hipótese (conforme lembra o ilustre crítico), com apêlo em autores de nota e até mesmo em dispositivo expresso de Códigos Penais, como o holandês (art. 56, 2ª. parte), é imposta por diverso critério, ou, seja, por argumentos que levam à conclusão de que, praticamente, o crime de falsidade, quando se exaure com o **praejudicium alterius**, não é outra coisa que um estelionato qualificado pelo meio.

No tocante à regra denominada da **alternatividade**, formulada no § único do art. 5.º do anteprojeto, entende o conspícuo censor que, nos termos em que foi redigida, pode levar à exclusão do concurso de crimes até mesmo no caso de **tipos cumulativos**. De modo algum. Os tipos **cumulativos** se distinguem dos **alternativos**, como acentua **Mezger**, porque, enquanto êstes são modalidades de **um e mesmo caso**, (ex.: instigação e, a seguir, auxílio ao suicídio de alguém), aqueles pressupõem **pluralidade de casos**. Tome-se o exemplo do prof. Fragoso, qual o da receptação própria e da receptação imprópria previstas e equiparadas pelo art. 180 do atual Código Penal. É de tóda a evidência que se alguém adquire para si coisa que sabe proveniente de crime e, posteriormente, influi para que outrém faça aquisição de coisa que também sabe de procedência criminosa, apresentam-se **dois casos distintos**, dando lugar a concurso material de crimes ou crime continuado. Nenhum juiz, por mais bisonho, poderá confundir a chamada "norma complexa alternativa" com a "norma complexa cumulativa".

Assevera o prof. Fragoso que, **in subjecta materia**, o meu anteprojeto está procurando dar um passo demasiadamente largo na legislação penal. Não fiz mais, entretanto, do que seguir na trilha já aberta por vários Códigos modernos e pelo anteprojeto de Código Penal para a Argentina, de **Soler**, cujo art. 82 tem aptitude idêntica à do art. 5.º do anteprojeto brasileiro:

"No hay concurso, y se impondrà la pena única que corresponda, cuando las figuras legales en las que encuadra el hecho sean entre sí incompatibles, cuando la una esté contenida en la otra como elemento constitutivo o calificante, cuando la una sea específica con relación a la otra o cuando se trate de atos que se presuponen normalmente ejecutados antes o después del hecho definido por una figura legal".

Postula o prof. Fragoso que o futuro Código Penal não deve cuidar do **problema da causalidade**, que já estaria perdendo relêvo à medida que se vão apagando, no direito positivo, os últimos vestígios da responsabilidade objetiva. Ora, a responsabilidade objetiva é, antes de tudo, a responsabilidade pelo **casus**, e precisamente para que êste seja identificado no sentido da exclusão da **imputatio facti** (o **casus**, antes de excluir a culpabilidade, impede o reconhecimento de nexos causal entre a conduta do agente e o resultado), é que a lei deve disciplinar expressamente o problema da causalidade, de modo a deixar bem claro que ninguém pode responder senão por aquilo a que deu causa. Por outro lado, abolida a disciplina legal da causalidade, os juizes estariam livres para o retôrno aos antigos critérios sôbre a **concausalidade**, a sugerirem diminuição de pena, quando, não obstante ter o agente querido o resultado típico, haja contribuído para êste uma concausa, ainda que etiológica e diretamente vinculada à ação ou omissão. É certo que se tem propugnado, ultimamente, o restabelecimento do critério da responsabilidade proporcionada ao grau de efetiva contribuição causal-material do agente à produção do resultado; mas, se, com isso, se pretende restaurar o extremado objetivismo que distinguia entre **causa per se** e **causa per accidens**, para, abstraído o **animus** do agente, conceder apriorístico e geral **privilegium** ao crime concausal, estariamos de recuo ao anacrônico direito penal medieval.

Mantendo as fórmulas para as quais o atual Código brasileiro se inspirou, como já fizera o Código uruguaio, nos arts. 40 e 41 do Código italiano (cujo êxito ou acêrto só é contestado por aquêles que pecam por **troppo ragionare**), o anteprojeto seguiu no bom caminho. Para corroborar seu ponto de vista contrário, o prof. Fragoso não vacila em trazer à baila a sovada questão concernente à causalidade da omissão, para afirmar, categòricamente, que "a omissão não causa coisa alguma". Para responder a isso basta um apêlo à realidade dos fatos, e raciocinar como faz **Maggiore**: se a omissão não tem causalidade alguma, o evento que dela deriva ficaria sem causa ou seria causa de si mesmo, — o que vale por um rematado absurdo. Tome-se o exemplo da mãe que deixa de amamentar o filho recém-nascido, vindo êste a morrer de inanição. Haverá alguém, alheiado à **estéril preocupação de exacerbada análise de conceitos**, que possa negar tenha sido a omissão materna a causa do evento letal? Pelo fato da omissão só ter relevância jurídico-penal quando contrária a um

dever jurídico (o que, aliás, também ocorre com a ação), não se segue que ela deva ser reduzida a um puro **conceito normativo**. É também um conceito lógico e **realístico**, pois quem deixa de impedir um evento, podendo fazê-lo, é, à toda evidência, condição **sine qua non** e, portanto, causa dêle. O mais recente dos Códigos Penais, o da Iugoslávia, dispõe, com tôdas as letras, que "a infração pode ser cometida tanto por ação como por omissão". E o recentíssimo projeto de Código Penal para Portugal, de autoria do notável professor Eduardo Correia, declara, no seu art. 7.º: "O facto ou resultado descrito num tipo legal de crime abrange não só a ação adequada a produzi-lo, mas também a omissão da ação adequada a evitá-lo". Para que a ficção de **equiparar**, sob o ponto de vista causal, a omissão à ação, quando ela é **realisticamente** causal?

À parte a rubrica lateral do § 2.º do art. 14, onde, por inadvertência, faltou o advérbio "relativamente" antes da palavra "autônoma", não há alí ao revés do que argui o prof. Fragoso, qualquer equívoco. Não havia que fazer referência às "causas preexistentes ou concomitantes", pois é claro que estas, **a contrário sensu** do **caput** do art. 14, e seu § 2.º, somente quando **absolutamente** autônomas ou exclusivas é que impedem a **imputatio facti**. Quanto à censura de incongruência em atribuir à **causa superveniente**, quando de autonomia **relativa**, a eficiência de, "por si só", causar o evento, não tem procedência. A expressão "por si só" não quer dizer que a causa superveniente deva ser inteiramente alheia, mesmo do ponto de vista ideológico ou abstrato, à ação ou omissão, mas, sim, que não esteja na linha de desdobramento físico do resultado da ação ou omissão, representando uma interrupção ou exclusão da causalidade anterior e fazendo surgir uma causalidade nova, que, por sua exclusiva eficiência, produziu o resultado. O próprio crítico, sugerindo nova redação para o parágrafo em questão, não deixa de usar a condenada expressão; e se é difícil, às vezes, na prática, identificar qual a causa superveniente relativamente autônoma que por si só produziu o resultado, é isso uma questão de fato, que não afeta o acêrto da fórmula. **Adducere inconveniens non est resolvere argumentum.**

Também sofreu crítica o § 2.º do art. 14, que insiste na obrigatoriedade de atenuação apriorística da pena da tentativa, em cotejo com a do crime consumado. Ora, tal critério é uma tradição de nosso direito, que, além de corresponder à **opinio juris popular** (a que o legislador não pode alheiar-se senão quando o real interêsse social o exija, atende a um ditame de política criminal, já acentuado na "exposição de motivos" do vigente Código pátrio: "Se se comina a mesma pena em ambos os casos (isto é, de consumação e de tentativa), o agente não teria interêsse algum em deixar de insistir, antes de ser descoberto, no seu frustrado objetivo criminoso". Nem é de todo exato que "o direito penal moderno evolui no sentido da equiparação da tentativa ao crime consumado". Tenham-se em vista, por exemplo, o

Código grego, de 1950 (arts. 42 e 83), e os projetos argentino, de Soler, de 1960 (arts. 11 e 74) e português, de E. Correia (1963), arts. 26 e 88, 1.º.

A propósito das fórmulas sobre a culpabilidade, pretende o crítico que não é próprio falar-se, na definição do dolo, em resultado **voluntário**, ao invés de resultado **intencional** (pois a **voluntariedade** só diria com a conduta, isto é, com a ação ou omissão). Ora, ao mais caturra dos gramáticos não pode repugnar o qualificativo **voluntário** em relação ao resultado **querido** ou que entra no campo da vontade do agente. A fórmula do anteprojeto, respeitante ao dolo, seria "incompleta e imprecisa" se falasse, restritivamente, em resultado **intencional**, pois deixaria de contemplar o dolo eventual. Diz ainda o prof. Fragoso que o emprêgo do vocábulo "resultado", no sentido de dano ou perigo de dano, deve ser evitado, pois o resultado de que depende a existência do crime não é o dano efetivo ou potencial, mas o acontecimento tipicamente relevante. Sente-se que o ilustre crítico está seduzido pelas sutilezas e filigranas de uma dogmática ao gosto de profusos monografistas, que, com o ácido corrosivo da análise minudente, reduzem a ciência jurídico-penal a um punhado de cinzas, que, pela sua inconsistência, não serve, sequer, para sinalização da cruz no primeiro dia da quaresma. A preocupação de **capilarismos** e estéreis emissões de lógica abstrata é que acabou incutindo medo pelo termo "resultado", como se este já não pudesse servir para designar a lesão ou periclitacão **resultante** do crime e integrante do respeito conteúdo de fato. . . . Ainda sem razão é a crítica, quando parece sugerir que, no conceito do dolo, deve haver referência, não apenas à **vontade**, senão também à **consciência**. Ora, uma vez que, no anteprojeto, se exige vontade **dirigida a um escopo** (resultado), seria pleonástico dizê-la **consciente**. Não há vontade finalisticamente dirigida que não seja presidida pela consciência. Na conceituação da culpa **stricto sensu**, segundo o escrupuloso crítico, o anteprojeto, em lugar da expressão **levianamente**, que seria imprecisa, devia ter usado o advérbio "censuravelmente", tal como faz o projeto atual de Código Penal alemão. É de manifesta improcedência o reparo. A censurabilidade é o da essência mesma da culpabilidade. Esta não existe sem aquela. Assim, o que cumpre acentuar não é a censurabilidade, mas a razão pela qual o fato se apresenta como censurável. Nem há imprecisão alguma quanto ao sentido do vocábulo **leviandade**. Significa esta, segundo qualquer léxico, imponderação, inconsideração, irreflexão, desaviso, falta de atenção relativamente às possíveis conseqüências prejudiciais da própria conduta. Nada mais claro, objetivo e inteligível. Ao invés do projeto alemão, o anteprojeto brasileiro, com toda razão, preferiu para modelo, nesse particular, o Código iugoslavo (art. 7, al. 3).

O prof. Fragoso faz alarmada crítica ao art. 33, § 3.º, que cuida da culpabilidade individual no concurso de agentes, chegando mesmo a lobrigar aí um resquício de responsabilidade objetiva. Não

atentou, porém, em que o citado dispositivo tem de ser acareado com o do art. 17 (pois o de que se trata é, no fundo, de uma exasperação de pena por especial gravidade do resultado). A aplicabilidade da pena pelo crime cometido, mais grave do que aquele para o qual o copartícipe supunha contribuir, está condicionada à previsibilidade do advento do crime realmente cometido, isto é, a que o **plus** de crime lhe possa ser atribuído a título de culpa. Fora daí, o copartícipe somente responderá pelo crime para o qual julgava cooperar. Para maior respeito, entretanto, ao "non rei veritas, sed reorum opinio inspicitur", convenho em que o dispositivo em questão poderia ser substituído por este outro (imitado no projeto argentino de **Soler**): "Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, é-lhe aplicável a pena correspondente ao crime para o qual supunha contribuir".