

# APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Alberto José Tavares Vieira da Silva

## PALAVRAS INICIAIS

Cogita-se de ampla reforma da legislação nacional, inadiável reclamo da evolução axiológica operada no plano histórico-cultural.

A tarefa é da maior relevância, devendo a postura revisional ter por norte as aspirações inculcadas na consciência jurídica do povo, expressão de impostergáveis anseios, que almeja o banimento de algumas formas de injustiça, artificialmente agasalhadas em certas leis. Urge pôr termo a essa idesejável convivência, gerada, às vezes, pela acomodada omissão de alguns, quando não nascida das conveniências moldadas em conventículos.

O benéfico fluxo renovador atingiu o campo penal, o mais sensível nas épocas de mudanças, exigindo uma alteração ditada pela nova estrutura sócio-político-econômica extremamente móvel e flexível.

No centro desse movimento está o homem como *medida de todas as coisas* e que, como indivíduo (*in diviso*), não pode se submeter a critérios penais rígidos ou absolutos, mas aos critérios relativos preconizados na esfera dogmática, pelo DIREITO PENAL DA CULPA, atento ao misterioso caleidoscópio da interioridade humana.

O Anteprojeto da Lei de reforma parcial do Código Penal, elaborado por notável reunião de penalistas, sob a presidência do Professor FRAN-

CISCO DE ASSIS TOLEDO, constitui o ensaio do passo primeiro de uma dificultosa jornada que inclui entre objetivos do próximo futuro, a Lei das Contravenções Penais e a tão esperada Lei das Execuções Penais. Surgirão, empós, de certo, demolições, retoques e edificações na área multifária da legislação penal complementar, babélicamente hipertrofiada, com a higidez comprometida por moléstia de etiologia evidente, qual seja a plethora de leis penais ou extra-penais, estas a insular nas suas entranhas normas penais bizarras, às vezes meras biriceras, incondizentes senão atentórias aos nobres fins do Direito Penal.

Apregoa-se que o Direito Penal está em crise, há quem o diga falido e, em nome de uma nova ordem da Política Criminal vem sendo recomendada intensa descriminalização e despenalização. Isto, convenhamos, num cosmo puramente teórico, pois, no cosmo da realidade, aqui e ali, respigam moldes penais inusitados.

Com efeito, o Direito Penal atravessa uma fase de duras provações e sofre indébitas arremetidas no sentido de despojá-lo dos seus fins altos e reduzi-lo a uma posição subalterna. A propósito, v.g., até há bem poucos dias a punibilidade resultava extinta, no crime de descaminho, se pago o imposto devido, antes de ofertada a denúncia.

A medida, sem dúvida, favorecia às arcas da Fazenda Pública, mas, erigia um odioso privilégio, em prol dos mais bafejados pela roda da fortuna que, mediante o pagamento de um preço, impediam a "persecutio criminis". Enquanto isso os hipossuficientes sob o ponto de vista econômico, estavam sujeitos a suportar o ônus de uma condenação, porque, desgraçadamente são desprovidos de bens materiais.

Pergunta-se: no caso, a malha legal atende aos fins do Direito Penal contemporâneo ou se identifica com os recuados tempos da *compositio*?

Situações de tal jaez não merecem o apadrinhamento de qualquer codificação penal, mormente a brasileira que será reformulada com os mais elevados propósitos, como se depreende dos termos da manifestação do Prof. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO ao encaminhar o Anteprojeto ora questionado à elevada consideração do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça.

O Anteprojeto representa um considerável avanço e dignifica as tradições da cultura jurídico-penal brasileira.

Os debates que se travarão neste magno conclave, ora realizado em Goiânia, a seu respeito, não buscam como meta criticar por criticar, mas, visam estabelecer uma troca de opiniões cujos frutos opímos ficarão à disposição daqueles a quem compete moldar o novo Código Penal brasileiro.

Eis a intenção que nos move ao abordarmos a temática relativa à APLICAÇÃO DA LEI PENAL, consignando merecidos ditirambos à feliz

iniciativa dos que promoveram este conclave, particularmente, ao Prof. LICÍNIO LEAL BARBOSA, apaixonado cultor do Direito Penal.

## 1 — O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

A Comissão designada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro do Estado da Justiça para anteprojetar a lei de reforma da Parte Geral do Código Penal nacional conservou, com a mesma redação e colocação articular (Art. 1º), o princípio da reserva legal ou anterioridade da lei, adotando, dessarte, como paradigma, o Código Penal de 1940, seguido, nesse particular, pelo diploma de 1969.

A inclusão da questionada regra nas codificações nacionais é da nossa tradição, eis que declarada na conjugação dos artigos 1º e 33 do Código Criminal do Império e no artigo 1º do estatuto republicano de 1890. Igual tratamento lhe restou dispensado na Consolidação das Leis Penais, aprovada e adotada por via decretal, em 14 de dezembro de 1932.

Diga-se que essa orientação defluiu, sempre, de cânones das nossas Constituições, desde a de 1824, que buscou as luzes do individualismo político da Revolução Francesa, encontrando-se dogmatizada no elenco dos direitos e garantias individuais na atual Carta Magna.

Despiciendo será procurar, com rigorosa precisão, qual o momento histórico da sua formulação inicial, embora, sem prejuízo até de fonte romanística, a maioria dos registros consignem o ano de 1215, quando lançada a "Magna Charta Libertatum", na Inglaterra de João Sem Terra, que proclamara no seu art. 39, segundo a linguagem do latim bárbaro:

"Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur, aut utlagetur aut exuletur, aut aliquo modo destruatutur de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudibus suis, nec super eum in carcerem mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae".

Parece, entanto, incensurável a opinião de MAURACH ao afirmar:

"El principio *nulla poena sine lege* puede ser objecto de muchas interpretaciones, y la evolución histórica muestra que cada una de ellas antes de que pudiera adquirir firmeza la moderna significación de esta regla (In Tratado de Derecho Penal, vol. I, pág. 113)".

Com efeito, nos termos em que lançado o precitado art. 39 da Magna Carta não se pode vislumbrar a atual substância condensada no prin-

cípio, mas, como acrescenta o autor agora invocado, vê-se mera garantia de natureza processual.

O certo é que esse postulado, como consabido, antes de ser alçado à categoria de regra fundamental do Direito Penal, tomou corpo ao tempo em que florescia a concepção do direito natural, ou, dizendo de um modo mais completo, de um direito natural-lógico-racionalista, particularmente inspirado nas doutrinas jusnaturalistas de Grotius, Hobbes, Puffendorf e no contratualismo de J. J. Rousseau.

Partilhou dessa comunhão intelectual, na chamada fase pré-clássica do Direito Penal, a figura de Beccaria que, em 1764, lançou o seu livro-líbelo, "Dos Delitos e das Penas", expressão da revolta dominante contra os excessos repressivos do sistema penal do século XVIII, tornando-se o grande apóstolo de uma revolução jurídico-penal humanitária e um valoroso vexilário do princípio da legalidade. Nas suas concepções inspirou-se a chamada Escola Clássica, no seio da qual não podemos situá-lo, sob pena de cometermos uma injustiça, como ensinou Florian.

Os clássicos pregavam a preexistência de um direito de origem divina que sobrepairava a todos os seres, encontrando a sua base concreta na razão humana, e, um modo geral, defenderam com ardor o princípio da reserva legal.

Enrico Ferri, um dos três grandes corifeus da Escola Positiva, gênio que substituiria Pietro Ellero no magistério, em Bolonha, não poupou de seus transbordamentos de liberalismo da Escola Clássica, mas não ousou preconizar a abolição da regra de que se trata.

O labor de muitos autores clássicos serviu para solidificar a motivação filosófica do questionado princípio, incorporado, por força do espírito pragmático inglês, nas Constituições norte-americanas da Filadélfia (Bill of Rights, 1774), Virgínia e Maryland. Nestas buscou a seiva a Declaração dos Direitos do Homem, cinzelada ao término da cruenta Revolução de 1789, da qual originaram-se as Constituições francesas de 1791 e 1793.

No campo jurídico-penal, não se pode esquecer a ênfase dada ao princípio por Anselm von Feuerbach, com a *teoria da coação psicológica*, que engendrou a conhecida fórmula latinizada: "Nullum crimem, nulla poena sine lege".

Ao lado do trato doutrinário, plotado no campo teórico, o princípio da legalidade marca a sua presença no terreno do "jus positum". E, dessa simbiose se solidifica a sua posição, e novos horizontes são descorridos.

Os mais recentes conchaves internacionais, através do vozeio de expressivo coeficiente dos seus participantes, repelem a eliminação dessa regra, verdadeira espinha dorsal do Direito Penal liberal. Nem por isso a facção minoritária capitula no sentido de acolher a opinião dominante.

Na verdade, hoje em dia, no plano das leis, as tendências sobre o assunto se tripartem, pois, se a maioria dos países acolhe e vela o princípio da anterioridade (Brasil, Argentina, Itália, França, etc.) outros rejeitam-no (Código Penal da Dinamarca, art. 1º) e, finalmente há os que participam de uma colocação eclética (Código Penal da Iugoslávia art. 26§ 1º).

Uma outra posição nesse contexto pode, ainda, ser destacada, qual seja a dos países que não fazem referência ao princípio, como acontece com a Arábia Saudita que observa como lei penal o Corão e com o Chile em seu Código Penal aprovado em 12 de novembro de 1874, inda em vigor, pelo menos até o governo Allende (1965).

O princípio da estrita legalidade constitui, em primeiro lugar, uma penosa conquista do indivíduo contra o avassalador autoritarismo estatal, autêntica Hidra que, fazendo tábula rasa do "status dignitatis" da pessoa humana, procura enquadrá-la como simples fragmento unitário subalterno da sociedade, ao tempo em que representa importante papel no sistema de "Checks and balances" que norteia o equilíbrio entre os poderes do Estado.

Com efeito, a estatolatria de que nos falava o Ministro Nelson Hungria, ao comentar o Código Penal de 1940, é um perigoso modo, sujeito a marchas e contra-marchas, ora sufocado como fogo de borralho, ora a ameaçar terrificamente, com a impetuosidade das chamas que crepitam nas fornalhas mais ardentes.

A hipertrofia estatal ronda sempre a cidade dos direitos e garantias do cidadão, paradoxalmente, nos dias vividos, quando flameja a bandeira dos chamados *direitos humanos*, nem sempre empunhada por mãos e objetivos legítimos, lá está de atalaia o monstro antiindividualista.

O intervencionismo revigorado com os propósitos do ideal econômico, com a desculpa de urgência na criação de normas legais de conjuntura, não poucas vezes tem manifestado nocentes efeitos no âmbito do Direito Penal a quem tenta impingir uma função ancilar. A par disso, o Poder Legislativo, acoimado de lerdo e despreparado para cumprir a sua específica missão, vai se estiolando aceleradamente, pressionado em nome de algo que está além de uma aceitável capacidade normativa de conjuntura, causa de não poucas perplexidades e desconchavos.

Como freio a essa tendência de desnivelamento dos Poderes, o princípio da reserva legal adverte que a lei é a única fonte autorizada para incriminar as ações humanas, repelindo o intervencionismo em expansão. Ademais, ao mesmo tempo, o princípio coloca em cheque o autoritarismo do Poder Judiciário de outrora, quando ao Juiz era concedido amplo arbítrio, de acordo com a sua idiosincrasia incriminatória e o limite de lícito e do ilícito repousava numa zona cinzenta de indefinição.

A analogia "in mala parte" não goza de direito de cidadania nos estatutos punitivos que albergaram, de modo absoluto, esse regramento. Tal acasalamento tornar-se-ia inexequível e atentatório a um dos princípios fundamentais da lógica que ensina: "uma coisa não pode ser ou deixar de ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto". A possibilidade da aplicação de sanções penais pelo processo analógico não se compatibiliza, portanto, com o primado do Direito Penal da CULPA que nos rege e exige como "prius", em relação à imposição de qualquer escarmento, a consciência da antijuridicidade da ação exercitada. Acrescente-se que dentro da estrutura da legalidade, encampada no Direito Penal de índole liberal, as molduras típicas, além de visarem a prevenção particular voltada na direção daquele que se delinuiu e se tornou alvo de sanção individualizada, visa a intimidação geral, estimulando a frenagem dos impulsos criminosos que recrudescem nos momentos malsãos do nosso eu.

O costume e o desuso, quando muito, contribuem para a revisão do critério de antijuridicidade material que serviu de supedâneo para a criação de determinado crime, mas, ante a regra da reserva legal, não podem essas forças tornar lícitas condutas tipificadas na lei que, necessariamente, deve ser escrita. A consciência dos estudiosos de visão altaneira merece aplausos quando clarifica o enunciado do princípio do modo seguinte:

"Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta et stricta".

Esta nova fórmula, mais precisa ou completa, recomenda, com a expressão "lege stricta", que os tipos recortados no rol da previsão legal sejam claros, completos, sem ambigüidades, bem delineados, porque a imprecisão daria ensejo para um arbítrio intolerável.

A lei que deve ser a expressão do Direito, não pode dar amparo a esse tipo de traiçoeiro arbítrio assemelhado à covardia oleosa do gavião miséria, no ataque de suas presas desprevenidas magistralmente descrito nas páginas do autor de "Consolação", o falecido Procurador da República ARMANDO VIEIRA DA SILVA.

Evidente que a comunicação ora feita, não tem cunho novidadeiro, mas, representa um alerta no sentido de evitar a conjura que toma vulto no panorama legislativo nacional contra o princípio da reserva legal.

Entendemos de bom alvitre, aqui e agora sugerir que, também, as medidas de segurança fiquem sob o pálio protetor do princípio da reserva legal.

Os fins visados por tais medidas, tomadas ao Direito Administrativo por empréstimo, são precipuamente, os de recuperação ou defesa social. Há forte tendência, esboçada pelos chamados neo-defensistas no sentido de fundá-las ao bloco das penas, e, então, seriam empregados como meio de

combate ao crime na qualidade de *medidas ressocializadoras*. Remanesce, entantão, sob o ponto de vista daquele a quem se aplica a medida de segurança, o caráter aflitivo, além da natural restrição de bens-interesses.

Tomada essa providência, evitar-se-ia a criação analógica de medidas de segurança, perseguindo-se assim o ideal constante da linha do Direito Penal liberal.

A par disso, poder-se-ia cogitar da fixação do prazo de duração dessas medidas, sujeito, segundo o esquema de previsão legal, às necessárias prorrogações.

É de convir-se que não poderia o princípio da reserva legal nos seus primórdios, na sua original pureza, tratar desse instituto, medida terapêutica catalogada ao lado da pena, pela vez primeira, no receituário da Escola Positiva.

A tese *Advocacia e Reforma Penal*, aprovada na VI Conferência Nacional da O.A.B., em Salvador, da lavra do erudito mestre Raul Chaves, *en passant*, cogita da submissão dessas medidas de recuperação ao princípio da anterioridade da lei. Favoráveis a essa providência, entre outros, já se manifestaram Maggiore e Bettiol.

## 2 — A LEI PENAL NO TEMPO

O constante câmbio dos valores atua como verdadeira energia dinâmica a exigir da imaginação criadora do jurista o redimensionamento da tessitura legal.

O fenômeno não deixa fora do seu círculo de abrangência a lei penal, instrumento de manifestação vital, lídima expressão dos anseios de defesa de bens-interesses julgados fundamentais. Tratamos da lei penal legítima, revelação formal do consenso.

Abstraídos os casos de ilegitimidade originária, a lei penal, durante certo lapso placitada pelo consenso, com o fluxo do tempo não mais consegue acompanhar a progressão da realidade humana e "ipso-facto", tem a sua ação comprometida pela ilegitimidade superveniente.

Não é incomum que um ato praticado sob o império de uma lei seja objeto de novos tratamentos e quando da sua persecução e'ou na fase de execução penal. Trava-se dessarte, o conflito de leis no tempo, solucionado nos moldes preconizados na Parte Geral das codificações por via das regras de direito transitório.

O fato da legislação nacional haver perfilhado o princípio liberal traduzido na expressão "nullum crimen nulla poena sine lege", como colorário lógico, determina que a solução do assunto induz à aplicação da parêmia: "tempus regit actum", vedada, portanto, a retroatividade da lei.

Como exceção à regra geral da irretroatividade, por força de preceito constitucional, a lei penal retroagirá quando beneficiar o réu.

A Constituição Federal de 1946, art. 141, § 29 determinava: "A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu".

As normas de direito intertemporal são, comumente, chamadas para solucionar quatro hipóteses:

a) A lei nova incrimina fato antes considerado lícito: ("novatio legis" incriminatória);

b) A lei nova, de qualquer modo, alterava a situação do acusado ou condenado ("Novatio legis in pejus");

c) A lei nova descrimina certa conduta ("abolitio criminis");

d) A lei nova, sem desincriminar certa conduta, favorece a situação do acusado ou condenado: ("novatio legis in melius").

Os Códigos Penais de 1940 e 1969, assim como o Anteprojeto, ao incluírem nos respectivos ventres o princípio da reserva legal, proibem a retroatividade da lei mais severa, quer seja ela tipificadora de novos fatos, ou, tão só, agrave a situação do acusado ou condenado.

Ora, dessa forma, nas duas primeiras hipóteses retro-apontadas, a lei penal não regula acontecimentos anteriores à sua vigência, ou seja, não retroage. De igual sorte, a lei mais severa não se aplica a fatos posteriores à sua abrogação, significa dizer, não ultra-age. Em suma a lei mais severa por não retroagir ou ultra-agir é despida de extra-atividade.

Os traçados hipotéticos constantes dos itens c e d, acima ventilados, são resolvidos dentro dos limites do art. 2º e § único de cada um dos estatutos invocados e do Anteprojeto.

Com a mesma rubrica lateral — A lei penal no tempo — e com idêntica redação, está dito *no caput* do art. 2º, do Cód. Pen. de 1940 e no Anteprojeto que "Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixar de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

A providência legal cogita da "abolitio criminis", determinando cessar todos os efeitos da incriminação, seja o procedimento policial, a ação penal em curso, o decreto condenatório, ainda que trânsito em julgado, ou todos os demais consectários como, v.g., os assentos do incriminado relativos à conduta descriminada.

A obrigação de solver o dano causado pelo crime, na esfera civil, embora não conste, expressamente do dispositivo, continua de pé.

Achamos mais completa a regra inserta no art. 2º, *caput*, do C.P. de 1969, ao aludir à permanência dos efeitos civis da sentença condenatória.

Em caso de "abolitio criminis", portanto, a lei retroage sem resguardo dos efeitos até da coisa julgada, cabendo ser declarada, pelo Juiz, a extinção da punibilidade.

A perda da legitimidade, suporte substancial da norma incriminatória, acarretando, a sua subsequente revogação, revela não só a desnecessidade, mas a injustiça da perpetuação no tempo dos seus efeitos penais.

No que tange à lei nova que, apenas diminui a pena, ou, então de outro modo favorece o agente, temos de observar que os três modelos legislativos, na primeira situação, sem discrepar, determinam que a lei retroaja, mesmo sem considerar a *coisa julgada*. É mais um caso de retroatividade da lei mais benévola.

A divergência entre os textos examinados ressaí quando do § único, do art. 2º do Código Penal de 1940, se depreende que a lei modificativa do regime anterior, que sem discriminar o fato ou não cominar pena menos rigorosa, se aplica tão só em relação ao caso não definitivamente julgado. Há aqui um choque frontal entre esta última prescrição do legislador e a Constituição Federal vigente, descompasso assinalado desde a edição da Carta Magna Nacional de 1946.

Com vistas ao assunto, o Professor Heleno Fragoso, sustenta:

"A limitação da nossa lei, toadavia, não prevalece diante da disposição constitucional que determina o efeito retroativo da lei mais benigna sem qualquer restrição. Em qualquer hipótese a lei mais favorável retroage, haja, ou não, sentença condenatória irrecorrível". (In, Lições de Direito Penal, pág. 105).

O caminho apontado é corretíssimo e a contradição torna-se claramente explicável, pois o texto da Lei Maior surgia seis anos depois da codificação substantiva.

Diga-se, por oportuno, que, na prática não se concretizaram os perigos geradores do receio do legislador de 1940, manifestados na seguinte passagem da Exposição de Motivos:

"Há uma inconveniência de ordem prática a justificar este último critério, diverso do primeiro. Evita-se com ele uma extensa e complexa revisão ou *ajustamento* de processos já ultimados"

A razão invocada era, sem dúvida, relevante, mas *per se*, não teria o condão de obstacular a aplicação da lei mais benigna, mesmo porque os motivos de ordem prática não devem se contrapor, principalmente em sede

penal, ao sentido humano do velho e revelho brocardo: "benevola amplianda, odiosa restringenda".

O Código Penal de 1969, fruto do movimento político de março de 1964, colocou o reparo necessário, ao grafar sob a rubrica *retroatividade da lei mais benigna*, no art. 2º, § 1º:

"A lei posterior que de qualquer outro modo, favorecer o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevivido sentença condenatória irrecorrível".

O mesmo diploma, em seguida, utilizando a rubrica *apuração da maior benignidade*, colocou fim, em boa hora, a larga controvérsia doutrinária sobre a matéria estabelecendo que "a lei anterior e a posterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato".

Várias soluções foram ventiladas, na doutrina, no regime do Código Penal de 1940, inclusive a de deixar ao livre alvedrio do acriminado escolher a lei mais benigna.

A intenção, evidentemente, tem cunho magnânimo mas, sob o ponto de vista técnico e do sentido de Justiça, não pode merecer acolhida. Em primeiro lugar, o simples julgamento laico do próprio incriminado, na grande maioria dos casos, despreparado para o mister proposto, poderia não corresponder ao ditame legal. Em segundo lugar, não parece que seja medida de boa política criminal a transferência da responsabilidade da tarefa de julgar para o próprio acusado, que, de qualquer sorte, transitoriamente, seria, ao mesmo tempo Juiz e parte.

O Anteprojeto, utilizando, apenas a rubrica lateral genérica — a lei penal no tempo — do Cód. Pen. de 1940, dá redação mais clara ao § único do art. 2º deste diploma, melhor mesmo do que a do Cód. Pen. de 1969. No entanto, a omissão do critério valorativo referente à lei mais *benigna* deve ser suprida, e, para tanto, merece adotar-se o mesmo critério do Cod. de 1969 (art. 2º, § 2º), por sinal de invidiosa expressão verbal.

Cabe, portanto, pelos motivos suso-gravados a adição de mais uma parágrafo no art. 2º do Anteprojeto, com vistas à definição da lei mais benigna.

As posições dos Códigos Penais de 1940, do de 1969 e do Anteprojeto gizam com os mesmos termos, sem tirar nem por, o conceito de lei excepcional e de lei temporária, pois os três textos mandam aplicar uma ou outra dessas leis, vencido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram.

Essas leis. são ultra-ativas, constituindo ambas exceção ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Explicando os motivos inspirados desse comportamento do legislador penal italiano, ao qual aderimos, Santaniello, no seu *Manuale di Diritto Penale*, pág. 25, invoca a seguinte passagem da *Relazione del G*:

“Se così non fosse (in caso di leggi abolitive) si sanzionerebbe l' assurdo di condannare le disposizioni di tali leggi a una specie di inefficacia preventiva, in rapporto a quei fatti, da esse validamente vietati che siano commessi nella imminenza dello scadere del termine e quando si tratta di legge temporanea o verso l' ultima fase dello stato eccezionale (stato di guerra, stato di assedio, tempo di contagio) qualora si tratti di leggi eccezionale”.

A manutenção do disciplinamento da lei excepcional ou temporária, segundo a forma insculpida no Anteprojeto e nos dois Códigos cotejados, é de rigor.

O Cód. Pen. de 1969, no art. 5º, houve por bem inserir no seu corpo a noção de *tempo do crime* em dispositivo diverso do que trata de *lugar do crime*.

A nova regra, relacionada com a estrutura do ilícito penal, para determinar o momento do crime, teria de pender para uma das três teorias que enfrentam o assunto:

- a) a *teoria da ação*, segundo a qual o tempo do crime é o da ação ou da omissão causais;
- b) a *teoria do resultado*, optando pelo momento consumativo do evento;
- c) a *teoria eclética* que congrega, alternativamente, as duas opiniões precedentes.

A primeira teoria mereceu a justa consagração do Cód. Pen. de 1969 e do Anteprojeto.

Sobre o acerto do entendimento esposado, cabe ouvir a lição de Vincenzo Cavallo, acatado mestre de Messina, “*verbis*”:

“*Infanti l' agente, al momento in cui agisce, conosce se la sua attività è lecita perchè non fuò ignorare la legge e perciò fuò essere chiamato a risponderne, independentemente da quella che sarà la legge futura, eccetto che questa dichiari lecita la sua azione, nel qual caso si applica il principio della non ultrattività*”. (In *Diritto Penale, Parte Generale*, vol. I, pág. 426).

A doutrina majoritária refusa as opiniões em sentido adverso.

### 3 — A LEI PENAL EM RELAÇÃO AO ESPAÇO E ÀS PESSOAS

A fixação dos limites de validade da lei penal no espaço merece especial atenção, porque necessária a reformulação de alguns conceitos insatisfatórios, ligados a esse assunto como consequência não só do progresso científico, operado nos diversos setores do conhecimento, mas, também, em virtude do crescente significado econômico das águas e do que passaram a representar estas e o espaço aéreo, em termos da segurança do Estado.

Consabido que o Estado exerce a soberania dentro do seu território, fazendo recair sobre os indivíduos que nele se encontram todo o contingente de normas que regulam as relações sociais.

A problemática agitada, fundamentalmente, está subordinada aos tradicionais princípios da territorialidade, ao da nacionalidade, ao da defesa e ao da Justiça penal universal ou cosmopolita.

O primeiro deles, o da territorialidade, correntemente o mais empregado, que, inclusive, mereceu as preferências dos nossos diplomas punitivos, entre os quais os Códigos Penais nacionais de 1940 e de 1969, encontrou eco no Anteprojeto atual.

A adoção do pré-falado princípio, constitui medida de bom governo, porque é o que mais de perto corresponde à exata de soberania, determinando a aplicação da lei penal do país onde cometido o crime, como, aliás, recomendavam os antigos romanos, com a máxima "*locus criminis patrat*", e, mais próximo dos nossos dias, pregou Beccaria, no § 21 do seu livro *Dos Delitos e das Penas*, verbis:

"O lugar da pena é o lugar do delito".

Com esta proposição, resta assentado que dois conceitos merecem esclarecimentos: o de território e o de *lugar do crime*.

Em verdade, o Código Penal de 1940, no seu art. 4º, com o rótulo lateral *lugar do crime*, deu asilo ao *princípio da territorialidade*, embora não de modo absoluto, porque determinou a aplicação da lei brasileira ao crime cometido no nosso território, mas, corporificou as ressalvas alusivas às contravenções, tratados e regras de direito internacional. No mesmo dispositivo mereceu guarida a *teoria da ubiqüidade*, à propósito do conceito de *lugar do crime*.

Entendemos, primeiramente, que o anunciado da rubrica cominente vai além do conteúdo e o dispositivo vistosiado não fornece a ampla inteligência do termo *território*.

A linguagem do Código Penal em lide, é essencialmente sintética e nisso reside uma das suas virtudes mais louváveis, entanto, a síntese deve ser evitada quando prejudica a clareza, como ocorreu, no caso.

O Código Penal de 1969 desdobrou a regra ora mencionada, utilizando melhor técnica e dando sede articular e rubricas apropriadas ao dispositivo pertinente ao *lugar do crime* (art. 6º) e ao que trata da *territorialidade* (art. 7º).

A propósito do conceito de *lugar do crime* fiel à teoria da ubiqüidade, o Cód. Penal de 1969 gravou no seu art. 6º:

“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”.

A fórmula permite a aplicação da lei brasileira quando qualquer fração da marcha executória se desenvolveu no território nacional e não descuida do problema da tentativa, posto que se refere ao lugar onde veria produzir-se o resultado incriminado.

O rigor e as possíveis injustiças que da posição do legislador pátrio poderiam remanescer são evitados com a atenuante especial e a detração emolduradas no art. 9º do sobredito C.P.:

“A pena cumprida no estrangeiro *atenua* a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é *computada*, quando idênticas” (grifamos).

A natureza da regra e a sua finalidade são suficientes para explicar o porque da sede que lhe reservou o legislador penal de 1969.

No primeiro caso, respeitante à atenuante não caberia sua inclusão entre as atenuantes genéricas, nem, por igual comportaria inserir a hipótese de detração contida no art. 9º do C.P. nas situações alinhadas no art. 42, ambos do Código Penal de 1969.

O Anteprojeto aproveitou integralmente, o enunciado relativo ao lugar do crime, estereotipado no seu art. 5º e, no seu art. 8º, incorporou as mesmas disposições consagradas no art. 9º do C.P. de 1969, relativas aos efeitos das penas cumpridas no estrangeiro.

A orientação “sub-oculis”, plasmada no Código Penal de 1969, atende melhor aos reclamos da moderna política legislativa e à respeito da sua finalidade, tecendo comentários a dispositivo idêntico do atual Código Penal espanhol, Eugenio Cuello Calón escreveu:

“Semejante reconocimiento se halla en armonía con el sentido, hoy muy difundido, de ayuda mutua y de colaboración internacional en la lucha contra la delincuencia. Tal reconocimiento tiene lugar, en obsequio del principio non bis in idem, para los delitos que come-

tidos por nacionales o extranjeros en el extranjero son perseguibles y punibles conforme a la legislación nacional cuando los culpables se hallen en el territorio de la nación" (in Derecho Penal, pág. 233).

A noção de território, dentro não do critério puramente geográfico que é mais restrito, mas, segundo o conceito gerado pelas regras de direito público, estava a merecer reparos, alargando-se o seu círculo de abrangência.

O consenso internacional entende como território o espaço — terras contínuas e descontínuas, as porções de águas e o espaço aéreo que recobre estas e aquelas — submetido à soberania do Estado.

As usanças e regras de disciplinamento internacional, comumente aceitas pelas nações modernas e placentadas em tratados ou contravenções, entanto, tem consagrado ficções jurídicas em razão das quais, além do território em sentido próprio, são considerados por extensão, para os efeitos penais, navios e aeronaves públicos e privados, estes em determinadas situações.

O Código Penal de 1969, incorporou no seu art. 7º, § 1º, a concepção de território por extensão, para os efeitos penais, considerando, assim, como verdadeiros pontos de projeção da sua soberania:

a) os navios e aeronaves brasileiros, de natureza pública ou a serviço do Governo brasileiro, onde quer que se encontrem;

b) as aeronaves e os navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, em alto mar ou espaço aéreo correspondente.

Completando a noção de território por extensão o § 2º do mesmo artigo faz incidir, ainda, a lei penal brasileira:

a) aos crimes praticados a bordo de aeronaves estrangeiras de propriedade privada, em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente;

b) aos crimes praticados a bordo dos navios estrangeiros de propriedade privada em porto ou mar territorial do Brasil.

O Anteprojeto suprimiu, apenas, as rubricas secundárias empregadas pelo Código Penal de 1969, no art. 7º, §§ 1º e 2º — *Território nacional por extensão e Ampliação a aeronaves ou navios estrangeiros* — vez que as emprega apenas no *caput* de cada artigo, conservando, porém, no art. 4º, §§ 1º e 2º as mesmas disposições.

O Código de 1969 e o Anteprojeto não consideram como território nacional, a sede das embaixadas brasileiras em outros países, aderindo,

assim, à diretriz que não mais admite essa ficção superada, não chancelada, inclusive pelo C.P. de 1940.

O ecletismo do Anteprojeto no que tange à adoção dos princípios reguladores da aplicação de lei penal no espaço ressei, a exemplo dos diplomas penais de 1940 e de 1969, consagrando-se, portanto, em várias situações a extra-territorialidade da lei penal brasileira.

O art. 7º, I, do Anteprojeto elegeu o princípio *real* ou de *defesa*, segundo o qual a lei penal a ser aplicada ao fato é a do titular do bem-interesse ofendido ou ameaçado pelo crime.

As hipóteses contidas no dispositivo em tela ficam no domínio da extraterritorialidade incondicionada e, configurada qualquer delas o agente será punido pela lei brasileira, em que pese a existência de sentença penal proferida no estrangeiro.

O Anteprojeto aproveitou a composição integral do art. 8º, I, letras a, b, c, e d do Código de 1969 (salvo no inciso d, onde, apenas, o verbo *ser*, empregado na terceira voz do indicativo presente foi substituído pela terceira pessoa do futuro do subjuntivo), sujeitando a lei brasileira o crime cometido no estrangeiro:

a) contra a vida ou liberdade do Presidente da República (hipótese extraída do Código Penal de 1940);

b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;

c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;

d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil.

O inciso I, letra b, resulta da fusão e ampliação do art. 5º, inciso I, letras b e c do estatuto de 1940.

A nova fórmula melhor e amplo amparo oferece, posto que, enquanto as molduras anteriores se referiram, somente, a bens da União, de Estado ou de Município, a ora proposta, sensível às modificações da estrutura administrativa nacional, procurou resguardar não só a fé pública e o patrimônio, incluído neste o crédito da União, de Estado ou de Município, mas, ampliou o raio de defesa para proteger os mesmos bens, quando pertencerem ao Distrito Federal, Território, empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público.

O inciso c, art. 7º do Anteprojeto que se refere a crimes cometidos pela administração pública por quem está a seu serviço, não configura qualquer inovação, mesmo ao Código Penal de 1940, como se conclui do seu art. 5º, § 1º, letra d, cuja substância e forma restaram aproveitadas.

O art. 7º, I, letra d, do Anteprojeto, plasmado, como acima está dito no Art. 8º, I, letra d do Código Penal de 1969, anuncia, antecipadamente, que no Anteprojeto da Parte Especial, o extermínio de grupos nacionais, étnicos, religi-

os ou raciais, sob o conhecimento "nomem juris" de genocídio, será en-  
tronizado como um dos crimes contra a vida, certamente constituindo capítulo es-  
pecial, ao lado de outras condutas assemelhadas.

O tratamento dispensado ao genocídio, *ad futurum*, reflete a atual  
tendência do legislador penal no sentido de congregar no corpo de normas  
codificadas o maior número possível de figuras típicas, deixando a  
comando de legislação complementar apenas aqueles fatos que, por sua  
natureza, reclamam um tratamento especial ou detalhado que não se coa-  
duna com o espírito de síntese prevalente nas codificações.

Ao lado das hipóteses supra, o Anteprojeto no art. 7º, II relaciona  
três situações de extraterritorialidade condicionada.

A primeira delas refere-se aos crimes que, por tratado ou conven-  
ção, o Brasil se obrigou a reprimir, vislumbrando-se, aqui, a aplicação do  
princípio de Justiça cosmopolita que determina a imposição do esgarmento  
penal qualquer que seja o lugar onde alcançado o criminoso.

O enunciado censurado vem do Código de 1940 e encastelou-se no  
Código de 1969, o mesmo ocorrendo em relação ao que pertence à regra do  
art. 7º, II, letra b, do Anteprojeto alusivo a crimes praticados por brasi-  
leiro, no exterior, aplicação prática do *princípio de nacionalidade*, segundo o  
qual há um vínculo de fidelidade entre o cidadão e a lei do seu país.

A terceira hipótese de extraterritorialidade condicionada trata de  
crimes perpetrados em aeronaves ou navios brasileiros, mercantes ou de  
propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam  
julgados. (Art. 7º, II, letra c do Anteprojeto).

Ao espírito criador do legislador de 1969 devemos a tal regra que  
veio cobrir uma lacuna do Código de 1940 e fazer vigorar o chamado  
*princípio de representação*, segundo o qual o país a que pertence a aeronave  
ou navio mercante ou privado arrega a si o direito de punir o autor de  
crime praticado no território estrangeiro que ali não fôra perseguido ou  
punido.

O princípio de defesa, no Anteprojeto recebeu agasalho, também, no  
art. 7º, § 3º que manda aplicar a lei brasileira a crime de estrangeiro  
contra brasileiro fora do Brasil (Código Penal 1969, art. 8º, § 3º e Código  
Penal de 1940, art. 5º, § 3º).

As condições de aplicação da lei penal brasileira alencadas acima  
são as mesmas do Código Penal de 1940 e acolhidas no C.P. de 1969. Os  
critérios condicionais adotados, ao longo de vários anos, não sofreram des-  
gastes, nem merecem críticas ponderáveis que mirassem erradicá-los.

Nesta ocasião em que se travam amplos debates sobre o Anteprojeto  
apresentado, sugerimos, *concessa maxima venia*, como tema a ser esvurmado,  
a inclusão de nova hipótese legal de extraterritorialidade condicionada.

Ao que se nos parece, caberia a informação de regra bem clara segundo a qual aplicar-se-ia a lei brasileira do nosso território, ou, então cometido em lugar não submetido à soberania de qualquer Estado, dê, além de reunidas as condições apontadas no art. 7º, II, § 2º, letras a, b, c, d e e do Anteprojeto o agente se encontre amparado por condição personalíssima impeditiva da extradição.

Inegável o justo mal-estar e sentimento de frustração experimentados pelo Estado que teve a sua ordem jurídica violada por um crime, às vezes de suma gravidade e se vê impossibilitado de exercer o poder de punir, porque o agente escapa e, depois à custa de habilidades nada recomendáveis, se torna penalmente imune.

A cláusula objeto da comunicação ora trazida à colação apresentaria, entre outras, as seguintes vantagens:

a) desestimular a evasão de elementos socialmente perigosos para o Brasil, ao mesmo tempo impedindo que aqui se transforme num oásis de impunidade;

b) evitar o aumento, embora mínimo, do índice de criminalidade local, propiciado pelo contato nocente dos nacionais com elementos capazes de difundir novas técnicas criminosas;

c) impedir que o Estado prejudicado pelo crime utilize de processos atentatórios à nossa soberania e às regras de direito internacional para recambiar e punir, segundo a sua lei, o criminoso que a ela conseguira se subtrair;

d) restaria reforçada a tendência moderna que aconselha um combate sem fronteiras ao crime.

Ante a Súmula 421 do Egrégio S.T.F. o problema aventado diminuiu sensivelmente, mas, não desapareceu "in toto".

As imunidades concedidas a pessoas que desempenham determinadas funções, e, em razão delas, não são alcançadas pela lei brasileira, embora tenham cometido crime em nosso território, defluem das regras de direito público interno e do direito internacional público.

Não se ocupa o Anteprojeto dessa matéria, deixando à margem as imunidades parlamentares ou diplomáticas.

O disciplinamento da extradição, assunto que tem nítidos reflexos na nossa legislação penal, está definido por conduto do Decreto-lei nº 941, de 13 de outubro de 1969.

Relativamente às imunidades e à extradição não discrepa o Anteprojeto dos Códigos Penais de 1940 e de 1969.

#### 4 — OUTRAS APLICAÇÕES

Não descarta o Anteprojeto do trato relativo ao cumprimento de pena no estrangeiro com efeito atenuante sobre a pena imposta no Brasil quando

diversas, e a computação quando idênticas, dispositivo esse contido nos Códigos Penais de 1940 e 1969.

À exequibilidade da sentença estrangeira, o Anteprojeto, excepcionalmente, faz concessões para:

- a) obrigar o condenado à reparação do dano, restituições e outros efeitos civis, dependendo a homologação de pedido da parte interessada;
- b) sujeitar o condenado às medidas de segurança, subordinando-se a homologação à existência de tratado de extradição firmado entre o Brasil e o país onde prolatada a sentença ou, na falta do pacto interestatal, necessário se torna a requisição do Ministro da Justiça.

Aproveita o Anteprojeto o pensamento formalizado no art. 7º do C.P. de 1940, dissentindo dele, apenas, quando fala genericamente em medidas de segurança, tendo o diploma vigente se referido só às medidas de segurança pessoais, e, por outro lado, suprimida ficou a probabilidade de homologação das penas acessórias.

A referência às medidas de segurança pessoais não caberia no Anteprojeto que, simplificando, quanto era possível, a complexa sistemática do Código de 1940, distingue duas espécies de medidas de segurança:

- a) internação em manicômio judiciário, aplicável aos inimputáveis;
- b) internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou estabelecimento ou em seções especiais de um ou de outro, prescrita para os semi-imputáveis que necessitarem de especial tratamento curativo, em substituição à pena privativa de liberdade.

O Anteprojeto (art. 32) não alojou na tríplice classificação de penas que propõe, as chamadas penas acessórias, posto que menciona as seguintes espécies: privativas de liberdade, restritivas de direito e patrimoniais. Não poderia, assim o estatuto "in fieri", ao tratar da eficácia de sentença estrangeira, referir-se às penas acessórias, por que as mesmas simplesmente inexistem no texto em análise.

O Código Penal de 1969 não abandonou as penas acessórias, assim registra-se a mesma discrepância assinalada entre o Código Penal de 1940 e o Anteprojeto quanto ao assunto.

Não considerou o Anteprojeto a categoria dos *criminosos habituais*, explicando-se, assim, a ausência de qualquer referência a eles no art. 9º do texto referido, anotando-se, portanto, mais uma divergência com o Código Penal de 1969.

O Anteprojeto e o Código Penal de 1940, ao cogitarem da segunda hipótese de homologação de sentença estrangeira (art. 9º, II e art. 7º, II, respectivamente), exigem, na falta de tratado, a requisição do Ministro da Justiça, enquanto, o Código Penal de 1969 optou pelo simples requerimento do Ministério Público (art. 10, parágrafo único).

Dentro do conjunto normativo do Anteprojeto, o encadeamento lógico e técnico entre as disposições do seu art. 9º com os outros dispositivos da Parte Geral é indubitoso, mas, essa coerência só subsistirá se conservada a mesma organização concernente à classificação das penas e das medidas de segurança, bem como se não reformuladas certas construções básicas.

A regra à respeito da *contagem de prazo* nos três textos considerados permanece a mesma, sendo mais sintética e clara a do Anteprojeto (art. 10).

Adequada-se com precisão à classificação de penas que o Anteprojeto escolheu o disposto no seu art. 11, baixo a rubrica: *frações não computáveis da pena*.

O Código de 1969, por tratar do mesmo assunto no capítulo relativo à aplicação da pena, eliminou na rubrica lateral a expressão *da pena*, cujo emprego seria supérfluo.

A composição verbal do art. 9º, do C.P. de 1940 não se ajusta à nomenclatura do Anteprojeto que, como ressaltado ficou, inseriu entre as espécies de penas as *restritivas de direito*.

Finalmente, o Anteprojeto estipula a aplicação das normas de sua Parte Geral aos fatos incriminados por lei especial (art. 12), conservando a tradicional rubrica: *legislação especial*.

O corpo de leis penais que integram o sistema global de cada país, como ressabido, necessariamente, tem como base alguns princípios fundamentais inscritos nos Códigos Penais que são aplicáveis não só em relação às normas fundamentais, mas, por igual, às leis complementares.

Ao lado dessas regras brasileiras, anatureza especial de certas leis extravagantes reclama normas específicas insertas no seu próprio bojo, assim ocorrendo, se estabelece um conflito entre estas e aquelas. Para solucionar o impasse cabe aplicar as disposições da lei especial.

O Código de 1940 e o de 1969 (artigos 10 e 12, respectivamente) ordenaram.

“As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, *se esta não dispõe de modo diverso*”. (Grifamos).

O período condicional complementar assinalado — *se esta não dispõe de modo diverso* — foi estirpado pelo Anteprojeto. Entendemos que a sua adição ao texto anteprojeto se mostra, a rigor, indispensável, pois, evitar-se-iam dúvidas ou polêmicas sobre o verdadeiro alcance da regra.

Com as considerações suso-alinhadas, cumpre-nos concluir a exposição do tema abordado, no evolver do qual, certamente, cometemos falhas que ultrapassam os limites de tolerância da falibilidade humana, mas, delas, seremos redimidos pela indulgência plenária de quantos molestamos

as oíças, capazes, também de compreender nosso esforço no sentido de contribuir com o quase nada que podemos dispor, bem como de nos olhar como Mesrour de Voltaire que não possuía o olho que vê o lado mau das coisas.

Louvando, al fim, o trabalho da Comissão responsável pela feitura do Anteprojeto da lei de reforma parcial do Código Penal, à guisa de conclusões, ousamos:

1) SUGERIR:

a) seja examinada a possibilidade de ser aplicado o princípio da reserva legal às *medidas de segurança*, hoje integrando o conteúdo do Direito Penal ao lado das penas;

b) seja vistoriada a hipótese da inclusão, no texto da futura lei, de expressa alusão à permanência dos efeitos civis da sentença condenatória, conforme assenta o art. 2º, *caput*, do C.P. de 1969;

c) seja inserido no novo estatuto o critério de apuração da maior benignidade da lei, recomendando-se a diretriz do C.P. de 1969;

d) que o art. 4º, § 2º do Anteprojeto faça referência expressa aos navios e aeronaves *mercantes*, posto que a referida norma apenas trata genericamente, dos navios e aeronaves *de propriedade privada*;

e) o *exame da viabilidade da aplicação da lei brasileira ao crime cometido por estrangeiro, embora no exterior, ou, então, em lugar não submetido à soberania de qualquer Estado, uma vez que, além de reunidas as condições apontadas no art. 7º, II, § 2º, letras a, b, c, d e e do Anteprojeto, o agente se encontre resguardado por condição pessoal impeditiva da extradição, ainda que o bem ofendido ou ameaçado não seja nacional*;

f) que seja acrescentada no art. 12 do Anteprojeto, como complemento, a expressão *se esta não dispuser de modo diverso*.

Cabe, entendemos, *proclamar* o acerto das posições do Anteprojeto, particularmente quanto:

a) ó critério adotado a respeito do *tempo do crime*;

b) à inclusão do regramento concernente às limitações da noção de território por extensão;

c) à efetiva proteção dada, agora, ao patrimônio e à fé pública do Distrito Federal, de Território, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;

d) à hipótese de extraterritorialidade condicionada dos crimes cometidos no estrangeiro, a bordo de aeronaves ou navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, e aí não julgados (aplicação do princípio da representação).