



**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO

Carlos César Rodrigues

**A Teoria do delito entre o Código Penal brasileiro de 1969 e o Código Penal
Tipo para a América Latina (1963-1979)**

Florianópolis

2022

Carlos César Rodrigues

**A Teoria do delito entre o Código Penal brasileiro de 1969 e o Código Penal
Tipo para a América Latina (1963-1979)**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Diego Nunes, Dr.

Florianópolis, agosto de 2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Rodrigues, Carlos César

A Teoria do delito entre o Código Penal brasileiro de 1969 e o Código Penal Tipo para a América Latina (1963 1979) / Carlos César Rodrigues ; orientador, Diego Nunes, 2022.

119 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Penal. 3. História do Direito Penal Comparada . 4. Teoria do Delito. 5. Codificação . I. Nunes, Diego. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Carlos César Rodrigues
**A Teoria do delito entre o Código Penal brasileiro de 1969 e o Código Penal
Tipo para a América Latina (1963-1979)**

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca
examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Marcelo Mayora Alves, Dr.
Unipampa/RS

Prof^a. Rebeca Fernandes Dias, Dra.
PUC/PR

Prof^a. Marja Mangili Laurindo, Dra.
Uninosiesc/SC

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão de curso
que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Diego Nunes, Dr.
Orientador

Florianópolis, agosto de 2022.

RESUMO

Esta dissertação busca fazer um estudo em História do Direito comparado entre o Código Penal brasileiro de 1969 e o Código Penal Tipo para a América Latina (1963-1979). Na década de 1960 havia um interesse em aperfeiçoar o Código Penal, bem como outros códigos, objetos de estudos dos juristas da época. O Código Penal de 1969 é analisado a partir do momento da sua elaboração, cominando inicialmente no anteprojeto realizado por Nelson Hungria. Após, devido a mudança do cenário político, o Código Penal ganha novos contornos e por conta de sucessivos adiamentos acaba não entrando em vigor. Concomitantemente, na América Latina, outra ideia de elaboração de um código modelo estava sendo desenvolvida. A partir de grupos de trabalhos organizados, encontros e debates, foi elaborada a parte geral do Código Penal Tipo com o intuito de harmonizar a codificação penal e servir de modelo para a elaboração de futuros códigos penal. A teoria do delito será tratada de modo a verificar como os pensadores dos códigos pretenderam estudar o delito em geral e suas características, de modo a trazer novas abordagens para o tema. A análise comparada é feita a partir dos referenciais teóricos da área e as fontes utilizadas na pesquisa para além da revisão bibliográfica se ocupou em buscar nos métodos comparativos a estrutura deste trabalho.

ABSTRACT

This dissertation seeks to make a study in comparative legal history between the Brazilian Penal Code of 1969 and the Model Penal Code for Latin America (1963-1979). In the 1960s, there was interest in improving the Penal Code, as well other codes, jurists' study objects by that time. The Penal Code is analyzed from the moment of its elaboration, culminating initially in the preliminary project carried out by Nelson Hungria. Afterwards, due to changes in the political scenario and successive postponements, the Penal Code gains new contours and ends up not coming into force. At the same time, in Latin America, another idea of developing a model code emerged. Based on organized working groups, meetings and debates, the general part of a Model Penal Code was elaborated with the objective of harmonizing the penal code and serving as a model for the elaboration of future penal codes. The theory of the offense will be treated in order to verify how the thinkers of the codes intended to study the offense in general and its characteristics, in order to bring new approaches to the subject. The comparative analysis is based on the theoretical references of the area and the sources used in the research, beyond to the literature review, were concerned with finding in the comparative methods the structure of this work.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1969 E A TEORIA DO DELITO	166
2.1 O CÓDIGO E SEUS SISTEMAS: ANÁLISE EM TORNO DO CONCEITO DE CODIFICAÇÃO	188
2.2 “SIMPLEMENTE UMA ESPÉCIE DE REMENDO DO CÓDIGO ATUAL”: O CÓDIGO PENAL DE 1969	255
2.2.1 Mudanças no Código Penal de 1969 – Algumas notas sobre o debate legislativo.....	35
2.3 “ÉRAMOS UMA LAGOA PLÁCIDA E O NELSON NOS TRANSFORMOU EM UM MAR REVOLTO” – A PENALÍSTICA BRASILEIRA DA CODIFICAÇÃO.....	40
2.3.1 Os juristas e seus debates	41
2.3.2 As revistas jurídicas no cenário brasileiro das décadas de 1960-1970	44
2.4 TÍTULO II – DO CRIME”: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DO DELITO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1969.....	48
3 A BUSCA DE UMA UNIFORMIDADE JURÍDICA LATINO-AMERICANA? O CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA	55
3.1 ENTRE IDAS E VINDAS: OS DEBATES SOBRE O SURGIMENTO DO CÓDIGO PENAL TIPO	57
3.2 A ESTRUTURA PARA A ELABORAÇÃO DO CÓDIGO PENAL TIPO.....	61
3.2.1 Comissão redatora do Código Penal Tipo para a América Latina	65
3.3 TÍTULO PRELIMINAR OU PREÂMBULO PARA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS? A DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS DO CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA.....	68
3.4 ALGUMAS VIAGENS PELA AMÉRICA LATINA: O ITINERÁRIO DAS REUNIÕES PARA A ELABORAÇÃO DO CÓDIGO PENAL TIPO	71
3.5 REVERBERAÇÕES NAS REVISTAS JURÍDICAS BRASILEIRAS SOBRE O CÓDIGO PENAL TIPO.....	77
3.6 ANÁLISES SOBRE A TEORIA DO DELITO NO CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA	80
3.6.1 Excludentes de ilicitude	85
4 A TEORIA DO DELITO ENTRE O CÓDIGO PENAL DE 1969 E O CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA	89

4.1 PARA UMA HISTÓRIA DO DIREITO COMPARADA – ALGUNS REFERENCIAIS TEÓRICOS.....	89
4.2 UMA EXPERIÊNCIA PARA UMA HISTÓRIA DO DIREITO COMPARADA	98
5 CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS.....	108
ANEXOS	114

1 INTRODUÇÃO

Ao dar início à escrita deste texto, com o intuito de, a partir de uma ideia singular da História do Direito, explicar primeiramente com foi pensado este trabalho acadêmico, deparou-se com três indagações relacionadas ao mesmo assunto: “Para que serve a História”? (BLOCH, 2001, p. 41); “Por qué historia del derecho”? (FONSECA, 2012, p. 23) e “Pra que serve a História do Direito”? (COSTA, 2010, p. 63). Assim como estas perguntas têm certas ligações entre si, as respostas destes questionamentos guardam também algumas similitudes.

Parece haver nessas interrogações uma preocupação da função do campo de estudo específico que é a historiografia e a historiografia jurídica – fala-se historiografia, pois é “o modo de como se escreve a História”. Antes ainda de responder às perguntas acima colocadas, ocuparam-se os autores a dizer sobre “como é a História (social) e ou a História do Direito”. Sabe-se que sob os olhares do tempo presente, a História e mesmo a História do Direito (senso comum jurídico) eram escritas de maneira cronológica, sem reflexão dos seus desdobramentos, das rupturas e continuidades, vide os chamados manuais de Direito disponíveis no mercado editorial.

Mas, superado esses continuísmos, o que se pretende dizer é para além de uma escrita mais adequada da História do Direito, o desafio aqui posto é de poder analisar o objeto desta pesquisa – teoria do delito – como uma teoria da dogmática penal e convertê-la ou moldá-la dentro dos parâmetros singulares da História Jurídica. Isto é importante mencionar, pois mesmo que se busque o estudo por vezes aproximado de autores dogmáticos, as fontes que serão utilizadas, estarão no seu espaço temporal com as “lentes do passado”. Neste sentido, chama a atenção as palavras de Meccarelli (2009, p. 07) quando reflete que a História do Direito está “numa fase de complexo repensar sobre o papel do jurista”, no que tange os contextos históricos sobre os quais se dão a experiência jurídica. Para resumir, as obras dos autores ditos dogmáticos serão utilizadas como fontes, e necessariamente suas contribuições a este estudo serão relativizadas.

A disciplina História do Direito diferencia-se então de outros saberes jurídicos, pelo fato de englobar dimensões que são integradas ao Direito. Esta capacidade atinente deriva da razão de “combinar diversos registros epistêmicos e disciplinares: o histórico (social, institucional, político, econômico, etc.); o jurídico,

nas suas diversas articulações por matéria”; além, é claro, o filosófico, antropológico, sociológico, médico, dentre outros (MECCARELLI, 2009, p. 03). Estes eixos temáticos ligados à cultura jurídica latino-americana revelam grandes possibilidades de estudos, possibilitando uma ampliação de ideias, “como um benéfico efeito sobre o plano comparativo para uma ponderação mais apropriada do sentido da experiência” naquilo que é estudado pela História do Direito (MECCARELLI, 2009, p. 03).

Feitas essas ponderações iniciais, a partir deste ponto, é possível passar a analisar a História do Direito sob os olhares da América Latina, mesmo porque este trabalho pretende abordar a temática do Código Penal Tipo, o que extrapola as dimensões do ordenamento jurídico nacional. Sobre esta perspectiva, Wolkmer (2020, p. 218) analisa a respeito de visão descolonial mais ampliada da História e do Direito, em que se estabelece a análise “teórico-prática da natureza e da funcionalidade da História do Direito e sua historiografia, como particularidade do mundo normativo e sua inserção, circularidade e relação no contexto de um país periférico”. Deste modo, o que se pode pensar é em tentar reunir e evidenciar elementos de uma História do Direito dos países periféricos como partes da sua temporalidade histórica e da sua própria identidade (jurídica).

Neste sentido, Wolkmer (2020, p. 221) sugere três proposições ou assertivas epistemológicas, de modo a analisar novas perspectivas para a História do Direito descolonial. Em primeiro lugar, “questionar as fontes da cultura jurídica hegemônica através de um ensino crítico e interdisciplinar”, com o intuito de produzir conhecimento que não tenha somente significação social, mas que esteja “comprometido com um horizonte pluriversal”. A segunda assertiva diz respeito sobre a distinção da noção de sociabilidades emergentes. A procura por uma ruptura epistemológica se deve partir do outro, em sua qualidade de sujeito histórico subalterno, tanto individual quanto coletiva. Sendo assim, a finalidade desta proposição é “para que seja capaz de instituir paradigmas de legitimidade e racionalidades descoloniais a partir do poder comunitário, das novas estratégias de lutas, das insurgências de subjetividades” (WOLKMER, 2020, p. 223). Há muito esses sujeitos subalternos foram marginalizados pela História. Essas sociabilidades têm bastante a dizer e legitimam formas de ação política cotidiana, materializando fontes alternativas e plurais de produção jurídica, em contraposição com a racionalidade normativa colonial (WOLKMER, 2020, p. 223). O terceiro pressuposto

é a produção do conhecimento numa relação com o pluralismo. O pluralismo que não tende a negar ou minimizar o direito estatal, mas sim dizer que este não é única forma de normatividade da sociedade. A pluralidade “é uma resposta ao monismo estatal predominante na História do Direito ocidental”, e este pluralismo jurídico “atuou, ao longo da cultura jurídica moderna como uma reação às diversas experiências formalistas e dogmatizadas” (WOLKMER, 2020, p. 223).

Ainda relacionado a metodologia, este estudo terá como uma base teórica a *Comparative Legal History* – o que será tratado com mais vagar na primeira parte do último capítulo. Comparar, pode ser descrito como elencar semelhanças e diferenças e estabelecer analogias que são naturalmente ações tão familiares ao historiador como contextualizar os acontecimentos ou dialogar com as suas fontes (BARROS, 2007). Do entendimento próprio dos historiadores, comparar significa escolher, em um ou mais meios sociais diferentes, dois ou variados fenômenos que parecem à primeira vista apresentar certas analogias entre si, descrever as curvas ou trajetos da sua “evolução”, localizar as semelhanças e diferenças e, na medida do possível, explicar umas e outras. São necessárias, portanto, duas condições para que haja, historicamente falando, comparação: uma certa semelhança entre os fatos observados e uma certa dissemelhança entre os meios onde tiveram lugar (BLOCH, 1998). A comparação, portanto, coloca desafios e demanda cautela (PRADO, 2005, p.15).

Ainda para alguns historiadores, os objetivos da comparação podem ser assim resumidos: “a) formular generalizações por meio de observações de recorrência; b) demonstrar as singularidades por intermédio da observação das diferenças; c) ajudar a produzir explicações casuais” (PRADO, 2005, p. 22). Dessa forma, distinguem seus estudos de história comparada daqueles que praticam a justaposição de relatos descritivos, os quais não atingem o objetivo proposto de comparação. É bastante “inútil” comparar tradições jurídicas tomando os conceitos de nosso próprio passado e aplicando-os a outras áreas ou sistemas jurídicos, levando-nos à conclusão de que o mundo lá fora é diferente. Precisamos de conceitos analíticos “transculturais” de normatividade (DUVE, 2015, p. 408).

Mas a história jurídica comparada também pode ser menos sistemática. O historiador do direito (comparado) pode tomar uma instituição legal nacional ou regional como seu objeto de estudo, exatamente como um historiador jurídico tradicional trabalhando dentro dos limites de um sistema legal nacional. No entanto,

e esta é uma grande diferença para o método tradicional, o historiador jurídico comparativo sempre posicionaria o objeto de pesquisa em um contexto internacional. Sem esse contexto, o historiador jurídico comparativo se sentiria em risco de perder algo essencial na tentativa de responder suas perguntas de pesquisa. A razão pela qual o historiador jurídico comparativo se sentiria assim é que a lei é um fenômeno internacional. Não só as instituições jurídicas se transferem de um país para outro, mas os mecanismos através dos quais eles mudam ou permanecem os mesmos são muitas vezes semelhantes em diferentes países. Os contextos comparativos, portanto, podem revelar-se verdadeiras fontes de explicações (PIHLAJAMÄKI, 2015).

Concomitante a ideia de comparação, passa-se agora a apresentar sobre algo que vai nortear os debates deste trabalho, que trata da problemática da codificação. Inicialmente, é possível dizer que a codificação é algo gerado a partir de uma ideologia moderna, é um fenômeno cultural da modernidade, e não que remonta milhares de anos. Um Código não é apenas um *corpus* completo e orgânico de padrões estruturados desenvolvido por juristas. É, antes de tudo, uma ruptura a partir de uma ideia estruturante de Estado – em um primeiro momento passa-se à unificação do poder de legislar em torno de si. O código surge em determinado momento histórico e é “fruto de uma autêntica revolução cultural que bate em cheio e devasta os fundamentos consolidados do universo jurídico” (GROSSI, 2007, p. 89). Pois o código rompe com o passado e é visto como um novo modo de engendrar a produção do Direito.

A especialização do vocábulo código e o afloramento de novas formas jurídico-organizativas – com as suas respectivas consequências sobre a cultura europeia já no século XIX – são duas facetas da mesma experiência. O termo “código” se especializou como nome de estruturas organizativas jurídicas concretas, articuladas, depois materializadas nos chamados códigos modernos: “Essas composições organizativas complexas, os direitos codificados e os códigos, com os seus nomes técnicos e com a sua “cultura” são, assim, dotados de um elemento ideológico, de uma filosofia operativa que a idealiza, promove, percebe e reflete” (TARELLO, 2008, p. 08). A codificação também é um processo cultural e histórico que corresponde a razões políticas e concepções ideológicas (TARELLO, 1976). Nesse sentido, nas palavras de Grossi (2007, p. 89) “para o historiador do direito,

podem existir e existem muitos “códigos”, para os quais pode ser convencional e inócuo o emprego de um vocábulo unitário”.

Neste ponto, Grossi está mais interessado na legislação civil, relacionado ao *Code Civil*. Já para Mario Sbriccoli (2002, p. 474) o *Codice generale sui delitti e sulle pene* de 1787 e o *Ordine giudiziario criminale* de 1788, pelo designio do imperador Giuseppe II, é onde podem ser identificados “o primeiro exemplo de codificação penal moderna”. Estão presentes nesses textos jurídicos, segundo Sbriccoli (2002, p. 474), “o princípio da legalidade, a proibição da analogia e de heterointegração, generalidade e abstração das normas, uma moderna “parte geral”, uma divisão racional das matérias, [...] abolição da tortura”. Esses são fundamentos possíveis de se identificar e que se espalham em outros códigos penais posteriores. Mas em 1810, Napoleão coloca em vigor o *Code Pénal*, “verdadeiro bloco de granito na história da codificação penal” (SBRICCOLI, 2002, p. 475). Este código surge como uma proposta política despótica, e nas palavras de Sbriccoli (2002, p. 475) esse código defende “a ordem social e pública, protege o Estado e o governo, dissuadi e intimida, ameaça e desencoraja. Penas muito severas, [...] morte e confisco cominados abundantemente [...]”. O que contrasta com um código ordenado, claro e articulado. Solemano (2009, p. 13) acrescenta que de 487 artigos do *Code Pénal* de 1810, 197 artigos serviam para “defender a segurança externa e interna do Estado”.

Há uma diferença ao longo da história quanto ao modo de como é abordado a ideia da codificação entre a segunda metade do século XVIII e início do século XIX relacionado às primeiras décadas do século XX. Sontag (2009) explica que a historiografia das codificações deixa transparecer as pistas dessa afirmação. Um exemplo disso é a ideia de decantação técnica dos ideais jurídicos modernos no decorrer do século XIX. Já no século XX, se sedimenta o processo de tecnicismo penal, especialmente no Brasil, sobretudo com a elaboração e posterior vigência do Código Penal de 1940. Sontag (2009, p. 16) informa sobre a visão de Hungria a respeito da atitude dos penalistas diante do código: “o compromisso que a ciência do direito penal deveria ter com a eficácia judicial das normas positivas; o tecnicismo como discurso de reconstrução interna do ordenamento jurídico [...]”.

Nesse sentido, o estudo focará na análise comparada entre a teoria do delito do Código Penal de 1969 e do Código Penal Tipo para a América Latina. O Código Penal de 1969 foi uma tentativa de substituição do Código Penal de 1940, que ainda modificado em 1973, acabou revogado em 1978. A trajetória do Código Penal Tipo

iniciou-se na Faculdade de Direito da Universidade do Chile em 1963 e ao longo de duas décadas, foram realizados debates em vários países da América Latina, tendo sido publicada a Parte Geral deste projeto. Em linhas gerais, um estudo mais voltado ao caráter acadêmico e uma tentativa oficiosa de elaboração de um código modelo.

Remetendo os olhares para a segunda metade do século XX, pode-se dizer que em grande medida nesse período a América Latina passava por um período de ditaduras civis-militares. (Se) é viável neste ponto fazer uma pergunta: Este fato, contribuiu para a fruição dos códigos ou pouco favoreceu para a confecção destes? Só para descrever minimamente o momento, no Brasil, após o golpe civil-militar de 1964, a pasta da Justiça foi ocupada pelo ministro Milton Campos. Ao assumir o ministério, o jurista convocou os membros da comissão revisora para dar continuidade aos trabalhos de projetos de códigos já em andamento. No entanto, meses depois, o Ministro Milton Campos dissolveu a comissão anterior e designou outra, composta por Néelson Hungria, Hélio Tornaghi, Aníbal Bruno e Heleno Fragoso. Já em 1967, o ministro Gama e Silva, instituiu, por meio de decreto, a Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Código, que tinha por objetivo concluir os trabalhos de elaboração legislativa iniciados em 1961 e reexaminar e conduzir os diversos projetos já elaborados, neles introduzindo as modificações que se fizerem necessárias ou adequadas, tendo em conta a unidade do sistema jurídico nacional e a atualização de vários institutos; ou seja, moldar-se a nova realidade política brasileira.

Após 1967 pode-se mencionar que o futuro do Anteprojeto Hungria (de Código Penal) estava sob comando de juristas mais fiéis ao regime militar, que seguramente zelariam pela sua adaptação à “nova ordem constitucional”, isto é, a ordem instituída pelo golpe civil-militar. Talvez essa mudança em sentido conservador e antiliberal, tanto no Governo quanto no Ministério da Justiça, explique a paralisação da empreitada codificadora, de 1965 até o início de 1969. Já no final dos anos 1970 o governo deu sinais de esgotamento: “mudara a conjuntura política internacional, a economia mundial estava num cenário de grandes mudanças, fazendo cessar o crédito internacional abundante”, e o regime viu-se pressionado por questões políticas, econômicas e sociais a exigirem transformações (LOPES; QUEIROZ; ACCA; 2013, p. 405).

Já o Código Penal Tipo para a América Latina iniciou de um debate acadêmico, especificamente na Faculdade de Direito da Universidade do Chile. No

mês de julho de 1963, em sessão plenária no Instituto de Ciências Penais do Chile, o presidente do referido instituto, Eduardo Novoa Monreal, entregou aos membros da instituição um projeto de plano de trabalho que, com as modificações sugeridas pelos seus assistentes, se transformou num texto definitivo, a fim de servir de base para a discussão durante o curso das deliberações. O plano de trabalho era composto por uma introdução que apresentava os conceitos gerais; logo depois o plano de trabalho propriamente dito, onde se expressavam as ideias gerais e a determinação do conceito de Código Penal Tipo para América Latina e depois se demonstravam o método de trabalho. Por fim, e não menos importante, foi apresentado um “Documento de Trabalho”, referente às questões filosófico-jurídicas que se discutiriam às técnicas legislativas e as realidades culturais, sociais da América Latina e a influência na nova legislação (PEREZ, 1983).

Agora, retornando quase ao ponto de partida, há de se pensar o porquê da geração de um código penal para América Latina. Mesmo porque cabe a reflexão sobre a relação entre código e poder político: o Código Penal Tipo para América Latina não vai se vincular a um poder legislativo, por exemplo. Como se vai ver, a ideia foi defendida a partir do meio acadêmico, tomando proporções no campo doutrinário, por exemplo. Em alguns artigos, principalmente publicados nos revistas jurídicas, os autores vão citar o Código Penal Tipo como argumento dos seus estudos. É possível verificar que a ideia era à época a possibilidade de homogeneização dos ordenamentos jurídicos da América Latina ou pelo menos de um código modelo que pudesse nortear outros ordenamentos futuramente.

Para além dessas primeiras ideias de pensar numa escrita da História do Direito, e alguns pontos metodológicos e epistemológicos, volta-se a partir desse ponto para a apresentação do modo que este trabalho está disposto. O primeiro capítulo ocupa-se em analisar o Código Penal brasileiro de 1969 e sua teoria do delito. Não obstante, toda a produção dogmática europeia sobre a codificação, é necessário primeiramente enxergar como essa ideia foi apropriada, em especial, pelos autores nacionais. Posteriormente o intuito é discorrer sobre a criação do Código Penal de 1969 e sob um olhar da História do Direito, como está colocada a teoria do delito no código.

O segundo capítulo está voltado ao debate acerca do surgimento do Código Penal Tipo para a América Latina. Demonstrar se esse Código mirou buscar uma uniformidade jurídica em matéria de codificação para a América Latina, ou se

conseguiria pensar nas “peculiaridades jurídicas” das nações que compõe este continente tão diverso culturalmente. Para além de analisar a teoria do delito desse Código, verificar como se deram as discussões e o nível de (não) aceitação no meio doutrinário brasileiro sobre o Código Penal Tipo. Para isso, fez-se a utilização das revistas jurídicas da época, de modo a observar as falas dos juristas nacionais mais engajados inclusive com a elaboração do Código Penal Tipo.

Por fim, o terceiro capítulo pretende aproximar, com base na História do Direito Comparado, as ideias que nortearam tanto o Código Penal brasileiro quanto o Código Penal Tipo, de forma mais específica a uma teoria do delito. Inicia-se com alguns pontos importantes da História do Direito comparada, de modo a fazer um exercício de aproximações e distanciamentos entre os códigos e uma análise conjuntural das ideias propostas nos referidos diplomas. Portanto, tratar-se-á dessas circularidades de ideias de (des)entendimentos tendo como fonte os debates dos juristas.

2 O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1969 E A TEORIA DO DELITO

O Código Penal de 1969 ou o *Novo Código Penal*, como dito na época, instituído pelo Decreto-lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1969, surgiu de uma proposta elaborada pelo Poder Executivo, seguindo uma tendência dos códigos penais anteriores. Neste sentido, verifica-se que a unidade do Poder Executivo no Brasil tem demonstrado certo interesse em codificar. Se entender que codificar significa “dizer o direito”, a codificação é o resultado da apropriação que o Estado fez em se fortalecer e criar sua identidade também no cenário jurídico. Principalmente em períodos excepcionais da história política.

Nesse sentido, Nunes (2016) explica que as reformas penais realizadas tanto pelo fascismo italiano quanto pelo Estado Novo no sentido de legitimação constitucional de distanciar o parlamento e ainda a contribuição de penalistas para a elaboração das codificações sem que para isso tivessem qualquer exame da representação popular. No Brasil, a Constituição de 1937 transformou profundamente o processo legislativo. De acordo com Nunes (2016, p. 165):

A iniciativa dos projetos de lei passou a ser atribuição do presidente da república, restando ao parlamento apenas a possibilidade de proposições por iniciativa conjunta de um terço dos membros de uma

das casas, desde que versasse somente sobre princípios de legislação.

Claramente percebe-se que o controle do Executivo é enorme, pois o “parlamento somente poderia se reunir por convocação do presidente, situação que jamais ocorreu durante a vigência do regime” (NUNES, 2016, p. 165). Desta forma, o Ministério da Justiça, na figura do seu ministro Francisco Campos, tornou-se peça chave legislativa do Estado Novo. E em seu discurso, o governo afirmava que preferia utilizar do expediente técnico para o controle da atividade legislativa. Nunes (2016, p. 175) conclui dizendo que tanto os regimes de força italiano e brasileiro fizeram em seu proveito “a maleabilidade do tecnicismo para dar conta da demonstração de forças do autoritarismo com reformas penais”.

Nessa ideia, o Código de 1969 foi fruto de um trabalho iniciado em um período ou uma fase democrática da cultura política nacional, mas que findou no decorrer de uma ruptura de regime político e constitucional, com o golpe civil-militar de 1964. Por isso ainda, sintomático assim perceber, por exemplo, o ato que decretou o Código Penal de 1969: “Os ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando as atribuições que lhes conferem o art. 3º do Ato Institucional nº 16, combinado com o parágrafo 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5” (AI-5, de 13 de dezembro de 1968).

Mais do que uma assinatura do governo vigente, é a afirmação de poder legitimada para fazer valer o direito penal (re)pensado para o sistema jurídico brasileiro. Em que pese ter a rubrica de juristas já consagrados por suas obras e atuação jurídica, o Código de 1969 teve ingerências pós 1964, suscitou desconfianças e acabou não tendo logrado êxito prático naquele momento no ordenamento jurídico nacional. Claro, a elaboração de um código pressupõe vontade política e moldado aos pensamentos enquanto poder constituído. Mas, o que por vezes contrasta com o espaço da autonomia científica do direito. O que pode ser verificado neste primeiro momento, e que a historiografia vai dizer, é que a atuação do Executivo pós 1964 foi centralizadora nas ações de governo.

Mesmo com as mudanças trazidas em 1973, este parece ter sido o último suspiro de um projeto fadado a um fim esquecido, em 11 de outubro de 1978. Mas, em seu processo de elaboração, é preciso então enxergar o Código de 1969, primeiro, diante do anteprojeto de Nelson Hungria, depois, passando pelas mudanças realizadas (sem a análise da comissão revisora do Código) e o código

publicado e, por fim, com as alterações trazidas pela Lei n. 6.016 de 31 de dezembro de 1973.

No título II da Parte Geral do Código Penal de 1969, que trata do delito, é onde pode-se verificar a opção dos elaboradores do código a respeito de como explanar uma (possível) teoria do delito – ocupada em explicar o que é o delito e as suas características. De antemão é possível dizer que em relação ao Código de 1940, os artigos deste título do Código de 1969 são mais explicativos. Entretanto, é uma afirmação que requer mais embasamento e outros debates que serão expostos mais adiante.

2.1 O CÓDIGO E SEUS SISTEMAS: ANÁLISE EM TORNO DO CONCEITO DE CODIFICAÇÃO

A codificação é fruto da ideologia jurídica moderna, é um fenômeno cultural da modernidade. Neste sentido, a modernidade pode ser compreendida não só como um “fluxo histórico do tempo”, mas como fenômeno cultural que implica “certas características específicas”, vivenciadas pela sociedade em sua estrutura organizacional. Há de se ver a modernidade como resultante de procedimentos mundializados de racionalização que ocorreram nas áreas socioeconômica, política e cultural (WOLKMER, 2005). “O termo “codificação” pode, e foi, empregado em múltiplos campos e com múltiplos significados”; não seria de se admirar, pois indica o processo de atividade que tem como resultado final um “código”, palavra que intrinsecamente possui vários significados e é utilizada em vários campos disciplinares (CAPPELLINI, 2004). O campo que aqui interessa ao estudo é o jurídico.

A especialização do vocábulo “código/codificação” e a emersão de novas formas jurídico-organizativas – com as suas respectivas consequências sobre a cultura europeia do século XIX – são duas facetas da mesma experiência. O vocábulo “código” se especializou como nome de estruturas organizativas jurídicas concretas, primeiro pré-figuradas na ideologia e depois realizadas nos códigos modernos. Ainda sobre este sentido do vocábulo código, Tarello (2008, p. 09) explica que:

O vocábulo “código” no seu uso especializado, salta aos olhos a escassa compatibilidade ideológica de dois dos seus caracteres: a) o

caráter de livro de leis *feito* por alguém, dirigido e destinado aos súditos sujeitos à autoridade política de quem faz o livro de leis e para ser vigente na área sobre a qual se estende aquela autoridade política ab-rogando o direito pré-vigente; b) o caráter de direito de livro sistemático, dotado de unidade de matéria, destinado a longa (e tendencialmente ilimitada) duração.

Primeiramente, revela-se que o código é um ato de vontade, concreto e localizado historicamente, dentro dos limites do Estado e colocado por uma autoridade política. Segundo, denota que há uma estrutura e sistematização das matérias, áreas de conhecimento jurídico (TARELLO, 2008, p. 09). Mas, para o historiador do direito, podem existir e existem muitos “Códigos”, para os quais pode ser convencional e inócuo o emprego de um vocábulo unitário, mas, somente é o Código aquele que surge em um “determinado momento histórico, fruto de uma autêntica revolução cultural que bate em cheio e devasta os fundamentos consolidados do universo jurídico” (GROSSI, 2007, p. 89). Isto porque, o Código quer ser um ato de ruptura com o passado, apesar de carregar consigo formas do Direito, “trata-se de um modo novo de conceber a produção do direito” (GROSSI, 2007, p. 89)¹.

Mas, colocando as ideias em ordem com relação a uma breve historicidade acerca da codificação (penal), serão expostas adiante algumas linhas mais gerais a fim de reconhecer como o processo da sua sistematização foi e ainda é importante. Por óbvio, muito estudo foi desenvolvido a respeito da codificação, e por isso mesmo apenas alguns autores importantes para este estudo serão citados. Primeiramente é necessário refletir o que foi a codificação da segunda metade do século XVIII e algumas experiências (inclusive nacional) durante o século XIX e as primeiras décadas do século XX, e até onde este estudo pretende aportar.

Nesse sentido, Giovanni Tarello (2008) sistematiza esses períodos e busca caracterizá-los juntamente com uma correspondente ideologia (em um sentido bem amplo) do direito. Entre o século XVII e final do século XVIII, tem-se a experiência das codificações modernas, sendo o direito caracterizado pela ideia do arbítrio – vontade da autoridade, imperativismo e psicologismo são os três elementos da

¹ Quando se fala em código o que parece vir a mente é o modelo de *Code Civil* napoleônico, o que deu abertura para o código penal que se sucedeu. O regime napoleônico que não era “como um Estado de Direito” (SOLEMANO, 2020, p. 79), tinha um aparato penal que não se esgotava no código. Pensava Napoleão sobre a codificação: “o código, para ele, é mais um instrumento a serviço do poder público em uma ótica dirigista e centralizadora, do que um meio de exaltação ou de defesa do indivíduo” (SOLEMANO, 2020, p. 68).

ideologia, chamada por Tarello de pufendorfiana. A segunda das grandes ideologias que se amplia na cultura jurídica, chamada leibniziana está pautada no método do conhecimento. As regras do direito são proposições destinadas ao sujeito – discretivismo, sistematismo e conceitualismo são os três elementos ideológicos. Mas no século XVIII a questão fundamental era não mais o que é o direito, e sim como deve ser o direito. A resposta parecia simples, o direito ou as leis precisavam ser claras, poucas, sucintas e breves. Entretanto, diante das diferenças subjetivas (religião, gênero, profissão) a aproximação com uma ideologia igualitária, sobretudo durante a Revolução Francesa tornou-se mais urgente. Mas o igualitarismo jurídico do século XVIII atuava em duas frentes: diferenças subjetivas estamentais e religiosas. Então o que vem a seguir são os códigos (napoleônicos) e outros que transportaram a diferença subjetiva do elemento subjetivo para os predicados jurídicos, de modo a escondê-los:

O Código Penal estruturou-se sobre o sujeito único: não mais diferenças subjetivas do ponto de vista do agente ou da vítima; não mais diferenças entre um homicídio da parte de um nobre e de um cidadão, nem entre um homicídio cuja vítima é um nobre e um homicídio cuja vítima seja um camponês; as diferenças remanescentes – e são muitas – deslizam para os predicados sob a forma de atenuantes e de agravantes da ação objetivamente descrita (TARELLO, 2008, p. 24).

Essa ideologia chamada de objetivismo jurídico se expressa afirmando que o direito não disciplina o ser humano, mas suas atividades, ou os seus atos, por exemplo, os penais. E é esta ideologia que mais tarde tornaria elemento característico do liberalismo jurídico (TARELLO, 2008, p. 24). Talvez para deixar mais clara a ideia, Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 688) explicam que o liberalismo jurídico “se preocupa principalmente com uma determinada organização do Estado capaz de garantir os direitos do indivíduo”, porém ainda consiste em “um Liberalismo muitas vezes propenso a transformar suas próprias soluções particulares em fins absolutos”.

Mas o que os códigos, adotados na Europa, concretizam é nas palavras de Sbriccoli (2011, p. 476) “o ingresso da justiça no domínio exclusivo da lei”. Movimento que traz à tona a centralidade da questão penal – agora a política e direito andam cada vez mais juntos, sobretudo sob os cuidados dos juristas. Ao longo do século XIX, nada mais escapa a questão penal:

Problema concreto, por exemplo, é a emergência criminal, que investe os campos e depois recai sobre as cidades e que a difusão

da imprensa cotidiana entre as classes proprietárias torna objeto politicamente sensível e “perigoso” para os governantes (SBRICCOLI, 2011, p. 476).

Neste contexto o papel do jurista é importante e de muita responsabilidade. Aponta Sbriccoli (2011, p. 476) que o dilema repousa no conflito ordem e liberdade, e quais dos dois interesses devem prevalecer quando parece não haver conciliação, questiona o referido autor. Um Estado para se preservar restringe as liberdades do cidadão: “Um bem político – a segurança do Estado, a ordem da sociedade – vem oposto ao direito que cada um tem de usufruir da sua liberdade” (SBRICCOLI, 2011, p. 476). E no embate, para garantir o seu poderio estatal, o governo ameaçado irá optar pela ordem em detrimento à liberdade (SBRICCOLI, 2011, p. 476). Desta forma, o Estado que tendia a continuidade, agora estruturado na ideia de Lei e com seus aparatos judiciais à disposição para a manutenção do poder político, não interessaria sua derrocada sem a utilização dos artifícios disponíveis. Sobre esse debate conclui Tarello (2008, p. 28):

A codificação penal moderna pôde, na sua primeira fase, entre o final do século XVIII e os primeiros decênios do século XIX, realizar-se como sistema penal breve e sucinto, por meio de três elementos estruturais: a) unidade do sujeito de direito; b) redução dos bens tutelados penalmente a dois, o Estado (organização e ordem pública) e o particular (vida, saúde e propriedade); c) redução das qualidades das penas a três (morte, detenção, pena pecuniária), das quais duas são quantificáveis.

Agora com os olhares voltados ao Direito brasileiro e, já sobre o profícuo debate jurídico nacional do século XIX, Diego Nunes (2019) explica acerca das dimensões jurídicas na Justiça no Brasil Imperial, referente a ideia da codificação. Durante o processo de codificação processual penal do Brasil oitocentista, mas especificamente sobre o Código de Processo Penal de 1832, Nunes (2019, p. 157) conclui que há três aspectos, ainda que interligados, mas distintos:

A construção *do* direito nacional, isto é, a identidade do código com o seu espaço jurídico de referência; *de um* direito nacional, ou seja, como ele lidou com a primeira dimensão diante dos tantos modelos que circulavam à disposição de legisladores e juristas; e do *Estado* nacional, enfim, entender como a determinação do campo de ação da justiça criminal redimensiona determinadas relações políticas.

Percebe-se que no Brasil ficou claro os reflexos da codificação. Há em matéria penal a elaboração do Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832. Como característica, o sistema processual ajudou a afastar as

penas para estratos sociais mais altos (Código de Processo Criminal de 1832). Nunes (2019) ainda explica sobre o referido Código de Processo Criminal, em relação às ações que eram do tipo privadas – nem tudo chegava ao aparato de justiça. Havia o Grande Júri – resolução feita pela própria coletividade, mas alguns casos não eram sequer analisados. Foi ainda fomentada a polícia judiciária, responsável pela perquirição dos delitos. Como consequência, houve uma maior centralização administrativa e aparatos para combater a criminalização.

Tem-se como matrizes o código da Luisiana, que chega à discussão no momento da criação do Código Criminal brasileiro. No entanto, há mudanças, dentre elas, o crime de rebelião. Na redação do projeto, insurreição de escravos estava junto com demais crimes políticos. As insurreições escravas deveriam ser contidas. Em 1835 se passou a discutir formas concretas e eficazes de se disciplinar. Todo crime de sangue de escravo contra o senhor, todo atentado do escravo contra o seu senhor tinha pena de morte. Houve então um aumento à execução de pena de morte. Logo se vê a contradição entre liberalismo e escravidão presentes no Código Criminal de 1830.

Na República, inaugurada em 1889, foi um momento tanto de rupturas quanto algumas continuidades relacionadas ao sistema anterior. Segundo atesta Dias (2015, p. 157) “não é nela (República) que aparece a necessidade de correção e regeneração dos condenados como vinculada à punição. Mas o que se percebe é que na República este discurso toma mais força, adquire uma legitimidade mais científica”. Antes mesmo da primeira Constituição do período republicano no Brasil, entra em vigor o Código Penal de 1890. Francisco Campos, Ministro da Justiça, que assina a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, inicia sua argumentação com a frase: “Com o atual Código Penal nasceu a tendência de reformá-lo”. Na sequência, continua as críticas em relação ao Código Penal de 1890 (CAMPOS, 1969, p. 120):

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

Ainda no que se refere a questão “código” e sua perspectiva histórica, voltados aos olhares para as codificações brasileiras do século XX, Ricardo Sontag

(2009) recupera de autores europeus (principalmente os italianos) as delimitações do seu sentido e empregabilidade, quando confrontado com seu objeto de pesquisa, cuja análise é a tecnicização da legislação na reforma penal brasileira de 1940. Ainda que, formulando considerações importantes sobre o processo de codificação, principalmente entre o final do século XIX e primeira metade do século XX, o presente trabalho tenta perceber como esse processo foi um passo além, ou pretendeu ser.

Mas, ainda é importante codificar? A ideia de codificação moderna iniciada na Europa Continental e que se espalhou pelo continente e mundo ocidental, teve descontinuidades e adequações ao longo desse processo, por meio de novos microssistemas jurídicos, tutelas de bens jurídicos emergentes, e ainda diante das mudanças referentes à complexidade das relações sociais. Essa tendência na introdução de novos tipos penais, e conseqüentemente da criação de normas incriminadoras como uma opção de política criminal, tende a fragmentar o sistema jurídico penal, o que pode gerar problemas, se essas normas não obedecerem a certos enunciados principiológicos contidos nos códigos.

No caso brasileiro, é possível verificar que as leis especiais, que assim podem ser genericamente denominadas, pois estão situadas fora dos códigos, tendem a regular e compor novos microssistemas jurídicos, atuando em determinada “faixa de interesse social”, e em certa medida vão afastando dos códigos a faculdade de normatizar novos tipos penais ou eventos concretos. Dessa forma, para Mello (2016, p. 43):

Os microssistemas jurídicos possuem como característica, para além do fato de ser uma legislação extracódigo: a) Interdisciplinaridade; b) Abrangência a uma restrita faixa da realidade; c) Destinatários específicos, princípios particulares; d) Institutos diferenciados; e) Vinculação direta ao direito constitucional; f) Princípios próprios distintos do sistema codificado.

Essa descodificação, fenômeno recente do mundo jurídico, consiste na perda de centralidade do código, com características no âmbito penal ligada à “inflação/profusão de leis penais especiais/extravagantes próprias da gama punitivista que se seguiu à queda do *Welfare State* nos países centrais, e que levam alguns autores a falar em uma parte especial não do Código, mas do sistema penal” (GIAMBERARDINO, 2009, p. 162). Pode-se dizer que a “inflação penal” brasileira, com a adesão do legislador, marcada pela crença da intimidação da lei perante a

pessoa, a elaboração de tipos penais e o conseqüente aumento das punições, junto ao discurso da ressocialização em benefício do inimigo ou a sua neutralização; agindo por fora os impulsos dados pelos meios de comunicação e bem como dos interesses eleitorais (GIAMBERARDINO, 2009, p. 165).

Assim, o Código enquanto projeto jurídico da modernidade tem papel central na consolidação do Direito, apropriado cada vez mais pelo Estado. O Código é adequação à ordem social burguesa liberal e à forma estatal. O Código é um novo modelo de conceber o Direito e é em grande medida um ato de ruptura do passado, gerando uma mudança da mentalidade jurídica (GROSSI, 2007).

Portanto, a partir do século XVII há a mudança de um Estado jurisdicional para um Estado cada vez mais legislador, ou seja, o Estado gradativamente avoca pra si todo o direito. O direito aqui é equiparado à lei, assim tem a ideia de um monismo jurídico. O Estado agora fala através do poder legislativo, através dos representantes populares, tentando superar o problema da intangibilidade do direito – a lei deve ser inteligível a todos (FIORAVANTI, 2001).

Os códigos nascem como uma ideia iluminista com a burocratização. A ideia de codificação é um estilo francês. A lei precisa ser compreensível e de alcance a todos. O modelo de escrita do direito também deve ser bastante claro. Em que pese existir um novo modelo analítico de construir a legislação, ainda há espaço do conteúdo de direito de uma legislação anterior, algumas ideias que remontam ao Antigo Regime. Nesse cenário a codificação é possível graças à confluência de três bases: Jusnaturalismo moderno – tudo que fosse contrário à razão natural deveria ser eliminado das leis (a razão de cada um, exercida por um só – o Legislador); Iluminismo – combate à tradição, à religião e às sutilezas dos juristas (direito deve ser claro e evidente para qualquer pessoa) e; Direito nacional – direito codificado deverá ser claro, racional e fundado no direito natural, mas vale por força do território do Estado. Resumidamente, Tarello (2008, p. 07) explica:

O Código então é um livro de regras jurídicas, organizado segundo um sistema (uma ordem) e caracterizado pela unidade de matéria, vigente para toda uma extensão geográfica da área de unidade política (para todo o Estado), voltado para todos os súditos ou sujeitos à autoridade política estatal pela vontade dessa autoridade e por ela publicado, ab-rogante de todo o direito precedente na matéria disciplinada por ele e por isso não integrável com materiais jurídicos pré-vigentes, e destinado a longa duração.

Por certo, a lei continua sendo potência do Estado, declinação da soberania, como elemento da vontade geral, a lei precisa ter uma garantia do jogo em que está inserida. Os sujeitos que passam a fazer as leis pensam nas leis para sua proteção. Crimes contra a vida e a propriedade, por exemplo, terão um peso relativamente alto. As penas são pensadas para o disciplinamento de determinado estrato social. Como obstáculos políticos do projeto de codificação houve a substituição dos antigos status pelo sujeito de direito único. No Direito Penal, a simplificação da pluralidade de bens perseguidos pela repressão coercitiva. No campo do Direito Civil, a pluralidade dos modos de gozar os bens em favor da propriedade moderna.

Dentre as considerações descritas por Paolo Grossi (2007, p. 114-116), questiona se a ideia de código é ainda hoje atual. Apesar da rapidez da transformação social da civilização moderna, impondo ao legislador a modificação do conteúdo de uma norma tão logo tê-la criada; a complexidade da civilização moderna e o alargamento das fronteiras das dimensões econômicas e tecnológicas; da globalização ou universalização; e quando do nascimento do código “encarnou a autêntica Constituição do Estado burguês” (GROSSI, 2007, p. 116), é possível vislumbrar algo para o futuro do código. Por conta dessas transformações sociais rápidas e complexas, resta ao código “a possibilidade de se oferecer como uma espécie de grande moldura” (GROSSI, 2007, p. 118). Ainda mais por conta das pluralidades de ordenamentos jurídicos e da longa tradição da recepção, transplantes e outras formas de acolhida de fórmulas jurídicas.

2.2 “SIMPLEMENTE UMA ESPÉCIE DE REMENDO DO CÓDIGO ATUAL”: O CÓDIGO PENAL DE 1969

Na década de 1960 e em maior medida na década de 1970 aparecem nos manuais de Direito Penal e principalmente nas revistas jurídicas várias abordagens – e não poderia ser diferente – ao *Nôvo* Código Penal². Hoje, se algum leitor contemporâneo for pesquisar este tema, como é o caso desta pesquisa, pode verificar a aludida expressão descrita nos livros e artigos jurídicos daquela época. Na realidade, o que estava por vir era um código gestado nos inícios dos anos de 1960 e que teve seu desfecho “sem louvores” no final da década de 1970. Ou seja,

² Na época as revistas tratavam mais como o novo Código Penal e menos como o Código Penal de 1969 como é conhecimento atualmente.

de pronto pode-se adiantar do fim dessa trajetória, é que esse diploma legal nunca entrou em vigor, permaneceu na sua eterna *vacatio legis*. Foi mais ou menos assim o início de tudo:

Tendo decidido empreender a reforma de toda a nossa legislação codificada, o governo Jânio Quadros incumbiu ao Ministro Nelson Hungria, em 1961, a elaboração de um anteprojeto de Código Penal. A escolha recaía sobre consumado mestre na matéria, com larga experiência no preparo de leis penais, sem dúvida o penalista brasileiro de maior prestígio, no país e no estrangeiro. Sua participação nos trabalhos preparatórios do Código de 1940, foi, como se sabe, excepcional. A ele se deve a Exposição de Motivos assinada por Francisco Campos e seus Comentários são, de longe, a obra mais importante em nossa matéria desde o aparecimento do código (grifo nosso) (FRAGOSO, 1971c, p. 03).

Havia uma preocupação do então governo no campo das ciências penais quanto à revisão dos estatutos da prática da justiça (criminal), com o objetivo de uma reforma (penal) mais ampla. Por meio do decreto nº 51.005 de 1961, o governo de Jânio Quadros aprovando o plano de trabalho de planejamento de reforma de códigos, conforme artigo 1º da referida Lei, criou a comissão de estudos legislativos do Ministério da Justiça, incluindo um serviço permanente e um serviço transitório. A este serviço transitório restou determinado o Serviço de Reformas de Códigos (artigo 4º), incumbido pelo “projetamento” dos códigos Civil, Penal, Processo Penal, de Menores, Lei de Contravenções Penais, dentre outros.³

Mas, em virtude da renúncia de Jânio Quadros, e todo o imbróglio que se sucedeu para a posse de João Goulart (1961-1964)⁴, já no ano de 1962, o então

³ Decreto nº 51.005 de 20 de julho de 1961. Dispõe sobre a Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores.

⁴ O efêmero governo de Jânio Quadros foi marcado principalmente por disputas políticas entre o Executivo e o Congresso Nacional. Loureiro (2009, p. 194) esclarece que “a teoria da independência entre os poderes era a justificativa dada por Jânio Quadros para explicar suas atitudes de negligência perante os trabalhos do Congresso. Com isso, ele mantinha, diante da população, a imagem de um representante que não se misturava com os partidos e com os políticos, ao mesmo tempo, em que concedia às opiniões mais informadas, uma razão legal para as suas atitudes. No fundo, tem-se a impressão de que as constantes e sistemáticas ações janistas de esvaziamento do Congresso se deram para impedir que ele trabalhasse em harmonia com o Executivo, levando, talvez, à necessidade de uma reforma constitucional que fortalecesse a Presidência”. No entanto, sem qualquer habilidade e condições para uma negociação política com um Congresso dividido e polarizado e ainda não satisfeito com o fato de normas constitucionais limitarem o seu poder presidencial, Jânio Quadros resolve renunciar. João Goulart (Jango), vice-presidente, em viagem internacional tornou-se o centro dos debates, assim como, a sua posse como Presidente da República. De um lado havia um grupo a favor da legalidade e outro a favor do impedimento de Jango, como uma grande ameaça à ordem e as instituições brasileiras. Como resultado, no Congresso Nacional houve vários debates com o objetivo de encontrar uma solução, necessariamente sem ocorrer uma guerra civil ou mesmo uma ditadura. O Congresso Nacional em sessão solene se reuniu para a promulgação da Emenda Constitucional nº4, de 1961, que instituiu o

primeiro-ministro Hermes Lima publicou o decreto nº 1.490, o qual alterava e unificava alguns decretos, dentre eles o decreto nº 51.005/61, no sentido de que a direção-geral e a coordenação do Serviço de Reforma de Códigos seria exercido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores, o qual ficava “autorizado a contratar, mediante remuneração, com bacharéis e doutores em Direito, docentes ou professores de Direito, a elaboração de anteprojetos de alguns códigos” (art. 1º), incluindo o Código Penal e Lei das Contravenções Penais, Código de Processo Penal, Código das Execuções Penais, dentre outros diplomas do direito público e privado.

Mesmo assim, Nelson Hungria continuou sendo incumbido para a elaboração do anteprojeto do Código Penal. Heleno Fragoso comenta que Nelson Hungria já tinha estreita relação com o Código Penal (ainda vigente), e talvez, por isso, explique seu propósito para preservá-lo tanto quanto fosse possível. O anteprojeto foi redigido e apresentado ao Governo em 1963, mantendo basicamente a estrutura do Código em vigor⁵, “cujos defeitos mais graves procurou eliminar, sendo poucas as soluções inovadoras de maior alcance” (FRAGOSO, 1971c, p. 02-03).

O anteprojeto foi publicado pelo Governo e divulgado através de publicações, especialmente na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, que em abril de 1963 restabelecia suas atividades como órgão do Instituto de Criminologia da Universidade da Guanabara, sendo o Diretor o Professor Benjamin Moraes Filho e Redator-Chefe o Professor Heleno Cláudio Fragoso. Assim noticiou a referida revista acerca das movimentações da reforma penal, na seção *Notas e Informações*:

Prosseguindo com os planos já anteriormente elaborados, para reforma de nossa legislação penal, foram feitos os contratos para preparo de anteprojetos, obra cometida a eminentes juristas. Ao ministro Nelson Hungria coube a elaboração de um projeto de novo código penal; ao prof. Hélio Tornaghi, de um novo código de processo penal, e ao prof. Roberto Lyra, de um código penitenciário, que será um código das execuções criminais [...]. Trata-se, em verdade, de leis técnicas, que estariam fatalmente comprometidas

sistema parlamentarista de governo. João Goulart assumiu mediante a esta condição política – sem os poderes presidenciais (TOLEDO, 1997, 2004). “Estava encerrada uma das mais graves crises políticas da Terceira República e começando o governo Goulart, parte parlamentarista, parte presidencialista. Período agitado, com grandes mobilizações populares e fortalecimento das oposições conservadoras e de direita radical” (GOMES; FERREIRA, 2018, p. 273).

⁵ O Código ainda em vigor, ressalvadas as mudanças trazidas pela Lei nº 7.209/84 que alterou substancialmente sua Parte Geral.

caso seguissem o trâmite normal da elaboração das leis. Será indispensável, porém, que sejam indicados para a comissão revisora especialistas de real competência na matéria, submetendo-se os projetos a amplo debate por parte de todos os órgãos capazes de opinar sobre leis de tanta relevância (1963, p. 149).

A parte geral do anteprojeto apresentado por Nelson Hungria foi publicada na mesma edição da referida revista, a qual acabou sendo responsável por apresentar os debates jurídicos posteriores. Apresentados os anteprojetos de Código Penal, de Código de Processo Penal e de Código das Execuções Penais, o governo, tendo como Ministro da Justiça João Mangabeira, constituiu uma comissão revisora, composta por Nelson Hungria, Roberto Lyra e Hélio Tornaghi, comissão esta que começou a funcionar em janeiro de 1964, iniciando os seus trabalhos com o anteprojeto de Código Penal. Pretendia-se que a mesma comissão revisse os três projetos, que seriam posteriormente enviados ao Congresso (FRAGOSO, 1971c, p. 03). Portanto, é possível observar que o mundo jurídico brasileiro da década de 1960 passava por transformações importantes, destacadamente quanto a elaboração de códigos – Penal, Processual Penal e Execução Penal.

Em 1964, com a nova ordem política a partir do Golpe Civil-Militar⁶, o anteprojeto do Código Penal passou por alguns percalços. Pretendeu-se dar o prosseguimento nos trabalhos de discussão e revisão do Código. O Ministério da Justiça no governo do agora Presidente Castelo Branco foi ocupado por Milton Campos. O ministro convocou a comissão anteriormente designada – Hungria, Lyra e Tornaghi. No entanto, Roberto Lyra não aceitou a sua participação dizendo estar “convencido de que uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza

⁶ Sobre o golpe de 1964, importante destacar: Coube a campanha ideológica “antijanguista” e anticomunista transformar as aflições e angústias principalmente da classe média urbana em força política reacionária e colocá-las a serviço das ambições políticas dos grandes grupos econômicos. Foi justamente nas organizações e na mobilização dos setores médios da população urbana que o Golpe de 1964 encontrou apoio e foi com base nesse apoio que ele se legitimou. Os responsáveis pelo golpe articularam em seu discurso, valores e representações muito caros aos setores médios e muito eficientes na função de conquistar sua adesão à causa golpista. Tradição cristã, ordem, família, propriedade, eram elementos do imaginário desses setores que quando evocados no discurso político sempre foram capazes de sensibilizar amplos segmentos da sociedade, trazendo à tona uma predisposição latente na sociedade brasileira (FIGUEIREDO, 1998). “Em síntese, as classes dominantes e suas elites ideológicas e repressivas, no pré-64, apenas enxergavam baderna, anarquia, subversão e comunização do país diante de legítimas iniciativas dos operários, camponeses, estudantes, soldados e praças, etc. Por vezes, expressas de forma altissonante e retórica, tais demandas, em sua substância, reivindicavam o *alargamento da democracia política* e a *realização de reformas do capitalismo brasileiro*” (TOLEDO, 2004, p. 15).

técnica não deve sobrecarregar e desviar, nesta hora, um parlamento ressentido e emprazado” (LYRA, 1971, p. 30)⁷.

É inicialmente interessante notar que o governo militar não enxergou problemas em manter a mesma comissão de penalistas para dar continuidade à elaboração do Código Penal de 1969, mesmo levando em conta que os autores dos anteprojetos, que se tornaram os membros da comissão revisora, já tinham sido nomeados durante o governo de João Goulart, pelo então Ministro da Justiça João Mangabeira, que inclusive era presidente do Partido Socialista Brasileiro (ALVES, 2016, p. 305).

Contudo, no início de fevereiro de 1965, o Ministro Milton Campos decidiu (por razões políticas?) dissolver a comissão revisora e designar outra, composta por Nelson Hungria, Hélio Tornaghi, Heleno Fragoso e Aníbal Bruno; o último citado intitulado o presidente da comissão. Após as realizações de reuniões com a finalidade da revisão do código, os trabalhos foram findados e os integrantes da comissão aguardando que novamente os convocassem para dar prosseguimento, o que não ocorreu naquele momento. Conta Heleno Fragoso (1971c) que o governo parecia estar desinteressado sobre o assunto, inclusive Nelson Hungria externou, em várias oportunidades, seu desânimo e descrença que o projeto pudesse vingar. Sobre esse contexto assim descreveu Heleno Fragoso (1971c, p. 05):

Em janeiro de 1969, recebemos comunicação telefônica de Nelson Hungria, dando conta de que o Ministro da Justiça de então, o professor Gama e Silva, o avisara de seu propósito de editar o novo Código Penal por decreto imediatamente. A Câmara Federal e o Senado achavam-se então em recesso, por força do Ato Institucional nº 5 (artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968). Estava, já então Hungria, gravemente enfermo, vítima de insidiosa moléstia que o levaria à morte, em 26 de março (de 1969).

Pouco tempo após o falecimento de Nelson Hungria, Heleno Fragoso foi procurado sob ordens do Ministro da Justiça Gama e Silva, ocasião em que lhe foi entregue os originais do projeto, informando que Hungria, pouco antes de falecer, os havia devolvido ao Ministério da Justiça e recomendado que fossem encaminhados aos membros da Comissão para que redigissem a Exposição de Motivos (FRAGOSO, 1971c, p. 5). Heleno Fragoso narra que na ocasião esclareceu ao secretário que o projeto não estava em condições de ser promulgado, conforme

⁷ Cabe lembrar que Lyra contribuiu para a elaboração do Código Penal de 1940 sem que houvesse participação do Legislativo, como já mencionado.

dissera ao próprio Hungria. Por sua vez, os trabalhos de revisão foram reiniciados, verificando defeitos do original, “com erros graves na transcrição e até com a omissão de artigos” (FRAGOSO, 1971c, p. 6). O trabalho de revisão continuava quando Fragoso (1971c, p. 6) foi avisado, “por simples comunicação telefônica”, que estava desincumbido da tarefa anteriormente descrita, “pois a Exposição de Motivos seria redigida pelo próprio pessoal do Ministério”.⁸

O período final da elaboração do Código Penal que veio a ser promulgado em outubro de 1969 deu-se em meio às turbulências do cenário político e à radicalização da ditadura (ALVES, 2016, p. 319). A comissão revisora foi convocada para reunião destinada ao reexame de algumas propostas finais relativas ao texto que se julgava definitivo. Agora, o Ministro da Justiça havia designado o Prof. Alfredo Buzaid para a coordenação geral da reforma dos códigos⁹, e sob presidência deste realizaram-se então algumas reuniões (FRAGOSO, 1971c, p. 07). Mas sobre este cenário, o professor Manoel Pedro Pimentel questiona a respeito dos trabalhos da comissão revisora do novo código:

Tão sigiloso foi o trabalho desta comissão revisora que, em 1968, quando prestamos concurso à cátedra de Direito Penal desta Faculdade de Direito, tivemos que nos empenhar com amigo influente para obtermos a redação do dispositivo que disciplinava a matéria do crime continuado, assunto de nossa dissertação (PIMENTEL, 1971, p. 374).

O objetivo da revisão final não era propriamente transformar o anteprojeto de Hungria ou elaborar um novo diploma. O professor Benjamin de Moraes informa que durante vários dias foram discutidas emendas ao projeto trazidas de São Paulo e poucas delas foram rejeitadas, a quase totalidade das sugestões com pequenas alterações foram aceitas, “sendo determinada a sua incorporação ao projeto já revisto” (MORAES, 1970, p. 21). Por sua vez, o professor Manoel Pedro Pimentel (1971, p. 375) diz que no início de 1969 o Ministro Gama e Silva, solicitou considerações ao projeto encaminhado, no entanto, suas sugestões enviadas posteriormente ao Ministro da Justiça Alfredo Buzaid não tiveram nenhum reflexo na lei ulteriormente editada.

⁸ Aqui talvez caiba uma reflexão: Quando foi formada a nova comissão já depois do golpe, por que o novo governo aceitou a comissão anterior? Será que a comissão imaginava que àquela época os militares ficariam pouco tempo no poder? Dar continuidade a um projeto antigo seria uma prova de compromisso com o retorno da normalidade?

⁹ O prof. Roberto Lyra havia sido indicado para a elaboração do anteprojeto do Código de Execuções Penais e o Prof. Hélio Tornaghi para elaborar o anteprojeto do Código de Processo Penal.

Em meio às desavenças no campo jurídico-penal, além da situação política brasileira vivida à época, surgiu o Código Penal de 1969. Sobre este cenário jurídico explica Fragoso (1971c, p. 07) que o “Prof. Benjamin Moraes reexaminou com mais vagar o projeto, introduzindo modificações, sobretudo na Parte Especial”. Quanto a última parte da feitura do projeto, Heleno Fragoso (1971c, p. 07) esclarece que “nenhuma participação tivemos nessa fase do trabalho, nem sabemos quem aqui interferiu ou colaborou”. Contudo, Benjamin de Moraes (1970, p. 21) fala sobre esta última fase:

Não se deveria alterar substancialmente a obra de Hungria e da Comissão Revisora. Não se tratava de transformar o anteprojeto, nem de elaborar um novo, mas mantendo-se o mais possível a obra deixada por Hungria, importava encaixar as leis que a Revolução de 1964 já havia adotado em matéria penal e que não tinham sido incorporadas ao texto do anteprojeto. Conviria também aperfeiçoar o que fosse possível, deixando fora do Código somente aqueles crimes que tradicionalmente extravasam o âmbito do Código Penal: crimes de imprensa, de responsabilidade, de segurança, etc. (grifo nosso).

Por fim, em 21 de outubro de 1969 é publicado o Decreto-Lei n.º 1.004, o novo Código Penal, subscrito pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar - a Junta, que governava o país, nos termos dos poderes extraordinários conferidos pelo AI-5, e com Exposição de Motivos subscrita pelo Ministro da Justiça, Gama e Silva. O referido Decreto-lei tinha sua vigência determinada para o dia 1º de janeiro de 1970¹⁰, depois alterada para 1º de agosto de 70, e sendo constantemente adiado, sob as alegações que seria mais viável entrar em vigor juntamente com o novo Código de Processo Penal, cujo projeto foi de autoria do prof. Frederico Marques. É o que explica o Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, na exposição de motivos n. GM-00987-B (BRASIL, 1969, p. 21). Segundo informa Buzaid, a reforma do Código Penal deveria ter sido acompanhada da renovação da legislação processual e da feitura da Lei das Execuções Penais, “cujos projetos se encontram em fase de estudos finais neste Ministério” (BRASIL, 1969, p. 21). Ainda de acordo com Buzaid, os respectivos projetos seriam encaminhados pelo Ministério da Justiça ao Presidente da República em 1º de

¹⁰ Projeto 2.071-A, de 1969. Altera o artigo 407 do Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1961, que dispõe sobre o Código Penal, tendo parecer da Comissão de Constituição e Justiça pela constitucionalidade, juridicidade e aprovação do projeto. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º. O artigo 407 do Decreto-lei n. 1004, de 21 de outubro de 1969, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 407. Este Código entrará em vigor no dia 1º agosto de 1970 [...]. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22NOV1969SUP.pdf#page=22>

agosto, quando deveriam ter concluído o respectivo processo legislativo. A Comissão de Constituição e Justiça, em parecer do relator Dayl de Almeida, afirmou que o projeto era constitucional e juridicamente válido, e por concordar com a entrada em vigor dos outros diplomas, foi aprovada a alteração da vigência do novo Código Penal.

É importante salientar que inicialmente a solicitação de feitura do anteprojeto para o jurista Nelson Hungria, possivelmente pelo seu prestígio, conhecimento e estudo; e por fim, as modificações trazidas após sua morte, com a incorporação ao projeto de partes trazidas em consequência do governo militar pós golpe de 1964. Ou seja, foi um processo iniciado em início da década de 1960, com a chamada redemocratização nacional em pleno curso, mas que terminou justamente com a ruptura deste processo, quando do golpe civil-militar de 1964 e continuidade do respectivo governo.

Ainda é possível notar uma contradição ou um embate de narrativas em relação à confecção do anteprojeto. Enquanto se lê nas revistas jurídicas da época que foram realizadas conferências para discussão do projeto e que sugestões foram aceitas e incorporadas; de outro lado, houve críticas precisamente em relação ao obscurantismo que se sucedeu, principalmente pós 1964, quando ocorreram mudanças de comissões, de ministros da justiça, sendo por derradeiro criada a comissão para a redação final do projeto e este finalizado.

O novo código não trouxe inovações mais sofisticadas para o Direito Penal, esperava-se na visão dos juristas muito mais da reforma, ou nas palavras do Prof. Manoel Pedro Pimentel (1971, p. 372) ocorreu “simplesmente uma espécie de remendo do Código atual”. Ainda segundo Pimentel (1971) outro fator para a desaprovação foi o projeto de código não ter sido submetido à análise do legislador. Como foi colocado acima, o novo Código elaborado inicialmente sob a égide do regime democrático que em um entendimento mais amplo deveria ser resultado de uma discussão acerca da realidade brasileira, de uma determinada cultura jurídica (quase três décadas de vigência do Código Penal), para posteriormente o projeto ser apresentado para o debate nas faculdades, associações de advogados, Ministério Público, magistratura e outros meios, que resultasse em projeto definitivo. Evidentemente que o trâmite pelas casas legislativas, de modo que as discussões ficassem registradas, servindo de norte para os intérpretes da lei, “valendo ainda como contribuição hermenêutica e exegética” (PIMENTEL, 1971, p. 374).

Já na exposição de motivos do Código Penal de 1969 fica evidenciado que o código não seria totalmente novo: “Ao contrário, o propósito foi sempre o de manter, tanto quanto possível, as soluções da lei vigente, cuja eficiência e correção foram demonstradas em longos anos de aplicação, por todos os Tribunais do País” (SILVA, 1969, p. 153). Continua a exposição de motivos no sentido de informar que estava presente a realidade brasileira, e “procurou-se ajustar a nossa legislação às exigências fundamentais de um Direito Penal da Culpa, que visa a proscrever toda forma de responsabilidade objetiva”, de maneira a proporcionar soluções à repressão da criminalidade (SILVA, 1969, p. 154). Para Pimentel (1971, p. 377), da exposição de motivos pode-se tirar três conclusões:

1ª) Houve o propósito de atualizar a lei penal, aproveitando-se a experiência dos longos anos da sua aplicação, especialmente em face das decisões jurisprudenciais. 2ª) Houve o propósito de proscrever toda forma de responsabilidade objetiva. 3ª) Atentou-se, quanto à pena, e sua aplicação, para a realidade brasileira.

Continua o autor descrevendo acerca dos três pontos elencados, afirmando que as três finalidades não foram efetivadas a contento. Primeiramente, expõe que 1) As soluções da jurisprudência já pacificadas não constaram no novo Código.¹¹ 2)

¹¹ Manoel Pedro Pimentel explica este item descrevendo três casos: “I – A jurisprudência assentou que é perfeitamente aplicável ao furto qualificado a solução benigna destinada ao chamado furto mínimo. A doutrina se opunha a tal solução, baseada especialmente na ordem dos parágrafos do art. 155 do atual Código Penal. O furto mínimo estava regulado pelo parágrafo segundo, enquanto que o furto qualificado vinha regulado no parágrafo quarto. Objetavam os intérpretes que não se poderia, sem ofensa à boa hermenêutica, aplicar o disposto no parágrafo segundo às hipóteses previstas no parágrafo quarto, mas a jurisprudência, sensível aos reclamos da justiça objetiva, ignorou a crítica e deu aplicação ao furto minorado, mesmo nos casos de furto qualificado. Teria sido muito fácil ao legislador, no novo Código, corrigir a ordem dos parágrafos, acolhendo a lição da jurisprudência. No entanto, surdo ao clamor, manteve a mesma ordem. II — A jurisprudência afirmou, iterativamente, que nas hipóteses previstas no art. 129, § 5.º, n.º II, do Código atual, lesões corporais recíprocas, quando o juiz não tivesse elementos para precisar qual dos contendores atacou primeiro deveria absolver ambos os réus. Certamente estaria absolvendo o culpado, mas absolveria também o inocente. O novo Código, insensível a esta solução absolutamente justa, dispôs expressamente que o juiz deve condenar os dois réus, quando não se souber qual dos contendores atacou primeiro. Parece-nos claro que se o juiz não sabe qual dos contendores iniciou a agressão, podendo um deles encontrar-se era situação de legítima defesa, a única solução possível é a absolvição de ambos, para que se tenha a certeza de que o inocente foi absolvido. Se algum esclarecimento devesse acrescentar-se à redação atual do dispositivo em causa, seguramente seria no sentido oposto à direção seguida pelo legislador. O erro, se persistir, desmerecerá a nossa cultura jurídica. III — A jurisprudência acolheu o entendimento de que também seria reconhecível a figura do crime continuado, quando se tratasse de ofensa a bens personalíssimos. Assim, nos crimes contra a pessoa, haveria a continuação delituosa quando o agente, dando cumprimento a um mesmo desígnio criminoso, eliminasse sucessivamente dois antagonistas. Em doutrina a questão não era pacífica. Digladiavam-se as duas correntes, subjetivista e objetivista, com ponderáveis argumentos. Mas a jurisprudência encontrou a solução ditada pelo bom senso, e que foi adquirindo prestígio cada vez maior, autorizando a aceitação da figura especial do crime continuado, quando a hipótese concreta assim o exigisse em virtude da necessidade de se atender aos reclamos da equidade. O novo Código, contrariamente ao que ficou dito na Exposição de Motivos, afrontou essa jurisprudência e

As hipóteses de responsabilidade objetiva permaneceram no novo Código. O artigo 19 declara: “pelos resultados que agravam especialmente as penas só responde o agente quando os houver causado, pelo menos, culposamente”, o correto é que “algumas figuras conservaram o ranço da responsabilidade objetiva” (sic) (PIMENTEL, 1971, p. 379), como exemplo os delitos previstos nos artigos 136 (abandono de pessoa), parágrafo 1º (formas qualificadas pelo resultado); 137 (exposição ou abandono de recém-nascido), parágrafo único (formas qualificadas), dentre outros. 3) O legislador não atendeu a realidade brasileira da época. Um dos exemplos é a redução da menoridade para o efeito de imputabilidade. “Aos 16 anos o jovem brasileiro que vive no interior, não está em condições para de ser responsável penalmente pelos atos que eventualmente vier a praticar” (sic) (PIMENTEL, 1971, p. 379). É discutível também o que se pretendia quanto a classificação de criminosos habituais e por tendência. Inovação que não levava em consideração “o abandono moral de muitos jovens, analfabetismo, dentre outros fatores”. Ainda nas palavras do autor, o Código também não buscou ir em prol da infância, “em favor da juventude, estimulando medidas profiláticas contra a criminalidade, como a fiscalização rigorosa para a venda de bebidas alcoólicas, repressão ao tráfico de drogas”, dentre outras (PIMENTEL, 1971, p. 380).

Como dito anteriormente, o código fruto de determinado processo e projeto jurídico está intrinsecamente ligado ao projeto de Estado que se queira instaurar. Foi sobre esse olhar, em que pese iniciado antes da mudança do cenário político brasileiro da década de 1960, a elaboração teve contornos de imposições referentes às comissões para a sua confecção e revisões.

O que se consegue verificar é que o Código de 1969 em meio às discussões doutrinárias inicialmente traz consigo realidades que poderiam e não foram modificadas; e em relação afeita às questões políticas, o Código foi gerido sem qualquer debate nas casas legislativas (só posteriormente), e que após críticas teve sua entrada em vigor suspensa até ser derogado por Lei.

tomou partido na discussão doutrinária, proibindo, expressamente, no art. 66, § único, o reconhecimento do crime continuado quando se tratar de fatos ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima. Trata-se de uma lamentável violência cometida contra a consciência dos juízes, perfeitamente evitável. Bastaria que o novo Código silenciasse a respeito da questão, como o fizera o Código atual” (PIMENTEL, 1971, p. 377).

2.2.1 Mudanças no Código Penal de 1969 – Algumas notas sobre o debate legislativo

Em 24 de agosto de 1973 foi publicado no Diário do Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 1.457 de 1973 (do Poder Executivo) com as alterações dos dispositivos do Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal. O texto – mensagem nº 260/73 foi lida em plenário, conforme consta da tramitação do referido Projeto de Lei, disponível no site da Câmara dos Deputados. Dentre as alterações, algumas foram relacionadas ao tema teoria do delito, o que será debatido mais à frente neste estudo. Vale dizer também, que vários outros temas foram alterados, nas partes geral e especial do Código.¹²

¹²Foram propostas alterações nos artigos: Parte Geral. Título I - Aplicação da lei penal (artigos 6º, 8º, 12); Título II - Do crime (artigos 14, 17, 26); Título III – Da imputabilidade penal (artigos 33 e 34); Título V – Das penas (artigos 40, 44, 48); Capítulo II – Da aplicação da pena (artigos 54, 56, 64, 65, 66, 67, 69); Capítulo III – Da suspensão condicional da pena (artigo 71); Capítulo IV – Do livramento condicional (artigos 75, 76); Capítulo V – Das penas acessórias (artigos 84, 86, 88); Título VI – das medidas de segurança (artigos 96 e 97); Título VIII – Da extinção da punibilidade (artigos 111, 114, 117); Parte Especial. Título I – Dos crimes contra a pessoa. Capítulo I – Dos crimes contra a vida (artigo 121); Capítulo III – Da lesão corporal (artigos 132 e 133); Capítulo IV – Da periclitación da vida ou da saúde (artigos 136, 138, 139); Capítulo V – Dos crimes contra a honra (artigos 144 e 149); Capítulo VI – Dos crimes contra a liberdade (artigos 154, 155, 157, 158, 160, 164); Título II – Dos crimes contra o patrimônio. Capítulo I – Do furto (artigos 165 e 166); Capítulo II – Do roubo e da extorsão (artigo 170); Capítulo III – Da usurpação (artigo 173 e 174); Capítulo IV – Do dano (artigo 175 e 177); Capítulo V – Da apropriação indébita (artigos 180 e 182); Artigo VI – Do estelionato e outras fraudes (artigos 184, 186, 188); Capítulo VII – Da usura (artigo 195); Capítulo VIII – Da receptação (artigos 196 e 197); Capítulo IX – Disposições gerais (artigo 200); Título III – Dos crimes contra a propriedade imaterial. Capítulo I – Dos crimes contra a propriedade imaterial (artigo 204); Capítulo II – Dos crimes contra patente de invenção, modelo de utilidade, de desenho ou modelo industrial (artigo 211); Capítulo III – Dos crimes contra as marcas de indústria e comércio (artigo 212); Capítulo IV – Dos crimes contra o nome comercial, o título de estabelecimento, a insígnia ou a expressão ou sinal de propaganda (artigo 215); Capítulo VI – Dos crimes contra armas, brasões ou distintivos públicos e de falsa indicação de procedência (artigo 218); Capítulo VI – Do ultraje público ao pudor (artigo 258); Título VII – Dos crimes contra a família. Capítulo I – Dos crimes contra a moral familiar (artigo 259). Capítulo II – Dos crimes contra o casamento (artigo 265); Capítulo III – Dos crimes contra o estado de filiação (artigos 267 e 268); Capítulo IV – Dos crimes contra a assistência familiar (artigos 271, 272, 274, 275); Capítulo V (artigos 276 e 277); Título VIII – Dos crimes contra a incolumidade pública. Capítulo I – Dos crimes de perigo comum (artigos 282, 283, 284); Capítulo II – Dos crimes contra a segurança dos meios de transporte e comunicações e outros serviços públicos (artigos 295 e 298); Capítulo III – Dos crimes contra a saúde pública (artigos 303, 305, 312, 314); Título IX – Dos crimes contra a paz pública (artigo 320); Título X – Dos crimes contra a fé pública. Capítulo I – Da moeda falsa (artigo 322); Capítulo II – Da falsidade de títulos e outros papeis públicos (artigo 327); Capítulo III – Da falsidade documental (artigos 330, 331, 334, 338, 339, 340); Capítulo IV – De outras fraudes (artigo 342); Capítulo V – Disposição geral (artigo 347); Título XI – Dos crimes contra a administração pública. Capítulo I – Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral (artigo 362, 366, 367, 368); Capítulo II – Dos crimes praticados contra a administração em geral (artigo 377); Capítulo III – Dos crimes contra a administração da justiça (artigos 386, 387, 389, 392, 395, 403). Disposições gerais (artigos 406 e 407) (BRASIL, 1973, p. 4699).

Assim relata a exposição de motivos do Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, referente às mudanças atinentes à parte geral do novo Código (BRASIL, 1973, p. 4698-4699):

O projeto conserva; na Parte Geral do Código, as importantes inovações que introduziu, como a causalidade da omissão, a conceituação da culpa, a responsabilidade pelo resultado mais gravoso, a relevância parcial do erro de direito, a inexigibilidade de conduta diversa, o tratamento dos semi imputáveis, a limitação das penas privativas de liberdade e a conversão delas em multa, a quantificação do dia-multa, a pena indeterminada e a eliminação de critério rígido para fixação da pena na hipótese de reincidência específica. Sob este aspecto, o projeto, ainda que melhorando a redação, se cingiu a dar ao texto maior concisão e conformidade técnico-legislativa e uma ou outra supressão de dispositivos. O objetivo foi antes condensar do que eliminar os seus componentes substanciais.

Dentro do debate legislativo, em 29 de agosto de 1973, em sessão no Congresso Nacional, o deputado Laerte Vieira se pronuncia acerca das alterações propostas ao Código Penal (Projeto de Lei n. 1.457/1973). Disse o deputado que para além da importância do Código, foi “a primeira vez que o Congresso Nacional tem a oportunidade de apreciá-lo, apresentando emendas e cuidando da sua efetiva elaboração” (BRASIL, 1973b, p. 4963). Continua o parlamentar afirmando que o prazo de 45 dias, no qual a matéria deveria tramitar, é “verdadeiramente ridículo, impossível estudar matéria dessa ordem” (BRASIL, 1973, p. 4963). O deputado suscita a dúvida questionando o presidente da Casa (deputado Flávio Marcílio) se essa matéria tem uma tramitação ordinária, não obstante, tivesse um prazo exíguo. E, se haveria ou não designação de comissão especial, ou se apenas a Comissão de Justiça apreciaria o projeto. Também formulou reclamação pela tramitação “apressada e desnecessária de matéria dessa importância”. E, por fim, solicitou que o presidente da Câmara, determinasse que “todas as proposições existentes na Câmara, objetivando a alteração do Decreto-Lei 1004, fossem consideradas emendas apresentadas ao referido projeto e a ele apensadas”, de forma a tramitarem junto com essa matéria e com eles serem examinadas “sob pena dos deputados anularem as iniciativas dos parlamentares quanto às alterações propostas ao Decreto-Lei 1.004 que se encontram em tramitação” (BRASIL, 1973, p. 4963).

Como resposta, o presidente da Câmara afirmou que quando recebeu a mensagem do Presidente da República atentou para os seus termos e constatou

não se tratar de um Código, “para dar a tramitação necessária aos mesmos” – o que consistiam eram as emendas ao Código, “mas de certa natureza, pois o Código ainda não existe, porque não entrou em vigor”. Como a mensagem diz “Emendas ao Código”, o presidente informou que vai remetê-los à Comissão de Constituição e Justiça. Quanto à anexação de tudo o que existe sobre a matéria, qualquer membro da referida Comissão poderia pedir sua juntada, pois “a Mesa não tem competência para decidir sobre essa parte” (BRASIL, 1973, p. 4963).

O deputado Laerte Vieira retomou a palavra e explicou que poderia ocorrer que proposições visando as alterações do projeto pudessem ter passado pela Comissão ou se encontrem em outra fase de tramitação. Como é um projeto que deve ser tratado como principal, deveria ser acompanhado dos outros, considerados neste caso como acessórios para poder assim configurar o exercício do direito dos parlamentares proporem emendas, já que estavam no prazo determinado (BRASIL, 1973, p. 4963).

Ora, o que se pode notar neste incipiente debate é uma não sincronização daquilo que efetivamente tramitava enquanto a matéria de alteração do projeto – novo Código Penal. Só para se ter uma ideia, o próprio Deputado Laerte Vieira era naquela época, Vice-Presidente da Comissão de Constituição e Justiça que conforme apresentado, o projeto tramitou. Os questionamentos levantados pelo referido deputado, as dúvidas suscitadas, estão direcionadas como o projeto deveria em prazo tão curto ser analisado. Além disso, esta era uma oportunidade, de verdadeiramente, o parlamento poder opinar quanto ao Código.

Ainda referente ao debate no Congresso Nacional, ficou estabelecido por decisão unânime da Comissão de Constituição e Justiça que todos os projetos que versassem sobre matéria penal seriam anexados ao Projeto n.1.457/73 que, como dito anteriormente, alterava os dispositivos do Decreto Lei n. 1.004 de 1969 (Código Penal) (BRASIL, 1973, p. 5219); distribuído pela Comissão de Constituição e Justiça o referido projeto de alteração do Código Penal ao deputado Élcio Alvares (BRASIL, 1973, p. 5788). Mais uma vez, conforme consta na ata da 14ª reunião ordinária da Comissão de Constituição e Justiça restou deferido, unanimemente, requerimento do Deputado Élcio Alvares, no sentido da anexação de todos os projetos que versem sobre matéria penal do Projeto n. 1.457/73, do qual é Relator (BRASIL, 1973, p. 5789).

Distante um pouco do objetivo deste trabalho, mas na linha daquilo que se apresenta como debate legislativo referente as modificações do Código Penal de 1969, está o discurso do Deputado Peixoto Filho, proferido em 11 de setembro de 1973, acerca do problema carcerário brasileiro. Como já era de se imaginar, o que se noticia atualmente sobre o insucesso na recuperação do criminoso para o convívio em sociedade, precariedade das instalações prisionais, superlotação de detentos, enfim, são há muito tempo uma continuação da política criminal, ou melhor dizendo, falta de uma política criminal adequada à realidade do país. No discurso do parlamentar, além do apontamento às mazelas acima elencadas, está a possibilidade na modificação do Código Penal, no que tange a aplicação da pena e a promoção do encarcerado. Para isso, a contribuição da Associação Paulista do Ministério Público com um anteprojeto que altera os artigos 36 e 101 do Código Penal. Aponta, ainda, que a tramitação do Projeto de Lei para as modificações do Decreto-Lei 1.004/69, enseja algumas modificações no sistema de penas com o objetivo de reformular o sistema penitenciário brasileiro. Mais uma vez, aponta que o “prazo concedido aos deputados para o exame da matéria é muito curto, razão por que, mais de uma vez, as limitações impostas ao Congresso Nacional prevaleceram, em detrimento do próprio interesse nacional”¹³ (BRASIL, 1973, p. 5452).

Feita a breve ponderação anterior, aos dezenove dias do mês de setembro de 1973 a Comissão de Constituição de Justiça reuniu-se extraordinariamente sob a presidência do deputado Lauro Leitão, e de alguns dos seus membros. Referente ao Projeto nº 1.457/73 e Emendas do Plenário (Mensagem 260/73), do Poder Executivo, o relator, deputado Elcio Alvares, deu parecer pela “constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Projeto, com emendas, bem como pela aprovação das Emendas de Plenário [...]” (BRASIL, 1973, p. 7798). Foram apresentadas 27 emendas em Comissão, e 36 emendas oferecidas em plenário. Relativas ao “Título II – Do Crime”, a emenda nº 01 a qual se refere ao

¹³ Para além da crítica ao sistema prisional brasileiro, o Deputado Peixoto Filho tece comentários de cunho moral aos problemas enfrentados nos presídios brasileiro: “Sr. Presidente, o que existe, e de há muito é do conhecimento do Governo são verdadeiros depósitos em que condenados, presos provisoriamente, doentes contagiosos e até menores vivem em promiscuidade, em celas inadequadas e superlotadas, o que gera um estado geral de violência, o uso de tóxicos, desvios sexuais pela abstinência imposta ao preso, com a prevalência do homossexualismo, transformando as prisões em antros de sodomia, lesbianismo e mais inversões dessa espécie. A superlotação dos poucos presídios existentes no país determina que parte dos sentenciados cumpra suas penas em cadeias públicas das Comarcas, que não estão aparelhadas para esse fim, eis que têm como principal função o recolhimento provisório dos presos locais” (BRASIL, 1973, p. 5452).

artigo 17 do Código¹⁴, e a emenda nº 02 em alusão ao artigo 28, relacionado ao estado de necessidade como excludente do crime, tiveram propostas para alteração e fazem parte desta análise.¹⁵

Pois bem, em seu parecer dividido em cinco partes sobre as emendas à Parte Geral do Projeto, o deputado Élcio Alvares analisou as propostas, que serão tratadas aqui àquelas relacionadas ao Título II do Código, os artigos 14, 17 e 26 do Código. O artigo 14 do Código traz um conceito de crime consumado e tentado. No parágrafo único do referido artigo, a pena para o crime tentado “é a correspondente

¹⁴ Art. 17 passa a figurar com a seguinte redação:

"culpabilidade".

Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposo, quando o agente deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

III - Preterdoloso quando houver dolo no antecedente e culpa no consequente.

Excepcionalidade do crime culposo.

Parágrafo único.

Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime senão quando o pratica dolosamente.

Justificação

O Código consagra a 3ª forma de culpabilidade i.e, o preterdolo tanto assim é que o art. 129 fala de "aborto preterdoloso". Também o § 3º do Art. 132 seria outro caso. Ora, ao definir culpabilidade "lato sensu" no art. 17 falou apenas do dolo e da culpa o que constitui em boa técnica e na melhor doutrina uma omissão. - Nina Ribeiro (BRASIL, 1973, p. 6061-6062).

¹⁵ O art. 28 passa a figurar com a seguinte redação:

Estado de necessidade como excludente do crime

Art. 28. Considera-se em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar direito seu ou alheio de perigo certo e atual, que não provocou, e cujo sacrifício, nas circunstâncias dadas, não era razoável exigir-se.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora reconheça que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, o juiz pode reduzir a pena de um a dois terços.

Justificação

O estado de necessidade como causa de justificação objetiva, excludente, portanto da criminalidade, ocorre em circunstâncias especiais onde não é possível medir com a "dosiétrica" e "farisaica" balança de farmácia no dizer do pranteado e saudoso mestre Nelson Hungria. Ora, se abrirmos qualquer tratado de Direito Penal veremos que o exemplo clássico, reiterado e repetido de estado de necessidade é o fornecido pela "tábula unius capax", i.e. a hipótese em que dois naufragos se esforçam em direção a uma tábua flutuante que só pode conter o peso de um deles. Nesse momento, quando um deles afasta o outro não está obviamente sacrificando um bem "consideravelmente inferior ao mal evitado" (no dizer do art. 28 que se quer modificar); e isso porque as duas vidas valem em tese a mesma coisa. Procuramos, destarte, não deixar ao desamparo o caso mais repetido e reconhecido da mencionada excludente, mas que seria incompatível com a letra do novo Código. Restabelecemos, outrossim, numa ética humana e realista o "moderamen" representado pelo § 2º por ser um imperativo de justiça, tendo em vista o critério do "homo medius" tão caro à Ciência Penal que não obriga ninguém a ser herói, mártir ou super-homem. - Nina Ribeiro (BRASIL, 1973, p. 6062).

ao crime consumado, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, no caso de excepcional gravidade, aplicar do crime consumado". (BRASIL, 1973, p. 6075). Sobre a possibilidade de o magistrado aplicar a pena do crime consumado em casos de excepcional gravidade é uma inovação, pois não havia essa permissão no Código Penal de 1940 (BRASIL, 1973, p. 6075).

Ainda explicou o deputado que essa alteração teve a influência na doutrina de Costa e Silva, como aparece na Exposição de Motivos do Código Penal de 1969 – “Se o agente, querendo matar, inutiliza a vítima, tornando-a, por exemplo, cega e parálitica, merece a pena de crime consumado”. Seria mesmo que matar, para efeito de aplicação da pena” (BRASIL, 1973, p. 6075). Segundo o autor, a emenda tem por finalidade o retorno ao sistema do Código de 1940, art. 12, parágrafo único, pois é a mesma redação (BRASIL, 1973, p. 6075).¹⁶

Na análise do deputado, o crime tentado deveria ter a punição do crime consumado, mas com a pena diminuída de um a dois terços. Portanto, na sua opinião “rejeita-se a inspiração de Costa e Silva, que permite a aplicação ao crime tentado da mesma pena do crime consumado, sem qualquer diminuição, em caso de excepcional gravidade” (BRASIL, 1973, p. 6075). E conclui dizendo que é “Inteiramente cabível a emenda, pois não se pode aplicar a mesma dose de pena para o delito tentado, que, indiscutivelmente, é de menor gravidade do que o consumado” (BRASIL, 1973, p. 6075). Também é uma conclusão decorrente do pensamento de Élcio Alvares que a fixação das penas, atende a proporcionalidade da menor ou maior ameaça, ou lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

Como se pode constatar, o Código de 1969 sofreu algumas alterações, através da Lei n 6.016/1973, em virtude de críticas formuladas, no entanto, foi derogado pela lei 6.578 de 11 de outubro de 1978, sem nunca ter entrado em vigor.

2.3 “ÉRAMOS UMA LAGOA PLÁCIDA E O NELSON NOS TRANSFORMOU EM UM MAR REVOLTO” – A PENALÍSTICA BRASILEIRA DA CODIFICAÇÃO

A frase descrita neste subitem de autoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal Orizombo Nonato pode ser uma pista mais ou menos importante não só

¹⁶ Art. 12 – Diz-se o crime:

[...]

Parágrafo único: Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

para exemplificar e remeter aos trabalhos do jurista Nelson Hungria, mas da penalística brasileira desde a década de 1940 até a contemporaneidade. Claro, vale dizer que por uma opção epistemológica fez-se o recorte temporal para quase meados do século XX em diante, se assim não fosse, partiria do Código Penal de 1890, mas pensa-se ser distante daquilo que se pretende trabalhar, não eximindo os trabalhos de renomados juristas que em muito contribuíram para a formação nacional do Direito Penal.

A ideia é apresentar um quadro mais ou menos ordenado sobre como se deu efetivamente a codificação penal brasileira de meados do século XX até a década de 1970, verificar as influências exteriores e aquilo que é produção nacional. Para isso, para além das biografias dos autores, serão estudados seus escritos no debate jurídico nacional, através da análise dos manuais de direito e das revistas jurídicas da época, os quais são as fontes valiosas para a formação narrativa.

2.3.1 Os juristas e seus debates

O Código de 1940, na observação feita por Ricardo Sontag (2009, p. 56), foi elaborado por técnicos e tendo como os receptores os próprios técnicos, principalmente no que está disposto na Parte Geral do código, onde contem certo arcabouço e definições do Direito Penal os quais servem de instrumental para os juristas. Mas, o que parece ser mais importante sobre a escrita do Código de 1940 é que “adotou solução dita tradicional de definir ao máximo possível os conceitos utilizados (muito embora ainda insuficiente na opinião, provavelmente correta, de vários penalistas) para evitar as incertezas na aplicação da lei (SONTAG, 2009, p. 56). Se, como dito, o Código Penal de 1969, seria uma continuidade de forma, de sistemática do Código de 1940, parecer ser possível de entender que o CP de 1969 permanecer a ser instrumento dedicado a juristas. E mais, tendo como participante da comissão para elaboração do Código de 1969 o próprio Nelson Hungria (responsável pela tecnicização do CP de 1940) pode-se imaginar que para além das possíveis soluções dos “defeitos” do CP de 1940 o Código de 1969 parece ser mais pragmático que o anterior (o que será discutido mais adiante).

Nesse sentido, tendo em vista ser Nelson Hungria um tecnicista, desenvolveu no Brasil, “da maneira mais coerente a identidade técnica do penalista, tendo procurado deixar bem clara a importância dessa atitude quando o jurista se

acercasse desse artefato eminentemente técnico que era o Código de 1940” (SONTAG, 2009, p. 73). Por isso mesmo, na ideia de Hungria, o código bem-acabado teria que estar em sintonia com as “novas tendências internacionais da política criminal, ao mesmo tempo, adaptado à dita realidade nacional, e escrito numa técnica de escritura legislativa clara, límpida e precisa” (SONTAG, 2009, p. 74). A modernização do Direito brasileiro já há algum tempo era ponto de debate dos juristas na medida da reorganização que o poder do Executivo se impunha.

Aponta Diego Nunes (2016, p. 155) que Brasil e Itália percorreram diferentes trajetórias para que suas codificações penais saíssem do poderio do parlamento. Enquanto no país europeu houve uma transferência específica de “competência do Legislativo para o Executivo, no Brasil o novo ordenamento geral fez de tal deslocamento uma regra geral” (NUNES, 2016, p. 155-156). O Estado Novo, período da História política brasileira entre os anos de 1937-1945, teve seu auge nos primeiros anos deste período¹⁷. Após impor a Constituição de 1937, findando com a de 1934, Getúlio Vargas eliminou o parlamento do cenário político nacional, e assim o poder de legislar ficou ao encargo do Executivo personalizado na figura do presidente com o ajuda dos ministérios (NUNES, 2016, p. 156). Ou seja, naquele momento, os projetos de lei passaram a ser de iniciativa do Presidente da República, tendo o parlamento tão somente a eventual “possibilidade de proposições por iniciativa conjunta de um terço dos membros de uma das casas desde que versasse somente sobre os princípios de legislação” (NUNES, 2016, p. 165).

Diante desse cenário, o Ministério da Justiça com Francisco Campos conduziu, com o argumento da tecnicização, a condução da atividade legislativa com vistas à reforma ou elaboração de um novo código penal. O governo aproveitou-se da sua centralização quanto a práxis legislativa e com a sua determinada visão de direito penal, para isso, buscou o professor Alcântara Machado, da tradicional faculdade de direito de São Paulo, para a elaboração do projeto. Passado por

¹⁷ Explica Eli Diniz (1999, p. 23) que o período entre os anos de 1937-45 caracteriza-se por uma guinada autoritária: “Nesse momento, é a figura do Vargas ditador que assume o primeiro plano, a imagem do homem que, através de um golpe de Estado, com o auxílio das Forças Armadas, instaura a ditadura, pondo fim à breve e turbulenta experiência democrática de 1934-37, traíndo assim os ideais da revolução de que fora um dos principais líderes. Nesse momento, domina a cena o Vargas identificado com o ideário autoritário. Cabe ressaltar, aliás, que os grandes ideólogos do autoritarismo tiveram o seu apogeu nessa fase. Lembremos Oliveira Viana, Francisco Campos e Azevedo Amaral, expoentes do pensamento autoritário, cujas ideias lançaram os fundamentos de uma série de mudanças político-institucionais que viriam a concretizar-se plenamente com o Vargas do período estado-novista”.

comissão revisora, o código ganhou forma até ser publicado – Decreto Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940.

Em que pese a importância que o pensamento social e jurídico brasileiro prestou no decorrer do século XX ao tema da relação entre os juristas e a formação do Estado e da sociedade brasileira, especialmente no cenário da ditadura civil-militar de 1964, ainda carece de maiores desenvolvimentos, por vezes sendo o assunto considerado um “tabu”. (ALVES, 2016, p. 175-176). A pesquisa desta matéria é dificultada pela própria estrutura do campo jurídico, que acaba por gerar a “defesa coletiva”, a “lealdade” e a “solidariedade entre os agentes, uma espécie de cumplicidade geracional forjada pelas redes de apoio recíproco e pelas coortes de sociabilização” (SEELANDER, 2009, p. 416). Mas as constantes pesquisas na área, hoje fornecem dados importantes para serem analisados, no que diz respeito às trajetórias de alguns juristas do período.

Francisco Campos, por exemplo, tendo participado do governo Vargas, de acordo com Alves (2016, p. 176) “arranjou uma fórmula jurídica para a autocracia-burguesa, no Ato Institucional nº 1”. Da mesma forma, Carlos Medeiros da Silva, assessor jurídico do Ministério da Justiça durante o Estado Novo, redigiu juntamente com Francisco Campos o AI-1, tendo sido agraciado posteriormente pelo presidente Castelo Branco ao ser nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, em 1965, em uma das vagas abertas pelo AI-2. No ano seguinte foi empossado Ministro da Justiça e Negócios Interiores, tendo participado da comissão de juristas que redigiu a Constituição de 1967. Carlos Medeiros da Silva ainda foi, durante o período da ditadura, o redator-chefe da Revista Forense.

Dentro dos “muros das faculdades de Direito”, principalmente em relação aos professores que foram ministros da Justiça nos governos dos presidentes Costa e Silva e Médici – Luiz Antônio Gama e Silva e Alfredo Buzaid, respectivamente; circularam ideias no que diz respeito à vinculação do mundo jurídico e político da época. Não só idealizações, mas efetivamente eram juristas que tendiam a compartilhar com os governos militares “o discurso anticomunista, o moralismo em questões sexuais, a aversão ao livre debate e o ideal de poder monocrático” (SEELANDER, 2009, p. 420). Luiz Antônio Gama e Silva foi diretor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco entre os anos de 1959-1962, e reitor da USP em 1963. Gama e Silva “foi um fiel jurista-colaborador do regime autocrático-burguês”

(ALVES, 2016, p. 177). Em 1967 assumiu como Ministro da Justiça. Foi também colaborador do Ato Institucional nº 5.

Alfredo Buzaid também egresso da faculdade de Direito do Largo São Francisco, nomeado diretor na Faculdade de Direito da USP em 1966, e na reitoria da USP. Em 1967 foi nomeado Coordenador de revisão dos códigos, pelo então Ministro da Justiça Gama e Silva. Dois anos depois sucedeu à Gama e Silva no Ministério da Justiça até 1974. Alfredo Bizaid anda redigiu o Código de Processo Civil de 1973, e por fim foi agraciado pelo governo de João Figueiredo como Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Apoiado nas conclusões de Alves, pode-se dizer que tanto esses quanto outros juristas e ainda em certas instituições prevaleceram o conservadorismo, “orquestrado por um *habitus* caracterizado por Bourdieu chamou gosto pela ordem, influenciado por socializações familiares e escolares parecidas e de posições semelhantes no espaço social” (ALVES, 2016, p. 179). Assim, o autor termina o raciocínio:

Dessa maneira, num primeiro momento não houve repúdio ao golpe, mas adesão expressa ou tácita (omissão), em muitos casos por receio do despotismo estatal. Apenas no período subsequente, já na onda da abertura e depois de escancaradas as arbitrariedades do regime, é que, em geral, os juristas passaram a criticar abertamente o autoritarismo do Estado e a “lutar por democracia”. (ALVES, 2016, p. 180)

Pode-se falar também em outros juristas que não se alinharam explicitamente aos governos militares, mas que também não expressaram suas opiniões quanto ao golpe civil-militar de 1964. É o caso do “príncipe dos penalistas” Nelson Hungria. Além da sua omissão em tratar do tema, sua vontade expressa de ver seu anteprojeto de Código Penal aprovado quando da suspensão das atividades do Congresso Nacional em 1968.

E diferentemente ainda, em posição oposta, Roberto Lyra declarou sua não afinidade com a tomada de poder político pelos militares em 1964. Após o golpe, Lyra “demitiu-se da função de membro da Comissão Revisora do anteprojeto de Lei das Execuções Penais, que elaborara a pedido do governo deposto” (ALVES, 2016, p. 183). Todavia, sua demissão em princípio não ocorreu com palavras de afrontas ao governo instalado.

2.3.2 As revistas jurídicas no cenário brasileiro das décadas de 1960-1970

Importantes meios de difusão do pensamento jurídico, as revistas jurídicas são, ao mesmo tempo, um laboratório para os ensaios dos autores, sendo uma dimensão para a comunicação científica e publicação de ideias. A revista jurídica, “em seu berço oitocentista”, teve sua primeira publicação estritamente jurídica em território nacional na década de 1840. A publicação foi produzida sob os cuidados de Francisco Alberto Teixeira de Aragão, na época conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, com o nome *Gazeta dos Tribunaes*, que entrou em circulação no Rio de Janeiro, no dia 10 de janeiro de 1843 (SOUZA, 2018, p. 30). Essas revistas, que inicialmente tinham sua “vida útil” curta, dando visibilidade aos julgamentos e atos de justiça, vão paulatinamente ganhando espaço e conseqüentemente se estabelecendo no mercado editorial brasileiro.

Segundo explica Ricardo Sontag (2009, p. 51) nos processos de codificação eram utilizados outros códigos e ainda projetos de códigos “a fim de comparar a técnica de escrita legislativa e as soluções técnico-jurídicas dos institutos específicos constitui uma dimensão importante da tecnicização da legislação”. Nesse sentido, os juristas preocupados ou responsáveis pelas codificações tinham acesso aos códigos, de modo a encontrar suas próprias soluções que passariam a fazer parte do ordenamento jurídico. Com o intuito de facilitar esse procedimento, ganham importância as articulações e redes produzidas pelos próprios juristas (SONTAG, 2009, p. 51). Desses “epistolários de juristas”, as revistas jurídicas tinham por finalidade comparar leis e doutrinas (SONTAG, 2009, p. 51).

No século XX, aparecem no cenário a Revista Forense (1904), a Revista dos Tribunais (1912) e a Revista de Direito Penal (1933), dentre outras mais destacadas:

A Revista de Direito Penal surgiu com a proposta de publicações mensais de fascículos que deveriam conter artigos de doutrina, jurisprudência, transcrições de conferências e resenhas bibliográficas. Era formada por um Conselho Técnico e por colaboradores efetivos de formações e atuações diversas: médicos, psiquiatras, autoridades policiais, mas especialmente juristas, que se ocupavam profissionalmente da advocacia, da docência e também de funções públicas, como era o caso de juizes, promotores, membros dos Conselhos Penitenciários [...] (PRANDO, 2012, p. 68).

As publicações nas revistas são importantes espaços de saber jurídico, experimentação, divulgação de notícias ligadas ao Poder Judiciário. Além disso, as revistas com seus múltiplos atores – conselho editorial, produtores, autores e

leitores, estabelecem uma rede de circulação e serve como importante instrumento de divulgação do pensamento jurídico, “as revistas de direito apresentam-se como repositórios múltiplos e variados de conhecimento jurídico e como locais adequados ao debate” (SOUZA, 2018, p. 42).

Afirma Mariana de Moraes Silveira (2013, p. 70) que nas décadas de 1930-40 os periódicos jurídicos brasileiros vivenciaram um tempo de desenvolvimento. Na segunda metade dos anos 30 observou-se um “aumento de paginação”, maior cuidado “com a composição gráfica dos textos”, assim como maior oferta de títulos. O prestígio dessas obras parecia ser importante a ponto do próprio governo se inserir nesses periódicos jurídicos, como em junho de 1943 era lançado o primeiro exemplar dos Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores (SILVEIRA, 2013, p. 73).

E “as mobilizações intelectuais da área jurídica guardam ainda um importante laço com a codificação, associado à preocupação em apresentar um plano explícito e organizado para tais leis” (SILVEIRA, 2013, p. 245). São as exposições de motivos que estão no início dos projetos de lei ou suas versões concluídas, com o intuito de arrazoar acerca das “opções teóricas tomadas e as soluções práticas adotadas” (SILVEIRA, 2013, p. 246). Deixa claro ser um importante instrumento para a apresentação de novos dispositivos, ordenamentos jurídicos, bem como buscam trazer subsídios para sua futura interpretação (SILVEIRA, 2013, p. 246). Pode-se verificar que ao longo do século XX o expediente de redigir as exposições de motivos, e mais ainda, publicizá-las, tornou-se interessante ao projeto do direito. Dá visibilidade, demonstra as teorias utilizadas e pode também fazer parte de um projeto político-jurídico que se queira sustentar.

Tendo como exemplo a Revista de Direito Penal, este periódico demonstra em seus artigos comparações, sempre que possível, do Código Penal de 1940 com o *Novo Código Penal* ou o Código Penal de 1969, ou mesmo passagens sobre o Código Penal Tipo para América Latina. Na primeira edição da revista, elaborada entre janeiro e março de 1971, o artigo de Heleno Fragoso (1971a) intitulado “Observações do Princípio da Reserva Legal” trata tanto do Código Penal de 1969 e do Código Tipo para América Latina, quando descreve sobre o alcance do referido princípio. Segundo o autor, em linhas gerais, o Código de 1969 reproduz a fórmula do Código Penal de 1940, enunciando o princípio de forma unitária (FRAGOSO, 1971a, p. 81).

No caderno da Revista de Direito Penal denominado “Esquemas do Direito Penal”, Aníbal Bruno (1972), ao discorrer sobre Teoria da Lei Penal, elenca quatro princípios sobre a validade da lei penal no espaço: 1º territorialidade, 2º nacionalidade, 3º defesa e 4º justiça penal universal. Quanto ao último princípio, segundo o autor, não é fácil a sua aplicação, sobretudo pelas diferenças que ainda separam, em diversos códigos, as soluções para a mesma matéria, apesar do movimento que vem se processando no sentido de aproximar entre si as várias legislações penais. Desse movimento é um exemplo a comissão redatora do Código Penal para América Latina. Ainda segundo o autor, o Código Penal de 1969 traz um quinto princípio, o da Representação. Segundo a exposição de motivos do Código de 1969, este dispositivo supre uma lacuna nas hipóteses de crimes praticados de aeronaves ou navios brasileiros mercantes, ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e não tenham sido julgados (BRUNO, 1972, p. 102).

Já na revista da Ordem dos Advogados do Brasil, nº 13, maio-agosto de 1974, foi publicada conferência pronunciada no seminário sobre o novo Código Penal, de iniciativa do Conselho Seccional de Alagoas, em maio de 1974, sobre as inovações do Código Penal. No artigo de Serrano Neves, este explica que após dez anos de elaboração, desde o anteprojeto de Hungria, em 1963, até a Lei nº 6.016, de 1973, “aí está o Código Penal chamado brasileiro, predominantemente voltado para os figurinos estrangeiros, nem sempre compatíveis com as realidades e as peculiaridades de nossa gente” (NEVES, 1974, p. 262). E complementa o autor a sua crítica do Código Penal de 1969 (NEVES, 1974, p. 262):

Compromissado, outrossim, com tabus, utopias, superstições e até com velhos pregões de fundo clerical, aí este ele, a mentir, com ares de quem não o faz, ao sentido ascensional de ideias que a cada passo, deixa claras, em sadias disposições de sabor até futurológico.

Passando para a Revista dos Tribunais, onde ainda se encontra mais artigos acerca do Código Penal de 1969, cita-se dois artigos. O primeiro intitulado “Alguns aspectos do novo Código Penal”, de Mário Hoepfner Dutra (1973, p. 299-310). O autor estabelece relações importantes sobre a culpabilidade. Descreve Dutra que o delito culposo tem-se nova definição, “despindo-se da formulação clara, precisa e sobremodo prática do Código de 1940, que para defini-lo empregou as palavras imprudência, negligência, e imperícia” (DUTRA, 1973, p. 301). Conclui momentaneamente o autor que o Código de 1940 bem tratou a matéria que, com o novo Código, “passa a ser considerada de forma mais complexa, embora o seu

conteúdo leve às mesmas conclusões do anterior, pois tudo redundava, afinal, na consideração da culpa tal como apresenta na forma tripartida” do Código de 1940 (DUTRA, 1973, p. 301).

Mas, ainda de acordo com Dutra (1973), há uma inovação no artigo 19 do novo Código, ao afirmar que “pelos resultados que agravem simplesmente as penas só responde o agente quando os houver causado, pelo menos, culposamente”; ou seja, “inadmissão de casos excepcionais de responsabilidade objetiva, a que é despida de culpabilidade”. Por isso, “diante do novo postulado legal, o agente deve ter pelo menos a previsibilidade do resultado havido, isto é, a possibilidade de prevê-lo normalmente” (DUTRA, 1973, p. 301).

As publicações nas revistas jurídicas desde há muito tempo tem se prestado a informar e divulgar trabalhos que na sua composição final são fontes de pesquisas importantes. Em relação à teoria do delito ligado ao Código Penal de 1969, as revistas desempenham papel central, pois é difícil encontrar livros que tratam especificamente do assunto. Os artigos das revistas conseguem minimamente discutir os vários temas da teoria do delito.

2.4 TÍTULO II – DO CRIME”: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DO DELITO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1969

Já desde o século XIX a teoria do delito vem sendo trabalhada na medida de trazer ao direito penal respostas aparentemente mais adequadas, e um enquadramento correto relacionada a ação praticada pelo autor dentro de um conceito de crime. Essa preocupação de explicar o que é o delito e quais são suas repercussões, especificamente no Código Penal de 1969 é o que será tratado a partir de agora. Claro, uma ponte de ideias com o Código de 1940 será uma tendência neste estudo, já que muito do código anterior está presente no Código de 1969.

A teoria do delito ou do crime “é a parte da dogmática jurídico-penal que estuda o crime como fato punível, [...] para estabelecer e analisar suas características gerais, bem como suas formas especiais de aparecimento” (FRAGOSO, 1980, p. 145). Sobre o conceito (formal) de crime, Fragoso (1980, p. 148) aponta que “é toda ação ou omissão proibida pela lei, sob a ameaça de pena”. Também para Fragoso (1980, p. 150), a doutrina alemã (a partir da segunda metade

do século XIX) de maneira mais rigorosa analisou as características do delito, com a inserção do requisito da tipicidade e antijuridicidade, definindo, assim, o crime “como ação ou omissão típica, antijurídica e culpável” (definição analítica).

Conforme Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2010, p. 21-22), os autores do século XIX “partiam da existência de um estado racional (de um legislador racional)”, e passaram a refletir e aperfeiçoar “os requisitos de operatividade de um poder que consideravam sempre ou substancialmente racional”, e disso conclui:

Tal tendência foi favorecida pela função pragmática de classificar, de forma razoável, as características do delito para oferecer um modelo analítico que facilitasse o adestramento (ensino jurídico) e o exercício da atividade judicial (decisão de casos). Estas funções pragmáticas (adestramento e decidibilidade) potencializaram o desenvolvimento teórico do delito, ganhando especial importância quando a tarefa jurisdicional foi atribuída a agências burocratizadas e verticalizadas, às quais se chegava depois de longa formação acadêmica, próprias de um estado legal de direito, porém não de um estado constitucional de direito, já que não exerciam o controle de constitucionalidade das leis nem para isso estavam seus funcionários preparados.

A dogmática jurídico-penal alcançou na esfera da teoria do delito mais elevada elaboração (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2010, p. 21). A teoria do delito ganha especial atenção também à prática jurídica e a sua atuação jurisdicional. Enfim, as definições atuais de crime são fruto dos estudos dos autores alemães, especialmente Von Liszt e Beling, também sob a influência do método analítico, próprio do moderno pensamento científico, com a contribuição de juristas de outros países europeus.

Apesar dos conceitos clássico, neoclássico, do finalismo e analítico de crime, além de outros que eventualmente são citados, os quais os doutrinadores se ocuparam em definir ao longo do tempo, a definição legal de crime no Brasil, contida na Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro e da Lei das Contravenções Penais – Decreto-Lei 3.914 de 09 de dezembro de 1941 traz a seguinte redação no art. 1º:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Pode-se constatar do artigo acima citado que não há rigor científico em conceituar crime, apenas destacando as características que distinguem as infrações penais, consideradas crimes, daquelas que constituem as contravenções penais, quanto à natureza das penas aplicáveis em cada caso. Retrocedendo nos códigos

penais brasileiros, consta no Código Criminal do Império – art. 2º “Julgar-se-ha crime, ou delicto: 1º Toda a acção, ou omissão voluntaria contraria ás Leis penaes” (sic) (BRASIL, 1830). Já no Código de 1890, no seu art. 7º diz que crime “é a violação imputável e culposa da lei penal” (BRASIL, 1890).

De acordo com Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2010, p. 42), para a conceituação jurídica de crime, havia para os juristas da primeira República duas contribuições importantes: “a) a nova definição legal aportada pelo Código Penal de 1890; b) a tradução do Tratado de Von Liszt, por José Hygino, publicada em 1899”. Como verificado acima, a definição legal não abarcava “o requisito básico da conduta, que, no entanto, subsistia, deslocado para dispositivos sobre imputabilidade dos atos preparatórios (art. 10)¹⁸ (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2010, p. 43). Ainda conforme explicam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2010, p. 43) “a expressão “violação imputável e culposa” (culposa no sentido de culpável) originou mal-entendidos”. Para simplificar o que diziam os autores, Galdino Siqueira relacionou “imputável” à imputação do fato: “violação imputável quis o legislador se referir à ação ou omissão atribuível a um indivíduo” (SIQUEIRA, 1932, p. 151 apud ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2010, p. 43). Quanto a tradução do Tratado de Von Liszt, para Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2010, p. 43) cabe a seguinte observação:

José Hygino procurou adaptar a linguagem teórica lisztiana às opções da linguagem legal brasileira. O crime não era, segundo o art. 7º do nosso código, violação imputável e culposa da lei penal? Então essa violação da lei sugere que *das Verbrechen als rechtswidrige Handlung* se traduza por “o crime como ação ilegal” (e não antijuridicidade ou ilicitude); da mesma forma, essa violação culposa sugerirá de *das Verbrechen als schuld hafle Handlung* se traduza por “o crime como ação culposa” (e não culpável).

Na continuação dos códigos penais, o direito penal brasileiro que se construiu no entorno e a partir do Código Penal de 1940 teve a influência de três grandes correntes metodológicas: “o tecnicismo jurídico, o neokantismo e o ontologismo de raiz finalista” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2010, p. 48). Nesse sentido, Sontag (2009, p. 57) aponta que “a consagração de uma ou outra corrente doutrinária passava por definições da Parte Geral”. Verifica-se que nos textos de caráter geral, em relação ao código penal de 1940, “o embate entre

¹⁸ Título II. Dos crimes e criminosos. Art. 10. A resolução de commetter crime, manifestada por actos exteriores, que não constituem começo de execução, não é sujeita á acção penal, salvo si constituir crime especificado na lei (sic).

classicistas e positivistas é passagem obrigatória, o que seria fundamental para a compreensão do texto codificado” (SONTAG, 2009, p. 57).

Ainda quando se pensava a reforma penal ocorrida, sobretudo, nas décadas de 1930 e 1940, o Brasil estava passando pelo processo de recepção do tecnicismo jurídico-penal (SONTAG, 2009, p. 70). Conforme explica Sontag (2009, p. 70) “um ponto crucial para o tecnicismo é fazer a da lei positiva estatal o objeto de estudo exclusivo da ciência do direito penal em sentido estrito”. Nesse sentido, explica o próprio Hungria que o tecnicismo jurídico-penal “é o estudo sistemático, a exposição rigorosamente técnica do direito penal deduzido da legislação do Estado” (HUNGRIA, 1940b, p. 57).

Nessa perspectiva, um dos pontos importantes sobre o tecnicismo jurídico presente no Código Penal de 1940 e depois pensado para o Código de 1969, é analisar como os destinatários da norma, especialmente para os juristas, conseguiram enxergar a teoria do delito desses códigos. Em que pese a formalidade e as imperfeições dos conceitos, foram tentativas de minimamente demonstrar no código um breve entendimento da conceituação crime, o que não ocorreu no Código Penal de 1969, e no atual Código Penal, mesmo com a reforma em 1984.

Como anteriormente descrito, o conceito analítico de delito é um instrumento importante na medida em que a teoria do delito funciona enquanto “sistema de filtros que facultam sucessivas interrogações acerca de uma resposta habilitadora de poder punitivo por parte das agências judiciais”. (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2010, p. 21). A relação entre esses filtros funciona como uma contradição “entre o poder punitivo que pressiona para separá-los e o direito penal que busca aprimorar seu desempenho” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 18).

Apoiado na exposição de motivos do Código Penal de 1940, o documento inicialmente explica sobre a imputação física do crime. Em relação ao problema da causalidade que implica na multiplicidade de teorias, o projeto adotou a teoria da equivalência de antecedentes ou *conditio sine que non*: “Não distingue entre causa e condição: tudo quanto contribui, in concreto, para o resultado é causa” (CAMPOS, 1969, p. 125).

Em relação à culpabilidade, segundo descrito na exposição de motivos, “o projeto não conhece outras formas além do dolo e da culpa *stricto sensu*, sem o pressuposto do dolo e da culpa *strictu sensu*, nenhuma pena será irrogada”

(CAMPOS, 1969, p. 126). Ou seja, em nenhum caso haverá presunção de culpa. Disposto no art. 15¹⁹, o dolo existe quando o agente quis diretamente o resultado ou quando assume o risco de produzi-lo (dolo eventual).

Entre as causas de isenção da pena, o projeto de 1940 disciplina a coação irresistível e a ordem de superior hierárquico, “e é declarada a inexistência de crime nos casos de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito” (CAMPOS, 1969, p. 127). Na coação irresistível e na ordem de superior hierárquico²⁰, comenta a exposição de motivos, “é abstraído o autor imediato do crime: por esse só responde o autor da coação ou da ordem” (CAMPOS, 1969, p. 127). A ordem de superior hierárquico “só isenta de pena o executor, se não é manifestadamente ilegal” (CAMPOS, 1969, p. 128). A legítima defesa²¹ aparece sem certos requisitos: “uma reação *ex improviso* não permite uma escrupulosa escolha de meios, nem comporta cálculos dosimétricos: o que se exige é apenas moderação do revide” (CAMPOS, 1969, p. 128). Por fim, o estado de necessidade²² identifica-se quando “nas circunstâncias em que a ação foi praticada, não era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado” (CAMPOS, 1969, p. 128). Contudo, o estado de necessidade não é absoluto, mas sendo o crime um fato reprovável, “essa reprovação deixa de existir e não há crime a punir, quando, em face das circunstâncias em que se encontrou o agente, uma conduta diversa da que teve não podia ser exigida do *homo medius*, do comum dos homens” (CAMPOS, 1969, p. 128).

Na exposição de motivos do Código Penal de 1969, revela-se inicialmente uma oposição quanto ao enunciado na exposição de motivos do código anterior. Relata que suprimiu as normas referentes à relação de causalidade, pois apareciam na época em poucas codificações. Diz que há deficiências técnicas no que tange à

¹⁹ Código Penal de 1940. Diz o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

²⁰ Código Penal de 1940. Coação irresistível e obediência hierárquica. Art. 18 – Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestadamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

²¹ Código Penal de 1940. Legítima Defesa. Art. 21 – Entende-se por legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Parágrafo único – O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposo.

²² Código Penal de 1940. Estado de necessidade. Art. 20 – Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

causalidade, a da omissão e à interrupção do nexa causal: “matérias que não se resolvem com facilidade com a teoria da equivalência dos antecedentes e, sobretudo, com uma concepção mecanicista de causa” (SILVA, 1969, p. 154). No entanto, na revisão final manteve-se o texto com pequenas correções, pois é uma regra que não trouxe qualquer problema na sua aplicação (SILVA, 1969, p. 155).

O Código de 1969 absteve-se de enunciar uma definição geral ou mesmo doutrinária para o entendimento de crime, assim como fez o Código Penal de 1940. Nas consolidações das leis de Piragibe, utilizou a definição para crime como violação culposa e imputável da lei penal. De acordo com Carvalho (CARVALHO, s.d., p. 19) nessa definição estão presentes alguns elementos da definição de crime:

a) um ato humano; b) imputável, ou seja, cujo autor pudesse receber a imputação do delito; c) culposo, vale dizer praticado com voluntariedade no ofender a norma jurídica; d) contrário à norma jurídica, ou seja, à lei anterior que define como crime; e) passível de pena expressa em lei, visto que é sempre vigente o preceito *nullum crimen nulla poena sine lege*; a sanção, aliás, acompanha a norma, para constringer a que ela seja obedecida.

De acordo com a exposição de motivos, houve uma novidade quanto aos crimes comissivos por omissão. Não havia na legislação vigente pressupostos de conduta típica. Sobre este ponto explica o texto: “[...] a ilicitude aqui surge não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque o não impediu, violando o seu dever de garantidor. É indispensável fixar na lei fontes de tal dever de atuar” (SILVA, 1969, p. 155). Em relação à punição da tentativa, o código manteve o preceito da redução da pena, de um a dois terços, mas possibilitou em casos excepcionais a pena prevista para o crime consumado. O exemplo citado é o seguinte: “Se o agente, querendo matar, inutiliza a vítima, tornando-a, por exemplo, cega ou parálitica, merece a pena do crime consumado. Sem chegar a tais extremos, outros casos podem ser formulados, a evidenciar a correção do critério” (SILVA, 1969, p. 155). O que para Carvalho (s.d., p. 0) “é uma inovação que merece destaque e indubitável aplauso (...) e merecedora inteiro apoio esta posição adotada pelo novo Código”. Pareceu o código ser mais punitivo, dando margem também as ampliações de interpretações dos magistrados em casos concretos.

Quanto ao crime doloso o a redação é a mesma do Código Penal de 1940, de maneira a tornar equivalente o dolo direto e o dolo direto ou eventual. Não existe referência ao dolo determinado ou indireto. Mas aparece na parte especial na

análise dos crimes de atentado ao pudor e de ofensa pública ao pudor (CARVALHO, s.d., p. 21).

Na definição de culpa *stricto sensu*, comenta a exposição de motivos que “abandonou-se o critério casuístico do código vigente, em favor de uma definição mais ampla e correta” (SILVA, 1969, p. 155). No artigo 17, inciso II do Código Penal de 1969, refere-se ao crime culposo:

Quando o agente deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevenindo-o, supões levemente que não realizaria ou que poderia evitá-lo.

Na explicação da exposição de motivos, explica Gama e Silva (1969, p. 155) que a culpa está em função da “reprovabilidade da falta de observância por parte do agente, nas circunstâncias em que se encontrava do cuidado exigível, ou seja, da diligência ordinária ou especial que estava obrigado”. Mas ao fim do comentário diz que estão ali presentes as situações de negligência, imprudência e imperícia que já consta na lei então vigente (e ainda presente no atual Código Penal após a reforma de 1984) “porque é através delas que se apresenta a conduta reprovável de quem omite a cautela, a atenção ou a diligência devidas” (SILVA, 1969, p. 155).

Carvalho (s.d., p. 21) diz que o texto sobre o crime culposo é prolixo, “inadequado à concisão límpida de um código, propício a interpretações sutis, especioso quanto a forma e pretencioso quanto ao fim. O autor explica ainda que desagradou essa parte o código para a doutrina. Em relação ao abandono do critério casuístico, Carvalho (s.d., p. 22) comenta o seguinte:

para dar largas e ensachas a uma verdadeira dissertação de tribuna acadêmica, quiçás louvável na explanação doutrinária, mas que, ao ter a sua aplicação prática, reclamada pela casualística, dará azo a tropeços ou, até, a malversações.

Sobre o assunto erro de direito e erro de fato, de acordo com o texto manteve-se a distinção tradicional²³, “não obstante, o reconhecimento da maior perfeição técnica da divisão entre o erro de tipo e erro de proibição” (SILVA, 1969, p. 156). Sobre esse ponto explica a exposição de motivos:

A distinção clássica que sempre se adotou entre nós não deve ser eliminada em favor de regulação extremamente complexa e estranha

²³ Código Penal de 1969. Erro de direito. Art. 20 – A pena pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave quando o agente, por escusável ignorância ou erro de interpretação da lei, supõe lícito o fato. Código Penal de 1940. Erro de direito. Art. 16 – A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.

à nossa doutrina. Nesse sentido pronunciou-se a Comissão Redatora do Código Penal Tipo par a América Latina (SILVA, 1969, p. 156).

Por fim, sobre o estado de necessidade, a exposição de motivos traz algumas referências. Primeiramente informa que seguiu o projeto o método de diferenciar os casos de exclusão da ilicitude dos que excluem a culpabilidade: “É o antigo debate sobre a natureza do estado de necessidade, como causa de exclusão do crime” (SILVA, 1969, p. 156). O projeto tem por objetivo acolher a “teoria diferenciadora”, que faz uma distinção conforme o bem jurídico de valor igual ou inferior ao ameaçado. Sobre essa teoria explica Gama e Silva (1969, p. 156):

Ela se inspira na ideia de inexigibilidade de outra conduta, dando-lhe, porém, limites claramente definidos. São muito grandes as restrições que surgiram na doutrina à admissão da inexigibilidade de outra conduta, como causa geral e supralegal de exclusão de culpa, estando hoje esse entendimento em franco descrédito, pelo menos no que concerne aos crimes dolosos.

Juntamente com o estado de necessidade que exclui a culpa²⁴, apresenta-se o estado de necessidade que exclui a ilicitude²⁵. Este se configura “quando o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado” (SILVA, p. 1969, 156). Por outro lado, a situação da necessidade pode direcionar a uma exclusão da culpa no exemplo do bem a ser salvo for próprio do agente ou de pessoas que esteja “ligado por estreitas relações de parentesco e afeição” (SILVA, 1969, p. 156).

3 A BUSCA DE UMA UNIFORMIDADE JURÍDICA LATINO-AMERICANA? O CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA

Eduardo Galeano (2010, p. 07) inicia sua obra “As veias abertas da América Latina” dizendo que “a divisão do trabalho significa que alguns países se especializam em ganhar e outros em perder”. No caso da América Latina essa

²⁴ Código Penal de 1969. Excludente de necessidade como excludente de culpabilidade. Art. 25. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

²⁵ Código Penal de 1969. Estado de necessidade como excludente do crime. Art. 28. Considera-se em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar direito seu ou alheio de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

situação aconteceu muito cedo: “especializou-se em perder desde os remotos tempos em que os europeus do Renascimento se aventuraram pelos mares e lhe cravaram os dentes na garganta” (GALEANO, 2010, p. 07). Com o passar dos séculos a América Latina se transformou, mas na visão de Galeano continua a ser uma “serviçal” tanto do mundo europeu quanto do norte-americano.

Conforme há muito tempo estudada nos bancos escolares, a América Latina como região delimitada atualmente engloba países onde são faladas, primordialmente, idiomas de origem românica – espanhol, português e francês, tendo em vista a expansão dos impérios coloniais, em especial de Espanha e Portugal. Apesar dos idiomas de origem comum e suas derivações, a América Latina ainda traz consigo o(s) elemento(s) indígena(s) já há muito estabelecidos, e os africanos vindos principalmente (e infelizmente) sob a condição de escravos.

É nesse cenário em que embora os livros reportem a América Latina como uma região com características semelhantes na política, cultura, economia e outras; na realidade há várias distinções regionais em vários campos da vida comum, e também por isso, é um amplo e diverso espaço no meio jurídico. Aponta Rivacoba (2000-2001, p. 33) que com semelhantes antecedentes (como aquelas apontas por Galeano como a América Latina território de expropriação), pode se compreender o direito penal na América Latina sob três aspectos.

Em primeiro lugar, explica Rivacoba (2000-2001, p. 34)²⁶:

Las normas penales de los pueblos aborígenes carecieron de importancia en absoluto, no ya sólo para la conformación de los ordenamientos punitivos de la época colonial, sino asimismo para los de los nuevos Estados independientes.

Mesmo porque, decorre na historiografia jurídica uma lacuna de pesquisas em relação ao assunto. O segundo aspecto está relacionado com a persistência das regulações coloniais aos novos Estados durante um longo período até que pudessem ter suas próprias leis. A ruptura institucional foi apenas política, mas não cultural, “la sociedad permaneció com sus hábitos, costumbres y organización, com las mismas instituciones, etcétera, es decir, continuó viviendo de su propia tradición” (RIVACOBÁ, 2000-2001, p 35)²⁷.

²⁶ As normas penais dos povos autóctones careciam de importância, não somente para a conformação dos ordenamentos punitivos da época colonial, assim como também para os dos novos Estados independentes. (Tradução nossa)

²⁷ A sociedade permaneceu com seus hábitos, costumes e organizações, com as mesmas instituições, ou seja, continuou vivendo sua própria tradição. (Tradução nossa)

Os primeiros governos, com a tarefa de consolidar a independência e promover sua estruturação, não se preocuparam em substituir a legislação, apenas se limitando a complementá-la em matérias que necessitavam urgência (RIVACOBÁ, 2000-2001, p. 35). No Brasil, por exemplo, até a vigência do Código Criminal de 1830, e o Código Civil de 1916, o conjunto de normas trazidas pelas Ordenações Filipinas era o que se tinha de legislação. Nesse sentido, assim descreveu Batista (2016, p. 27-28) sobre as Ordenações Filipinas:

Com raízes na baixa idade média, porém ajustadas ao capitalismo mercantil monárquico lusitano, as Ordenações Filipinas serão confirmadas pela Assembleia Constituinte do Brasil, já após a independência, “enquanto se não organizar um novo código ou não forem especialmente alteradas”, e passam a conviver com as primeiras leis penais genuinamente brasileiras. Neste período, observa-se por vezes uma correspondência entre provisões adotadas na metrópole e na nova sede da corte, ou mesmo na nova nação.

Por fim, o terceiro aspecto diz respeito à elaboração dos primeiros códigos penais dos países latino-americanos estarem vinculados aos grandes sistemas jurídicos punitivos que existiam na Europa (RIVACOBÁ, 2000-2001, p. 35). Rivacoba (2000-2001, p. 35-36) cita, como exemplo, os códigos de El Salvador de 1826 e da Bolívia de 1830 que seguiram “quase ao pé da letra” o código elaborado pela Espanha entre 1820 e 1822; o código francês que foi adaptado pelo Haiti em 1835; ainda o código bávaro de 1813 que serviu de modelo para a Argentina (1886) para algo chamado mais tarde de Projeto de Tejedor, que constituiu o código do Paraguai em 1871; e, no Brasil o Código Criminal de 1830²⁸ que foi inspirado pelas ideias de Bentham, Beccaria e Mello Freire e se fundou nos códigos francês, bávaro e napolitano e, sobretudo, no projeto para a Luisiana.

3.1 ENTRE IDAS E VINDAS: OS DEBATES SOBRE O SURGIMENTO DO CÓDIGO PENAL TIPO

²⁸ Explica Garcia e Nunes (2021, p. 35) que “o Código Criminal do Império possuía como escopo dismantelar a lógica das Ordenações Filipinas do Reino de Portugal, atenuando as penas corporais e viabilizando a pena de prisão. [...] A singularidade do Código Criminal do Império alicerça-se em duas estruturas, vale dizer, o contrassenso entre o tenro liberalismo brasileiro e a escravidão, e o movimento de descentralização e centralização política que recorreu ao processo penal. [...]. O Código Criminal do Império possui seu valor e originalidade, tendo reverberado reflexos na Europa, uma vez que dados profissionais empenharam-se em estudá-lo, a ponto de ser traduzido para o vernáculo francês de Victor Foucher, e, deste, para o espanhol”.

Agora, como é possível pensar na criação de um código penal para América Latina, região tão heterogênea em vários aspectos. Existiu à época a reflexão sobre a possibilidade de homogeneização dos ordenamentos jurídicos da América Latina, e uma expectativa da sua elaboração servir para debates de futuros códigos penais para os países de direito codificado das Américas. Tanto o Código Penal de 1969, quanto o Código Penal Tipo são instrumentos importantes para a cultura jurídica, em geral, e mais especificamente para os penalistas.

Primeiro, o Código Penal Tipo, as reuniões de importantes juristas do continente americano, os debates que foram promovidos, essa troca de experiências, formação de grupos de trabalho (que será descrito com detalhes no próximo capítulo) mostrou que foi minimamente concebida uma parte geral do código, demonstrando em termos práticos como é possível, superada as diversidades dos países do bloco a concretização desse projeto.

O propósito de reunir os juristas latino-americanos para elaborar um projeto de Código Penal Tipo para a América Latina tem seu início no acordo adotado pelo Diretório do Instituto de Ciências Penais do Chile em outubro de 1962. Já no mês de julho do ano seguinte, em sessão plenária no mesmo Instituto, seu presidente Eduardo Novoa Monreal entregou aos membros da instituição um projeto de plano de trabalho que, com as modificações sugeridas pelos seus assistentes, se transformou em um texto definitivo, a fim de servir de base para a discussão durante o curso das deliberações.

Conforme explica Grisolia (1967, p. 02)²⁹ sobre o início da elaboração do Código Penal Tipo para América Latina:

Esta ideia responde a un anhelo común de integración universal que alienta en todos los pueblos de orbe y del que no pueden permanecer ajenas las formas jurídicas, cuya unificación básica es una vía indispensable para lograr que plasme todo intento de integración en los diversos planos de la actividad humana en que ella es deseada y para que, después, pueda funcionar adecuadamente. Es decir, no se trata solamente de que por medio de instrumentos jurídicos eficaces (tratados, convênios multilaterales, etc.) se logre un

²⁹ Esta ideia responde a um anseio comum de integração universal que anima todos os povos do mundo e que não podem permanecer alheias as formas jurídicas, cuja unificação básica é um caminho indispensável para lograr que reflète toda tentativa de integração nos diversos planos da atividade humana em que ela é pretendida e para que, depois, possa funcionar adequadamente. É dizer, não se trata somente de que por meio de instrumentos jurídicos eficazes (tratados, convênios multilaterais, etc) se alcance um determinado regime de integração econômica, cultural ou de qualquer índole, se não através de uma legislação previamente uniformizada que assim possibilita e da expressão real à ação conjunta em um nível interestadual de cuja urgente necessidade existe hoje a mais plena consciência. (Tradução nossa)

determinado régimen de integración económica, cultural o de cualquier otra índole, sino que una legislación previamente uniformada posibilita y da expresión real a la acción mancomunada en un nivel interestatal de cuya apremiante necesidad existe hoy la más plena conciencia.

Vale lembrar que o projeto para elaboração de um Código Penal Tipo para América Latina não tinha caráter oficial, foi uma iniciativa oficiosa, mas pode-se dizer de caráter científico, desse grupo de professores e juristas preocupados com os ordenamentos penais que na América Latina não respeitavam os direitos e garantias fundamentais (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2017, p. 166). Neste sentido, Grisolia (1967, p. 05)³⁰ aponta que:

Instituto de Ciencias Penales de Chile, esto es, como un organismo científico, privado y autónomo que gozara de una absoluta independencia frente a cualquier organismo nacional o internacional y libre de la influencia de todo grupo de presión.

Também se pode dizer que existia uma certa preocupação para que a América Latina contasse com determinadas regras básicas mais ou menos comuns em matéria penal (PEREZ, 1983). Dessa maneira, explica Grisolia (1967, p. 04)³¹ que era o desejo de em algum dia ocorrer à unificação (jurídica) sob um regime, que:

Respetando las individualidades nacionales o características regionales, les permite presentarse cohesionados ante un mundo que tiende al fortalecimiento de los lazos internacionales, como medio de adelantar por la senda del progreso humano y de la paz entre los hombres.

Entre os juristas de grande prestígio internacional, Jiménez de Asúa revelou-se céptico quanto à possibilidade de unificação, diante da intranquilidade legislativa dos povos ibero-americanos. A instabilidade dos Códigos Penais constituiria obstáculo capaz de reduzir a tentativa de elaboração de um diploma internacional como uma utopia. O pessimismo de Asúa, porém, não era absoluto. Embora indicando e analisando as dificuldades de um grande projeto de unificação, o professor espanhol admitiu a existência de esferas nas quais seria possível a empreitada. Assim, em algumas matérias como: *a)* a defesa contra a atividade dos delinquentes habituais, profissionais e reincidentes perigosos; *b)* a extradição,

³⁰ Instituto de Ciência Penais de Chile, como um organismo científico, privado e autônomo que gozara de absoluta independência frente a qualquer organismo nacional ou internacional e livre de influência. (Tradução nossa)

³¹ Respeitando as individualidades nacionais ou características regionais, lhes permite apresentar-se de forma coesa ante um mundo que tende ao fortalecimento dos laços internacionais, como meio de avançar no caminho do progresso humano e da paz entre os homens. (Tradução nossa)

mantido o princípio da vedação quanto aos criminosos políticos; d) a validade temporal e especial da lei penal; e) o tratamento penitenciário; e f) as medidas referentes à delinquência juvenil (DOTTI, [199-], p. 08).

Em carta enviada pelo Professor Novoa Monreal a penalistas e entidades oficiais dos países Latino-Americanos ressaltou-se a viabilidade e a importância para estudos de uma possível uniformização de leis penais, respeitando as liberdades nacionais ou características regionais, permitindo uma apresentação coesa face a um mundo que procurasse “o fortalecimento dos laços internacionais buscando avançar pelo caminho do progresso humano e da paz entre os homens” (REYES, 1966).

Todavia, Rivacoba (2000-2001, p. 48) adverte que seria uma miragem unificar sequer o fundamental dos ordenamentos punitivos mediante a simples adoção de soluções uniformes aos mesmos problemas técnicos, sem levar em conta as diferentes peculiaridades e possibilidade geográficas, sociais, culturais, políticas e econômicas, dos distintos povos, que os assinam e individualizam suas legislações penais. Portanto, os textos que se propuseram com o desígnio de que fossem adaptados por todos, não poderiam mover-se senão no plano formal da técnica, evitando pronunciamento de fundo, e, em especial, os de caráter inovador, que questionaram as bases e orientações político-criminais existentes, e esboçaram outras mais de acordo em cada latitude com as necessidades e demanda da hora. Conclui o autor (RIVACOBÁ, 2000-2001, p. 48-49)³²:

Donde mejor se refleja la mentalidad que informa la idea y la elaboración del Código tipo, conformista con la situación existente y sólo renovadora en lo externo y superficial, nada original y de evidente sentido elitista, de miras puramente técnicos y carente de cualquier ambición o inquietud polímicocriminal, es en la convicción y la afirmación de que parte: la existencia de una comunidad en todos los órdenes importantes para la vida de los pueblos, y de manera singular en el de la cultura, entre los países iberoamericanos, lo cual supone apegarse a las apariencias y desconocer o preterir la realidad, restringiendo la mirada y la atención a las minorías urbanas,

³² Onde melhor se reflete a mentalidade que informa a ideia e a elaboração do Código padrão, conformista com a situação existente e apenas renovando externa e superficialmente, nada de original com evidente sentido elitista, com uma visão puramente técnica e sem qualquer ambição ou preocupação político-criminoso, está na convicção e a afirmação de que parte: a existência de uma comunidade de em todas as ordens importantes para a vida dos povos, e de forma singular na da cultura, entre os países ibero-americanos, o que supõe aderir às aparências e ignorar a realidade, restringindo o olhar e a atenção às minorias urbanas, ou mesmo rurais, mas em todo caso dominantes, e ignorando a existência e personalidade das massas nativas que, sem o serem, também são marginalizadas, cada uma com sua identidade muito marcada e sua tradição cultural muito rica e respeitável, dificilmente redutível a qualquer unidade ou uniformidade. (Tradução nossa)

o incluso rurales, mas en todo caso dominantes, y desentendiéndose de la existencia y personalidad de las masas autóctonas o que, sin serlo, se encuentran también marginadas, cada una con su acusadísima identidad propia y su riquísima y respetable tradición cultural, y poco reductibles a unidad o uniformidad alguna.

A respeito, é eloquente o fato de que nem sequer se manifestara a necessidade de servir-se de estudos empíricos acerca da criminal e penal dos distintos países ou suas regiões, e que seus autores trabalharam persuadidos de fazer no que um insigne penalista argentino³³ chamou com exatidão e não com sarcasmo “imunidade ideológica”, com uma forte preocupação com a pureza jurídica, muito de acordo com sua confiança na técnica (RIVACOBÁ, 2000-2001, p. 49). O que para outros juristas é contraditória a opinião, tendo em vista que o projeto que se queria era justamente com pensamento atual e moderno da ciência penal, levando em consideração para além das individualidades dos países, algo que respondesse em grande medida as questões da criminalidade na América Latina.

3.2 A ESTRUTURA PARA A ELABORAÇÃO DO CÓDIGO PENAL TIPO

Um dos trabalhos mais importantes pesquisados sobre a forma com que o Código Penal Tipo foi elaborado, além do resultado das primeiras reuniões e ainda contendo uma parte crítica desses encontros, é a obra de Francisco Grisolia (1928-2005), intitulada “El Código penal tipo para Hispanoamérica: proceso formativo y estudio crítico”, publicada em 1967, e disponibilizada esta *tesis doctoral* pela Faculdade de Direito da Universidade de Madrid. Francisco Grisolia foi professor de Direito Penal da Universidade de Chile e diretor da Revista de Ciencias Penales (Chile – 1967-1992). Grisolia foi Subsecretário Executivo da Comissão Redatora do Código Penal tipo para América Latina de 1963 a 1973.

O Código Penal Tipo passou a ser estruturado antes de sua elaboração a partir de um plano de trabalho. Este era composto por uma introdução que apresentava os conceitos gerais; logo depois o plano de trabalho propriamente dito, onde se expressavam as ideias gerais e a determinação do conceito de Código Penal Tipo para América Latina e depois se demonstravam o método de trabalho. Por fim, e não menos importante, foi apresentado um “Documento de Trabalho”,

³³ O autor refere-se a Eugenio Raúl Zafaroni. La reacción penal en el Código penal latinoamericano frente a la Convención Americana de derechos humanos y a las actuales demandas de la política criminal continental, en su libro Política criminal latinoamericana, Buenos Aires, Hamurabi, 1982.

referente às questões filosófico-jurídicas que se discutiriam às técnicas legislativas e as realidades culturais, sociais da América Latina e a influência na nova legislação.

O plano de trabalho continha as seguintes premissas (GRISOLIA, 1967, p. 08-09)³⁴:

a) La firme esperanza de que el primer resultado concreto de la Reunión será un acuerdo de Código Penal Tipo como modelo legislativo practicable, determinandóse un índole y alcance; b) no siendo posible ni deseable un código penal completo y único para todos los países de Iberoamérica, el Código Penal Tipo debe limitarse a aquellas normas penales básicas que pueden ser aplicadas, en el día de hoy, a estos países, sin descartar la posibilidad de que una futura evolución ensanche progresivamente el área de los perceptos comunes; c) La índole compleja que ofrece la elaboración de un texto penal extenso impone la necesidad de disponer del tiempo suficiente para que por un intercambio profundo, reposado y ampliamente difundido de ideas tanto de orden puramente técnico jurídico como de realidad criminológica, se llegue a la maduración de los textos que deban formar el código prototipo; y d) el proyecto de Código Penal Tipo no puede afiliarse a una determinada doctrina o escuela, pues por su finalidad eminentemente práctica necesita contar con una adaptación amplia, deben, pues, buscarse todas aquellas coincidencias que hagan posible el acuerdo alrededor de principios legislativos fundamentales.

O projeto do plano de trabalho para a elaboração do Código Penal Tipo “reconhecia que era utópica a possibilidade de redigir um código penal completo, em virtude das diferenças políticas, sociais, econômicas e culturais das nações latino-americanas e as suas diversas tradições jurídicas” que conduzem as respectivas legislações penais dos países que a compõe (REYES, 1966, p. 71). É também por conta disso é que se considerou cauteloso “limitá-lo a pontos fundamentais da parte geral e a certas figuras essencialmente comuns da parte especial” (REYES, 1966, p. 71). Para a criação de um Código Penal Tipo era fundamental que se devesse resolver ou formular um conceito, de modo que somente um consenso sobre ele

³⁴ A firme esperança de que o primeiro resultado concreto da Reunião será um acordo de Código Penal Tipo como modelo legislativo viável, determinando sua natureza e alcance; b) não sendo possível nem desejável um código penal completo e único para todos os países da Ibero América, o Código Penal Tipo deve limitar-se àquelas normas penais básicas que podem ser aplicadas hoje, a estes países, sem descartar a possibilidade de que uma futura evolução amplie progressivamente a área de percepções comuns; c) a complexidade oferecida pela elaboração de um extenso texto penal impõe a necessidade de dispor de tempo suficiente para que um intercâmbio profundo, tranquilo e amplamente difundido de ideias tanto de ordem puramente técnico jurídico como de realidade criminológica, chegue ao amadurecimento dos textos que devam formar o código modelo; e d) o projeto de Código Penal Tipo não deve se afiliar a uma determinada doutrina ou escola, pois que sua finalidade eminentemente prática necessita contar com uma ampla adaptação, devem, então, buscar todas aquelas coincidências que possibilitem a concordância em torno de princípios legislativos fundamentais. (Tradução nossa)

poderia justificar a continuação dos trabalhos dos assuntos a seguir propostos (GRISOLIA, 1967, p. 09).

Também foi redigido um Documento de Trabalho Preliminar no qual se apresentou o pensamento sobre algumas questões filosófico-jurídicas, como, por exemplo, a finalidade da pena, os limites do direito penal, o princípio da reserva, que haviam debatidos e resolvidos preliminarmente, e ainda sobre matérias técnico-jurídicas, como o problema de formas puníveis não consumadas, a participação, o concurso, dentre outras. (REYES, 1966, p. 72). Este documento preliminar era baseado num esquema de índice de matérias para estudo que mais tarde poderia formar os conteúdos do projeto.

Todos esses documentos, apesar de simples propostas, permitiram que os penalistas que foram convidados para a Reunião de Santiago pudessem manifestar suas observações e críticas. Tanto o conceito básico de projeto quando os referidos documentos foram aprovados na Reunião da Santiago. Nesta reunião foram convidados do Brasil Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Basileu Garcia e José Frederico Marques, que não pode participar (GRISOLIA, 1967, p. 11-12).

Segundo Perez (1983, p. 535) os juristas que trabalharam na elaboração das fórmulas penais que as consideravam na época fossem as mais adequadas ao momento que se vivenciava, não era pretensão a exposição pessoal, domínio ou a influência do Chile sobre os outros países participantes da empreitada. Explica o autor (PEREZ, 1983, p. 535)³⁵:

Cada cual, simplemente aporta sus ideas que, libres de toda preponderancia, se unen a las de los otros. Analizadas y estudiadas a fondo, salen forzosamente de este crisol fundidos los pensamientos claros sin retorica ni pedanterías. El fruto mismo ha de surgir fresco y maduro. Lejos de ser un "instrumento diplomático" que obliga a los países signatarios – aunque a veces to incumplan los firmantes – redactamos un modelo, un tipo que lleva la suma, la mezcla de nuestras diversas experiencias personales y nacionales. A nadie obligan, pero a todos se to ofrecemos por si les puede servir de alguna base de discusión y adaptación en los diferentes países y en los adecuados momentos.

³⁵ Cada um simplesmente contribui com suas ideias que, livres de qualquer preponderância, juntam-se às dos demais. Analisados e estudados em profundidade, saem desse crisol os pensamentos claros sem retórica ou pedantismo. A própria fruta deve surgir fresca e madura. Longe de ser um "instrumento diplomático" que obriga os países signatários – embora às vezes não cumpram – escrevemos um modelo, a mistura de nossas experiências pessoais e nacionais. Eles não obrigam ninguém, mas oferecemos a todos caso sirva de base para discussão e adaptação nos diferentes países e nos momentos certos. (Tradução nossa)

Heleno Fragoso (1977/1979) explica que os códigos mais recentes se filiavam à tendência político-criminal, cuja mais perfeita expressão legislativa é a adoção do sistema duplo-binário, que penetrou nas legislações no período entre as duas grandes guerras. Como exemplo, o autor cita o Código Penal peruano, de 1924, o Código Penal uruguaio, de 1933, o Código argentino, de 1922, o Código Penal brasileiro, de 1940, e da Costa Rica de 1941 e 1970, este último fortemente influenciado pelo Código Penal Tipo para a América Latina.

Ainda nas palavras de Fragoso (1977/1979) o Código Penal Tipo para a América Latina constituiu generosa inspiração do Instituto de Ciências Penais de Santiago no Chile, e após grande trabalho, no decorrer de vários anos, não conduziu resultados satisfatórios. O sistema de trabalho adotado com a busca de soluções legislativas com critérios democráticos, em grandes assembleias heterogêneas, sem qualquer base criminológica, tinha que conduzir a fórmulas de compromisso inadequadas, que geralmente se inspiraram nas doutrinas italiana e germânica que dominavam naquele momento a ciência do direito penal nesta parte do mundo. Concluída apenas a parte Geral, nela não se encontram soluções inovadoras para os grandes problemas do direito penal daquele tempo.

Diferentemente de Heleno Fragoso, Ramírez (2007, p. 10) afirma que os trabalhos da comissão redatora e em especial da parte geral promoveram um forte movimento de reformas legislativas na América Latina e em muitos outros países e é por isso que o atual código vigente de El Salvador promulgado pelo decreto nº 270 de 1973, recorre não só a discussão que teve lugar na dita comissão, em suas diferentes sessões ao longo da geografia latino-americana, senão também o fundo doutrinário que inspirou o Código Penal Tipo e seu peregrinar acadêmico pela América Latina havia permitido e logrado fechar o caminho à influência do positivismo naturalista impondo cada vez com mais força e, sobretudo nas novas gerações, a corrente dogmática de origem alemã.

O Código Penal Tipo para a América Latina veio culminar esta etapa e a selar definitivamente nas reuniões da comissão redatora o predomínio total da dita orientação, que por demais havia alcançado também sua culminação no chamado Projeto Oficial Alemão de 1962, cujos trabalhos preparatórios estiveram sempre presentes na comissão redatora. A reação frente ao positivismo naturalista levou a uma posição dogmática radical, que não deu lugar à política criminal. Sem embargo, o pensamento dogmático puro e autossuficiente, havia chegado a seu término ao

mesmo momento da sua culminação, com o chamado projeto alemão de 1962 (RAMÍREZ, 2007, p. 10). É por isso que ficaram no vazio aquelas intenções primeiras da comissão redatora de estabelecer as realidades sociais e culturais dos diferentes países latino-americanos e conforme a esses levar a cabo uma revisão da legislação vigente.

3.2.1 Comissão redatora do Código Penal Tipo para a América Latina

A comissão redatora foi elaborada a partir do Estatuto sancionado em Santiago em 16 de novembro de 1963, sendo uma entidade privada com desígnios científicos e de bem público. A comissão estava integrada pelo Secretariado Executivo; Comissões de Trabalho e Reuniões Plenárias.

O Secretariado Executivo que se encontrava a cargo do Instituto de Ciências Penais do Chile e do Presidente do Instituto era o Secretário Executivo da Comissão Redatora. Esta configuração se deu em virtude de ter sido o Instituto de Ciências Penais a organizar e impulsionar a Reunião de Santiago, base para o desenvolvimento do projeto de Código Penal Tipo. O Secretariado Executivo tinha as seguintes funções:

Reunir y distribuir todos los elementos de investigación y estudio que sirvan a los propósitos de la Comisión; encomendar las tareas que deben cumplir las Comisiones de Trabajo; centralizar y dirigir las comunicaciones; designar as sus colaboradores directos y personal de su dependencia; administrar los fondos de la Comisión Redactora y dar cuenta de su administración a la Reunión Plenaria; preparar los informes, temarios y documentos para a Reunión Plenaria; proyectar el reglamento de sesiones y, em fin, ejercer todas aquellas atribuciones necesarias para el mejor cumplimiento de los fines de la Comisión Redactora em cuanto correspondieren a la Reunión Plenaria (GRISOLIA, 1967, p. 20)³⁶.

Como se verifica, as atribuições da Secretaria Executiva são típicas dessa sessão, sendo seu Secretário Executivo a autoridade representante da Comissão, promovendo e direcionando as tarefas administrativas, mas também responsável na

³⁶ Reunir e distribuir todos os elementos de pesquisa e estudo que sirvam aos propósitos da Comissão; confiar as tarefas a serem cumpridas pelas Comissões de Trabalho; centralizar e direcionar as comunicações; designar seus colaboradores diretos e funcionários de sua dependência; administrar os fundos da Comissão de Redação e reportar sua administração ao Plenário; preparar os relatórios, agendas e documentos da Reunião Plenária; projetar o regulamento das sessões e, por fim, exercer todas as atribuições necessárias ao melhor cumprimento dos propósitos da Comissão Redatora no que corresponde a Reunião Plenária. (Tradução nossa)

coordenação dos trabalhos científicos da Comissão Redatora. O subsecretário executivo auxilia imediatamente nas funções da secretaria.

As Comissões de Trabalho foram formadas por pessoas ou instituições designadas diretamente pelo secretário executivo e funcionariam em cada um dos países latino-americanos. Deveriam cumprir as tarefas de investigação e estudo que requisitadas pelo Secretário Executivo. Constituía ainda essas comissões em grupos ou núcleos de juristas encarregados de elaborar os textos que deveriam ser apresentados e discutidos nas Reuniões Plenárias. Essas comissões contavam com um Presidente e um Vice-Presidente, e também seriam formadas por um ou mais secretários. Por fim as Comissões de Trabalhos teriam as seguintes formações e funções:

Las Comisiones de Trabajo se encuentran integradas solamente por profesores universitarios de reconocida jerarquía, em un número relativamente indeterminado, cuyo límite está impuesto por la distribución de las comisiones, a que se há hecho referencia, y por la naturaleza privada y primordialmente científica de esta entidad que busca el máximo de aprovechamiento de todos los especialistas más capacitados del Continente para elaborar un Proyecto que será ofrecido a esas naciones con el sólo aval de sus méritos científicos y de ser resultado de una obra común (GRISOLIA, 1967, p. 21)³⁷.

O terceiro organismo da comissão redatora do Código Penal Tipo para a América Latina é a Reunião Plenária. É o órgão colegiado máximo e resolutivo da entidade. Tinha por objetivos discutir e aprovar os textos elaborados pelas comissões de trabalho e regulação do funcionamento da Comissão Redatora. A Reunião Plenária era formada pelo Secretário Executivo, os presidentes das comissões de trabalho, os redatores designados por estas comissões, e os juristas, que foram convidados para a Reunião de Santiago. As decisões são realizadas pela maioria dos votos dos presentes, e têm direito ao voto o Secretário Executivo e os presidentes das Comissões de Trabalho. Para revisar os acordos já realizados requer um procedimento e um quórum especial. As reuniões plenárias deveriam acontecer periodicamente e o convite dos seus membros realizados pelo Secretário

³⁷ As Comissões de Trabalho são compostas apenas por professores universitários de reconhecida hierarquia, em número relativamente indeterminado, cujo limite é imposto pela distribuição das comissões, a que se fez referência, e pela natureza privada e essencialmente científica desta entidade que busca o máximo proveito dos especialistas mais qualificados do continente para elaborar um projeto que será oferecido a essas nações com a única garantia de seus méritos científicos e de ser resultado de um trabalho comum. (Tradução nossa)

Executivo. Também dependeria dos países que tivessem condições de custear as despesas (GRISOLIA, 1967, p. 22).

O funcionamento da Comissão Redatora do Código Penal Tipo consistia da seguinte forma (GRISOLIA, 1967, p. 23)³⁸:

Distribución de temas fundamentales que hace el Secretario Ejecutivo entre las Comisiones de Trabajo; en la preparación, por parte de estas comisiones, de textos relativos a los temas asignados, acompañados con las fundanebtaciones doctrinarias que ilustran los textos propuestos [...]; en la circulación de estos textos que hace el Secretario Ejecutivo entre las demás comisiones las que deben, em primer término, aprobarlos en general (si no obtienen la aprobación general deben ser redactados nuevamente por la misma comisión o por otra) y, em segundo lugar, formular las observaciones y alcances que les merezcan; en la formación de uns agenda o programa de trabajo para la Reunión Plenária [...], y por fin, en la aprobación de textos concretos que hace la Reunión Plenária. [...] Además, se prevé uma revisión final con el objeto de uniformar y concordar el texto completo que recibirá así, su aprobación definitiva como el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica.

Por fim, ficou definido inicialmente que os capítulos da Parte Geral do Código Penal Tipo seriam distribuídos para as comissões brasileiras da seguinte maneira: Rio de Janeiro – a) classificação sistemática da Parte Geral e b) o fato punível, relação de causalidade, lugar e tempo do delito; São Paulo – processo executivo do delito.

Ainda é importante destacar, conforme noticia a obra da Faculdade de Direito da Universidade de Chile, a ideia do Código Penal Tipo para a América Latina, despertou a atenção dos organismos jurídicos dos países europeus e outras nações de cultura jurídica “desenvolvida”, e que era assinalado como um caminho que devem seguir também outros continentes.

Un claro ejemplo en este sentido es el que ha dado la Asociación Internacional de Derecho Penal la cual ha manifestado su propósito de iniciar, en escala mundial, la unificación de la legislación penal efectuando estudios para organizar la preparación de códigos penales tipo para regir en Europa occidental, en los países socialistas de Europa, en las naciones del "Common Law" y en los

³⁸ Distribuição dos temas fundamentais feita pelo Secretário Executivo entre as Comissões de Trabalho; preparação, por parte dessas comissões de textos relativos aos temas atribuídos, acompanhados dos fundamentos doutrinários que ilustram os textos propostos [...]; circulação desses textos pelo Secretário Executivo entre as demais comissões, que devem, em primeiro lugar, aprová-los em geral (se não obtiverem aprovação geral, devem ser reformulados pela mesma comissão ou por outra) e, em segundo lugar, formular as observações e o alcance que merecem; formação da agenda ou programa de trabalho da Reunião Plenária [...] e, por fim, a aprovação de textos específicos elaborados pela Reunião Plenária. Além disso, está prevista uma revisão final para padronizar e aceitar o texto completo que, assim, receberá sua aprovação final com Projeto de Código Penal Tipo para a América Latina. (Tradução nossa)

países musulmanes. Dicha Asociación al fundamentar su propósito ha hecho expresa referencia, por su valor y experiencias favorables, al Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica que se elabora por iniciativa del Instituto de Ciencias Penales de Chile (CHILE, 1967, p. 01)³⁹.

Consta ainda que outros membros de países europeus como Espanha e Alemanha tiveram participaram de encontros no processo de elaboração do Código Penal Tipo, o que pode ter despertado o interesse também de estudos jurídicos.

3.3 TÍTULO PRELIMINAR OU PREÂMBULO PARA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS? A DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS DO CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA

Importante documento relacionado ao Código Penal Tipo para América Latina é a sua declaração de princípios. Olivé, Paz, Oliveir e Brito (2017) informam que após aprovada o Estatuto da Comissão Redatora de um Código Penal Tipo para América Latina, foi elaborada também sua Declaração de Princípios, conforme segue:

1º - Ninguém pode ser condenado em razão de um fato que não tenha sido previamente declarado punível por lei; 2º - Ninguém poderá ser condenado a penas que não tenham sido expressamente cominadas por lei anterior ao fato cometido; 3º Ninguém pode ser condenado por disposições que não tenham caráter formal de lei penal prévia; 4º - As leis penais devem descrever fatos puníveis de maneira precisa e inequívoca, sem deixar dúvidas sobre a sua proibição. 5º - Em nenhum caso se poderá configurar como fatos puníveis ou se impor penas por aplicação analógica da lei penal; 6º - Não há delito sem culpabilidade. As leis penais deverão proscrever toda forma de responsabilidade objetiva; 7º - A responsabilidade penal é estritamente pessoal. As medidas de segurança somente podem ser aplicadas a quem reúna as condições prévias da lei penal; 8º - Ninguém pode ser condenado senão em virtude do devido processo legal prévio, conduzido perante tribunal competente e constituído de modo regular. A defesa livre é condição indispensável para o devido processo; 9º - A pessoa julgada regular e definitivamente não poderá sê-lo novamente pelo mesmo fato; 10º - A pessoa submetida ao processo penal presume-se inocente

³⁹ Um exemplo claro nesse sentido é o dado pela Associação Internacional de Direito Penal, que declarou sua intenção de iniciar, em escala mundial, a unificação da legislação penal realizando estudos para organizar a preparação de códigos penais modelo para reger Europa ocidental, nos países socialistas da Europa, nas nações de “commom law” e nos países muçulmanos. A referida Associação ao fundamentar se propósito fez referência expressa, por seu valor de experiências favoráveis, ao Projeto de Código Penal Tipo para América Latina que está sendo elaborado por iniciativa do Instituto de Ciências Penais do Chile. (Tradução nossa)

enquanto não seja condenada. (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIR; BRITO, 2017, p. 166)

A declaração de princípios com estes dez anunciados, retrataram os conceitos que os redatores deveriam moldurar uma legislação penal, neste sentido a declaração:

Constituye un verdadero decálogo destinado a afianzar la justicia, la seguridad social y el ejercicio recto y eficiente del magisterio punitivo dentro del respeto a los valores esenciales de la persona humana (GRISOLIA, 1967, p. 14)⁴⁰.

Ainda, explica Grisolia (1967, p. 14) que a declaração de princípios, teve um início um tanto conturbado, pois não existia um entendimento unânime sobre a sua natureza. A proposta era começar os debates sobre o capítulo da lei penal. Mas verificou-se a necessidade de formular alguns princípios. Assim, para alguns juristas esses princípios deveriam constar em um título preliminar, com enunciados obrigatórios, como uma verdadeira hierarquia constitucional, com um duplo objetivo:

Suplir la falta de una Constitución anterior al Código Penal Tipo y proporcionar una formulación moderna y evolucionada del principio de reserva, que la mayoría de las Constituciones americanas consagran (cuando lo hacen) em formulas anticuadas e insuficientes que han permitido su fácil burla (GRISOLIA, 1967, p. 14)⁴¹.

Sebastian Soler entre outros “argumentavam que existiam certos princípios, como o da reserva, cuja natureza mais que jurídica é política, portanto, constituem pressuposto da atividade punitiva do Estado”, e ainda descreviam que tais princípios “deveriam ficar situados dentro de um Título Preliminar com força vinculante, sob pena de não precisarem ser repetidos, cada vez que na parte geral ou especial surgissem normas legais baseadas neles” (REYES, 1966, p. 73).

Outros juristas preferiam um título misto, “preliminar e lei penal”, e a incorporação de alguns preceitos ao código nas partes que por razões sistemáticas correspondiam (como, por exemplo, não há delito sem culpabilidade, no capítulo sobre o delito). Esta posição foi seguida pelos professores Jimenez de Asúa e Nelson Hungria (REYES, 1966, p. 73).

⁴⁰ Constitui um verdadeiro decálogo destinado a fortalecer a justiça, a segurança social e o exercício correto e eficiente do ensino punitivo dentro do respeito aos valores essenciais da pessoa humana. (Tradução nossa)

⁴¹ Compensar a falta de uma Constituição anterior ao Código Penal Tipo e fornecer uma formulação moderna e evoluída do princípio de reserva, que a maioria das Constituições americanas consagram (quando o fazem) em fórmulas ultrapassadas e insuficientes que permitiriam facilmente contorná-lo. (Tradução nossa)

Ainda havia juristas partidários de um preâmbulo de exposições de motivos. Por fim, após os debates, a conclusão de fato foi elaborar um preâmbulo como uma Declaração de Princípios onde se abarcaria todos os princípios fundamentais a ser considerados nas discussões (GRISOLIA, 1967, p. 15). O professor Heleno Fragoso, dentre outros juristas, concordou com essa fórmula, pois “julgavam suficiente à enunciação de tais princípios numa ampla declaração preliminar” (REYES, 1966, p. 73). Ainda de acordo com Reyes (1966, p. 73) esta solução não foi a mais adequada, “porque, ficando fora do articulado no código, haverá necessidade de ir incluindo os mesmos, separadamente, dentro deste, cada vez que as circunstâncias o exigiam, com o que se produz uma inútil pluralidade de normas”, e concluir dizendo que “talvez houvesse sido mais aconselhável a redação de um Título Preliminar”.

Em relação à declaração de princípios, Alfonso Reyes (1966) publicou o texto “Rumo à unificação da legislação penal latino-americana” em que analisa os artigos da declaração e posteriormente o resultado dos primeiros trabalhos atinentes à lei penal. Segundo descreve o autor, como é possível verificar, os três primeiros artigos da declaração de princípios referem-se ao axioma *Nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*, conhecido como princípio da reserva legal ou da legalidade, que não poderiam de nortear a declaração, pois constituem estrutura basilar das instituições jurídico-penais. Na assertiva também está contido o princípio da anterioridade da lei penal, na qual só se aplica aos fatos praticados após sua vigência (REYES, 1966, p. 74).

No artigo 4º, primeira parte, refere-se à concreta tipicidade da conduta e visa dirimir a possibilidade de leis penais abertas, àquelas com comportamentos amplos e ambíguos que as deixam livres para possíveis arbitrariedades. Já na segunda parte do artigo explica REYES (1966, p. 75):

Rejeita-se a aplicação da analogia em matéria penal, porém só, muito acertadamente a nosso ver, quando ela implica na criação de figuras delituosas ou de sanções, isto é, deixou-se aberta a possibilidade de aplicar a chamada analogia *in bonam partem*.

No artigo 5º configura uma das mais recentes conquistas da humanidade em matéria de justiça distributiva, a igualdade de todos perante a lei, e neste caso, diante da lei penal, surge como garantia elementar, que não podia deixar de consagrar o código. O princípio do *nullum crimen nulla poena sine culpa*, esculpido no artigo 6º, constitui expresso reconhecimento que o homem só deve responder pelos fatos que emanam da psique humana, a culpabilidade, aspecto subjetivo do

delito, fica pelo mesmo, inseparavelmente ligada a ele, de maneira que sua ausência o faz desaparecer e elimina conseqüentemente a responsabilidade; e para que não fique dúvida alguma sobre o sentido da fórmula deliberou-se seguidamente que a responsabilidade objetiva (sem culpabilidade) deverá ser proscrita das leis penais (REYES, 1966, p. 75). A afirmação de que a responsabilidade penal é estritamente pessoal, a que se refere o artigo 7º, é outro princípio fundamental de indiscutível aceitação e aplicação em todas as legislações do mundo. O artigo 8º contém a clássica fórmula de *nulla poena sine iudicio* – nenhuma pena pode ser imposta sem o devido processo legal.

O princípio do *non bis in idem* é acolhido no artigo 9º; proíbe-se nele a realização de um novo julgamento, independente do resultado anterior. De acordo com REYES (1966, p. 75-76), quando se discutia a redação desta fórmula surgiu uma interessante polêmica entre os professores Jimenez de Asúa e Soler; sustentava o primeiro que a disposição que se pretendia aprovar contrariava o acordo já tomado sobre validade especial da lei penal, dado que ali se havia estabelecido não ter a sentença penal estrangeira validade alguma no país, quando este reclamasse jurisdição sobre o fato com base nos princípios territorial ou real e, em consequência, a possibilidade do duplo juízo era indubitável. Por sua vez, o professor Soler sustentou que a incompatibilidade alegada não existia, considerando-se que, quando um Estado ao qual não se reconhece competência para julgar um fato o faz, tal julgamento deve ser tido como circunscrito ao âmbito territorial deste Estado e não obriga, por isso mesmo, ao país com direito a julgá-lo. O velho aforismo segundo o qual a inocência se presume e a culpabilidade se prova, encontra correta aplicação no último parágrafo da declaração. É este o reconhecimento legislativo de uma importantíssima conquista do direito penal liberal, que de forma expressa aparece também consagrado em algumas Constituições.

3.4 ALGUMAS VIAGENS PELA AMÉRICA LATINA: O ITINERÁRIO DAS REUNIÕES PARA A ELABORAÇÃO DO CÓDIGO PENAL TIPO⁴²

A primeira reunião plenária ocorreu em Santiago de Chile entre os dias 04 a 16 de outubro de 1963. A segunda reunião no México de 19 a 23 de outubro de

⁴² Cabe informar que não serão tratadas todas as reuniões ocorridas em virtude das fontes não encontradas relacionadas a esses encontros.

1965. A terceira em Lima de 03 a 15 de abril de 1967. A quarta em Caracas de 20 a 30 de janeiro de 1969. A quinta em Bogotá de 09 a 18 de março de 1970. A sexta em São Paulo de 12 a 18 de abril de 1971. A sétima em San José da Costa Rica de 10 a 18 de abril de 1972. A oitava em Medellín de 06 a 14 de novembro de 1973. A nona reunião novamente em Santiago de 1º a 10 de março de 1974. A décima em San Cristóbal (Venezuela) de 1º a 10 de dezembro de 1975. A décima primeira em Madrid de 21 a 30 de março de 1977. A décima segunda em Buenos Aires de 23 de julho a 1º de agosto de 1979. A décima terceira estava preparada para o México no ano de 1980, mas acabou sendo postergada.

O primeiro encontro ou reunião plenária ocorreu em Santiago, Chile, no ano de 1963. Neste encontro, os penalistas subscreveram o Estatuto da Comissão Redatora e a Declaração de Princípios. A primeira reunião plenária celebrou um total de 20 sessões. De acordo com Grisolia (1967, p. 12)⁴³ a ideia fundamental para os penalistas que participaram dessas sessões era a possibilidade

[...] de una unificación de las leyes penales de las naciones de Iberoamérica, com sus implicâncias inmediatas de que dicha unificación es posible em la práctica y deseable para una más eficaz tutela de los valores jurídicos fundamentales em que cimienta la convivencia de los pueblos. [...] también merecen citarse: que la diversidad de sistemas legislativos imperantes no es obstáculo insalvable para la unificación puesto que el estado de la ciencia penal contemporánea permite a los juristas llegar a fórmulas técnico-legales concretas, aun cuando profesen ideologías filosófico-jurídicas divergentes y que un Código Penal Tipo como un passo para la legislación penal común al servicio de una mejor prevención y represión de los delitos, cumple com un claro fin de renovación y modernización de la legislación penal americana que aprovecharán, em mayor o menor medida, todos los países que forman la comunidad iberoamericana.

O segundo encontro foi realizado na Academia de Ciências Penais na Cidade do México, entre 19 a 29 de outubro de 1965. Do Brasil participaram do evento os juristas, João Bernardino García Gonzaga; Nelson Hungria; Heleno Claudio Fragoso e Paulo José Da Costa Júnior. Sobre esta segunda reunião

⁴³ de uma unificação das leis penais das nações da Ibero-América, com suas implicações imediatas de que tal unificação é possível na prática e desejável para uma proteção mais efetiva dos valores jurídicos fundamentais que cimentam a convivência dos povos. [...] também merece destaque: que a diversidade dos sistemas legislativos vigentes não é um obstáculo intransponível à unificação, pois o estado da ciência criminal contemporânea permite que os juristas alcancem fórmulas técnico-jurídicas concretas, mesmo quando professam ideologias jurídico-filosóficas normas divergentes e que um Código Penal Tipo como um passo para a legislação penal comum a serviço de uma melhor prevenção e repressão dos crimes, cumpre um objetivo claro de renovação e modernização da legislação penal americana que aproveitará, em maior ou menor medida, todos os países que compõem a comunidade ibero-americana. (Tradução nossa)

plenária da comissão redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, consta dos anais da Faculdade de Direito:

La Segunda Reunión Plenaria de México contó con el auspicio del Presidente de la República, Licenciado Gustavo Díaz Ordaz y con el patrocinio directo del Procurador General de la República, Licenciado Antonio Rocha. Celebró diecisiete sesiones de trabajo. En la sesión inaugural del 19 de octubre, pronunciaron discursos el señor Procurador General, Licenciado Antonio Rocha; el Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Doctor Luis Garrido y el Secretario Ejecutivo, Profesor Novoa Monreal, que dio cuenta de la marcha de la entidad hasta ese momento. (CHILE, 1967, p. 01)⁴⁴

Os temas apresentados correspondentes à Parte Geral do Código que se produzia, deram lugar aos debates e discussões que culminaram com a aprovação dos capítulos referentes a lei penal, ao fato punível, a imputabilidade, as causas de justificação e a culpabilidade. Coube a comissão brasileira presidida pelo professor Nelson Hungria, a elaboração do esquema relativo ao fato punível, relação de causalidade, lugar e tempo do delito (REYES, 1966, p. 80).

No que diz respeito ao problema da definição legal do delito, ficou definido não levar em consideração naquele momento, porque implica em algumas dificuldades explicadas assim por Reyes (1966, p. 80):

Não só porque uma definição como esta supõe uma tomada de posição frente a determinada corrente doutrinária – eventualidade não admitida em um código como o que se pretende elaborar – mas também porque toda a definição é em última instância incompleta e conseqüentemente defeituosa.

A segunda questão debatida faz referência à relação causal. O tema que foi discutido tanto na comissão quanto em plenário e apesar da defesa de Nelson Hungria, prevaleceu o critério da eliminação com base nas seguintes razões (REYES, 1966, p. 80):

1º. A matéria tem dado lugar a intermináveis debates e controvérsias e, apesar disto, encontra-se ainda diante de tremendas dificuldades e vacilações;

2º. O problema da causalidade está passando para um plano secundário, desde o momento em que o critério da chamada responsabilidade objetiva tende a desaparecer;

⁴⁴ A Segunda Reunião Plenária do México contou com os auspícios do Presidente da República, Sr. Gustavo Díaz Ordaz e com o patrocínio direto do Procurador Geral da República, Sr. Antonio Rocha. Realizou dezessete sessões de trabalho. Na sessão inaugural de 19 de outubro, foram proferidos os discursos do Procurador Geral da República; o Presidente da Academia Mexicana de Ciências Criminais, Dr. Luis Garrido, e o Secretário Executivo Professor Novoa Monreal, que prestaram contas do progresso da organização até aquele momento. (Tradução nossa)

3º. É esta uma questão que se deve deixar em mãos da doutrina, como ocorre com o conceito da culpabilidade, e
 4º. A tendência das legislações penais modernas é a de eliminar de sua codificação este tema.

Quanto ao tema tempo de comissão de delito foi deferida a proposta que considera realizado o crime no momento da conduta, seja esta ativa ou omissiva. A respeito do lugar do ilícito, a fórmula aceita foi a que consagra a teoria da ubiquidade. Também consagrou-se a dupla modalidade ativa ou omissiva do fato punível; “diz a segunda, que a responsabilidade surge quando o agente não impediu, podendo fazê-lo de acordo com as particularidades, circunstâncias do caso, o resultado e, ademais, quando juridicamente devia evitá-lo” (REYES, 1966, p. 80).

A redação do capítulo referente ao “tempo, lugar e forma do fato punível” restou desta forma estabelecido (REYES, 1966, p. 80-81):

Art. ____ O fato considera-se realizado no momento da ação ou omissão, ainda quando seja outro o momento do resultado.

Art. ____ O fato considera-se cometido:

a) no lugar em que se desenvolveu, no todo ou em parte, a atividade delituosa de autores e partícipes;

b) no lugar em que se produziu, ou deveria produzir, o resultado.

Nos delitos omissivos, o fato considera-se realizado onde deveria ter lugar a ação omitida.

Art. ____ O fato punível pode ser realizado por ação ou por omissão. Quando a lei reprime o fato, em consideração ao resultado produzido, responderá quem o não impediu, se podia fazê-lo, de acordo com as circunstâncias, e se devia juridicamente evitá-lo.

Por fim, em relação a este encontro conclui Grisolia (1967, p. 30)⁴⁵:

En la elaboración de los textos se procuró cumplir con todas las etapas previstas para asegurar que el Código Penal Tipo constituirá un conjunto de preceptos armónicos, inspirados en los más decantados principios de la ciencia penal contemporánea y, a la vez, adaptados a la idiosincrasia y condiciones sociales y materiales de los pueblos latinoamericanos: una preparación metódica de los temas en el seno de cada Comisión de Trabajo [...]; una confrontación crítica y previa de los preceptos [...]; y, por fin, un debate abierto en la Reunión Plenaria para obtener las fórmulas concretas y definitivas.

⁴⁵ Na elaboração dos textos procurou-se cumprir todas as etapas previstas para assegurar que o Código Penal Tipo constitua um conjunto de preceitos harmônicos, inspirados nos mais decantados princípios da ciência criminal contemporânea e, ao mesmo tempo, adaptados à idiosincrasia (particularidades) e às condições sociais e materiais dos povos latino-americanos: uma preparação metódica dos temas dentro de cada Comissão de Trabalho [...]; uma confrontação crítica e preliminar dos preceitos [...]; e, por fim, um debate aberto na Reunião Plenária para obter as fórmulas concretas e definitivas. (Tradução nossa)

Conforme informa Fragoso (1967) a terceira reunião para a elaboração do Código Penal Tipo para a América Latina, realizou-se na cidade de Lima, no Peru, entre os dias 3 a 13 de abril de 1967. As comissões de trabalhos continuaram durante o ano de 1966 seu trabalho relativo às proposições ainda que não terminadas e às devidas observações dessas propostas em outras comissões; no caso, reelaboraram os textos que haviam sido reenviados pela segunda reunião plenária (FRAGOSO, 1967, p. 02). De acordo com Fragoso (1967, p. 02) foram discutidas e aprovadas diversas matérias que ficaram pendentes da reunião do México (1965), por terem sido reenviadas às respectivas comissões. Isso ocorreu em relação às causas de justificação e causas excludentes da culpabilidade. Além disso, tratou-se de participação no delito, tentativa, reincidência, habitualidade criminosa, iniciando-se o debate e aprovação de textos sobre penas e medidas de segurança (FRAGOSO, 1967, p. 02).

Afirma Rene Dotti ([199-], p. 08-09), na reunião de Lima, em 1967, Heleno Cláudio Fragoso, foi o relator do Grupo de Trabalho brasileiro, presidido por Nélon Hungria e, mais uma vez, “demonstrou a sua vocação de extraordinário penalista e de missionário na obra de revisão dos sistemas positivos de Direito Criminal”. O seu artigo a propósito da citada reunião (acima descrito) constitui “valioso subsídio para os juristas e os historiadores não somente pela precisão das informações técnicas”, bem também “pela qualidade científica da abordagem que fez em relação a temas nobres como as causas de exclusão da culpabilidade, autoria e participação, reincidência e habitualidade, causas de justificação e penas e medidas de segurança” (DOTTI, [199-], p. 08-09).

A comissão de juristas brasileiros que participaram dessa reunião foram Heleno Fragoso, João Bernardino Garcia Gonzaga e Guilherme Cândido Percival de Oliveira. Em uma das últimas sessões se definiu por unanimidade acolher a iniciativa do secretário executivo da comissão redatora, Eduardo Nóvoa Monreal, de criar o Instituto Latino-americano de Ciências Penais, cuja secretaria ficou a cargo do Instituto de Ciências Penais de Santiago de Chile e cuja presidência seria rotativa entre os representantes dos diferentes países latino-americanos (FRAGOSO, 1967, p. 20).

Também foram distribuídos entre as comissões os títulos da Parte Especial do Código Penal Tipo para a América Latina. A parte dos crimes contra a honra ficaram sob responsabilidade da comissão brasileira situada na cidade de São

Paulo; já a comissão do Rio de Janeiro o título os delitos de perigo comum e contra a saúde pública (SILVA, 1968, p. 587).

O saldo deste encontro foi finalizar e aprovar grande parte de temas que estão contidos na parte geral do projeto, conforme disserta Grisolia (1967, p. 37)⁴⁶, “Ley penal; hecho punible; causas de justificación; imputabilidad; culpabilidad; autores y partícipes; reincidencia, habitualidad y profesionalidad; tentativa; y, por último, penas y medidas de seguridad; en total de 47 artículos”.

No dia 14 de abril de 1971, Dia das Américas, na VI reunião plenária ocorrida em São Paulo conclui-se a Parte Geral cujo texto definitivo está publicado nas versões em língua espanhola e portuguesa, (*Código Penal Tipo para Latinoamérica*), tendo os títulos evidenciados os seguintes aspectos: Título I (Aplicação da lei penal); Título II (O delito); Título III (As sanções); Título IV (Responsabilidade civil derivada do delito); Título V (Extinção da ação penal e da pena) (CERNICCHIARO, 1969). Iniciou-se também nesta mesma reunião o exame da Parte Especial, mas que não chegou à conclusão. A partir daqui não existem Atas publicadas. Os dados que seguem provêm dos documentos circulados pelo Secretariado Executivo (DEVESA, 1975, p. 294).

Após um pulo cronológico, também pela escassez de fontes para tanto, na X reunião plenária em 1975 ausente a representação do Rio de Janeiro. Foram discutidas propostas contra a ordem econômica e contra a liberdade. No encerramento do evento, intencionou-se realizar a reunião seguinte em Madri, capital espanhol, com a participação e ajuda dos juristas portugueses, sem prejuízo de se manter o máximo de respeito a personalidade e independência das comissões de trabalho (DEVESA, 1975, p. 302).

O ponto de união entre os países latino-americanos era sua relação com a tradição jurídica europeia, recebendo ideias rapidamente a partir de estimativas críticas. Em virtude disto que o tipo de Código Penal para a América Latina tem o mérito de ter significado a primeira tentativa sistemática de um trabalho comum de análise, através de uma troca fluida de experiências e investigações entre os vários penalistas latino-americanos, motivando um debate acadêmico permanente. Outro aspecto importante do Código Penal Tipo é o impulso que ele deu às várias

⁴⁶ Lei penal, fato punível; causas de justificação; imputabilidade; culpabilidade; autores e partícipes; reincidência, habitualidade e profissionalismo; tentativa; e por último, penas e medidas de segurança, no total de 47 artigos. (Tradução nossa)

reformas legislativas em matéria penal nos países latino-americanos, muitas das quais resultaram em novos códigos criminais.

3.5 REVERBERAÇÕES NAS REVISTAS JURÍDICAS BRASILEIRAS SOBRE O CÓDIGO PENAL TIPO

Fundamentalmente, as revistas de direito trazem informações importantes acerca do universo jurídico da época. Diante dos textos contidos nesses materiais, é possível traçar um panorama como os juristas enxergavam certos aspectos do direito e da realidade que os cercavam, e também por isso merecem ser estudadas. Por conta de um acesso mais ou menos facilitado será analisada a Revista de Direito Penal do órgão oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes, sob a direção do Professor Heleno Cláudio Fragoso.

Conforme anteriormente citado, a coletânea da Revista de Direito Penal, encontra-se disponível na *web*. As suas trinta e cinco publicações contam com artigos de juristas reconhecidos por seus trabalhos e atuação jurídica. Basicamente, a publicação está dividida em quatro sessões, sendo elas, doutrina, noticiário, resenha bibliográfica e jurisprudência. Cabe neste trabalho analisar a doutrina contida nessas revistas, de modo a verificar como os juristas brasileiros discorriam sobre o Código Penal Tipo para a América Latina. Para facilitar o entendimento, optou-se de seguir a ordem cronológica dos volumes.

Na revista nº 01, publicada no triênio janeiro a março de 1971, Heleno Fragoso aborda sobre o princípio da reserva legal. De acordo com o jurista, este princípio está insculpido no artigo 1º do Código Penal brasileiro: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Conforme ainda explica Fragoso (1971a, p. 78), “esta regra básica denomina-se princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva legal, e representa importante conquista de índole política”, e ainda inscrita nas Constituições dos países que possuem “regimes democráticos e liberais”.

Discorrendo sobre o tema, Heleno Fragoso (1971a, p. 86) explica que “atinge o princípio da legalidade a incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, deixando incerta a esfera da licitude”, e desta forma pode comprometer a segurança jurídica. Para dirimir este problema, cita a Constituição da República Federal Alemã que traz no artigo 103 expressamente a proibição do legislador em

estabelecer leis imprecisas, “cuja descrição típica seja de tal forma indeterminada, que possa dar lugar a dúvidas intoleráveis sobre o que seja ou não permitido, ou proibido” (FRAGOSO, 1971a, p. 87). De igual forma, foi o que mais foi menos fez a Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, entre os princípios fundamentais que determinou para “inspirar e orientar a elaboração de leis penais na América e sua ulterior aplicação”, incluir neste ponto que “as leis penais devem descrever fatos puníveis de maneira precisa e inequívoca, sem deixar dúvidas sobre sua proibição” (FRAGOSO, 1971a, p. 87-88).

O jurista Aníbal Bruno (1972, p. 101) ao falar sobre a teoria da lei penal elenca quatro princípios para a sua aplicação: a) o da territorialidade; b) o da nacionalidade; c) o da defesa; d) e o da justiça penal universal. Em relação a este último critério, também denominado “extraterritorialidade absoluta” explica o autor⁴⁷:

Alarga as possibilidades da luta contra o crime fazendo aplicar-se ao criminoso a lei penal do país onde venha a ser detido, sem ter em conta o lugar onde o fato se praticou nem a nacionalidade do agente ou do titular do bem ofendido. Este princípio não é de fácil aplicação sobretudo pelas diferenças que ainda separam, em diversos códigos, as soluções para a mesma matéria, apesar do movimento que se vem processando no sentido de aproximar entre si as várias legislações penais tendo em vista o tipo comum de civilização que se desenvolve entre os povos modernos. Desse movimento é um exemplo a Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina.

As revistas jurídicas, como anteriormente dito, são fontes de pesquisas importantes. Além de informações conforme consta na revista de Direito Penal nº 01 de 1971, abrindo espaço para divulgação dos trabalhos da Comissão Redatora do Código Penal Tipo em São Paulo de 12 a 19 de abril de 1971 na sua 6ª reunião – as anteriores foram realizadas em Santiago (1963), México (1965), Lima (1967), Caracas (1969) e Bogotá (1970). A reunião no Brasil foi organizada pelo grupo de São Paulo que tem à frente o professor João Bernardo Gonzaga.

⁴⁷ Após essa passagem continua Aníbal Bruno argumentando sobre os princípios da lei penal no espaço: “Com o novo Código Penal de 1969, temos a introdução de um quinto princípio, o da representação, no qual o Estado a que pertence a bandeira da aeronave ou navio se substitui àquele em cujo território ocorreu o crime, que não foi perseguido e punido por motivos irrelevantes. Tratava-se de suprir evidente lacuna, consistente na hipótese de crimes praticados a bordo de aeronaves ou navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não tenham sido julgados. Segundo o regime do atual Código, não é a lei brasileira aplicável, em tais casos, se nem agente nem vítima for brasileiro. O novo princípio se encontra na alínea c do artigo 8º do Código Penal de 1969. Segue o Código, nessa passagem, recomendação da reunião da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, de 4 a 14 de novembro de 1964, em Santiago do Chile, quando o professor Soler levantou essa questão (BRUNO, 1972, p. 102).

A revista de Direito Penal nº 02 publicada em abril de 1971, informa sobre a VI reunião da Comissão Redatora do Código Penal Tipo que ocorreu em São Paulo com a participação de penalistas de toda a América. Consta no noticiário da revista que participaram da reunião os professores brasileiros, Paulo José da Costa, Teodolindo Castiglione, João Bernardo Gonzaga, Manuel Pedro Pimentel e Guilherme Percival de Oliveira, da delegação de São Paulo; e Rafael Cirigliano Filho e Heleno C. Fragoso, do Rio de Janeiro. Nessa reunião conclui-se a parte geral do código tipo, tendo iniciado o exame da parte especial com base no projeto apresentado pela comissão argentina sobre os crimes contra a vida. (BRUNO, 1972, p. 86-87).

Inclusive na parte de comentários de jurisprudência algumas passagens são constatadas nas revistas, como na “imputabilidade do silvícola”, referente ao H.C. 45.349, cujo relator Ministro Djaci Falcão, e decisão por unanimidade a 1ª turma do STF que “na cláusula de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, prevista no artigo 22 do Código Penal, pode situar-se o silvícola, desde que fique demonstrado a sua inadaptação à vida do meio civilizado (D.J., 11-10-1958, p. 4.117)” (BRUNO, 1972, p. 110). Tratada na reunião que aconteceu no México a Comissão Redatora do Código Penal Tipo, em outubro de 1965, o professor Carrancá y Trujillo observou o seguinte: “Realmente não vejo porque se coloca no banco dos réus constantemente como carente de desenvolvimento mental completo aos indígenas, pois podem ter um desenvolvimento mais completo que outras raças (Código Penal Tipo para Latinoamérica, México, 1967, p. 191)” (BRUNO, 1972, p. 111).

Fala-se também nas páginas das revistas sobre a comissão redatora do Código Penal Tipo para a América Latina. Um dos exemplos vem do artigo de Alberto Rodrigues de Souza, intitulado “A militância filosófica e jurídica de Sebastian Soler”, quando trata da sua colaboração para a feitura do Código Penal Tipo, tendo na Declaração de Princípios o item nº 04: “As leis penais devem descrever fatos puníveis de maneira precisa e inequívoca, sem deixar dúvidas sobre sua proibição” (SOUZA, 1971, p. 1983).

Heleno Fragoso (1975, p. 158) na parte de comentários da Revista de Direito Penal n. 17-18, relembra os trabalhos realizados pela Comissão Redatora do Código Penal Tipo, e informa sobre a publicação dos volumes que compreendem a parte geral do código, e as propostas, acordos, intervenções, das reuniões plenárias, e

ainda as atas dessas reuniões. Fragoso (p. 158) explica, em tom de desalento que “o resultado alcançado, infelizmente, não correspondeu ao esforço do que se empenharam no árduo trabalho e que atenderam à esperançosa convocação chilena”. Fragoso informa que o trabalho para elaboração de uma parte especial que dificilmente será concluída. A nona reunião que ocorreu em 1974 em Santiago, Chile, já sob novo regime político e sob seus cuidados, e por isso com várias ausências em diferentes comissões, entre elas a do Rio de Janeiro e México. Por fim, Fragoso diz que não seria viável trabalhar com a falta de tantos estudiosos exiliados, entre eles estão “os mais se empenharam na obra, Eduardo Nóvoa, no México, Álvaro Bunster, na Inglaterra; Sérgio Politoff, na Alemanha e Juan Bustos, na Argentina.”

3.6 ANÁLISES SOBRE A TEORIA DO DELITO NO CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA

O título 2 – “O crime”, do Código Penal Tipo para a América Latina é dividido em Seção A, com o capítulo I – Forma, tempo e lugar do fato punível; capítulo II – Causas de justificação; capítulo III – imputabilidade; e capítulo IV – culpabilidade. A Seção B tem capítulo único – Autores e partícipes e a Seção C, também com capítulo único – Tentativa.

Explica Grisolia (1967, p. 48)⁴⁸ que quanto ao fato punível; relação de causalidade e lugar e tempo do delito, esta temática ficou a cargo da Comissão de Trabalho do Rio de Janeiro, cujas características no projeto foram assim descritas pelo autor:

a) no definía el delito; b) tampoco regulaba la relación de causalidad; c) em cuanto al tiempo del delito, daba preferencia al momento de la acción sobre el momento del resultado; d) respecto del lugar, optaba por la teoría de la ubicuidad, es decir, consideraba ejecutado el delito comisivo tanto en el lugar en que se desarrollaba, en todo o en parte, la actividad delictiva como en el del resultado y, en los delitos omisivos, el lugar en que debería realizarse la acción omitida; e) distinguía las formas de comisión y de omisión y em cuanto a la denominada “comisión por omisión” señalaba taxativamente las

⁴⁸a) não definia o delito; b) tampouco regulava a relação de causalidade; c) quanto ao tempo do delito, dava preferência ao momento da ação sobre o momento do resultado; d) a respeito do local, optava pela teoria da ubiquidade, ou seja, considerava praticado o delito comisivo tanto no lugar onde ocorreu a ação criminosa, no todo ou em parte, como no do resultado e, nos crimes omissivos no lugar onde devia praticar a ação omitida; e) distinguia as formas de comissão e omissão e, quanto à chamada “comissão por omissão”, apontava taxativamente as fontes de onde poderia vir o dever de agir: a obrigação legal de guarda, proteção ou vigilância; o comportamento anterior que criou o risco (mesmo sem culpa) e a assunção voluntária da responsabilidade de impedir. (Tradução nossa)

fuentes de donde podía provenir en tal caso el deber de actuar: la obligación legal de guarda, protección o vigilância; el comportamiento precedente que ha creado el riesgo (aun sin culpa) y la assunción voluntaria de la responsabilidad de impedir.

Anteriormente, ainda na elaboração do Código Penal Tipo, usou-se o título “hecho punible” que foi posteriormente denominado “el delito”. Segundo a exposição feita por Grisolia (1967, p. 49) tentou-se buscar um termo que englobasse tanto o delito quanto as contravenções, e que fosse mais neutro possível. O problema reside porque foi inicialmente acordado de não incluir as contravenções no Código Penal Tipo. E quanto a “hecho punible” esta expressão não pode ser outra coisa senão o delito em sentido lato:

Ahora bien, el título del capítulo debe tener precisamente ese significado puesto que va a comprender todos los elementos o características de una entidad que conocemos en la ciencia y en el derecho penal como delito. Y lo mismo ocurre con los epígrafes que como el del tiempo, lugar y formas del “hecho punible” se están refiriendo igualmente al delito complejo sintético y no a alguno de sus elementos o ingredientes singulares [...]. (GRISOLIA, 1967, p. 50)⁴⁹.

A não definição de delito no Código Penal Tipo, nas palavras de Grisolia (1967, p. 51) pareceu uma solução adequada. O propósito de definição está mais para a atividade da dogmática. Definir o delito estabelecendo no Código pode limitar seu conteúdo. Quanto a não regulação da relação de causalidade, a Comissão de Trabalho do Rio de Janeiro se baseou no seguinte:

La causalidad provoca graves discrepancias que conducen a situaciones de gran confusión em la aplicación de la ley penal y la experiencia recogida por medio de los códigos que incorporaron normas sobre causalidad – entre ellos el italiano y brasileño – ha demostrado que no es posible obtener una fórmula “técnica y científicamente irrefutable para resolver los grandes problemas de la causalidad, especialmente los llamados casos de interrupción del nexo causal y la llamada causalidad de la omisión” (GRISOLIA, 1967, p. 52)⁵⁰.

⁴⁹ Agora, o título do capítulo deve ter precisamente esse significado, pois incluirá todos os elementos e características de uma entidade que conhecemos na ciência e no direito penal como delito. E o mesmo acontece com as epígrafes que, como o tempo, o lugar e as formas do “fato punível” também se referem ao delito complexo sintético e não a nenhum de seus elementos ou ingredientes singulares. (Tradução nossa)

⁵⁰ A causalidade provoca graves discrepâncias que levam a situações de grande confusão na aplicação da lei penal e a experiência acumulada através dos códigos que incorporaram normas sobre causalidade – entre eles o italiano e o brasileiro – tem mostrado que não é possível obter uma fórmula “técnica e cientificamente irrefutáveis para solucionar os grandes problemas da causalidade, especialmente dos chamados casos de interrupção do nexo causal e a chamada causalidade da omissão”. (Tradução nossa)

Nelson Hungria esclarece que o Código Penal Tipo deveria estabelecer a relação de causalidade se esta é um preceito da responsabilidade, porquanto a ninguém pode ser imputado um fato – a título de dolo ou culpa sem que, ao menos, tenha sido seu antecedente causal, é necessário que seja inequívoco identificar, mediante as normas legais, no caso fortuito ou por terceiro, de modo a evidenciar que ninguém pode responder senão por aquilo que deu causa (sem a qual o resultado não teria ocorrido) (GRISOLIA, 1967, p. 52). Assim, por meio da doutrina é que se poderia chegar a encontrar uma maneira adequada para satisfazer as exigências de que o problema estava colocado, entretanto, ainda assim, dentro de uma doutrina dita mais tradicional (causalista) havia várias vozes discordantes (GRISOLIA, 1967, p. 53).

Em relação ao tempo e local do delito, os artigos propostos pela Comissão de Trabalho do Rio de Janeiro foram aprovados com poucas mudanças na redação. Foi descrito que o momento do resultado se dá no momento da ação e a teoria da ubiquidade é uma fórmula (GRISOLIA, 1967, p. 54)⁵¹:

[...] amplia, comprensiva de la participación y de la tentativa, que considera cometido el delito tanto em el lugar em que desarrolló la actividad delictuosa como el lugar em que se produjo o debió producirse el resultado y, en cuanto a los delitos omisivos, en el lugar donde debió tener lugar la acción omitida, son las soluciones técnicas que mejor se ajustan a la doctrina dominante.

Em outro artigo do Código Penal Tipo, o grupo de trabalho do Rio de Janeiro, “com uma redação um tanto confusa”, descreveu as formas do delito: ação e omissão e, de outro lado, prescrevia a forma chamada comissão por omissão, descrevendo as fontes do dever jurídico de atuar, como na obrigação legal de guarda, a assunção da responsabilidade de impedir, por exemplo. Inclusive este último assunto gerou debates. Heleno Fragoso, da Comissão de Trabalho do Rio de Janeiro, explicou que quando passou a examinar o tema sobre o fato punível, a matéria delitos comissivos por omissão, o seu grupo de trabalho adotou um critério restritivo, descrevendo as fontes do dever de impedir o resultado de forma que o

⁵¹ [...] ampla, abrangente da participação e da tentativa, que considera cometido o delito tanto no local onde a atividade criminosa foi praticada como no lugar onde ocorreu o resultado ou deveria ter ocorrido e, quanto aos delitos omisivos, no local onde deveria ter ocorrido a ação omitida, são as soluções técnicas que melhor se adequam à doutrina dominante. (Tradução nossa)

artigo (3º) do projeto, esclarecendo que a seguinte fórmula (GRISOLIA, 1967, p. 55)⁵²:

Quien asumió la responsabilidad de que el resultado no aconteceria había parecido preferible a la indicación del negocio jurídico como fuente del deber de actuar porque no es propiamente del contrato que surge la obligación de impedir el resultado, pero si por asumir una responsabilidad social que impone al contratante una posición de garante libremente aceptada, razón por la cual no prevalecen en el caso las limitaciones que emanan del derecho privado y del contrato mismo. Así siendo, la más amplia, nos pareció la fórmula preferible.

Posteriormente, Fragoso agregou outros argumentos para amparo do seu pensamento (GRISOLIA, 1967, p. 55).⁵³

La alternativa de una fórmula general conduciría a una extensión muy peligrosa por la posible cabida de la idea, hoy muy difundida em Alemania, acerca de la existencia de un específico deber de solidaridad social como uno de los fundamentos del deber de impedir; la situación cultural de los países americanos no permite acoger fórmulas europeas basadas en deberes exclusivamente morales; una indicación precisa de las fuentes es una guía mucho más segura para los jueces y constituye una importante garantía al excluir dudas e imprecisiones y al evitar una extensión desmesurada contraria al principio de legalidade de los tipos penais; por fim, la fórmula propuesta es lo suficientemente amplia para abarcar las situaciones en que efectivamente existe un deber de solidaridad social.

Em posição contrária ao debate, a diferente fórmula que foi proposta para consagrar legislativamente o dever de impedir. Para Grisolia (1967, p. 57) este ponto de vista dos delitos de omissão pode ser assim classificado: 1. Delitos de omissão pura e simples – tipo que considera para a punibilidade a conduta omissiva em si mesma, independente do possível resultado não impedido; 2. Delitos de omissão com resultado: de acordo com o tipo legal, a conduta omissiva está ligada a um

⁵² Quem assumiu a responsabilidade de que o resultado não ocorreria, parecia preferível à indicação do negócio jurídico como fonte do dever de agir porque não é propriamente do contrato que surge a obrigação de impedir o resultado, mas sim assumir uma responsabilidade social que impõe ao contratante uma posição de garante livremente aceita, razão pela qual não prevalecem no caso as limitações que emanam do direito privado e do próprio contrato. Assim, sendo a mais ampla, pareceram-nos a fórmula preferível. (Tradução nossa)

⁵³ A alternativa de uma fórmula geral levaria a uma extensão muito perigosa devido ao possível alcance da ideia, hoje muito difundida na Alemanha, sobre a existência de um dever específico de solidariedade social como um dos fundamentos do dever de impedir; a situação cultural dos países americanos não permite aceitar as fórmulas europeias baseadas em deveres exclusivamente morais; a indicação precisa das fontes é um guia muito mais seguro para os juizes e constitui uma importante garantia ao excluir dúvidas e imprecisões e evitar uma extensão excessiva contrária ao princípio da legalidade dos tipos penais; por último, a fórmula proposta é suficientemente ampla para abranger situações em que existe efetivamente um dever de solidariedade social. (Tradução nossa)

resultado concreto que se devia impedir e que, ao se verificar, completa a figura punível e 3. Delitos omissivos chamados de comissão por omissão que ocorrem nos casos em que o tipo legal se limita a punir a produção de um resultado proibido pela norma (delitos de resultado, normas proibitivas), sendo indiferente que o resultado seja o efeito de um fazer positivo (delito de comissão) ou de um não fazer (delito de omissão). Desta forma conclui Grisolia (1967, p. 57)⁵⁴:

En primero lugar, si un delito de resultado puede ser cometido por omisión es el sentido del tipo. Pero la forma em que la ley vincula la omisión al resultado que debió evitarse (vinculación normativa) nos parece igualmente indispensable ya que la omisión no figura como elemento de la descripción típica.

Da qualificação do delito de omissão exposta acima, Grisolia (1967, p. 57) explica que todos são delitos de omissão propriamente dito, porque das três hipóteses a conduta do agente consiste em um sinal passivo, em um não fazer que se enfrenta ao fazer normativamente exigido. Na primeira hipótese a simples omissão é suficiente para contemplar o tipo, nas outras duas hipóteses a omissão encontra-se ligada a um determinado resultado. Ou seja, é possível verificar que tais hipóteses também ocorrem com os delitos de ação, em alguns casos basta a mera conduta e em outros a conduta ativa está intrinsecamente ligada a um resultado. Desta forma, as denominações “omissão imprópria” ou “delitos impróprios de omissão” são mais apropriadas, porque em nenhum caso a omissão pode equivaler a converter-se contra a natureza da mesma coisa – em uma ação, ou seja, em uma omissão “não própria”.

Nos delitos de omissão simples (própria) o tipo se encerra com a mera omissão, enquanto para as outras categorias, é indispensável a existência de um resultado. Não obstante, a omissão simples como a omissão por resultado trata-se de tipos expressamente externados na lei e que unicamente podem consistir em uma omissão; agora, ao contrário, o grupo pertencente aos delitos de resultado, mas na forma omissiva não se encontra descrita expressamente no tipo legal, trata-se, portanto, de tipos que consistem indistintamente em uma ou outra forma de conduta (GRISOLIA, 1967, p. 58).

⁵⁴ Em primeiro lugar, se um delito de resultado pode ser cometido por omissão, este é o sentido do tipo. Mas a forma como a lei vincula a omissão ao resultado que deveria ter sido evitado (vinculação normativa) parece-nos igualmente indisponível, pois a omissão não figura como elemento da descrição típica. (Tradução nossa)

Por fim, Grisolia (1967, p. 58)⁵⁵ esclarece sobre as características estruturais dos delitos de comissão por omissão:

a) Son delitos de omisión porque, em su esencia ontológica, consisten en una conducta de signo passivo (*non facere*); b) son delitos de resultado, pues el tipo no se agota con la omisión, sino requiere se verifique el resultado prohibido; c) son delitos que, bajo esa forma, no están expresamente regulados por la ley: se vinculan a aquellos tipos cuyo sentido es el de sancionar el hecho producido con independencia de cual sea la forma – activa o comissiva – utilizada para lograr el resultado penado [...]; d) en los delitos de comisión por omisión, el vínculo necesario entre está última y el resultado descrito por el respectivo tipo legal, debe estar fundado insoslayablemente en un dispositivo de la propia ley penal. Esta condición nos parece absolutamente esencial em un régimen de Derecho Penal liberal [...]; e) La omisión, en principio, tanto puede ser dolosa como culposa; estos elementos no configuran distintos y opuestos grupos de delitos.

Por isso, um enunciado mais amplo era a solução de redação que se pode ter para o Código Penal Tipo. Ao dizer simplesmente “se podia fazer” e “se devia juridicamente evitar”, poderia se pensar que esta fórmula somente está se referindo a caracteres que são próprios de todos os delitos e que, portanto, não agregam nada de novo. Deveria então o código concretizar uma fórmula sem deixar dúvidas que a posição de garante exige que o dever tenha sua origem ou fontes em específicos preceitos do ordenamento jurídico (GRISOLIA, 1967, p. 67).

3.6.1 Excludentes de ilicitude

“Las causas de justificación” dispostas no Código Penal Tipo ficaram sob a responsabilidade da Comissão de Trabalho Peruana. O projeto apresentado continha quatro preceitos: cumprimento da lei; estado de necessidade; legítima defesa e excesso. Em cada artigo seguia as devidas explicações que ao passar dos debates foram ampliadas. Debateram-se inicialmente as terminologia e questões

⁵⁵ a) São delitos de omissão porque, na sua essência ontológica, consistem numa conduta de sinal passivo (*non facere*); b) são delitos de resultado, uma vez que o tipo não se esgota com a omissão, mas exige a verificação do resultado proibido; c) são delitos que, sob esta forma, não são expressamente regulados por lei: estão vinculados àqueles tipos cuja finalidade é punir o ato produzido independentemente da forma – ativa ou comissiva – utilizada para alcançar o resultado penalizado [...]; d) Nos delitos de comissão por omissão, a necessária ligação entre este e o resultado descrito pelo respectivo tipo legal, deve basear-se incontornavelmente em dispositivo da própria lei penal. Esta condição parece-nos absolutamente essencial num regime de Direito Penal liberal [...]; e) A omissão, em princípio, tanto pode ser dolosa como culposa; esses elementos não configuram grupos de delitos diferentes e opostos. (Tradução nossa)

sistemáticas; posteriormente a discussão se deu relacionadas às causas de exclusão do delito; e finalmente as justificações.

Em primeiro lugar, para Grisolia (1967, p. 69) a expressão “Causas de Justificación” pareceu ser uma terminologia adequada e prevalece sem qualquer necessidade de votação. Esta expressão também é utilizada em espanhol pelos penalistas, tem propriedade e exatidão:

Aquellas causas o dispositivos legales en cuya virtud la realización de una conducta típica, indiciariamente antijurídica es, em realidad, una conducta jurídica o conforme a derecho, es decir, que está justificada (hecha justa) por esa causa (GRISOLIA, 1967, p. 69).⁵⁶

O problema poderia residir na sistematização, porque o código poderia trazer algumas circunstâncias que são discutidas pela doutrina. A solução mais viável, como a de em outros códigos, seria a definição das causas de exclusão sem classificá-las de modo a não correr em erro na redação do Código Penal Tipo. Obviamente, as três causas de justificação ou de excludentes de ilicitude aparece no Código Penal Tipo desde a sua elaboração até a redação final como será discutido. Segundo explica Grisolia (1967, p. 69) as três justificantes admitidas em relação às excludentes de ilicitudes foram corretas porque representam uma ordem de maior para menor generalidade. Também considerou que a legítima defesa é uma espécie do gênero estado de necessidade.

Na segunda reunião, ocorrida no México, o primeiro artigo aprovado sobre as causas de justificação está o cumprimento da lei. Na redação introduziram duas modificações, deixando assim o artigo: “No comete delito el que obrare em cumplimiento de um deber legal o em el ejercicio legítimo de un derecho” (GRISOLIA, 1967, p. 71).⁵⁷

Nas palavras de Grisolia (1967, p. 71)⁵⁸, este preceito está intimamente relacionado com o que constitui a essência mais profunda de toda excludente:

⁵⁶ Aquelas causas ou dispositivos legais em virtude dos quais a prática de uma conduta típica, indicativamente antijurídica é, na realidade, uma conduta legal ou de acordo com a lei, ou seja, que se justifica (justificada) por essa causa. (Tradução nossa)

⁵⁷ Não comete crime quem age no cumprimento de um dever legal ou no exercício legítimo de um direito. (Tradução nossa)

⁵⁸ A conformidade com o direito (ou dever) da conduta típica. Se, segundo a opinião mais generalizada e admitida, a antijuridicidade do ato consiste na contradição ou na desconformidade da conduta típica (ou a realização do tipo) com o ordenamento jurídico como um todo, pressuposto para a violação concreta da norma efetivamente fere o bem jurídico, é evidente que aquela conduta específica que se cumpre em virtude de um preceito contido no referido ordenamento é essencialmente justificada, não contradiz, pois cumpre o ordenamento e, conseqüentemente, nenhuma lesão, (ou perigo) ocorre, no sentido jurídico de proteção, ao bem protegido pela norma.

La conformidad a derecho (o a deber) de la conducta típica. Si, de acuerdo con la opinión más generalizada y admitida, la antijuridicidad de facto consiste en la contradicción o desconformidad de la conducta típica (o la realización del tipo) con el ordenamiento jurídico en su conjunto, presupuesto para que la violación concreta de la norma lesione efectivamente el bien jurídico, es evidente que aquella conducta específica que se cumple en virtud de un precepto contenido en dicho ordenamiento se encuentra esencialmente justificada, no contradice puesto que cumple el ordenamiento y, por consecuencia, ninguna lesión (o peligro) se produce, en sentido jurídico de protección, al bien tutelado por la norma.

Dentro destes preceitos é que se vai chegar, mais tarde, quando da conclusão do Código Penal Tipo de consolidar as assertivas em conformidade com o ordenamento jurídico. Na continuidade, ao debater sobre o estado de necessidade e a legítima defesa, os postulados da Comissão de Trabalho peruana recebeu inúmeras emendas e seu texto ficou para a discussão na terceira reunião que ocorreu em Lima. A Comissão Redatora assim acordou uma série de diretivas que a Comissão Peruana deveria considerar na redação. Estes acordos foram os seguintes:

a) que en la fórmula del estado de necesidad quede comprendido el auxilio a terceros; b) que en misma fórmula quede comprendido el requisito de que el mal no fuera evitable de otro modo; c) substituir la expresión “daño” del texto original por otra deberá proponer la Comisión peruana; d) suprimir del indicado texto el adverbio “razonablemente” así como cualquier otro adverbio; e) añadir en el precepto sobre estado de necesidad la exigencia de que no se haya provocado el peligro; f) en el mismo precepto reemplazar por otro el vocablo “causar”; g) que en la fórmula sobre legítima defensa se mantenga la referencia a la persona y derechos; h) que estos derechos sean tanto propios como ajenos; i) que no se haga referencia a la circunstancia de que la agresión deba ser “actual o inminente” y j) no reemplazar en la citada fórmula la expresión “razoable” por otra como “racional” o “adecuado” (GRISOLIA, 1967, p. 75)⁵⁹.

Desta forma, a Comissão Peruana apresentou assim o seguinte enunciado sobre o estado de necessidade:

(Tradução nossa)

⁵⁹ a) que na fórmula do estado de necessidade fique compreendido o auxílio a terceiros; b) que a mesma fórmula inclua a exigência de que o mal não era evitável de outra forma; c) substituir a expressão “dano” do texto original por outra que deva ser proposta pela Comissão Peruana; d) excluir do texto indicado o advérbio “razoavelmente” bem como qualquer outro advérbio; e) acrescentar no preceito de estado de necessidade o requisito de que o perigo não foi causado; f) no mesmo preceito substituir a palavra “causa” por outra; g) que na fórmula da legítima defesa se mantenha a referência à pessoa e aos direitos; h) que esses direitos são próprios ou alheios; i) que não se faça referência à circunstância de que a agressão deva ser “atual ou iminente” e j) não substituir na fórmula supracitada a expressão “razoável” por outra como “racional” ou “adequada”. (Tradução nossa)

No comete delito el que ante una situación de peligro que no provocó, actual o inminente, para un bien jurídico propio o ajeno, lesionare un derecho para evitar un mal mayor, siempre que el necesitado no tuviese el deber jurídico de afrontar el riesgo, no evitable de otra manera (GRISOLIA, 1967, p. 75)⁶⁰.

Como se pode verificar, a comissão peruana atuou de maneira a propor um texto com as solicitações descritas na Reunião do México, em 1965. Sobre o requisito de não haver provocado voluntariamente o perigo, a inclusão do advérbio “voluntariamente”, teve a objeção formulada por Soler, referindo ao problema da provocação simplesmente culposa (GRISOLIA, 1967, p. 76). Ainda foi colocado que o problema de que a justificante operaria sem o titular do bem em perigo, tendo provocado voluntariamente a situação de necessidade.

Por fim, tratou-se na reunião de Lima sobre a figura do excesso que foi aprovado mediante a algumas discussões, principalmente por conta do substitutivo proposto pela comissão do Chile. Mas, conta Grisolia (1967, p. 80)⁶¹ que o enunciado estabelecido não foi satisfatoriamente claro e preciso:

Para proporcionar los elementos legales necesarios que permitan al juez evitar las intrincadas confusiones que los excesos en la legitima defensa y en el estado de necesidad suelen provocar en la doctrina y en la jurisprudencia debido, sin duda, a las extensas y no muy precisas fronteras que esta figura mantiene con otras tales como los casos de putatividad, la “eximente incompleta” en aquellas legislaciones que la contemplan, las situaciones de inimputabilidad por trastornos psíquicos, etc.

Na época comentou que Grisolia (1967, p. 80) que poderia se falar em excesso em duas situações mais delimitadas, quando o excesso está relacionado a causa e no excesso dos meios. Quando a conduta (repulsa ou ataque defensivo) ocorre quando a agressão ou perigo já passou, pode-se falar em uma simples vingança. De outro lado, os meios sem a devida proporcionalidade ou que excedem os limites do razoável suscitam situações de excesso. Foram questões que serão posteriormente verificadas com o término da parte geral do Código Penal Tipo para a América Latina.

⁶⁰ Não comete delito quem, em face de situação de perigo que não causou, atual ou iminente, para um bem jurídico próprio ou alheio, viole um direito para evitar um mal maior, sempre que o necesitado não tenha o dever legal de enfrentar o risco, não evitável de outra maneira. (Tradução nossa)

⁶¹ Para proporcionar os elementos jurídicos necessários que permitam ao juiz evitar as intrincadas confusões que os excessos na legítima defesa e no estado de necessidade costumam causar na doutrina e na jurisprudência devido, sem dúvida, às extensas e pouco precisas fronteiras que esta figura mantém-se com outras como os casos de putatividade, a “defesa incompleta”, nas legislações que contemplan, as situações de inimputabilidade por transtornos psíquicos, etc. (Tradução nossa)

4 A TEORIA DO DELITO ENTRE O CÓDIGO PENAL DE 1969 E O CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA

A teoria do delito anteriormente contada mostra alguns pontos que serão na sequência explorados, de maneira comparada. Inicialmente a ideia é verificar os referenciais para uma história do direito comparada no universo de possibilidades sobre o assunto. Buscou-se a adaptação da comparação histórica e sistemática para compor esse estudo em seguida.

4.1 PARA UMA HISTÓRIA DO DIREITO COMPARADA – ALGUNS REFERENCIAIS TEÓRICOS

A História do Direito comparada traz especificidades importantes para a produção do conhecimento voltada para a análise de contextos históricos, ordenamentos jurídicos, e sistemas de justiça em quadros comparativos. Com esse fim, alguns autores se preocuparam em explicar de uma maneira inteligível, métodos propícios desse estudo. Um dos desafios é conseguir fazer a leitura desses quadros, desses diferentes sistemas jurídicos de modo a não interpretar de maneira incorreta a fonte de pesquisa, e remeter a contextos diferentes o objeto de análise.

Mas para quê comparar? De forma geral, de acordo com Hoecke (2015, p. 02) Patrick Glenn respondeu a esta questão sob o título “objetivos do direito comparado”⁶². Glenn (apud HOECKE, 2015, p. 02)⁶³ aponta os seguintes argumentos:

- a) comparative law as an instrument of learning and knowledge (information on the law elsewhere and a better understanding theory),
- b) comparative law as instrument of evolutionary and taxonomic science (common evolutions, diachronic changes, legal families),
- c) contributing to one's own legal system (understanding it better, including the resistance of its traditions, improving it, using it as a means for interpreting the constitution), and
- d) harmonization of law.

⁶² Elgar Encyclopedia of Comparative Law (2006).

⁶³ a) o direito comparado como um instrumento de aprendizado e conhecimento (informações sobre a lei em outros lugares e uma melhor compreensão da teoria, b) o direito comparado como instrumento evolucionária e ciência taxonômica (evoluções comuns, mudanças diacrônicas, famílias jurídicas), c) contribuindo ao próprio sistema jurídico (compreendendo-o melhor, incluindo a resistência de suas tradições, aperfeiçoando-o, usando-o como meio de interpretação de constituição) e d) harmonização do direito. (Tradução nossa)

Os comparatistas estão habituados a descrever seus trabalhos seguindo uma forma de diversos propósitos que com seu emprego podem almejar. Trata-se então que esses fins conectados com o interesse de favorecer a unificação internacional do direito, com formas, conteúdos, a partir de escolhas metodológicas e políticas normativas de determinado momento histórico. O fio condutor da análise, não é tão somente a reconstrução dos feitos históricos, mas a sua inter-relação com outras formas de se pensar o direito. Sobre esse entendimento, comenta Somma (2016, p. 22)⁶⁴:

En la visión positivista, el conocimiento del derecho constituye el resultado de una operación que se ubica con anterioridad al momento valorativo, considerado de exclusiva competencia de las fuentes de producción privilegiadas en los diferentes momentos. En efecto, la operación tiene un valor exclusivamente técnico, en cuanto absuelve una función de mera sistematización y reproducción de “material jurídico ya existente y disponible” o dicho de otro modo de un “objeto preconstituido” en el cual están presentes todas las “posibilidades lógicas”

Para entender um pouco da História do Direito comparada é importante verificar o contexto do século XIX e o nascimento da ciência jurídica da *Rechtswissenschaft* (PIHLAJAMÄKI, 2015, p. 60). Pihlajamäki (2015) descreve como se deu essa trajetória da História do Direito comparada. Primeiramente, as questões históricas se tornaram um elemento integrante dos estudos jurídicos na obra de Friederich Carl von Savigny. Para Savigny a história era integrada ao direito contemporâneo de modo a explicar o entendimento da lei em vigor. A Escola Histórica também destacou as características nacionais do direito e seus ensinamentos “logo começaram a concentrar seus esforços em organizar o material normativo “cientificamente” como um sistema, enquanto as investigações históricas foram se separando cada vez mais da dogmática” (PIHLAJAMÄKI, 2015, p. 60). É mais ou menos nesse contexto que surgem quase simultaneamente o direito comparado e a Escola Histórica. Porém, os estudos em direito comparado estavam voltados a história jurídica nacional. Algum tempo depois, novas vertentes mais

⁶⁴ Na visão positivista o conhecimento do direito constitui o resultado de uma operação que se situa anteriormente ao momento valorativo, considerado de competência exclusiva das fontes de produção privilegiadas em diferentes momentos. Com efeito, a operação tem valor exclusivamente técnico, na medida em que absolve uma função de mera sistematização e reprodução de “material jurídico já existente e disponível” ou, em outras palavras, de um “objeto pré-constituído” no qual estão presentes todas as “possibilidades lógicas”. (Tradução nossa)

cosmopolitas da história do direito aparecem mesmo antes da história jurídica comparada (PIHLAJAMÄKI, 2015, p. 62).

Nesse sentido, no século XX a história do direito se dividiu em duas vertentes importantes: *derecho indiano* e história jurídica europeia. Ambos não tinham essencialmente uma natureza comparativa, mas se distanciava de um direito nacional ou nacionalista, e ampliavam o quadro das suas análises. No direito indiano o ponto de debate era a lei colonial espanhola, e na história jurídica europeia o *ius commune* ou “direito comum europeu”. As críticas a essas escolas foram semelhantes. Primeiro, trata como único ou uniforme o direito tanto o indiano quando o europeu. Pois, um “direito comum para todas as colônias espanholas há muito tempo deu lugar a um entendimento do direito colonial espanhol como um corpo jurídico com variações locais diferentes” (PIHLAJAMÄKI, 2015, p. 63). E, o problema das versões do direito europeu a partir de Alemanha ou Itália, é a análise feita a partir de um centro que erradia para a periferia. Conclui assim Pihlajamäki (2015, p. 65)⁶⁵, “Forces the peripheral legal historians to consider how their legal past differs from the center’s past, but it rarely forces the center to rethink their own legal histories from a larger perspective”.

Alargando o parêntese neste contexto centro-periferia relacionado ao direito comparado ou mesmo a História do Direito comparada, ainda pode-se fazer a reflexão sobre o direito latino-americano como periferia do direito ocidental. Os estudos apontam que as classificações dos sistemas jurídicos não englobam o direito latino-americano como experiências providas de uma identidade própria. Permanece a ideia que esse direito pertence à tradição jurídica ocidental, e, por conseguinte, ocupa uma posição de periferia (SOMMA, 2015, p. 121). Mas o direito latino-americano apresenta-se como destaque em relação ao direito ocidental, na medida em que:

[...] se configura como conmixti3n de rasgos identificativos de este 3ltimo con elementos de la tradici3n ind3gena. Para algunos, es precisamente esta caracter3stica la que autoriza a invocar el esquema de la relaci3n entre centro y periferia: si la modernidade occidental se define esencialmente como superaci3n del elemento tradicional o, en todo caso, pr3-moderno, el componente ind3gena proporciona el nivel de atraso del derecho latinoamericano. Es, sin embargo, posible tumbar este esquema, hablar de modernidades en

⁶⁵ Força os historiadores do direito da periferia a considerar como seu passado jurídico difere do passado jurídico do centro, mas raramente obriga o centro a repensar suas próprias histórias jurídicas numa perspectiva mais ampla. (Tradução nossa)

plural y considerar el cruce entre el derecho indígena y el desarrollo de la democracia y del capitalismo como el rasgo que distingue a la modernidad latinoamericana de la occidental (SOMMA, 2015, p. 124)⁶⁶.

Retornando a escrita da História do Direito comparado, pode-se afirmar que o historiador jurídico comparativo elenca determinadas características essenciais que os objetos de comparação têm em comum e posteriormente passa a analisar seu funcionamento (PIHLAJAMÄKI, 2015, p. 69). Em outra possível forma de comparação apontada por Pihlajamäki (2015, p. 69-70), o historiador de direito comparado pode considerar seu objeto de pesquisa uma instituição jurídica nacional ou regional como tema, mas posicionaria o objeto em um contexto internacional, tendo em vista ser o direito é um fenômeno internacional (PIHLAJAMÄKI, 2015, p. 70)⁶⁷:

Not only do legal institutions transfer from one country to another, but the mechanisms through which they change or remain the same are often similar in different countries. Comparative contexts, can turn out to be true treasure houses of explanations.

A escrita da História do Direito comparada também pode se tornar mais objetiva quando verifica-se algumas proposições trazidas por Ibbetson (2013, p. 02)⁶⁸:

It is one thing to be able to juxtapose systems and another to compare them. There is not one single history of each system just waiting to be uncovered, but a multiplicity of histories; and in order to compare systems we have to interrogate the sources actively to make sure we are asking questions of them which enable meaningful comparisons to be made. We need to think *why* things occurred and

⁶⁶ Se configura como combinação de traços identificadores deste último com elementos da tradição indígena. Para alguns, é precisamente esta característica a que autoriza a invocar o esquema da relação entre centro e a periferia: se a modernidade ocidental define essencialmente como a superação do elemento tradicional, ou em todo caso, pré-moderno, o componente indígena proporciona o nível de atraso do direito latino-americano. É, no entanto, possível derrubar essa lógica, falar de modernidades no plural e considerar a intersecção entre o direito indígena e o desenvolvimento da democracia e do capitalismo como o traço que distingue a modernidade latino-americana da modernidade ocidental. (Tradução nossa)

⁶⁷ As instituições legais não apenas transferem de um país para outro, mas os mecanismos pelos quais elas mudam ou permanecem as mesmas são frequentemente semelhantes em diferentes países. Contextos comparados, portanto, podem se tornar verdadeiros tesouros de explicações. (Tradução nossa)

⁶⁸ Uma coisa é poder justapor sistemas e outra compará-los. Não há uma única história de cada sistema esperando para ser descoberta, mas uma multiplicidade de histórias; e, para comparar sistemas, precisamos interrogar ativamente as fontes para garantir que estamos fazendo perguntas a elas, o que permite comparações significativas. Precisamos pensar por que as coisas ocorreram e não apenas o que aconteceu, e nossa história jurídica comparativa fica seriamente empobrecida se simplesmente confiamos em escritos que foram produzidos por outros estudiosos para responder a perguntas em que eles estão interessados ou que fazem sentido em particular para seu próprio sistema legal. (Tradução nossa)

not just *what* happened, and our comparative legal history is seriously impoverished if we simply rely on writings which have been produced by other scholars in order to answer questions in which they are interested or which make particular sense in their own legal system.

Mas, como estrutura metodológica, o método sistemático de comparação da história do direito comparado pode ser utilizado da mesma forma quanto ao estudo de direito comparado. Como se sabe, o direito comparado é uma disciplina autônoma pelo menos desde o início do século XX, quando o seu conhecimento se dava pela crítica do positivismo legislativo. A comparação do direito forneceu argumentos de ordem metodológica para a ampliação do conceito de direito e considerar os aspectos do mundo jurídico à luz do mundo extralegal (SOMMA, 2015, p. 150).

Focados em soluções práticas, o direito comparado oferece ferramentas para abordagens no contexto do direito em relação ao modo de trabalhar algumas fontes. Neste sentido explica Hoecke (2015, p. 07)⁶⁹:

Fully comparing law-in-context within individual research will only be possible if one is lucky to find sufficient relevant sources and literature for each of the legal systems to be compared. Otherwise, team research will be required, preferably with an interdisciplinary team. Again, some rough understanding of differences and similarities between the legal systems, and of the relevant context for explaining them, will be a pre-requisite for setting up the research project and selecting not only the legal systems to be compared, but also the disciplines relevant for the context research.

O direito comparado oferece estudos de abordagens variadas, a depender do enfoque e objeto da pesquisa. Os métodos de análise podem ser combinados e não raramente são complementares e por isso não são mutuamente exclusivos. Somma (2015, p. 153) cita, por exemplo, o estruturalismo e a teoria dos formantes, a partir da teoria do italiano Rodolfo Sacco. Conforme explica Somma (2015, p. 154), o termo “formante” deriva da fonética acústica, a partir dos estudos da consistência física dos sons vocais e da sua dissipação através de um meio como o ar. Desta forma o formante estabelece a frequência de ressonância de sons que acontecem na cavidade bucal e com isso evidencia o timbre. Permite que o som seja separado

⁶⁹ A comparação completa do direito dentro do contexto da pesquisa só será possível se tivermos a sorte de encontrar fontes e literatura relevantes suficientes para cada um dos sistemas jurídicos a serem comparados. Caso contrário, será necessária uma pesquisa em equipe, preferencialmente com uma equipe interdisciplinar. Mais uma vez, alguma compreensão aproximada das diferenças e semelhanças entre os sistemas jurídicos, e do contexto relevante para explicá-los, será um pré-requisito para configurar o projeto de pesquisa e selecionar não apenas os sistemas jurídicos a serem comparados, mas também as disciplinas relevantes para o contexto da pesquisa. (Tradução nossa)

e assim consegue identificar seus componentes. Nesta comparação, esclarece Somma (2015, p. 153)⁷⁰:

De manera similar, entre os iuscomparatistas el formante indica los componentes del derecho, potencialmente incoherentes en la medida en que no se refieren a un sistema carente de lagunas y antinomias, motivo por el cual se habla de su disociación. En este sentido, se identifican entre otros, un formante legal, para referirse a las reglas producidas por el legislador, un formante doctrinal, compuesto por los preceptos formulados por los estudiosos, y un formante jurisprudencial, que coincide con las indicaciones provenientes de los tribunales. Cuando el comparatista actúa como sistemólogo, debe classificar reconstruyendo para cada ordenamiento el nivel de disociación entre formantes.

Nesse contexto, “métodos funcionais” são também citados pelos autores. Esses métodos ajudam o pesquisador a ampliar o escopo da sua pesquisa, pois resultados semelhantes são alcançados a partir de caminhos diferentes. O que é uma facilidade do funcionalismo como método de pesquisa, é que requer uma análise menos completa do contexto cultural, o que pode ajudar um pesquisador jurídico sem grandes conhecimentos em outras áreas de conhecimento que não o jurídico. De fato, esses métodos apontam para a importância do objetivo da pesquisa, mas em muitos casos, a questão que se coloca é método funcional não comparar primariamente as normas, mas as soluções para os problemas práticos conflitantes. Por isso, Somma (2015, p. 160)⁷¹ chama a atenção para os problemas deste método:

[...] la observación de que, aunque presentan “diferencias en el desarrollo histórico, en su estructura sistemático-teórica y en el estilo de las aplicaciones prácticas”, ordenamientos jurídicos diversos adoptan “soluciones idénticas hasta en los mínimos detalles, o muy similares”.

Ainda, em relação ainda a estrutura metodológica, alguns pontos da História do Direito comparado também se aproximam da História Comparada. Do ponto de

⁷⁰ De forma similar, entre os juscomparatistas o formante indica os componentes do direito, potencialmente incoerentes na medida em que não se referem a um sistema desprovido de lacunas e antinomias, razão pela qual se fala de sua dissociação. Nesse sentido, identificam-se, entre outros, um formante jurídico, para se referir às normas produzidas pelo legislador, um formante doutrinário, formado pelos preceitos formulados pelos doutrinadores, e um formante jurisprudencial, que coincide com as indicações provenientes dos tribunais. Quando o comparatista atua como sistemólogo, deve classificar reconstruindo para cada ordenamento o nível de dissociação entre os formantes. (Tradução nossa)

⁷¹ A observação de que, embora apresentem “diferenças no desenvolvimento histórico, na sua estrutura sistemático-teórica e no estilo das aplicações práticas”, ordenamentos jurídicos diversos adotam “soluções idénticas até mesmo nos mínimos detalhes, ou muito semelhantes”. (Tradução nossa)

vista historiográfico, a História Comparada emerge, além de outros marcos importantes e autores, de um texto publicado por Marc Bloch (1928) intitulado “História Comparada”. É importante frisar a distinção da História Comparada propriamente dita – como um campo interdisciplinar específico – do “comparativismo histórico”, de maneira mais ampliada. Pois, conforme Barros (2007, p. 162) explica “o historiador sempre utilizou a comparação como parte de seus recursos para compreender as sociedades no tempo, embora não necessariamente como um método sistematizado”.

Como descrito acima, a História Comparada⁷² surgiu na historiografia ocidental há quase um século, sobretudo a partir da proposta de Marc Bloch e de outros historiadores, com a intenção de transpor algumas limitações dentro da tradicional historiografia de perspectiva nacionalista. Nas últimas décadas do século XX, outras modalidades historiográficas surgiram que também lidam com procedimentos relacionados à história comparada. Apareceram, assim, possibilidades de estudos vinculados as outras modalidades que não apenas a comparação, como, por exemplo, “a interconexão, o cruzamento, o entrelaçamento de histórias, de narrativas, de âmbitos de análise e de escalas de observação” (BARROS, 2014, p. 278). O que alarga ainda mais o campo de conhecimento e dá suporte a formas de inter-relações para o objeto de pesquisa.

Sobre esse campo de estudos, Barros (2014, p. 289) esclarece que está entre as motivações para o aprimoramento das Histórias Cruzadas⁷³ “a necessidade de trabalhar de maneira mais complexa com a história de países que tiveram um passado em comum ligado por laços coloniais”. Barros (2014, p. 290) exemplifica ainda sobre essa tendência:

⁷² Barros (2014, p. 282-283) afirma que a respeito “dos novos rumos” da História Comprada: “Não se trata mais, com as histórias transnacionais, e também com as histórias interconectadas e as Histórias Cruzadas, de meramente delimitar um certo número de recortes bem definidos, o que tem sido a operação central e a base de apoio das correntes da História Comparada que vão se consolidando na sua forma mais tradicional. Pode-se mesmo dizer que há temáticas contemporâneas que já não se prestam a tais recortes. As redes sociais, por exemplo, os transcendem; as nacionalidades continuam a existir aqui como fenômeno de identidade, marcadores dos usuários, elementos instituidores de exclusão ou inclusão, mas o ambiente virtual já não conhece fronteiras, a não ser, eventualmente, a língua. O não lugar, instituído pela rede mundial de computadores através das redes sociais é apenas um exemplo”.

⁷³ Conforme explica Barros (2014, p. 291) História Cruzada se inscreve na família de ramos da História que “foi inaugurada pela História Comparada há muitas décadas, há muitas décadas, a qual pode ser compreendida sob o signo dos “procedimentos relacionais”, contando com a adesão de outros campos historiográficos mais recentes que, além da comparação, investiram nos “estudos de transferência”, na elaboração das “histórias interconectadas” e na edificação de um campo, em português, poderia ser traduzido como “história compartilhada” (Shared History)”.

Certas temáticas de estudo, como o desenvolvimento histórico dos grandes circuitos continentais ou oceânicos (o Atlântico ou o Pacífico), bem como a “história das migrações”, que produz evidentes emaranhamentos de etnias, realidades culturais diversas, identidades nacionais e interpenetrações religiosas, trouxeram a sua decisiva contribuição para o afloramento da necessidade historiográfica de lançar mão, cada vez mais, do gesto relacionado do “cruzamento”.

O que parece ser importante comentar é que a historiografia, conforme apresentada, demonstra a possibilidade de se pensar no cruzamento de olhares historiográficos que se desvinculam da perspectiva de um olhar “eurocêntrico”. É uma possibilidade de refletir ou pensar a histórias de outros continentes sem que esteja orientado para o olhar europeu. A História Comparada, neste sentido, atua como uma família mais ampla de diversos gêneros historiográficos, como a “História Cruzada”, “histórias entrelaçadas”, “histórias transnacionais”, “história global”, dentre outros gêneros de história comparada, de modo a auxiliar o ofício do historiador sobre as possibilidades de desenvolvimento do estudo.

De modo a trabalhar mais a ideia de comparação e a sua classificação, Kocka (2014, p. 280) cita quatro possibilidades ou objetivos da comparação nas pesquisas históricas: “heurísticos, descritivos, analíticos e paradigmáticos”. Conforme explica Kocka (2014, p. 280) “heurísticamente a abordagem comparativa permite identificar questões e problemas que se pode perder, negligenciar, ou até mesmo não conceber”. O autor cita como exemplo o historiador Marc Bloch que tendo estudado os processos de cercamentos na Inglaterra dos séculos XVI a XIX, desenvolveu a suposição que na França tais processos poderiam ter ocorridos, mesmo não confirmados pelos historiadores locais. Marc Bloch firmou correlações “através de mudanças não idênticas na estrutura da propriedade das terras e desta forma contribuiu para uma revisão abrangente da história da região” (KOCKA, 2014, p. 280). Sobre este pensamento, Kocka (2014, p. 280) conclui que “esse foi um ato de transferência intelectual, baseado em suposições sobre similaridades entre a Inglaterra e França, uma perspectiva produtiva tornada possível por comparações”.

De maneira descritiva, as comparações históricas auxiliam a entender melhor os perfis de casos singulares, frequentemente apenas de um caso, pelo seu contraste com outros casos. Como exemplo, Kocka (2014, p. 280) explica sobre o “Excepcionalismo Americano”, quando comparado a partir de “processos regionais de industrialização na Europa Ocidental até a ideia de um caminho peculiar da

modernização ocidental comparada com outras partes do mundo”. Quer dizer, a comparação ajuda a pensar noções de singularidades, bem como desafiar ou modificar essas noções.

Analiticamente, a abordagem comparada serve para responder questões causais. A história mundial é um campo para esse tipo de análise, seja em relação à ascensão da ciência em diferentes povos ao longo do tempo, quando com relação a diferentes caminhos de mudanças e crescimento econômico. A função paradigmática da comparação está relacionada ao distanciamento da “própria história”. Ou seja, fazer com os historiadores ampliem seu olhar e que não se concentrem apenas na história do seu país ou região (KOCKA, 2014, p. 281).

Para alguns historiadores, os objetivos da comparação podem ser assim resumidos: “a) formular generalizações por meio de observações de recorrência; b) demonstrar as singularidades por intermédio da observação das diferenças; c) ajudar a produzir explicações casuais” (PRADO, 2005, p. 22). Dessa forma, distinguem seus estudos de história comparada daqueles que praticam a justaposição de relatos descritivos, os quais não atingem o objetivo proposto de comparação. Nas palavras de Duve (2015, p. 408) “é bastante “inútil” comparar tradições jurídicas tomando os conceitos de nosso próprio passado e aplicando-os a outras áreas, levando-nos à conclusão de que o mundo lá fora é diferente”. Desta forma é preciso “conceitos analíticos “transculturais” de normatividade” (DUVE, 2015, p. 408).

Esses pontos deveriam ser suficientes para explicar sobre as vantagens da comparação. Mas ainda a história comparada enfrenta dificuldades, e três razões metodológicas fazem a comparação se tornar difícil, motivos de tensão entre a história comparada e a história tradicional:

1. Quanto mais casos o estudo comparativo inclui, mais dependente ele se torna de uma literatura secundária, e torna-se mais difícil chegar perto das fontes e lê-las em sua língua original [...].
2. A abordagem comparativa pressupõe que as unidades de comparação podem ser separadas umas das outras [...]. Em outras palavras, a comparação rompe continuidades, corta enredamentos, e interrompe o fluxo da narração. Mas a reconstrução de continuidades, a ênfase na interdependência assim como formas narrativas de apresentação, são elementos clássicos da história enquanto disciplina.
3. Não se pode comparar totalidades, no sentido de individualidades totalmente desenvolvidas. Pelo contrário, se compara em certos aspectos [...]. Comparação implica em seleção, abstração, e descontextualização em algum grau (KOCKA, 2014, p. 281-282).

Portanto, pensar comparativamente está relacionado no sentido de descobrir “como as influências, transferências ou traduções, ou transplantes legais se deslocam de uma ordem legal para outra”. É isso também que faz refletir onde e em que momento está a periferia e o centro nos debates jurídicos. Colocar o objeto de pesquisa em um contexto mais amplo com o intuito de tentar explicar partes ou unidade maiores em relação a outras unidades maiores (PIHLAJAMÄKI, 2015, p. 73).

O direito comparado assim como a história comparada auxiliam o historiador do direito, pois ambos possuem função instrumental de compreensão. O direito comparado trabalha numa harmonização do direito, o que pode ser importante, por exemplo, na elaboração de tratados internacionais. A busca do entendimento dos ordenamentos estrangeiros auxilia na compreensão do próprio ordenamento jurídico, analisando as diversidades dos sistemas.

Agora, tendo por base esses referenciais, o que se propõe é um exercício de tentativa de comparação entre o Código Penal Tipo para a América Latina e o Código Penal de 1969, nos diferentes projetos, de modo a verificar inicialmente suas diferenças e similitudes e depois expandir para outros contextos jurídicos desses códigos.

4.2 UMA EXPERIÊNCIA PARA UMA HISTÓRIA DO DIREITO COMPARADA

A ideia neste ponto é ordenar alguns quadros comparativos inicialmente de estrutura entre o Código Penal de 1969 e o Código Penal Tipo para a América Latina, relacionados à teoria do delito, em suas ramificações. Na medida em que vai se desenvolvendo a análise, outros elementos constitutivos serão expostos e examinados.

Tabela 1 – tempo e lugar do crime

Código Penal Tipo - 1971	Projeto Nelson Hungria 1961-1963	Dec. Lei 1004 de 1969 Código Penal	Lei 6.016 de 1973 – altera do CP de 1969
Tradução - Prof. João Bernardino Gonzaga			
<u>Título II – O Crime.</u>			

<p><u>Seção A.</u> <u>Capítulo I. Forma, tempo, e lugar do fato punível</u></p>			
<p>Título II – Do crime Art. 14 – Considera-se realizado o fato:</p>	<p>Título I – Da aplicação de Lei Penal Tempo do crime Art. 6º - Salvo disposição em contrário, o crime se entende praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.</p>	<p>Título I – Da aplicação de Lei Penal Tempo do crime Art. 5º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o do resultado.</p>	
<p>1.º No lugar em que se exerceu, total ou parcialmente, a atividade delituosa de autores e partícipes.</p>	<p>Lugar do crime Art. 7.º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional ao crime cometido no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu seu resultado.</p>	<p>Lugar do crime Art. 6º - Considera-se praticado o fato, no lugar em que se desenvolveu a atividade criminosa, no todo ou em parte, e ainda que sob forma de participação, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Nos crimes omissivos, o fato considera-se praticado no lugar em que deveria realizar-se a ação omitida.</p>	<p>Lugar do crime 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.</p>
<p>2.º No lugar em que se produziu ou devia produzir-se o resultado</p>			
<p>[1] Nos delitos omissivos, o fato se considera realizado onde devia ocorrer a</p>			

ação omitida.			
---------------	--	--	--

Primeiro tomou-se como referência o Código Penal Tipo, pois o Título II inicia-se com o local do fato delituoso, diferente do Código Penal, onde esses artigos estão dispostos no Título I. Se for verificar de maneira menos atenta, a primeira questão que pode ser visualizada é, por se tratar de um código que busca normatizar ou determinar atos considerados infrações penais dentro do continente, é justamente dizer qual lei penal ou de qual país deve ser aplicada. No entanto, é essencialmente o que coloca é ao contrário. A intenção do Código Penal Tipo é propor – depois com uma parte especial incompleta ou que não foi concluída – uma padronização. Então pouco importaria se o delito fosse cometido na Argentina ou no Brasil, ou em situações de fronteiras que a doutrina se ocupa; dentro da América Latina, sendo o delito cometido, teria o seu regramento pelo Código Penal Tipo. A questão das fronteiras transnacionais em relação ao local onde o fato ocorreu, em um primeiro momento, estaria minimamente resolvido.

Outra peculiaridade que pode ser vista, é em relação ao lugar do delito entre o projeto de Nelson Hungria, e o Código Penal de 1969. O projeto de Hungria traz a explicação no *caput* da aplicação da lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional ao crime cometido no todo ou em parte, no território brasileiro. Enquanto o Código de 1969 limita-se em descrever e não faz menção neste artigo sobre a territorialidade.

Tabela 2 - Culpabilidade

Código Penal Tipo - 1971 Tradução - Prof. João Bernardino Gonzaga	Projeto Nelson Hungria 1961-1963	Dec. Lei 1004 de 1969 Código Penal	Lei 6.016 de 1973 – altera do CP de 1969
Capítulo IV - Culpabilidade	Culpabilidade	Culpabilidade	Culpabilidade
Art. 24. Ninguém pode ser punido por um fato legalmente descrito se não o tiver realizado com dolo, salvo nos casos de culpa expressamente previstos pela lei.	Art. 16 – Diz-se o crime: I – Doloso [...] II – Culposos [...] Excepcionalidade do crime culposos	Culpabilidade Art. 17. Diz-se o crime: I - Doloso, [...] II - Culposos, [...] Excepcionalidade do	

	Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente	crime culposo Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente	
[2] A lei que cominar pena mais grave por uma consequência especial do fato somente se aplicará ao autor ou partícipe que tiver atuado pelo menos culposamente com respeito a essa consequência.			
Art. 25. Age com dolo quem quer a realização do fato legalmente descrito, assim como quem a aceita, prevendo-a pelo menos como possível.	Art. 16 - Diz-se o crime: I - Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;	Art. 17. Diz-se o crime: I - Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;	
Art. 26. Age com culpa quem realiza o fato legalmente descrito por inobservância do dever de cuidado que lhe incumbe de acordo com as circunstâncias e suas condições pessoais; e, no caso de representá-lo como possível, se conduz na confiança de poder evitá-lo.	Art. 16 – Diz-se o crime: I – [...] II - Culposo, quando o agente, deixando de empregar a atenção ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.	Art. 17. Diz-se o crime: I – [...] II - culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.	Art. 17. Diz-se o crime: I – [...] II - Culposo, quando ao gente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Iniciando pelo Código Penal Tipo, o art. 24 traz consigo o princípio de que “não há pena sem culpa”. O enunciado negativo da regra traz a vantagem de excluir a eventual possibilidade de condutas não dolosas. Por certo, a única exceção são os delitos culposos, porém esta requer um texto exposto em lei. Na segunda reunião plenária ocorrida no México em 1965, Fragoso (1967, p. 69) explica que foi descartada a possibilidade de ser inserido no Código Penal Tipo uma definição para delito. Como pode ser notado, o mesmo ocorre com o Código Penal de 1969.

Conforme explica Hungria (1978, p. 112) não se pode imputar a alguém fato criminoso sem que haja “uma relação psíquica que a ele vincule o agente”. Neste sentido, não basta apenas a existência de um vínculo causal objetivo entre a ação ou omissão e o resultado, nem somente o seu enquadramento formal em um artigo respectivo da lei penal, é necessária a culpabilidade do agente, ou seja, “que tenha havido uma vontade a exercer-se, livre, conscientemente, para o resultado antijurídico” (HUNGRIA, 1978, p. 112). Conforme se apresenta nos códigos, a culpabilidade assume duas formas: dolo – vontade livre e consciente dirigida ao resultado antijurídico ou aceitando o risco de produzi-lo; e culpa – omissão de atenção, cautela ou diligência.

Essas definições são facilmente encontradas nos textos do Código Penal Tipo, assim como no Código Penal de 1969. Mas, conforme afirma Carvalho (s.d., p. 22) o inciso II do art. 17 do Código de 1969 “perdeu muito do seu caráter de inexorabilidade”. Na análise do artigo, Carvalho (s.d., p. 22) explica o seguinte:

Essa especialidade de se falar em cautela, atenção ou diligência, que se deixou de empregar, com caráter ordinário ou especial; de se mencionar obrigação em face das circunstâncias; de se referir a previsão de resultado, que não se atendeu; de se explicitar a previsão mas com a suposição leviana de que não se realizaria o resultado, ou com a suposição leviana de que poderia evita-lo – tudo isso criará largo campo para discussões infundáveis, com argumentação abundante, e pareceres prenhos de erudição livresca, tendentes a criar um véu obnubilador do que, antes, dentro da sua linguagem singela mais límpida, objetiva e direta ao que a casuística configura, se dizia com as já bem conhecidas expressões de negligência, imprudência ou imperícia.

Em alguma medida é possível de fato verificar que apesar do seu conteúdo explicativo, o referido artigo abre possibilidades de interpretações diversas. E o que faz a Lei n. 6.016 de 1973 é justamente condensar o texto conforme noticiou Veiga de Carvalho no fragmento acima.

O jurista argentino Enrique Bacigalupo trata da personalidade e a culpabilidade na medida da pena. O autor afirma inicialmente que a ideia de culpabilidade pelo fato, “com base e limite da medida da pena, tem permanecido estranha aos sistemas penais hispano-americanos” (BACIGALUPO, p. 1974, p. 34). Havia nos códigos penais mais antigos e ainda há nos códigos a reincidência como agravante da pena. Mas, parecia tender a predominar a fórmula que relaciona a gravidade da pena à personalidade do autor, como descrito no artigo 52 do Código Penal de 1969. Essas fórmulas, na opinião do autor, “não admitem a chamada culpabilidade pelo fato como limite da pena e, em realidade, não na admitem porque partem de uma concepção da pena que não se refere estritamente à culpabilidade” (BACIGALUPO, 1974, p. 34). A expressão, no original em espanhol “castigado”, tem por objetivo:

Restringir la regla a la aplicación de penas propiamente tales, dejando abierta la posibilidad de someter a medidas de seguridad a los inimputables u otras personas que hayan cometido sin dolo hechos legalmente descrito (GRISOLIA, 1973, p. 348)⁷⁴.

No art. 25 do Código Penal Tipo não define diretamente o dolo, mas caracteriza agir com dolo. Junto ao artigo está uma complementação que especifica o sentido e o seu alcance. A primeira parte do artigo engloba todos aqueles casos em que o agente se propõe a realização do fato legalmente descrito, que preveja como certo, ou como provável. A segunda parte compreende os casos em que o sujeito, sem propor diretamente a realização de tal fato, a aceita, mesmo que preveja como praticamente seguro ou como meramente possível. A aceitação significa ao menos a situação de indiferença ante a possibilidade de acontecimento. Deste modo, em uma formulação sintética, se compreende o dolo direto, e consequências necessárias e o dolo eventual, deixando bem clara o limite com a culpa.

Quanto a culpa, ocupa artigos específicos nos códigos. O Código Penal Tipo, Grisolia (1973,p. 349) explica o seguinte:

La Comisión, en materia de culpa, optó por no recurrir al sistema de mencionar específicamente sus diversas formas de aparición: imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de reglamentos o normas del arte, pues ello equivale en el fondo a hacer retroceder el

⁷⁴ Restringir a regra à aplicação de penas propiamente tais, deixando aberta a possibilidade de submeter a medidas de segurança aos inimputáveis ou outras pessoas que tenham cometido sem dolo fatos legalmente puníveis (tradução nossa).

problema sin resolverlo. En efecto, así se remite al intérprete a otro concepto, que queda esta vez sin expresa definición legislativa⁷⁵.

Ainda de acordo com Grisolia (1973, p. 349) o que foi proposto no art. 26 é suficiente para descrever tanto a chamada culpa por representação quanto a culpa inconsciente, pois nos dois casos incorre sem inobservância de um dever de cuidado. A expressão “no caso de representa-lo como possível, se conduz na confiança de poder evita-lo”, compreende tanto a confiança de que ocorrerá quanto a indiferença nesta possibilidade.

O anteprojeto de Nelson Hungria, art. 16, e o Código Penal de 1969, art. 17, vão em direção ao enunciado do Código Penal Tipo. Explica os artigos a sobre a não observância, ou o não agir com cautela, atenção ou diligência. Por sua vez, aquilo que o Código Penal Tipo entendeu não ser adequado, conforme explicou Grisolia quanto aos debates da Comissão, foi justamente o que foi proposto na Lei n. 6.016 de 1973 que alterou o Código Penal de 1969, ou seja, considera crime culposo, quando ao agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Diga-se de passagem, artigo vigente desde a alteração do Código Penal em 1984, com a Lei 7.209.

O que se pode verificar é que outros quadros podem ser colocados de modo a evidenciar diversos conceitos não só em relação ao aqui proposto, mas em comparação com outras partes dos códigos. E com isso, aumentar a percepção das suas formulações e respostas na prática quando da elaboração dos códigos, ou mesmo dos conceitos históricos comparados.

⁷⁵ A Comissão, em matéria de culpa, optou por não recorrer ao sistema de mencionar especificamente suas diversas formas de aparição: imprudência, negligência, imperícia e inobservância dos regulamentos ou normas, pois isto equivale no fundo a fazer retroceder o problema sem resolvê-lo. Com efeito, assim se remete ao intérprete a outro conceito, que permanece sem definição legislativa (tradução nossa).

5 CONCLUSÃO

No discurso da segunda reunião para a elaboração do Código Penal Tipo para a América Latina ocorrida no México em 1967, o Secretário Executivo da comissão, professor Eduardo Nóvoa Monreal afirmou que o propósito para a produção de um código penal era que pudesse servir de arquétipo fundamental e ainda servisse como orientador, ou mesmo como um molde para as legislações penais dos países latino-americanos. Disse o professor que esse projeto não era uma utopia. Para além disso, afirmou que o desejo em continuar a empreitada sem deixar esquecer da soberania dos países latino-americanos e da individualidade de cada país e particularidades do seu povo.

Se por um lado, pode-se explicar essa afirmação com base em uma forma de união da América Latina em torno de um ideal de pertencimento, por outro lado a ideia de elaborar um código modelo mesmo que com algumas similitudes até mesmo do campo jurídico, parece um pouco mais distante. Primeiro, a forma como se iniciou a ideia de reunir juristas em torno de estudos para elaboração do código não é nova. Por exemplo, esse ideal de orientar uma legislação criminal de acordo com um pensamento unificador já ocorreu em Bruxelas em 1926, com conferências posteriores em Varsóvia, Roma, dentre outras. Em 1941, no Chile ocorreu o II Congresso de Criminologia, quando se pensava em uniformizar algumas da legislação penal, como a defesa contra a habitualidade dos criminosos habituais, profissionais e reincidentes perigosos; extradição, simplificando procedimentos de sua tramitação, dentre outras partes da legislação (GARRIDO, 1967, p. 27)

Segundo, o próprio momento histórico da elaboração do Código Penal Tipo, assim como do Código Penal de 1969. Em grande medida as instabilidades políticas ocorridas nos países da América Latina como um todo. Os diferentes momentos políticos: alguns países já vivenciando ditaduras militares, outros não. Diferentes conjunturas na região que se não se reflete necessariamente nos textos do código, mas que de alguma forma prejudica o debate. A elaboração desses códigos começam, no Brasil e Chile, por exemplo, sob o regime democrático. Eduardo Novoa Monreal, que entre os anos de 1963-1971 foi Secretário Executivo da comissão para a elaboração do Código Penal Tipo, estava em Paris designado pelo embaixador do Chile, quando ocorreu o golpe em 1973, iniciando seu exílio. Novoa Monreal era assessor de Salvador Allende e o jurista por trás do projeto chileno de

nacionalização do cobre. Foi exonerado do cargo de professor da Universidade do Chile, retornando ao país em 1987. Conforme explicou Fragoso, na reunião do Chile em 1974 para debates do Código Penal Tipo, alguns professores estavam exiliados, o que dificultou os trabalhos da comissão.

O contexto brasileiro também não é muito diferente. O Código Penal de 1969 teve o início de sua elaboração nos primeiros anos de 1960, e após o golpe civil-militar a situação política muda de realidade. O projeto sofreu alterações, o que não agradou a primeira comissão designada para a elaboração do código. Conforme a exposição de motivos foi ajustada a legislação ao Direito Penal da Culpa, de modo a proporcionar eficientes soluções para o enfrentamento ou “a repressão da criminalidade grave”, critérios modernos para a aplicação da pena, “para a recuperação social do delinquente, sem prejuízo da eficiência na repressão” (GAMA E SILVA, 1969, p. 154). Se comparar com a exposição de motivos do Código Penal de 1940, é possível verificar uma diferença pelo menos na ordem do discurso. A exposição de motivos do Código de 1940 informa que “as medidas repressivas e propriamente penais se revelaram insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas formas habituais” (FRANCISCO CAMPOS, 1969, p. 121). E depois aponta penas alternativas a prisão. Apesar de ambos os códigos estarem em um contexto de “estado de exceção”, parece que mesmo enxuto, o discurso de combate à criminalidade é mais aparente no Código de 1969.

A historiografia jurídica e a teoria do direito são importantes para explicar acerca da codificação e a teoria do delito empregada nos códigos em análise. Primeiramente a História do Direito há algum tempo se preocupa com o fenômeno jurídico da codificação e consegue explicar o código, em primeiro lugar enquanto produção do mundo jurídico, dentro de uma ideia de “especificidade histórica das codificações modernas” (SONTAG, 2009, p. 146). Neste sentido, a História do Direito enxerga o código ou o seu conceito, mesmo que com características estruturais ou mesmo continuidades de certos conteúdos e institutos, a codificação como é posta é algo próprio da modernidade jurídica. Em segundo lugar, a multiplicidade de tipos de códigos dentro da experiência moderna.

Sobre a multiplicidade de códigos é importante destacar as duas experiências formuladas neste estudo. Se de um lado o Código Penal de 1969 orbitava a noção de um direito “legislado”, ou pelo menos a partir do Estado, o Código Penal Tipo para a América Latina tinha caráter não oficial e era apresentado

como uma proposta ligada ao meio acadêmico. Como se discutiu ao longo do trabalho, o Código de 1969 inicia seus trabalhos a partir de 1961, apresentado o anteprojeto Nelson Hungria em 1963, e por conta de uma ruptura política-estrutural ganha nova forma posteriormente. Já o Código Penal Tipo iniciou sua trajetória na Faculdade de Direito da Faculdade de Chile, e seus debates ocorreram ao longo de duas décadas. A elaboração se deu mediante as discussões e produção de textos nas comissões de trabalhos, o que por um lado deixa fragmentado a sua construção. Após a remessa das propostas para o Chile, os textos eram distribuídos para as delegações e os pontos de contato se davam a partir dos debates em reuniões plenárias.

O Novo Código Penal, ou Código Penal de 1969 foi criticado em virtude da divulgação prévia, e o acolhimento de eventuais estudos. Apenas se publicizou na exposição de motivos que se debateu largamente o projeto de Nelson Hungria, tendo numerosas contribuições dadas por estudos das faculdades de Direito, e pelos Conselhos da Ordem dos Advogados do Brasil e outras instituições. O Código Penal de 1969 pareceu não ter apresentado soluções sofisticadas, como proferida pela exposição de motivos. Diante da timidez das propostas apresentadas e dos seus sucessivos adiamentos de coloca-lo em vigência, o Código acabou sendo findado de vez sem ter entrado em vigor.

Por fim, buscou-se verificar como a história do direito comparada, nesse caminho de construção, serve para fazer as pontes entre os dois códigos estudados. Importa analisar para além da época de elaboração do Código Penal de 1969 e Código Penal Tipo, é como o debate da construção dos textos se deu, e as observações que a doutrina penal brasileira realizou, de modo a verificar neste estudo essas interligações. Os diferentes contextos institucionais nos países, determinada região geográfica ou sociedades comparadas desempenham um papel importante na explicação de diferenças aparentes na lei e na prática jurídica. Mas a questão é perquirir o caminho da teoria do delito presente nos códigos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marcelo Mayora. **Os penalistas na ditadura civil-militar: as ciências criminais e as justificativas da ordem**. 2016. 413 fls. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

BACIGALUPO, Enrique. Princípios de política criminal das recentes reformas e projetos de reforma na América Latina. *In: Revista de Direito Penal*, vol. 4, n. 15, 1974.

BARROS, José D'Assunção. Histórias cruzadas: considerações sobre uma nova modalidade baseada nos procedimentos relacionais. *In: Anos 90*, Porto Alegre, vol. 21, n. 40, p. 277-310, dez. 2014.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira, 1. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. Congresso Nacional. Exposição de motivos GM/332-B, de 21 de agosto de 1973a, do Ministro da Justiça. *In: Diário do Congresso Nacional*, seção 1, Ano XXVIII, n. 90, 24 de agosto de 1973. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24AGO1973.pdf#page=3>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto n. 1.150-A, de 1968. *In: Diário do Congresso Nacional*, seção 1, Ano XXVIII, n. 93, 29 de agosto de 1973. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29AGO1973.pdf#page=51>. Acesso em 20 dez. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Diário do Congresso Nacional**, seção 1, Ano XXVIII, n. 98, 05 de setembro de 1973. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05SET1973.pdf#page=3>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Diário do Congresso Nacional**, seção 1, Ano XXVIII, n. 101, 11 de setembro de 1973. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD11SET1973.pdf#page=28>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Diário do Congresso Nacional**, seção 1, Ano XXVIII, n. 105, 18 de setembro de 1973. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD18SET1973.pdf#page=52>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Diário do Congresso Nacional**, seção 1, Ano XXVIII, n. 109, 22 de setembro de 1973. Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22SET1973.pdf#page=37>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Diário do Congresso Nacional**, seção 1, Ano XXVIII, n. 128, 24 de outubro de 1973. Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24OUT1973.pdf#page=62>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal.

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6016-31-dezembro-1973-357598-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRUNO, Aníbal. Teoria da lei penal. *In*: FRAGOSO, Heleno C. (Dir.) **Revista de Direito Penal**, n. 05, p. 99-115, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, jan./mar. 1972.

CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos ao Código Penal de 1940. *In*: **Revista de Informação Legislativa**, 1969. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CARVALHO, Hilário Veiga de. **O novo código penal**. s.d., 156 pp.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. O Direito Penal na Constituição de 1967. *In*: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, vol. 6, n. 21, p. 21-46, jan./mar. 1969.

CHILE. Anais da faculdade de Direito. *Quarta Época*, v.VII, ano 1967, nº.7.

Disponível em:

http://analesderecho.uchile.cl/CDA/an_der_articuloQ0,1261,SCID%253D11257%2526ISID%253D78,00.html.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na Primeira República: O Brasil em defesa da sociedade**. 2015. 441 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

DINIZ, Eli. Engenharia institucional e políticas públicas: dos conselhos técnicos às câmaras setoriais. *In*: PANDOLFE, Dulce (org). **Repensando o Estado Novo**, p. 21-38, Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Heleno Fragoso e a reforma penal**. [199-]. Disponível em:

http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002233854-heleno_fragoso_reforma_penal.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

DUTRA, Mario Hoepfner. Alguns aspectos do novo código penal. *In*: **Revista dos Tribunais**, ano 62, vol. 453, p. 299-310, 1973.

DUVE, Thomas. **História do direito europeu**: perspectivas globais. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v.60, n.03, set./dez. 2015, p.383-412. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43981/26956>>. Acesso em: 12 set. 2020.

FIGUEIREDO, Ana Cristina Camargo Moraes. **A liberdade é uma calça velha, azul e desbotada**: Publicidade, cultura de consumo e comportamento político no Brasil. São Paulo: Hucitec, 1998.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trota, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A terceira reunião da comissão redatora do Código Penal Tipo para a América Latina. *In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, p. 55-73, Rio de Janeiro, 1967. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002201031-terceira_reuniao_comissao_cod_penal_am_latina.pdf. Acesso em: 10 mai. 2022.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. O direito penal comparado na América Latina. *In: Revista de Direito Penal*, n. 24, p. 17-25, Rio de Janeiro: Editora Florence, jan.dez.1977/1979. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11338-11338-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Observações sobre o princípio da reserva legal. *In: Revista de Direito Penal*, n. 01, p. 78-88, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, jan./mar. 1971a.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Revista de Direito Penal*, n. 02, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, abr./jun. 1971b.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Subsídios para a história do novo código penal. *In: Revista de Direito Penal*, n. 03, p. 07-12, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, jul./set. 1971c.

GARCIA, Daniel; NUNES, Diego. É antes um delito político do que natural ou individual: A condição jurídica dos delitos de abuso de liberdade de imprensa no Direito Penal do Brasil Império. *In: Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, vol. 13, n. 01, p. 28-44, jan./abr. 2021.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. A Parte Especial do Direito Penal entre Codificação e Descodificação: sugestões para um início de abordagem. *In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 49, p. 157-174, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17038>. Acesso em: 23 jun. 2021.

GOMES, Ângela de Castro; FERREIRA, Jorge. Brasil, 1945-1964: uma democracia representativa em consolidação. *In: Locus: Revista de História*. Juiz de Fora, vol. 24, n. 02, p. 251-275, 2018.

GOMES, Mauricio Pereira; WOLFF, Cristina Scheibe. Para além da comparação. *In: Revista esboços*. Florianópolis, vol. 21, n. 31, p. 279-296, ago. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/esbocos/article/view/2175-7976.2014v21n31p279>. Acesso em: 20 jun. 2022.

GRISOLIA, Francisco. **El Código penal tipo para Hispanoamérica**: proceso formativo y estudio crítico. 2067. 187 fls. Tesis (Doctoral en Derecho) - Universidad de Madrid, Madrid, 2067. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54350/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HOECKE, Mark Van. **Methodology of Comparative Legal Research**. 2015. Disponível em: <https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/RENM-D-14-00001>. Acesso em: 18 jun. 2022.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume 1. Tomo 2. Forense: Rio de Janeiro, 1977.

IBBETSON, David. The challenges of comparative legal history. *In: Comparative Legal History*, vol. 1, University of Cambridge, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5235/2049677X.1.1.1>. Acesso em: 12 mar. 2021.

KOCKA, Jürgen. Para além da comparação. *In: Revista Esboços*, Florianópolis, vol. 21, n. 31, p. 279-286, ago. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/esbocos/article/download/2175-7976.2014v21n31p279/28471/121845>. Acesso em: 12 mar. 2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. 3. ed., São Paulo: Método, 2013.

LOUREIRO, Felipe Pereira. Varrendo a democracia: considerações sobre as relações políticas entre Jânio Quadros e o Congresso Nacional. *In: Revista Brasileira de História*, São Paulo, vol. 29, n. 57, p. 187-208, 2009.

LYRA, Roberto. **Novo Direito Penal**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. A defesa da codificação do direito penal e a crítica ao big bang legislativo. *In: Copendi Law Review*. vol. 2, n. 1, p. 38-52, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3594>. Acesso em: 06 jun. 2021.

MORAES, Benjamin. Visão panorâmica do novo Código Penal. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 7, n. 27, p. 19-26, jul./set. 1970.

NUNES, Diego. Processo legislativo para além do parlamento em Estados

autoritários: uma análise comparada entre os códigos penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. **In: Revista Sequência**, Florianópolis, vol. 37, n. 74, p. 153-180., dez. 2016. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p153/33125>. Acesso em: 20 jul. 2022.

NUNES, Diego. Codificação, recodificação e descodificação? Uma história das dimensões jurídicas da justiça no Brasil Imperial a partir do Código de Processo Penal de 1832. **In: Revista da Faculdade de Direito**, UFMG, Belo Horizonte, n. 74, p. 135-166, jan./jun. 2019.

PEREZ, Isidro de Miguel. **Código Penal Tipo para América Latina**. 1983.

Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46244.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2021.

PIMENTEL, Pedro Manoel. A reforma penal. **In: Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 423, ano 60, p. 367-388, jan. 1971.

PIHLAJAMÄKI, Heikki. Contextos comparativos em História do Direito: Somos todos comparatistas agora? **In: Revista Sequência**, Florianópolis, vol. 36, n. 70, p. 57-75, jun. 2015. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p57>. Acesso em: 15 jul. 2021.

PRADO, Maria Lígia Coelho. **Repensando a história comparada da América Latina**. *Revista de História*, n.153, 2.semestre de 2005, p.11-33.

RAMÍREZ, Juan Bustos. Principios fundamentales de un derecho penal democratico. **In: Revista de Ciencias Penales**, Universidad de Chile, 2007.

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R01613-2.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.

REYES, Alfonso. Rumo a unificação da legislação penal latino-americana. **In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, n. 15, vol. 4, p. 69-86, 1966.

RIVACOBÁ, Manuel de Rivacoba y. El Derecho Penal en América Latina a finales del siglo XX. **In: Revista Direito e cidadania**, Cabo Verde, ano IV, nº 10-11, 2000-2001. Disponível em: <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/2.1.12el-derecho-penal-en-america-latina-a-finales-del-siglo-xx-rivacoba.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.

SBRICCOLI, Mario. Justiça criminal. **In: Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 17/18, p. 459-486, 2011.

SEELANDER, Airton Cerqueira Leite. Juristas e ditadura: Uma leitura brasileira. In: **História do Direito Penal em perspectiva: Do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Luis Antônio da Gama e. Exposição de motivos do Código Penal de 1969. **In: Revista de Informação Legislativa**. Brasília, vol. 6, n. 24, p. 153-170, out./dez.

1969. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224150>. Acesso em: 08 out. 2020.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. **Revistas em tempos de reformas: Pensamento jurídico, legislação e política nas páginas dos periódicos de direito (1936-1943)**. 2013. 391 fls. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

SONTAG, Ricardo. **Código e Técnica: a reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria**. 2009. 163 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

SOLEMANO, Stefano. Aspectos da história da codificação moderna: conexões entre a dimensão ideológica e os regimes de legalidade. **In: Encontros de história do direito da Universidade Federal de Santa Catarina: História do direito penal na modernidade**. 2009. Disponível em: <https://iuscommune.paginas.ufsc.br/anais-de-evento/>. Acesso em 20 jun. 2022.

SOMMA, Alessandro. **Introducción crítica al derecho comparado**. Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2016.

SOMMA, Alessandro. **Introducción al derecho comparado**. Madri: Carlos III University of Madrid, 2015. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20259>. Acesso em: 20 mai. 2022.

SOUZA, Alberto Rodrigues de. A militância filosófica e jurídica de Sebastian Soler. **In: Revista de Direito Penal**, n. 04, p. 76-83, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, out./dez. 1971.

TARELLO, Giovanni. Ideologias setecentistas da codificação e estrutura dos códigos. **In: Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 03, n. 02, p. 05-31, jul./dez 2008.

TOLEDO, Caio Navarro (org). **1964: visões críticas do golpe - Democracia e reformas no populismo**. Campinas: Editora da UNICAMP, 1997.

TOLEDO, Caio Navarro de. 1964: o golpe contra as reformas e a democracia. **In: Revista Brasileira de História**. São Paulo, vol. 24, n. 47, p. 13-28, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Cultura Jurídica Moderna, Humanismo Renascentista e Reforma Protestante**. Florianópolis: *Revista Sequência*, nº 50, p. 9-27, jul. 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Para una historia del derecho: Desde la perspectiva descolonial**. Madrid: Marcial Pons, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro**, segundo volume: Teoria do delito: Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro**. Segundo volume: Teoria do delito: antijuridicidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes. Tomo II, Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ANEXOS

Código Penal Tipo para a América Latina. Versão final aprovada na reunião plenária em São Paulo. Tradução do Prof. João Bernardino Gonzaga.

Obs: Parte referente apenas ao Título II.

TÍTULO II

O crime

Seção A

CAPÍTULO I

Forma, tempo e lugar do fato punível

Art. 12. O fato punível pode ser realizado por ação ou por omissão.

Quando a lei reprime o fato atendendo ao resultado produzido, responderá também quem não o impediu, se pôde fazê-lo de acordo com as circunstâncias e se tinha o dever jurídico de evitá-lo.

Art. 13. Considera-se realizado o fato no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o tempo do resultado.

A omissão se considera realizada no momento em que devia ocorrer a ação omitida.

Art. 14. Considera-se realizado o fato:

1.º. No lugar em que se exerceu, total ou parcialmente, a atividade delituosa de autores e partícipes.

2.º. No lugar em que se produziu ou devia produzir-se o resultado.

Nos crimes omissivos o fato se considera realizado onde devia ocorrer a ação omitida.

CAPÍTULO II

Causas de justificação

Art. 15. Não comete crime quem age no cumprimento de um dever legal ou no legítimo exercício de um direito.

Art. 16. Não comete crime quem age em defesa da pessoa ou direitos, próprios ou alheios, desde que concorram os seguintes requisitos:

1.º. agressão ilegítima;

2.º. necessidade razoável da defesa empregada para a impedir ou repelir.

Art. 17. Não comete crime quem, em situação de perigo para um bem jurídico próprio ou alheio, lesa outro bem para evitar um mal maior, desde que concorram conjuntamente os seguintes requisitos:

1º. que o perigo seja atual ou iminente;

2º que não o haja provocado intencionalmente;

3.º que não seja evitável de outra maneira.

Se o titular do bem que se procura salvar tem o dever jurídico de enfrentar o risco, não se aplicará o disposto neste artigo.

Art. 18. Nos casos dos artigos anteriores, se o agente incorre em excesso, o fato não se torna justificado, mas o juiz poderá atenuar a pena, que não será menor de um terço do mínimo nem maior de um terço do máximo da estabelecida pela lei para o correspondente crime.

Não é punível o excesso proveniente de uma excitação ou perturbação que as circunstâncias tornarem escusável.

CAPÍTULO III

Imputabilidade

Art. 19. Não é imputável quem, no momento da ação ou omissão, devido a enfermidade mental, desenvolvimento psíquico incompleto ou retardado, ou grave perturbação da consciência, não tiver a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão.

O Tribunal ordenará seja o agente submetido a uma medida de segurança curativa, salvo no caso de grave perturbação da consciência sem base patológica, em que não se aplicará nenhuma medida.

Art. 20. Ao agente que, por efeito das causas a que se refere o art. 19, não possuía plenamente no momento da ação ou omissão a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão, se aplicará uma pena não menor de um terço do mínimo nem maior de um terço do máximo da estabelecida pela lei para o crime correspondente.

Se a imposição de pena for considerada prejudicial para o devido tratamento do agente por motivo de causas patológicas, se aplicará somente uma medida de segurança curativa. Nos demais casos poderá aplicar-se pena diminuída, medida curativa ou ambas, na ordem determinada pelo juiz.

Art. 21. Quando o agente tiver provocado a grave perturbação de consciência a que se refere o art. 19, responderá pelo fato realizado, conforme o dolo ou culpa com que atuar relativamente a esse fato, no momento de colocar-se em tal estado.

A pena poderá ser agravada até um terço da escala penal respectiva, se a perturbação da consciência tiver sido provocada pelo agente para facilitar a realização de fato ou para procurar uma escusa.

Art. 22. A grave perturbação da consciência causada pela ingestão de bebidas alcoólicas se rege pelo disposto nos arts. 19 e 20, Se essa ingestão for acidental ou fortuita, e pelo art. 21 se for intencional ou imprudente ou destinada a facilitar a realização do fato ou a procurar uma escusa.

Não será atenuada a pena em razão do agente só possuir parcialmente, no momento da ação ou omissão, a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão, se a perturbação de consciência tiver sido causada pela ingestão de bebidas alcoólicas de modo intencional ou imprudente. ou visando a realização do "fato ou a procura de uma escusa.

O disposto neste artigo e nos três precedentes se aplicará quando a grave perturbação da consciência resultar do uso de substâncias entorpecentes, alucinógenas ou outras semelhantes.

Art. 23. Não é punível quem não tiver no momento do fato a idade indicada na lei respectiva.

CAPÍTULO IV

Culpabilidade

Art. 24. Ninguém pode ser punido por um fato legalmente descrito se não tiver realizado com dolo, salvo nos casos de culpa expressamente previstos pela lei.

A lei que cominar pena mais grave por uma consequência especial do fato somente se aplicará ao autor ou partícipe que tiver atuado pelo menos culposamente com respeito a essa consequência.

Art. 25. Age com dolo quem quer a realização do fato legalmente descrito, assim como quem a aceita, prevendo pelo menos como possível.

Art. 26. Age com culpa quem realiza o fato legalmente descrito por inobservância do dever de cuidado que lhe incumbe de acordo com as circunstâncias e suas condições pessoais; e, no caso de representá-lo como possível, se conduz na confiança de poder evitá-lo.

Art. 27. Não é punível quem age na convicção de não se apresentar no fato alguma das exigências necessárias para que o crime exista segundo sua descrição legal.

Se, todavia, o erro provier de culpa, o fato será punido unicamente quando a lei tiver previsto sua realização culposa.

As mesmas regras serão aplicadas a quem suponha erroneamente a concorrência de circunstâncias que justificariam o fato realizado.

Art. 28. Não é culpável quem, por erro invencível, age na convicção de que o fato que realiza não está sujeito a pena.

Se o erro não foi invencível, o fato será reprimido com uma pena não inferior à metade do mínimo, nem superior à metade do máximo da estabelecida para o crime correspondente.

Art. 29. Se, por erro do agente, o fato realizado for diferente daquele que visou, lhe será imposta a pena correspondente ao fato menos grave.

Art. 30. Não é culpável quem realiza um fato não justificado, para impedir um mal atual ou iminente e não evitável de outro modo, salvo se tal fato for razoavelmente excessivo em relação ao mal que se pretenda evitar.

Art. 31. Não é culpável quem age sob coação ou perigo de um mal atual grave, provocado ou não pela ação de terceiro, quando não se lhe possa razoavelmente exigir conduta diversa.

Art. 32. Não é culpável quem atua em virtude de obediência hierárquica, desde que concorram os seguintes requisitos:

1º que a ordem tenha emanado de autoridade competente para expedí-la e se revista das formalidades legais;

2º que o agente esteja hierarquicamente subordinado a quem expediu a ordem;

3º que a ordem não tenha manifestamente o caráter de fato punível.

SEÇÃO B

CAPÍTULO ÚNICO

Autores e partícipes

Art. 33. Aquele que realizar, por si próprio ou servindo-se de outrem, o fato legalmente descrito, e os que o realizarem conjuntamente serão reprimidos com a pena cominada ao crime.

Art. 34. Quem tiver determinado -outrem a realizar o fato será reprimido com a pena prevista para o autor.

Art. 35. Quem prestar ao autor ou autores um auxílio de tal modo necessário que sem ele não se teria podido' realizar o fato será também reprimido com a pena cominada ao crime.

Art. 36. Quem de qualquer outro modo prestar auxílio para a realização do fato, ainda que mediante promessa de ajuda posterior à sua consumação, será reprimido com uma pena não inferior à metade do mínimo, nem superior à metade do máximo da estabelecida para o crime correspondente.

Art. 37. .os partícipes serão puníveis desde o momento em que se tiver iniciado a execução do fato, conforme o' estabelecido no art. 39, e cada um responderá na medida da sua própria culpabilidade.

Se O' fato tornar-se mais grave do que o que quiseram realizar, pelo mesmo só responderão aqueles que o tiverem aceitado como uma consequência possível da ação empreendida.

Art. 38. As qualidades ou relações pessoais e demais elementos de caráter subjetivo integrantes da descrição legal do fato, que se apresentarem em algum dos que o realizaram, se comunicarão aos demais autores e partícipes que deles tenham tido conhecimento.

Se não os tiverem conhecido, sofrerão a pena do crime previsto sem tais requisitos.

As qualidades ou relações pessoais e demais elementos de caráter subjetivo não integrantes da descrição legal Somente influirão na responsabilidade daqueles que os apresentem.

SEÇÃO C
CAPÍTULO ÚNICO
Tentativa

Art. 39. Quem iniciar a execução de um crime por atos diretamente encaminhados à sua consumação, se esta não chegar a produzir-se por causas alheias a 'ele, será reprimido com uma pena não menor de dois terços do mínimo, nem maior de dois terços do máximo da estabelecida para o crime correspondente.

Art. 40. Quem desistir voluntariamente da execução do crime ou impedir que o resultado se produza só responderá pelos fatos puníveis que já tiver realizado.

Art. 41. Não se aplicará a pena correspondente à tentativa quando for absolutamente impossível à consumação do crime.