REVISTA DE DIREITO PENAL

Diretor: Prof. **Heleno C. Fragoso**

Redação: Trav. Paço, 23 — grupos 701/2, Rio de Janeiro, GB.

Assinaturas:

Na Guanabara: Livraria Cultural da Guanabara Ltda., Rua da Assembléia, 38

Demais Estados:

Editor Borsoi, Rua Francisco Manuel, 51/55, Benfica, ZC-15 — Rio de Janeiro, GB.

Preço dêste volume: Cr$ 20,00
Assinatura anual (4 números) Cr$ 72,00

REVISTA DE DIREITO PENAL

ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS DA FACULDADE DE DIREITO CÂNDIDO MENDES

Diretor: Prof. HELENO C. FRAGOSO

N.º 1

JAN. - MAR. 1971

EDITOR BORSOI

COLABORAM NESTE NÚMERO:

ALEXANDRE GABRIEL GEDEY — Prof. da Fac. Dir. Cândido Mendes.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS — Prof. assistente da Fac. Dir. da Universidade de Coimbra.

HELENO CLAUDIO FRAGOSO — Prof. titular da Fac. Dir. Cândido Mendes.

MARIO PISANI — Prof. da Fac. Dir. da Universidade de Trieste.

ROBERTO LYRA — Decano da Fac. Direito da UEG. Diretor do Instituto de Criminologia.

ROBERTO LYRA FILHO — Prof. da Universidade de Brasília.

W. H. NAGEL — Prof. da Universidade de Leyden.

SUMÁRIO

DOUTRINA

Roberto Lyra Filho, *Criminologia e Dialética* 7
Roberto Lyra, *Literatura Social e Criminalidade* 32
Boaventura de Souza Santos, *Os crimes políticos e a pena de morte* 45
Mario Pisani, *Notas para a história da motivação no processo penal* .. 67
W.H. Nagel, *Criminologia Crítica* 72
Heleno Claudio Fragoso, *Notas sôbre o princípio da reserva legal* .. 78

NOTICIÁRIO 89

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

La Société face au crime — R.L.F. 98
Caetano Zamitti Mammana, *O abôrto ante o Direito e a Medicina*, Alexandre Gabriel Gedey 99
Problematica de la investigación criminal en Colombia — H.C.F. 102

JURISPRUDÊNCIA

Menoridade do réu. Deve ser afirmada em caso de dúvida 104
Homicídio. Não podem co-existir a atenuante do art. 121 § 1.º com as agravantes do art. 44, letras "d" e "e" Cod. Penal 104
Crime continuado. Unidade de processo 106
Reincidência específica. Inexiste entre crime doloso e crime culposo 110
Pena. Não se computa num processo a que foi cumprida em outro, quando inexiste conexão 110
Co-autoria por omissão. Não basta, para configurá-la, a possibilidade de evitar o crime 111
Êrro de fato. Crime culposo 111
Crime culposo. Co-autoria 112
Via preferencial. Direitos e limites 113
Motoneta. Considera-se habilitado a dirigi-la o motorista profissional 116
Crime de automóvel. Sinalização 118
Derrapagem não exclui a culpa 118
Extradição. Caso Stangl 121

Inquérito policial não constitui constrangimento ilegal. Identificação dactiloscópica 127
Gravação magnética. Interrogatório. Prova 128
Sentença. Motivação inexistente. Falta de fundamentação quanto à pena aplicada 130
Inépcia da denúncia. Falta de descrição do fato delituoso. Co-autoria 136
Inquirição de testemunhas. Nulidade se o juiz se limita a perguntar se confirmam depoimento prestado no inquérito 137
Prazo de diligências. Intimação das partes 138
Casamento da ofendida com terceiro. Representação 138
Júri. Nulidade do julgamento. Deficiência dos quesitos relativos à legítima defesa. Excesso culposo 138
Sentença criminal. Nulidade por falta de nexo 141
Sentença. Contradição entre a fundamentação e o dispositivo. Nulidade 141
Não têm direito à fiança os reincidentes específicos, ainda que se trate de crime culposo e haja suspensão condicional da pena 142
Prisão preventiva. Fundamentação da necessidade 143
Prisão preventiva. Prova deficiente para fundamentá-la 147
Prisão em flagrante no interior de prédio independe de mandado 147
Sigilo profissional. Advogado não pode ser constrangido a depor. 147
Corpo de delito indireto. Prova testemunhal precisa. 148
Prova ilegal é inadmissível para a condenação 148
Coisa julgada exclui conflito de jurisdição e impede indagação sôbre a competência do juízo 149
Ministério Público. Poder para requisitar elementos de prova .. 150
Ação privada. Instrumento de mandato 150
Injúria. Queixa que não menciona as expressões ofensivas. Validade. 151
Inépcia da denúncia. Desconformidade entre a denúncia e os fatos apurados no inquérito 151
Representação pela mãe da vítima. Validade 152
Decadência. Como se conta o prazo, havendo inquérito policial .. 152
Ação privada. Iniciativa da parte 152
Concurso de ação pública e ação privada 153
Ação penal após arquivamento. Inadmissível sem novas provas .. 153
Curador ao réu menor. No processo penal suas funções são cumpridas pelo defensor nomeado 154
Apelação criminal sem recolhimento do réu. Pena de reclusão .. 155
Corrupção ativa em relação a funcionário do Banco do Brasil .. 158
Prisão preventiva não pode ser imposta sem prova suficiente .. 158
Declaração isolada de co-réu na fase policial é prova insuficiente para condenar 159
Antecedentes criminais. Não bastam para condenar 159
Júri. Redução facultativa da pena compete ao juiz 160

Com o lançamento desta Revista *procuramos dar expressão e permanência ao trabalho notável que realizam hoje em nosso país os que se dedicam ao estudo do Direito Penal e das ciências que com êle se relacionam. Desnecessário é acentuar o que significa uma publicação desta natureza, em têrmos de esfôrço e dedicação dos que preparam a sua parte editorial, e de arrojo, empenho em servir à cultura brasileira, e confiança nela, por parte dos que resolveram assumir a responsabilidade de editá-la. São bem conhecidas as vississitudes a que estão sujeitas as publicações científicas, freqüentemente de vida efêmera.*

Nossa larga e vitoriosa experiência de vários anos com a Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, *cujo desaparecimento deixou um claro* vazio, *contra o qual reclamaram insistentemente os estudiosos de nossa matéria, inclusive em congressos nacionais, convenceram-nos não só da necessidade imperiosa de uma publicação desta natureza, como também de seu sucesso indiscutível, desde que atenda aos padrões de seriedade científica que a justificam. Apresentamo-nos, por outro lado, com a garantia que desde logo proporciona uma editora com o prestígio e a tradição magnífica que oferece a casa BORSOI, parecendo-nos assim assegurado o êxito da publicação. Ela pretende preencher a lacuna existente, estando aberta a todos os especialistas. Será órgão oficial do* Instituto de Ciências Penais, *da Faculdade de Direito Cândido Mendes, fundado por nossa iniciativa, com a preciosa e entusiástica participação de valorosos companheiros, atualmente com intenso programa de atividades culturais a que esta Revista dará divulgação e permanência.*

Esforçando-se por manter sempre em alto nível o estudo de importantes temas de nossa especialidade, publicando sempre contribuições doutrinárias de grande merecimento, esta Revista pretende trazer a contribuição universitária ao exame e solução dos problemas jurídicos que surgem com a aplicação do Direito Penal. Daremos grande destaque à análise crítica da jurisprudência em matéria penal, notadamente do STF, seja através de comentários assinados, seja através de resenha de responsabilidade da direção. Procuraremos assim, servir ao aprimoramento de nossas instituições e ao aperfeiçoamento da administração da Justiça, sem prejuízo dos compromissos permanentes no plano científico e cultural, inserindo-se aqui os que se relacionam com o ensino de nossa disciplina.

Seremos sempre fiéis às tradições liberais de nosso direito punitivo, contribuindo para que sua elaboração científica, sua interpretação e sua aplicação se façam em consonância com os valores fundamentais de respeito à dignidade da pessoa humana e os princípios básicos de uma legalidade democrática.

Confiamos em que os novos valores que a cada passo vão surgindo no desenvolvimento notável da cultura jurídica brasileira e os mestres consagrados a quem tanto devemos, nos ajudarão a levar a cabo a árdua tarefa. A continuidade de uma publicação como esta, pelos altos custos que envolve, só será possível se contarmos com o apoio de professôres e estudantes; magistrados, membros do Ministério Público e advogados, de quem esperamos a recompensa representada pelo reconhecimento do trabalho realizado.

Neste número o leitor encontrará, na parte de doutrina, trabalhos do mais alto nível. O excelente ROBERTO LYRA FILHO, *sem qualquer dúvida o mais notável professor universitário de sua geração, escreve, em homenagem ao bi-centenário de* HEGEL, *sôbre* Criminologia e Dialética. *Mestre* ROBERTO LYRA *examina* literatura social e criminalidade, *abandonando a perspectiva da literatura universal, de que muitos já trataram* (ALIMENA, FERRI, QUINTANO RIPOLLÉS, *etc.*), *para focalizar os autores brasileiros.* BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *professor assistente da Universidade de Coimbra, que há pouco visitou nosso país e que bem representa, juntamente com outros valorosos colegas, a nova geração de penalistas portuguêses, é autor de estudo da maior categoria sôbre* Os crimes políticos e a pena de morte, *apresentado ao colóquio realizado em 1967, para celebrar o centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Nesse estudo são analisados importantes aspectos dos crimes políticos.*

Do Professor MARIO PISANI *publicamos* Notas para a história da motivação no processo penal, *valioso trabalho, especialmente pelo que representa em têrmos de pesquisa em relação ao importante tema, em primorosa tradução da professôra* ARMIDA BERGAMINI MIOTTO.

Encontrará também o leitor neste número, a corajosa comunicação feita pelo eminente professor NAGEL, *sôbre* Criminologia Crítica, *ao 6.º Congresso Internacional de Criminologia, que vem de se realizar em Madri.*

Essa parte se enderra com um trabalho de nossa autoria sôbre o princípio da reserva legal, no qual examinamos a sua significação e alcance, numa perspectiva moderna.

Outras seções dêste número cuidam de pareceres, noticiário, resenha bibliográfica e jurisprudência, esta última amplamente desenvolvida.

Em nosso próximo número iniciaremos uma série de publicações sôbre o nôvo Código Penal Brasileiro.

Heleno Cláudio Fragoso

CRIMINOLOGIA E DIALÉTICA

(Estudo comemorativo do bicentenário de Hegel: 1770-1970)

ROBERTO LYRA FILHO

1.ª PARTE

A orientação atual, no sentido duma teoria criminológica integrada e ecumênica (1), parece refletir tendências, já presentes no primeiro impulso da Criminologia, e que, agora, depois de longo banimento, voltariam a gozar de seus direitos de cidadania. Entretanto, examinadas mais de perto, as novas diretrizes não permitem que se fale num retôrno ao espírito das construções iniciais. Estas, embora constituindo

(1) ROBERTO LYRA FILHO, *En torno a la Criminologia*, separata da *Revista de Ciencias Penales*, Santiago (Chile), Tomo XVIII, n.º 1, págs. 3-45 (1969); ROBERTO LYRA, *Criminologia*, Rio, Forense, 1964, *passim;* PIERRE BOUZART & JEAN PINATEL, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, Paris, Dalloz, 1970, tomo III, págs. IX-X e *passim;* DENIS SZABO (org.), *Criminologie en Action*, 17.º Curso Internacional de Criminologia, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1968 (aí, sobretudo: JEAN PINATEL, págs. 135-169 e LLOYD OHLIN, págs. 418-428); DENIS SZABO, *Criminologie*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1967, págs. 17 e segs.; JEAN PINATEL, *Scientific Research as a Basis for Criminal Policy*, na *International Review of Criminal Policy*, New York (Nações Unidas), n.º 28, 1970, págs. 11-17; MARVIN E. WOLFGANG & FRANCO FERRACUTI, *The Subculture of Violence*, London, Tavistock Publications, 1967, *passim;* WOLF MIDDENDORF, *Die Kriminologische Prognose*, Neuwied, Luchterhand, 1967, pág. 103; WALTER C. RECKLESS, *The Crime Problem*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1967, págs. 2-3; S. C. VERSELE, *in Autour de L'oeuvre du Dr. E. de Greef*, Louvain, Nauwelaerts, 1956, v. I, pág. 208; G. TH. KEMPE, *in La Nouvelle École de Science Criminelle: L'École D'Utrecht*, Paris, Cujas, 1959, págs. 81 e segs.; MARC ANCEL, *La Défense Sociale Nouvelle*, Paris, Cujas, 1966, pág. 349; LÉON RADZINOWICZ, *Ou en est la Criminologie?* Paris, Cujas, 1965, pág. 155; G. STÉFANI, G. LEVASSEUR & JAMBU-MERLIN, *Criminologie et Science Pénitentiaire*, Paris, Dalloz, 1970, pág. 34; FRANCO FERRACUTI, *Tendencias y Necesidades de la Investigación Criminológica en América Latina*, Roma, Instituto de Investigación de Las Naciones Unidas Para la Defensa Social, 1969, págs. 10-11; HERMANN MANNHEIM, *Comparative Criminology*, London, Routledge & Kegan Paul, 1966, vol. I, pág. 21; H. P.

"um sistema coerente de pensamento criminológico" (2), surgiram, informadas e enformadas por um clima filosófico muito diverso. Refiro-me ao naturalismo que remonta às origens da burguesia ascendente (3) e a cujo arsenal ideológico pertence. Quando esta classe passou a ditar as regras do jôgo social, apareceram novos ensaios de sistematização filosófica, desencadeando, mais tarde, com a síntese de LUDWIG FEUERBACH, as famosas teses críticas de MARX (4). Nas inúmeras vertentes do positivismo, como as que vêm de COMTE ou SPENCER (5), o mesmo estilo de reflexão subdivide-se em tentativas de reduzir os fatos da vida humana, individual e social, a epifenômenos, derivados de "realidades básicas", somato-psíquicas ou sociológicas. Defronta-se o investigador, ali, com muitas apresentações dum só determinismo, em última análise mecanicista.

Assim é que, destorcendo o itinerário de tantos pioneiros, estava, sempre, a mesma pressão, direta ou indireta, ostensiva ou implícita, do naturalismo e do positivismo, com uma antropologia subjacente, de índole biologista, psicologista ou sociologista. Obliteravam-se matizes, interferências e associações de fatôres, sobretudo co-implicações dialéticas de acôrdo com a preocupação *causal*, mais ou menos rígida, porém inevitàvelmente polarizada em tôrno de *explicações*, afinal exclusivistas e unilaterais.

Os mesmos encaminhamentos podem ser observados, na teoria criminológica originária, desde LOMBROSO, para citar um marco expressivo do biologismo, ou DURKHEIM, para mencionar a oposição sociologista, não menos desvirtuadora. (6) Aquela atitude intelectual era

RICKMAN, *Understanding and the Human Studies*, London, Heinemann, 1967, pág. 136; JOHN BARRON MAYS, *Crime and the Social Structure*, London, Faber & Faber, 1963, *passim;* DENIS SZABO *in Acta Criminologica*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1968, n.º I, pág. 6; FRANK E. HARTUNG, *Crime, Law and Society*, Detroit, Wayne State University Press, 1965, pág. 217.

(2) H. MANNHEIM, ob. cit., vol. I, pág. 221.

(3) A propósito, JEAN PAUL SARTRE, *Questão de Método*, São Paulo, Difusora Européia do Livro, 1966, págs. 9-11.

(4) C. I. GOULIANE, *Le Marxisme Devant l'Homme: Essai d'Anthropologie Philosophique*, Paris, Payot, 1968, pág. 28 e *passim*.

(5) Naturalismo e positivismo coligam-se e mantêm relações íntimas. A propósito, MIGUEL BUENO, *Las Grandes Direcciones de la Filosofia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, pág. 36.

(6) O sociologismo, em si anti-dialético (ver HENRI LEFEBVRE, *Pour Connaître la Pensée de Marx*, Paris, Bordas, 1966, pág. 12; GOULIANE, ob. cit., pág. 17-22 e *passim*) cedia ao influxo naturalístico e à linha positivista de inflexibilidade causal, *tendendo*, portanto, a exprimir-se em têrmos mecanicistas. Ver LEON RADZINOWICZ, *Ideology and Crime*, London, Heinemann, 1966, *passim*, numa douta resenha, que, entretanto, se engana, ao considerar o marxismo uma filosofia "economicista" — pois esta versão, que já teve a sua voga, subsiste, apenas, em deformações, admitidas, para facilitar a polêmica. A propósito, GEORGES SAROTTE, *Le Matérialisme Historique dans l'Étude du Droit*, Paris, Les Editions du Pavillon, 1969, pág. 31; LUCIEN GOLDMANN, *Sciences Humaines et Philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1952, págs. 82 e segs.; ARMAND CUVILLIER, *Parti Pris*, Paris, Armand Colin, 1956, págs. 322 e segs.

tão difundida que não lhe escaparam, sequer, os que se atribuiam o rótulo socialista. É o caso típico de FERRI, preparando um *cocktail* de DARWIN, SPENCER e MARX, como se fossem complementares, e dali extraindo um progressismo idílico. (7) Também é a situação de BONGER, segundo o qual a criminalidade emerge, à maneira dum corolário do sistema capitalista — uma leitura do marxismo que, hoje, até o criminólogo soviético, SAKHAROV, considera "vaga e insatisfatória" (8), para não dizer, abertamente, simplista.

A analogia forçada com os esquemas de inteligibilidade peculiares às ciências naturais, sem esquecer a contaminação do modêlo físico (9), desencaminhou a Criminologia, no próprio berço e sob a influência dos mesmos condicionamentos que trabalharam as ciências humanas, em seu conjunto.

Hoje, o biologismo, em que pesem certos neo-lombrosianismos retardatários, como a diencefalose criminógena de BENIGNO DI TULLIO (10) ou a "explicação" com apêlo e disfunções endócrinas (11)

(7) RADZINOWICZ, *Ideology*, cit., pág. 55; DENIS SZABO, *Déviance et Criminalité*, Paris, Armand Colin, 1970, pág. 12.

(8) *Apud* ROBERTO LYRA, *O Presente e o Futuro do Direito Penal in Revista Brasileira de Criminologia e de Direito Penal*, Rio, n.º 15, outubro-dezembro 1966, pág. 9. Também ROBERTO LYRA, *O Nôvo Direito Penal*, Rio, Borsoi, 1971, vol. I, pág. 209. Há equívoco de RADZINOWICZ (*Ou en Est...*, cit., pág. 149), ao assinalar a presença duma "lógica" da filosofia marxista, quando é a sua dialética (ou lógica dialética, se quiserem) que garante aquela vitalidade assinalada insuspeitamente, por um adversário do porte de RAYMOND ARON (*D'une Sainte Famille à l'Autre*, Paris, Gallimard, 1969, págs. 284 e *passim*). Aliás, RADZINOWICZ (*Ou en Est...*, pág. cit.) registra "uma atitude mais objetiva" até na Criminologia Soviética. Evitando-se os "dogmatismos brutos" (LEFEBVRE, *Pour Connaître...* cit., pág. 10) é que se entende como é possível a coexistência de tantas linhas de desenvolvimento do marxismo, não só nos países socialistas, como naqueles em que tal filosofia não é, de certa maneira, oficial. Está claro que o marxismo, transformado em "escola", desde logo se desvirtua numa espécie de "escolástica", em tudo contrária ao seu espírito (ver, por exemplo, a crítica de GOULIANE, ob. cit., pág. 13). É preciso tomá-lo, objetivamente, como elemento da reflexão contemporânea, tal como a Psicanálise de FREUD (ver REUBEN OSBORN, *Marxisme et Psychanalyse*, Paris, Payot, 1965, págs. 5-6; SARTRE, *Questão de Método*, cit., pág. 53). Para uma reapreciação atual e global da obra de MARX, ver a publicação da UNESCO, resumindo o Simpósio, que promoveu, através de seus Conselhos de Filosofia e Ciências Sociais (*Marx and Contemporary Scientific Thought*, The Hague, Mouton, 1969).

(9) Sôbre o "fisicalismo" da burguesia ascendente, ver ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, Madrid, *Revista de Occidente*, 1964, tomo VII, pág. 295.

(10) *Principi di Criminologia Clinica e Psichiatria Forense*, Roma, Istituto Italiano di Medicina Sociale, 1963 (trad. espanhola: Madrid, Aguilar, 1966, páginas 139 e segs.).

(11) Ver a crítica de ELMER H. JOHNSON, *Crime, Correction and Society*, Homewood (Illinois), The Dorsey Press, 1964, págs. 116-117. Também: PAUL W. TAPPAN, *Crime, Justice and Correction*, New York, McGraw-Hill, 1960, pág. 100; H. VEIGA DE CARVALHO, *Os Criminosos e suas Classes*, São Paulo, Escola de Polícia, 1964, pág. 18; GILBERTO DE MACEDO, *Hormônios e Conduta Criminal in Cadernos — Curso de Doutorado*, Maceió, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas, 1965, págs. 1-13.

ou aberrações de cromossomos (12), entrou em decadência, admitida, um tanto a contragosto, por HENRI ELLENBERGER (13). É claro que não são infecundos, em si, os estudos microcriminológicos. Neste sentido, êles continuam a desenvolver-se, por exemplo, nas pesquisas ditas "infractiológicas" da criminologia japonesa (14). O que se aponta é o insucesso das tentativas no sentido de procurar acesso à macrocriminologia, através de "explicações" microcriminológicas, mesmo quando admitem o concurso de fatôres sociais, pois o êrro, ali, está na perspectiva metodológica, isto é, no "enfoque" básico — e êste impedirá o entrosamento de dados; a integração, desprezada *ab initio*, torna-se impossível *a posteriori*. Os ensaios, tintos de biologismo, sofrem o mesmo destino dos que se armam com elementos psicológicos e psicanalíticos, para enfrentar a criminalidade, em geral, numa espécie de concordismo macro e microcriminológicos, à maneira de DOLLARD ou JEFFERY. (15) Não está ai o caminho duma compreensão do crime, a que falta, em qualquer hipótese, a "envergadura", capaz de armar as "mil simiosidades dos trabalhos de pormenor". (16) Aquêles estudos sem dúvida úteis, tornam-se deficientes, e até nocivos, quando pretendem descobrir, em seu próprio nível, a "causa" da delinqüência, com base nos elementos somato-psíquicos, adquiridos ou hereditários.

Entretanto, a macrocriminologia não deve pagar-se, com arrogância, o serviço de apontar as deficiências de tais "reduções" metodológicas. A êsse propósito, basta lembrar que o mestre da Universidade de Montréal, DENIS SZABO, termina a resenha das modernas doutrinas sociológicas da aberração (*deviant behaviour*), com um apêlo à Ética. (17)

Em síntese, tôdas as "explicações", no sentido "causal" — ainda muito atraente para certos cientistas pouco informados sôbre a evolução filosófica dêsse conceito, na lógica (18) e, inclusive, na lógica dialética (19) — esbarram num paradoxo fundamental.

(12) Ver o Simpósio de Jerusalém — *Chromosome Abnormality and Criminal Responsability*, Jerusalém, Publication of the Institute of Criminology, n.º 16, 1969; PIERRE BOUZAT & JEAN PINATEL, *Traité*, cit., tomo III, págs. 304-309.

(13) *In Criminologie en Action*, cit., págs. 46 e segs.

(14) Ver *Acta Criminológica*, cit., vol. II, janeiro de 1969, págs. 147-160. Igualmente, a coleção das *Acta Criminologiae et Medicinae Legalis Japonica*.

(15) Ver DENIS SZABO, *Déviance*, cit., págs. 18-19.

(16) JEAN PINATEL, *in Criminologie en Action*, cit., pág. 136. Como nota êste eminente criminólogo francês, à raiz dessas distorções ainda está presente o velho naturalismo, que torna "rebeldes à harmonização" as técnicas e os conceitos operacionais das diferentes ciências humanas, forjados sem o apôio numa "concepção de base" do próprio homem.

(17) *Déviance*, cit., pág. 32.

(18) MICHELANGELO PELAEZ, *Introduzione Allo Studio Della Criminologia*, Milano, Giuffrè, 1960, págs. 100 e segs.; H. MANNHEIM, ob. cit., vol. I, págs. 5 e segs.

(19) ATH JOJA, *A Lógica Dialética*, São Paulo, Fulgor, 1965, *passim*.

De um lado, é a predominância dos fatôres "internos", às vêzes com o recurso tático de admitir a interferência dos aspectos "externos". Porém, como extrair da órbita bio-psíquica, ao nível do "criminoso", geralmente estudado *a posteriori* e nas prisões, (20) a própria razão de ser dum fenômeno, delimitado ao nível da criminalidade, segundo parâmetros sociológicos?

De outro lado, é a predominância da análise das normas sociais e da aberração ou desvio. Mas, nestas normas, essencialmente mutáveis, não se encontra alguma espécie de estabilidade, que enseje as generalizações científicas. Elas oscilam, no tempo e no espaço, e até mesmo num tempo e num espaço, por assim dizer, comuns, do ponto de vista horizontal. É que as estratificações, do nível estamental até o *stricto sensu* classístico, determinam pluralismos éticos e oposições, na avaliação da legitimidade e normalidade das condutas. O sociologismo, como projeção ideológica, entrega à sociedade, dita global, o contrôle do parâmetro, que utiliza, e reserva aos desvios e aberrações o conceito de subculturas. Ora, a sociedade "global" é mero arranjo de fôrças e interêsses predominantes, e as crises sociais, desvendando contradições intrínsecas e despertando contestações radicais, mostram a ambigüidade da noção sociológica ou psicológica da anomia, expressivamente tomadas, de empréstimo, a DURKHEIM e reelaboradas a partir dêle. (21) As subculturas também possuem suas normas.

As "explicações", elaboradas nesse plano, já tentaram pagar o preço da admissão da Criminologia na comunidade das ciências; mas, nisto, logo se manifestou a inadmissibilidade da sua construção. (22) Não basta referir, como o douto PINATEL, o "fato básico" do crime, exprimindo-o em têrmos de "conflito" e "agressão contra os valôres do grupo". (23) A palavra "grupo" torna-se muito imprecisa, para facilitar as transações, ao gôsto da teoria mertoniana (24) e, duma forma geral, as análises da criminalidade com apoio nas idéias de associação diferencial (25), anomia (26) desorganização social (27) e quejandas, ora "descritivas", ora "explicativas", às vêzes brilhantes

(20) SZABO, *Déviance*, cit., págs. 21-23; ELLENBERGER *in Criminologie en Action, cit.*, pág. 45.

(21) SZABO, *Déviance, cit.*, pág. 26.

(22) Nesta linha, entre outros, PELAEZ, ob. cit., págs. 47 e segs.

(23) *In Criminologie en Action*, cit., pág. 140.

(24) Ver ROBERT K. MERTON, *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press, 1949, *passim*.

(25) Ver EDWIN H. SUTHERLAND & DONALD CRESSEY, *Principes de Criminologie*, Paris, Cujas, 1966, págs. 85 e segs.; H. MANNHEIM, ob. cit., vol. II, páginas 599 e segs.

(26) Como nota SZABO, o conceito de anomia, estudado por DURKHEIM é, em MERTON, o próprio fêcho de abóbada (*chef de voûte*) dos estudos teóricos da aberração (*Criminologie*, cit., pág. 167).

(27) Ver HARTUNG, *Crime...* cit., págs. 19 e segs. Para o conceito de desorganização social, W. I. THOMAS & F. ZNANIECKI, no estudo "clássico": *The Polish Peasant in Europe and America*, New York, Knopf, 1918, pág. 1.128.

e sempre insuficientes. Evidencia-se, aí, não só um *impasse* teórico, através da pura relativização do conceito de crime, a tal ponto que se dissolve o próprio objetivo da ciência, mas, inclusive, uma vocação eminentemente conservadora. Todo "fracasso, quebra ou desintegração" de estruturas é, para essas concepções de "velho" (*old man*), equivalente a "doença" (28). E a tendência é, portanto, identificar o desafio como algo "patológico" — metáfora que propicia as ligações com o biologismo e o psicologismo, apontando causas ou concausas em "anomalias" somáticas ou psíquicas, reputadas correspondentes. Neste sentido, o ensaio de integração de JEFFERY é sintomático.

O sistema dominante resulta *fixado*, como parâmetro, para análise da aberração, idéia que envolve uma aceitação dos valôres pelos quais é determinada, e acaba avalizando a estrutura, numa investigação amena da sociedade criminógena, localizada em planos secundários. (29) O núcleo estratificado fica, assim, preservado de todo questionamento mais sério, e movimenta-se o antigo espantalho da defesa social, traduzindo a má consciência dos mecanismos de contrôle, que já não apelam para a "punição exemplar" do aberrante, preferindo sugerir a reeducação, o reajustamento, a "cura" de sua "doença".

Sem dúvida, como nota ROBERTO LYRA, até numa sociedade estruturada em classes, "há crimes de perigo e dano comuns" (30), porém essa distinção, aliás válida, torna-se necessária justamente porque a invocação, *em abstrato*, da defesa social, tende a dissimular a existência de crimes, que resguardam privilégios, e o afeiçoamento de todo o sistema normativo ao interêsse dos melhores aquinhoados. (31) É como se tôda definição formal de ilicitude penal apresentasse, *eo ipso*, a chancela da legitimidade — o que se desmente, pela evidência dos fatos, a qualquer nível, mesmo elementar, de verificação.

---

(28) HARTUNG, ob. cit., pág. 23. Sôbre a índole conservadora do "durkheimismo" em reaparição (SZABO, *Déviance*... cit., pág. 31). Ver L. GOLDMANN, ob. cit., págs. 21 e segs.

(29) A propósito, LUIS GARCIA SAN MIGUEL, *Notas para una Critica de la Razón Jurídica*, Madrid, Technos, 1969, págs. 103-105. A escamoteação implícita é denunciada por ADORNO, lembrando que "a comunidade da reação social é essencialmente a da opressão social" (TH. ADORNO & MAX HORKHEIMER ,*Sociologica*, Madrid, Taurus, 1966, pág. 285.

(30) *In Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, n.º 2, janeiro-março de 1948, pág. 15.

(31) SZABO, *Déviance*, cit., pág. pág. 11, volta à questão da lei, como "arma dos aquinhoados, para resguardar-lhes os bens e a pessoa". O criminólogo inglês, DENIS CHAPMAN, por outro lado, insurge-se contra o "estereótipo do criminoso", mero "artefato social e legal", insistindo na tese de que o ordenamento jurídico, formalizado pela sociedade global, seleciona determinados grupos como "bodes expiatórios" (*scapegoats*): ver *Sociology and the Stereotype of the Criminal*, London, Tavistock Publications, *passim*. A propósito, W. M. NAGEL, *Critical Criminology*, Leiden, Reicksuniversitet, s/data, *passim*, especialmente quanto à tese, aliás central, de que uma Criminologia Crítica exige o exame, "não só da maneira por que o delinqüente chegou a uma conduta punível", mas, também, doutra questão: "se a incriminação dessa conduta deve ser mantida" (pág. 3). E isto é, apenas, como diz NAGEL, "um modesto comêço".

SZABO nota que, no século XIX, as classes laboriosas eram sinônimo de classes perigosas e os pobres, como os "criminosos-natos", verdadeiros "inimigos da sociedade", aos quais se reservaram os rigores da lei, a título de "eugenia" .(32) Enquanto as tensões iam aumentando, a investigação científica, dissimuladamente engajada, se tranqüilizava com as idéias de "reeducação", em que o rigor opressivo assume o pseudônimo de técnica pedagógica; mas as crescentes fissuras no sistema, conscientizadas por grupos cada vez mais numerosos, traduziram-se em contestação de normas e valôres e o poder social, mais inquieto e mais fraco, adotou a linha, definida pelo criminólogo americano, OHLIN: "os grupos dominantes, pòlìticamente, tentam impor uma definição de criminalidade aos que estão desafiando aquêle poder". (33) A partir dêsse enrijecimento, a escalada de radicalização impulsiona o jôgo de violências opostas, conduzindo os grupos oprimidos à auto-expressão em padrões de conduta que assumem, cada vez mais, as formas, semelhantes à da criminalidade chamada comum, obscurecendo as fronteiras, sempre muito delicadas, entre defesa e opressão sociais e criando sérios dilemas para a política criminal. A intimidação torna-se ineficaz e a repressão mais dura avoluma o próprio potencial, cujos desencadeamentos visa a combater.

Todavia, mesmo fora dêsse clima, por assim dizer, crítico, as verificações mais estáveis da ciência já tinham mostrado que o caminho da luta contra a delinqüência é uma operação de mudança, orientada ao nível da própria estrutura e organização sociais. (34)

De qualquer maneira, dissolvido o padrão formalístico das normas e valôres da sociedade global, o terreno parece entregue à babélica e irremediável confusão.

Sem dúvida, é preciso chegar a posições integradas, na teoria criminológica. Eu, mesmo, procurei acompanhar êsse *trend*, em vários trabalhos, (35) mas creio que, neles, ainda sofria a influência de certas correntes do pensamento formalista, de que me procuro libertar, numa perspectiva mais ampla, matizada e profunda. O importante é refletir "à altura de nosso tempo". (36) Isto quer dizer: apropriando-nos da

---

(32) *Déviance*, cit., pág. 27.

(33) *In Sociologie en Action, cit.*, págs. 436-437.

(34) R. A. CLOWARD & L. F. OHLIN, *Delinquency and Opportunity*, New York, The Free Press, 1960, *passim*. SZABO, *Déviance*, cit., pág. 28.

(35) *Panorama Atual da Criminologia* e *Livramento Condicional e as Interferências Interdisciplinares in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ns. 15 (outubro-dezembro de 1966, págs. 37-52) e 16 (janeiro-março de 1967, págs. 87-102); *Perspectivas Atuais da Criminologia*, Recife, Imprensa Oficial de Pernambuco, 1967, *passim; En Torno a la Criminologia*, cit., *passim*. Já voltado para a atual linha de pensamento, o prefácio de minhas *Postilas de Direito Penal*, Brasília, Coordenada Editôra, 1969, págs. 11-13.

(36) JULIÁN MARIAS, *Ortega I: Circunstancia y Vocación*, Madrid, Revista de Occidente, 1960, págs. 187 e 229. ORTEGA, *Obras Completas*, cit., tomo IV (1966), págs. 156 e segs. Está visto que tal afinidade com o pensador espanhol não importa em adotar tôdas as diretrizes de sua reflexão, visceralmente aristocrática,

"circunstância", em que estamos imersos, para reenquadrá-la, num plano superior, que nos liberte dessa prisão lógica. Aliás, não poderia descobrir melhor maneira de celebrar o bicentenário de HEGEL, pois a abordagem escolhida representa uma espécie de *aufhebung*, (37) dialetizando os *impasses*, para absorvê-los e superá-los.

Nos caminhos atuais da teoria criminológica, ficou patente a obstrução, manifestada nos diferentes níveis de análise; e essa obstrução arrisca o destino da própria ciência, pois as construções interdisciplinares, que se esboçam, parecem carregar, em si, uma petição de princípio. As "ciências penais", não normativas, que a Criminologia funde e incorpora no seu foco objetual (38), não têm, evidentemente, uma noção de crime, senão arrancada à "Ciência", dita normativa, do Direito. E elas se distinguem, apenas, porque, nesta última, ainda predomina a exegese e construção de normas jurídico-penais para o enquadramento de condutas, e, nas primeiras, a tarefa principal é a análise de condutas delituosas, para compreendê-las e explicá-las, em sua gênese, manifestações típicas e prováveis seqüelas. Na realidade, as relações aprofundam-se, cada vez mais, pois a Criminologia se reserva o estudo de condutas que não estão definidas como crime, tanto quanto abandona os tipos penais menores e "convencionais" (39), influenciando o próprio Direito Penal, pela flexibilidade e pela elucidação dos "institutos mistos" (40). Por outro lado, o Direito Penal evolui, do tecnicismo formalístico, para integrar, na trama normativa, dados criminológicos em sentido estrito (41).

Em todo caso, a Criminologia, ganhando perfil autônomo, continua a oscilar, entre a porta estreita das formulações jurídico-penais, quanto à noção de crime, e as areias movediças das normas sociais, em geral, com o que se reduziria a outro formalismo, o da aberração, de alguma sorte redutível ao primeiro. (42) No final, ainda aparece a Ética, como

---

apontando, antes, o encontro dêle com o movimento geral da reflexão contemporânea. A propósito, há aguda aproximação entre as relações de *theoria* e *praxis*, nos escritos de ORTEGA e a ação recíproca (*Wechselwirkung*) marxista, *in* ALAIN GUY, ORTEGA Y GASSET, Paris, Seghers, 1969, págs. 36-37.

(37) A difícil tradução do têrmo *Aufhebung*, que KAUFMAN chamou "sublimação" (HEGEL, Madrid, Alianza Editorial, 1968, pág. 212) foi bem contornada por ORTEGA (*Obras*, cit., vol. IV, 1966, pág. 25). Trata-se duma "superação", que incorpora e "absorve" as contradições, de certa maneira conservando o que é absorvido. Como diz KAUFMAN, esta conservação é a passagem a outro nível (ob. e págs. cits.).

(38) Ver PINATEL, *in Criminologie en Action*, cit., págs. 432-434.

(39) ROBERTO LYRA FILHO, *En Torno a...*, cit., págs. 12 e segs.

(40) Refiro-me, com MEZGER, àqueles institutos "porosos", como os relativos à imputabilidade, à periculosidade *etc.*, que ALTAVILLA chamava "órgãos respiratórios" da lei e MESSINA estudou, medindo a "elasticidade" do ordenamento.

(41) ROBERTO LYRA FILHO, *En Torno a...*, cit., págs. 9 e segs. O trabalho sôbre o *Livramento Condicional e...*, cit., é um exemplo de estudo integrante das perspectivas criminológica e jurídico-penal.

(42) Como ocorre em TAPPAN (*Crime...* cit., pág. 10), sociólogo que volta ao jurídico-formal, irritado com a "frouxidão" dos conceitos.

instância mediadora, entre o relativismo sociológico e aquêle esquema antropológico de base, que, como intuiu PINATEL (43), está sendo reclamado por tôdas as ciências humanas.

No entanto, para que se imponha esta exigência, enquanto necessidade do trabalho científico, em si mesmo, e não como intromissão gratuita da Filosofia, é preciso fundamentar, mais amplamente, as condições de sua inserção. Aliás, é comum objetar-se com a extrema dificuldade da tarefa ou a inexistência de bons e sólidos critérios, universais e absolutos em Filosofia (o que é, em si, uma posição filosófica). Desde logo, cumpre, portanto, assinalar que o problema não está na dificuldade do empreendimento, nem na sua arrematada e definitiva certeza absoluta (a pressupor que as ciências humanas, entregues a si mesmas, apresentassem essa invejável característica — o que está muito longe da verdade). O ponto essencial é a *inevitabilidade* da reflexão sôbre êsse tema. Aqui se torna muito oportuna aquela observação de CHESTERTON, nas primeiras páginas dum livro de sua autoria. (44) Segundo êle, o volume poderia ser escrito de outras maneiras, certamente mais fáceis, e, nada obstante, fôra selecionada a mais difícil, pela simples e conveniente razão de que as outras, mutilando o tema, eram honestamente inexequíveis.

Poderia limitar-me à verificação, na metodologia das ciências do homem, de que o tema antropológico-filosófico já se apresenta como necessidade inadiável. Juntaria, assim, ao diagnóstico de PINATEL, a confirmação de seu compatriota, DUVERGER, (45) que também acerta

---

(43) *Criminologie en Action...* cit., págs. 141-142. Ver, também, pág. 148, onde o descaminho metafísico vem prejudicar aquela boa intuição. É marcada, em PINATEL, a influência do psiquiatra e criminólogo DE GREEF, num apêlo à "mais profunda substância do homem" e aos "valôres tradicionais". Nessa mesma linha, PINATEL desenvolve o seu estudo *in Autour de L'oeuvre du Dr. E. de Greef*, cit., vol. I, págs. 11 e segs., notadamente no tópico dedicado ao que se pretende chamar "aspecto metafísico do conceito de personalidade criminosa" (págs. 12 e segs.). Não adiro à posição de PINATEL ou à de seu inspirador belga. Parece-me que o movimento geral de reflexão indica os lineamentos duma Antropologia Filosófica, não metafísica, mas dialética (ver GOULIANE, ob. cit., *passim*), sob a condição de que o seja, realmente, vencendo os "dogmatismos brutos" de que, mesmo os marxistas ortodoxos, já procuram libertar-se (GOULIANE, ob. cit., pág. 13).

(44) *St. Francis of Assissi*, New York, Image Books, 1957, pág. 9.

(45) MAURICE DUVERGER, *Méthodes des Sciences Sociales*, Paris, Presses Universitaires de France, 1964, págs. 16-17. Mais adiante, a religação entre teoria sociológica e teoria filosófica, tendo como ponto fundamental de intersecção a Antropologia Filosófica mesma, resultará bem clara, em oposição àquelas anêmicas teorias de "médio alcance", cujo principal inconveniente não é, como vimos, a "modéstia" de seus objetivos, mas a distorsão, que operam, na visão dos fatos. Como assinala MAX HORKHEIMER, "para a Sociologia, a relação com a Filosofia é algo de constitutivo" (*Sociologica*, cit., pág. 21). Sôbre o assunto, é importante tôda a discussão do ensaio dêsse grande mestre alemão (*Sociologica*, cit., págs. 7-25), onde se mostra que as "explicações" da teoria "média" escamoteiam os problemas, não só na obra de MERTON, como na de outros, cuja linha é afim, desde VON WIESE até PARSONS e DAHRENDORF.

no mal e erra na cura. (46) Êste último autor chega a preconizar a elaboração duma teoria geral para os cientistas "ocidentais", que utilizariam tal "quadro de referência", como os colegas "do outro lado" se forjaram a relativa paz duma filosofia, de certo modo oficial. Suspeito que DUVERGER não falava sério, embora tenha, entre outros, um eco brasileiro, no estimável PAULO DOURADO DE GUSMÃO. Êste receita uma teoria "geral" do direito "ocidental", com a mesma impávida serenidade. (47) A objeção evidente a tais teorias é, decerto, que são muito pouco gerais, para servir aos objetivos visados por uma generalização científica. O homem "oriental" é diferente, em substância, da sua contraparte "ocidental"? Forte embaraço para o orientalismo bíblico da "civilização cristã" e, ademais, vexame grave, para o grupo oposto, que se alimenta com o produto intelectual dum filósofo alemão, sepultado em Highgate, Inglaterra... O essencial, no homem, como no direito, a que se inclina, não fica subordinado a barreiras convencionais, hoje carentes, até, de precisa demarcação geográfica e cultural. A noção do "bloco monolítico" está muito desprestigiada (48) e, antes, em tôda parte, se revelam afinidades do humano, que não deixarei de assinalar, mais adiante. Para isso, creio que importa retomar o fio do assunto, no momento em que o naturalismo positivista foi atacado. Veremos surgir, então, alguns ingredientes, ainda passíveis de assi-

(46) CHESTERTON (*in What's Wrong With the World*, Lepzig, Tauchnitz, 1910, págs. 11-13) assinala, com muita agudeza, que, nas ciências, dotadas dum parâmetro físico, é possível mais fàcilmente convir no diagnótico e na terapêutica, pois não há dúvida, quanto ao objetivo da reconstrução, que é obedecer ao modêlo natural. Já nas ciências sociais, o problema é, justamente, o parâmetro, mesmo, de tal sorte que, com freqüência, aderimos ao diagnóstico e nos separamos, na terapêutica. É que a teoria sociológica recebe, mais diretamente, o impacto de *praxis*, pois, no terreno histórico e social, resulta maior a interferência da criação cultural, do arranjo básico de estruturas e superestruturas, em que o homem é, em proporção mais destacada, não só ente, como agente. "A disputa", escreve CHESTERTON, "não é só a respeito das dificuldades, mas do objetivo" (pág. 12). E isso é tanto mais significativo, porque CHESTERTON mesmo, depois dessa bela verificação de sintomas, passa a advogar teses e valôres dum tradicionalismo obsoleto.

(47) *Introdução à Ciência do Direito*, Rio, Forense, 3.ª edição, s/data, pág. 27.

(48) A respeito, BERNARD JEU, *La Philosophie Soviétique et L'Occident*, Paris, Mercure de France, 1969, *passim*, sôbre o período 1959-1969. Quando predomina o "dogmatismo bruto" (LEFEBVRE, ob. cit., pág. 10) é que o perfil teórico parece unificado. Mas tal fato logo revela seu aspecto artificial, partidário e conjuntural, obedecendo a razões exclusivamente pragmáticas, nota SARTRE, com acêrto, in *Questão de Método*, cit., pág. 23. Nesta feição, o marxismo toma o aspecto de "teologia" e "escolástica", com "papa", "index" e "inquisição". Isto, entretanto, pouco teria a ver com observações "audaciosas", do gênero desta: "o marxismo não está elaborado, uma vez por tôdas, por MARX e ENGELS", disse RUMIANTZEV (*apud* JEU, pág. 437) e "todos os pontos da teoria marxista estão longe de ter recebido uma elaboração profunda e convincente" (*ibidem*). É o "livre exame", que renasce, transfigurado e certo de que a *verdade* há de ser a mesma, em todos os quadrantes, mas não *dada a priori*. "A História não terminou": JEU, ob. cit., pág. 438.

milação, desde que cortadas as distorsões ideológicas, a que andaram vinculados, e feita a absorção de quanto se aproveita, num plano superior.

As grandes impugnações do positivismo, ou de suas teorias "explicativas", podem ser resumidas em duas correntes: a primeira, golpeando a própria imagem do homem, a que êle estêve ligado, numa espécie de revanche, que vingasse a "humilhação", imposta pelos determinismos mecanicistas (esta, a um materialismo simplista, opõe o idealismo subjetivista e nebuloso); a segunda, embora mantendo certa direção metodológica naturalista, manifesta um decisivo fastio, diante das grandes construções teóricas e vai lançar-se à pesquisa de campo, trocando as hipóteses explicativas por frenesi descritivo, aliás mal apoiado num repertório de conceitos operacionais, resvaladio e enganador. (49) Aquela primeira corrente floresceu na Alemanha, irradiando-se, a partir das "ciências do espírito", opostas às "ciências da natureza" como dois mundos inconciliáveis, entre os quais se cavou o abismo idealista. Aqui definham as primeiras intuições de DILTHEY, ainda movidas pelo subjetivismo da compreensão pura, mediante processo que procura transferir, reproduzir e reviver (*hineinversetzen, nachbilden e nachleben*) os conteúdos significativos da conduta humana. As limitações eram óbvias e foram, logo, apontadas, proscrevendo-se o enderêço, com desdém, na *côterie* dos sociólogos profissionais (50) — isto, apesar de alguns votos vencidos de certo relêvo. (51) A segunda corrente mencionada, predominando nos Estados Unidos da América, trocou em miúdos a direção pragmatista e instrumentalista, perdendo-se num "turbilhão de fatos"; (52) e, para compensar tal indigência

(49) ADORNO, ob. cit., Cap. — *Sociologia y Investigación Empírica*, páginas 273-294.

(50) DUVERGER, ob. cit., págs. 26-28; RAYMOND BOUDON, *Les Méthodes en Sociologie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1969, págs. 17-21; DENIS HUISMAN & ANDRÉ VERGEZ, *Court Traité de Philosophie: Logique*, Paris, Fernand Nathan, 1960, págs. 137-140; ARMAND CUVILLIER, *Où va la Sociologie Française*, Paris, Marcel Rivière & Cie, 1953, págs. 57 e segs.; R. K. MERTON, *Social Theory...*, cit., pág. 205; JOHN F. CUBER, *Sociology: A Synopsis of Principles*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1963, págs. 38 e segs.

(51) A propósito, ROBERTO LYRA FILHO *in* Prefácio do livro de GILBERTO FREYRE, *Como e Porque sou e não sou Sociólogo*, Brasília, Editôra Universidade de Brasília, 1968, págs. 11-24; R. P. RICKMAN, *Understanding...* cit., *passim*.

(52) E. T. MARSHALL, *Cidadania, Classe Social e Status*, Rio, Zahar, 1967, pág. 32. O autor também se opõe à teoria global, optando pela chamada *middle range theory* (ver nota 45). Nessa transação "pusilânime" (pág. 44), fixa-se a dificuldade e, não, a indeclinabilidade da teoria mais abrangedora, em cuja ausência o *ersatz* de médio alcance (em si, legítimo como hipótese mediadora de trabalho) tende a ser criado *como* se pudesse satisfazer à compreensão ou explicação final dos fenômenos. Assim, a teoria global recusada passa a funcionar, implicitamente, com uma filosofia da pior espécie, cheia de interferências ideológicas e *partis pris* escandalosos, que *governam* a seleção de fatôres e os critérios, mediante os quais são postos em correlação: afinal, a estatística, matemàticamente perfeita, *avalisa* aquelas distorsões (ver ROBERTO LYRA FILHO, *Perspectivas Atuais...* cit., pág. 153). A *middle range theory* tem o *duplo* inconveniente dum empirismo, que deixou de

teórica, tratou de organizar o caos, nos padrões dum quantificacionismo, (53) que lhe dava a aparência de grande rigor científico. (54)

Junto à cisão entre o homem natural e o homem social, esboçou-se a distância entre o homem concreto — para o qual se voltou a reação existencialista, com tendência anti-científica, ao menos em sua origem (55) — e uma espécie de homem estatístico, formado pela abstração matemática. Em refôrço, ocorrem o Círculo de Viena e seus satélites intelectuais, emigrando para os Estados Unidos da América, onde consumaram a vocação de *Felix Austria*: na viagem, para o casamento do empirismo com a lógica simbólica, uma parte do cortêjo deixou-se ficar na Inglaterra, conquistada e submissa.

O último refúgio do racionalismo era o jôgo exasperado da "quantofrenia" ou seu equivalente, no formalismo verbal, dentro do nada

ser "bruto", pelo "corretivo" duma teoria falsificada; e, ademais, o da Antropologia Filosófica, transformada em dado implícito, sem maior exame; os problemas voltam à tona, em travesti de pequenas verificações, teleguiadas pela ideologia *qui s'ignore*. Em Criminologia, defende o pragmatismo anti-teórico e o Prof. RADZINOWICZ (ver *Ideology*... cit., pág. 127 e *passim*). O eminente criminólogo pede fatos, fatos, fatos... Arremetendo contra êsses "partidários de insignificâncias" (MARSHALL, ob. cit., pág. 27) — o pior é que elas se apresentam como bastante significativas... — LUCIEN FEBVRE intitulava-se historiador e, não, *trapeiro*, que vai enfiando tudo no surrão promíscuo (*Combats pour L'Histoire*, Paris, Armand Colin, 1954, pág. 7-8). No mesmo sentido E. H. CARR, *What is History?* — Harmondsworth, Penguin Books, 1964, pág. 9 e segs. *Mutatis mutandis*... O simples recorte dos fatos já movimenta esquemas de relevância, que só a "ação recíproca" entre teoria e *praxis* pode salvar do empirismo cego ou do apriorismo idealista.

(53) PIRITIM SOROKIN, *in Tendances et Déboires de la Sociologie Américaine*, Paris, Aubier, 1959, págs. 130 e segs. critica, duramente, o quantificacionismo, transformado numa espécie de "quantofrenia". Como nota GURVITCH, em prefácio à obra, o libelo não é só convincente, mas significativo, porque não provem dum cientista contrário à quantificação e à aplicação das matemáticas à Sociologia. O que nêle se combate é o exclusivismo que transformou esta ciência, nos Estados Unidos, em "testocracia", "testomania" e "quantofrenia" (pág. 4). Ver WRIGHT MILLS, *The Sociological Imagination*, New York, Oxford University Press, 1959, *passim*.

(54) Tôdas as derivações daquela sociologia conservadora, que DAHRENDORF chamou de "teoria da integração" (*Las Clases Sociales y su Conflito en la Sociedad*, Madrid, Rialp, 1962, pág. 207; LUIS GARCÍA SAN MIGUEL (ob. cit., pág. 105), apresentam, é claro, muitas feições, lembrando o "estilo" dos formalismos à TÖNNIES ou VON WIESE, no apêlo a muitas "explicações" de alcance "médio", como variantes relacionais, estruturais, de interação simbólica, de imperativismo funcional e *tutti quanti* (para resenha, ver WALTER L. WALLACE, *Sociological Theory*, London, Heinemann, 1969).

(55) Ver SARTRE *et alii in Kierkegaard Vivo*, Madrid, Alianza Editorial, 1966, sobretudo — SARTRE, pág. 17-49, GOLDMANN, págs. 97-122 (discutindo as teses de LUKÁCS). Também, GOULIANE, ob. cit., págs. 21, 97-122 e EMMANUEL MOUNIER, *Introduction aux Existentialismes*, Paris, Denoël, 1947, *passim*. De outro lado, sôbre a contribuição do existencialismo às ciências sociais, ver SARTRE, *Questão de Método*, cit., *passim*; DUVERGER, ob. cit., pág. 24; MAURICE MERLEAU PONTY, *Résumés des Cours: Collège de France*, 1952-1960, Paris, Gallimard. 1968, sobretudo págs. 77 e segs.

menos que licencioso *Toleranzprinzip der Syntax*. (56) Aliás, o matematicismo fazia caso omisso dos problemas internos das próprias matemáticas (57) e da sua inaplicabilidade às ciências humanas, sem grandes concessões ao real não-matematizável. (58) Confundiram-se exatidão numérica e valor "explicativo".

Por outro lado, não bastaria para defender a razão o instrumento desesperado da fenomenologia husserliana, criada em pauta idealista e objeto de apossamento pelas filosofias da existência, que a adotaram, enquanto método, subtraindo-lhe o lastro "metafísico". (59)

Nesse ínterim, a tradição realista e dialética, longe das cátedras universitárias, estava quase exclusivamente entregue, menos a um "marxismo vivo" do que àquelas formas de "dogmatismo bruto", inspiradas, sobretudo, em razões táticas e políticas. (60)

Completara-se a dissociação antropológica. As direções filosóficas, subjacentes às científicas, as quais só as proscreviam para melhor segui-las, no comando idealista, criaram uma espécie de homem fragmentário e fragmentado, reservando-se as partes, como um "todo". Nesse contexto, aparecem os grandes "impérios filosóficos", delineados por FERRATER MORA, (61) e, no terreno científico, em sentido estrito, bem oportuna se tornou a sátira de RUYER às explicações simplistas (62): diante de um homem, que exprimia suas opiniões políticas a um

(56) A respeito JOJA, ob. cit., pág. 38.

(57) Ver GEORGES BOULIGAN & JEAN DESGRANGES, *Le Déclin des Absolus Mathematico-Logiques*, Paris, Sociétés d'Édition d'Enseignement Supérieur, 1949, *passim*, sobretudo o estudo de *Desgranges*, págs. 75 e segs., respondendo à questão: "Há uma dialética do método matemático?" Também: MAURICE FRÉCHT: *Sôbre uma Desaxiomatização da Ciência in Les Mathématiques et le Concret*, Paris, Presses Universitaires de France, 1955, págs. 1 e segs.

(58) Há todo um caminho dialético para a quantificação sem "quantofrenia", entre a observação, muito correta, de E. MOUNIER (*Traité du Caractère*, Paris, Éditions du Seuil 1946, pág. 39) — "a individualidade mais vincada sempre está grávida de alguma generalidade" — e o registro insuspeito do matemático, FRÉCHET (ob. cit., pág. 116), lembrando que "as ciências humanas arriscam-se a tornar-se mais errôneas, no momento preciso em que se tornam mais exatas".

(59) A aplicação à epistemologia científica dos elementos fenomenológicos não conseguiu vencer o impasse arbitrário dos parênteses de HUSSERL, apesar de esforços muito brilhantes, como os de MERLEAU PONTY (*Les Sciences Del'Homme et la Phénoménologie*, Paris, Centre de Documentation Universitaire, 1965) ou de STEPHAN STRASSER (*Phénoménologie et Sciences de l'Homme*, Louvain, Publications Universitaires de Louvain, 1967). Quanto ao existencialismo, o interêsse maior dos trabalhos está nas contribuições clínicas e, não, na Antropologia Filosófica (ver FRANKL, *Teoria y Terapia de las Neuroses*, Madrid, Gredos, 1964, págs. 184 e segs.), cuja necessidade, não obstante, ficou bem estabelecida.

(60) Ver notas 8 e 48. SARTRE, *Questão de Método*, ob. cit., pág. 23.

(61) Ver *La Filosofia en el Mundo de Hoy, in Obras Selectas*, Madrid, Revista de Occidente, 1967, vol. II, págs. 92 e segs., caracterizando o mundo "russo", o "europeu" ocidental e continental e o "anglo-americano", como três climas bem distintos de pensamento; sòmente um sectarismo bastante míope impede que se abra o diálogo, num encontro fecundo.

(62) *Apud* HUISMAN & VERGEZ, *Court Traité*, cit., *Métaphysique*, pág. 65.

amigo, com vivacidade incomum, vários espectadores oferecem, logo, a "explicação" — é uma crise de hipomania (um psiquiatra); êsse desafio à autoridade trai um ódio infantil ao pai (um psicanalista freudiano); puro efeito dum metabolismo descalcificado (um discípulo de RABAUD); obedece a interêsses de classe (um marxista). Trata-se, é evidente duma caricatura, que não visa a desmoralizar psiquiatras, psicanalistas, discípulos de RABAUD ou, mesmo, os marxistas, porém a exprimir, num "tipo ideal", (63) a exacerbação sectária de cada direção. Um "marxismo preguiçoso", nota SARTRE (64), desvirtua a própria filosofia a que adere, obscurecendo, por exemplo, a contribuição da psicanálise, (65) que, por outro lado, em JUNG e, mesmo, em certas obras de FREUD, se faz acompanhar d'u'a "mitologia" perfeitamente inofensiva. (66)

A integração das ciências do homem, representando, no seu quadro geral, tanto quanto na Criminologia, a insistente preocupação de nosso tempo, arrisca-se, entretanto, a ficar num plano mais de cancelamento recíproco do que de colaboração fecunda. WOLFGANG e FERRACUTI esbanjaram erudição e talento na sua tentativa de encontrar o caminho. Seu livro, (67) que é, sem dúvida, um dos mais importantes da bibliografia criminológica atual, abandonou aquêles outros tipos de pesquisa interdisciplinar, recenceados pela *National Education Association*, para fixar-se na "fusão" que exigiria um sistema teórico abrangedor. (68) Apesar disso, na construção empreendida por êsses notáveis investigadores, fica, mais do que nunca, evidente que falta explorar tôdas as contradições internas das disciplinas, trazidas à colação. É, talvez, essa a razão das reticências, com que MANNHEIM pesponta o agudo prefácio (69); e ainda se poderia acrescentar a problematização mais radical de BAECHLER, negando, pura e simplesmente, a divisão das ciências sociais e preferindo falar em redefinições, conforme os "níveis de análise da realidade social". (70) Aliás, o sempre bem informado PINATEL já destacara as novas e surpreendentes construções interdisciplinares.

(63) PERPIÑA RODRIGUEZ (*Métodos y Critérios de la Sociologia Contemporanea*, Madrid, Instituto Balmes de Filosofia, 1958, pág. 357) mostra como os tipos ideais weberianos representam, em última análise, úteis "caricaturas", que permitem destacar certas características reais.

(64) *Questão de Método*, pág. 48.

(65) Ob. cit., pág. 53.

(66) Ob. cit., pág. 54.

(67) *The Subculture of Violence*, cit.

(68) Ob. cit., pág. 10.

(69) Ob. cit., especialmente pág. IX.

(70) JEAN BAECHLER, *Les Phénoménes Révolutionnaires*, Paris, Presses Universitaires de France, 1970, pág. 15. Aliás, como assinalou, oportunamente, BERNARD CAZES (*in Quinzaine Littéraire*, 1.ª — 15 novembre, 1970, pág. 20) seria injusto situar o estudo de BAECHLER, pura e simplesmente, entre os funcionalistas-estruturais, pois êle não adere ao relativismo da regulagem homeostática. Isto não quer dizer, entretanto, que se deva aderir a tôda a análise de BAECHLER: defende-o, apenas, duma acusação injusta.

durante os estimulantes debates de Montréal, (71) mostrando como ruem as barreiras das metodologias baseadas no protecionismo das áreas. Isso atinge, ademais, o próprio campo das ciências da natureza, como não deixou de assinalar o douto criminólogo francês. A fusão portanto, já parece bem tímida e, ademais, nela se admite, ainda, uma espécie de oposição entre o criminólogo "clínico" e o criminólogo "sociológico" (72): o problema, desta maneira, fugiria do contrôle duma teoria, realmente básica, para reduzir-se às acomodações diplomáticas do "protocolo metodológico", já recomendado no 2.º Congresso Internacional (Paris, 1950). (73) Ora, nesse protocolo defrontam-se as "competências especializadas", que trariam *o* dado científico de cada ramo, formando blocos de informação, que a teoria abrangedora não pode suturar, sem intervenção "federal" no conjunto de ciências participantes. Aliás, essa discussão de relações externas e "fusão" interdisciplinar passa por alto sôbre uma situação bem mais grave. É que, procurando vencer as resistências *da* Psicologia ou *da* Sociologia, pressupõe-se que existe algo como uma frente única no seio dessas disciplinas. Isto é, esquece-se, antes de mais nada, de que tôdas carecem dum esquema antropológico de base, comumente aceito e apto a fixar o alcance e a hierarquia das investigações especializadas. Decerto, há um *esprit de corps*, cioso da "autonomia' daqueles saberes parcelados (em ELLENBERGER, essa preocupação chega a ponto de chamar "ciência" cada um dos ramos de investigação, como o estudo de eletroencefalogramas). (74) Essa atitude é amàvelmente, denominada "lealdade disciplinar", mas o isolacionismo, sob a aparência de boa ética, apenas encobre a íntima insegurança com que tais disciplinas alteiam a voz, para proclamar suas descobertas como "explicação" de fenômenos, ligados a uma trama que lhes ultrapassa os horizontes científicos. Elas andam às voltas, igualmente, com a falta daquela imagem do homem, que lhes torne os resultados bem focados e generalizáveis. A impressão, que oferecem, é a daqueles cinco cegos em tôrno do elefante da fábula. (75)

O movimento atual é, sem dúvida, no sentido da unificação, mas, para ordenar o elenco de "disciplinas indisciplinadas, usurpadoras e absorventes que não compõem, mas decompõem" (76) é insuficiente o apêlo à velha "Sociologia Geral". Assim, teríamos o desconhecimento de que a Sociologia mesma participa da crise das ciências humanas e,

(71) *Criminologie en Action*, cit., págs. 433-434.

(72) WOLFGANG & FERRACUTI ,ob. cit., págs. 74-75.

(73) BOUZAT & PINATEL, *Traité*... cit., vol. III, pág. 76.

(74) *Criminologie en Action*, cit., págs. 46 e segs.

(75) Ver CHESTERTON, *Ortodoxia*, Pôrto, Tavares Martim, 1950, pág. 9. O primeiro cego, sentido a tromba, afirma que é uma serpente; o segundo, apoiado às pernas, cilíndricas e grossas, declara que é um tronco de árvore; o terceiro, que se encosta ao corpo, sustenta que é um muro; o quarto, segurando a cauda, fala numa corda esfiapada; e o quinto, toca nos dentes, o que descreve como lanças...

(76) ROBERTO LYRA, *Criminologia*, cit., pág. 44.

de quebra, voltaríamos àquela reificação comteana da sociedade (77) de que os formalismos diversificados, desde os funcionalistas (78) até os estruturalistas, (79) herdaram a casca, sem a polpa. Tal volta ao socialismo resulta impossível, porque êle representa aquêle momento da burguesia recem-instalada, (80) que não se pode recuperar no seu inevitável declínio. Hoje, restam os fragmentos desossados da teoria primitiva, sempre refratários à unificação, pois, em si, já constituem imagens destorcidas, enquanto pretensamente explicativas do homem e da sociedade, ou incorretamente descritivas dêsses mesmos aspectos de realidade, quando, em desespêro de causa, renunciam à explicação. O preço que se paga pela ausência duma Antropologia Filosófica é a proliferação de antropologiazinhas *ad usum delphini* para os objetivos conturbados de tôdas as ciências humanas — ou a adoção duma linha filosófica, enquanto catecismo oniexplicativo, desde o tomista até o "marxista preguiçoso", na expressão já citada de SARTRE; isto é, endereços filosóficos arrancados ao movimento da reflexão, que os vivifica, para serem plastificados como quadros de referência, imóveis e irretocáveis. Na Criminologia não faltam essas falsificações. Delinqüência? É a tradução dum sentimento de culpa ou do complexo de inferioridade, conforme a direção psicanalítica preferida (atrás disso, está a redução do homem a mecanismos psicológicos, numa estrutura social não questionada); é, conforme a escola biológica, o resultado de uma diencefalose ou de disfunções hormônicas ou, ainda, de aberrações nos cromossomos (atrás disso, está a redução do homem a simples epifenômeno da sua estrutura biológica, mais uma vez tomado o "crime" como algo estável para fazê-lo corresponder a um elemento estável da base somática); é o produto da associação diferencial ou de inadaptação psicosocial, decorrente duma situação de anomia, para servir ao gôsto de qualquer formalismo sociológico (atras disso, está um relativismo que, pelo avêsso, é conservador, pois esvazia o conceito de crime de tôda correspondência com a dialética mesma da estrutura considerada).

A visão pantônoma (81) estará irremediàvelmente perdida? Ela aparece, ao contrário, na reorganização de tôdas as ciências humanas,

(77) GUERREIRO RAMOS, *A Redução Sociológica*, Rio, Tempo Brasileiro, 1965, pág. 192.

(78) Ob. cit., págs. 98-99.

(79) Como nota GILLES GASTON GRANGER, o estruturalismo "compromete mais do que uma simples opção metodológica", postulando "certa definição do que é objetivável no homem" e, não raro, com o risco de transformar-se num "espantalho, erguido pelos adversários da ciência, para desviar-se dum conhecimento positivo do homem" (*Pensée Formelle et Sciences de l'Homme*, Paris, Aubier, 1967, pág. 5). Não seria, da mesma forma, impugnável, o simples emprêgo de análises estruturais, cortando as asas do nôvo *ismo*: a respeito, a publicação da UNESCO, cit., *Marx and Contemporary...*, págs. 483 e segs. (estudo de ZYGMUNT BAUMAN sôbre as teorias contemporâneas da cultura, notadamente na crítica à "ontologia" sociológica de LEVI-STAUSS, pág. 492).

(80) GURREIRO RAMOS, ob. cit., pág. 193.

(81) Ver ORTEGA Y GASSET, *Obras*, cit., t. VII, 1964, pág. 336.

cujo elenco e esquema divisório resulta claramente obsoleto; (82) em seguida torna a manifestar-se, nos têrmos daquela objetividade aprofundada, a que LEFEBVRE procurou dar expressão dialética, (83) reinterpretando a ação circular entre teoria e *praxis*, que denuncia as antinomias, puramente lógicas de idealismo e realismo, na teoria do conhecimento, religando o homem cognoscente ao homem ente. Neste sentido, é muito expressivo que as pseudo-dialéticas, repelidas por SARTRE, (84) tendam a desaparecer, em obras mais fecundas e flexíveis, como a de GOULIANE (85). Ressurge o perfil do homem, buscando o humanismo realista, (86) na medida em que, como demonstra MONDOLFO, êle não importa no compromisso com uma espécie de materialismo clássico ;(87) e também na medida em que se abrem possibilidades de análise do homem, segundo níveis adaptáveis à confluência das investigações científicas, no mesmo plano global. (88) Para o encaminhamento, GUERREIRO RAMOS reclamou elementos da dialética, da Sociologia do Conhecimento, do historicismo e do culturalismo. (89)

A partir dêsse nível, com sua influência de retôrno sôbre o afazer interno das ciências humanas, é que se poderá pensar numa teoria integrada. A troca de informações de cada setor especializado se realizará, então, através da *longa manus* dum saber coerente, abordada a ciência, em seu conjunto, como uma "instituição para conhecer a verdade" (90)

(82) GUERREIRO RAMOS, ob. cit., pág. 199.

(83) *In Pour Connaître*, cit., págs. 12-13.

(84) *Questão de Método*, págs. 48 e *passim*.

(85) *Le Marxisme*, cit., *passim*.

(86) *In* MONDOLFO, *Estudos sôbre Marx*, São Paulo, Mestre Jou, 1967, págs. 215 e segs.

(87) Ob. cit., págs. 215-216.

(88) GOULIANE, ob. cit., pág. 22.

(89) Ob. cit., pág. 199.

(90) MAX SCHELER, *La Esencia de la Filosofia y la Condicion Moral del Conocer Filosófico*, Buenos Aires, Editorial Nova, 1958, pág. 135. Nessa perspectiva, a falsa oposição entre Filosofia e Ciência, a primeira como um saber apodíctico alienado e de especulação "pura" e a segunda, como um empirismo rasteiro, vai-se dissolvendo, sem que a Filosofia se tome, novamente, daquêle orgulho que termina em "anátemas recíprocos" (ADORNO, *Justificación de la Filosofia*, Madrid, Taurus, 1964, pág. 14) ou do complexo de inferioridade, nutrido pelo terror de se ver refutada como "diletante" (*ibidem*, pág. 12). É a sua essencial função crítica e totalizadora, que subsiste, nas formulações atualizadas (ver CUVILLIER, *Parti Pris*, cit., págs. 50-55; FERRATER MORA, *La Filosofia en el Mundo de Hoy*, págs. 85 e segs.). O filósofo recupera o seu perfil, comprometido pela redução comteana ao papel de "especialista em generalidades" (FERRATER, pág. 85), embora a trôco de podar algumas de suas árvores "demasiadamente frondosas" (FERRATER, pág. 118). Devolvido à sua verdadeira função, o filósofo tem, para si, não a adição positiva da informação científica, nem o atalho para o ser, em olímpico isolamento, mas vive engajado, na teoria e na *praxis*, como participante e teorizante, nos padrões duma "especulação crítica" (FERRATER, pág. 89). Neste sentido, para marcar o acôrdo, é que se reinterpreta aquela tese sôbre FEUERBACH, aparentemente fulminante, que opunha à interpretação filosófica do mundo a sua reconstrução prática (ver LEFEBVRE, *Pour Connaître*, cit., págs. 123 e segs.). A "especulação crítica", para não perder-se nas nuvens "metafísicas", não necessita

que só a divisão de trabalho vota ao procedimento parcelado. Aliás, o intinerário nessa direção já parece suficientemente demarcado, não apenas em combinação de elementos das próprias correntes que disputavam a abordagem do homem, como, igualmente, pela tendência acentuada, para derrubar as reprêsas das ciências particulares, transformando-as numa espécie de fundo comum, redistribuído, a cada momento, segundo as necessidades dos diferentes níveis de análise.

Assim, por exemplo, a primeira antítese, com que nos defrontávamos, depois do movimento positivista e da *grand theory* correspondente, era a de naturalismo e culturalismo, desenvolvida em tôrno de natureza e "espírito", para terminar a braços com as noções, falsamente opostas, de liberdade e determinação. As direções naturalista e culturalista foram restringindo, todavia, o seu clamor, até o encontro, no plano metodológico, escoimado da filosofia idealista, que animara a criação da segunda corrente. Depois da mera empatia intuitiva de DILTHEY, o culturalismo, sobretudo na passagem por MAX WEBER, (91) procurou organizar-se, científica e objetivamente, vestindo a compreensão de parâmetros em nada incompatíveis com a investigação empírica, a observação externa e os procedimentos de contrôle, conceptualização e transmissão. (92) A teimosa cisão entre natureza e "espírito", que ainda animava HUSSERL, o espírito "em si e por si" (93) do seu idealismo básico, vai perdendo o sentido; e a compreensão se alia aos procedimentos científicos gerais, para evitar aquêles "sistemas que só existem na cabeça do teórico". (94) Por outro lado, a fôrça da tradição empirista americana procura abrir-se a uma ossatura teórica mais firme, que com PARSONS, por exemplo, já reconhece que "as duas tarefas centrais da ciência são claramente a pesquisa empírica sôbre problemas teòricamente significativos e a construção teórica no sentido especìficamente técnico". (95) Nesse clima, a compreensão (*verstehen*), cavalo de batalha do culturalismo, enquanto contraforte subjetivista e idealista, pode ser incorporada, tranqüilamente, ao sistema de técnicas em que se reparte a metodologia científica, e vincar

exercer a função passiva de simples almoxarifado das descobertas científicas. E as ciências não vivem, sem o retôrno crítico sôbre seus fundamentos, metodologia e resultados, que já é Filosofia.

(91) JULIEN FREUND, *Sociologia de Max Weber*, Rio, Forense, 1970, págs. 33 e segs. PETER WINCH, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, London, Routledge & Kegan Paul, 1967, págs. 111 e segs.

(92) PERPIÑA RODRIGUES, ob. cit., pág. 305.

(93) EDMUND HUSSERL, *La Crise de l'Humanité Européenne et la Philosophie*, Paris, Republications Paulet, 1968, pág. 255.

(94) PERPIÑA RODRIGUES, ob. cit., pág. 305.

(95) *Apud* WOLFGANG & FERRACUTI, ob. cit., pág. 5. É claro que PARSONS ainda está bem longe de sentir o problema, na sua inteireza, mas a preocupação teórica já é bem sensível. Restaria escoimá-la, não só dos impulsos formalistas, como daquela sua linguagem arrevezada, que provocou a pilhéria de WRIGHT MILLS, traduzindo-lhe os textos do "parsonês" para o ... inglês (ver WRIGHT MILLS, *The Sociological Imagination*, New York, Oxford University Press, 1959, pág. 29, a respeito, justamente, do conceito de anomia).

preocupações das ciências sociais inglêsa ,(96) americana, (97) francêsa, (98), chegando à Criminologia, onde se integra harmoniosamente. Além do caso de WOLFGANG e FERRACUTI, que a adotam explìcitamente, é preciso lembrar a obra monumental de MANNHEIM, cuja familiaridade com a bibliografia alemã, temperada com as tendências inglêsas, salva-o, ademais, daquela ingenuidade de WOLFGANG, êste último citando a distinção windelbandiana entre ciências nomotéticas e idiográficas, através da vulgarização de BECKER. (99) MANNHEIM (100) sustenta que a Criminologia é idiográfica *e* nomotética, simultâneamente e manobra a compreensão com teutônica familiaridade. Aliás, pelo menos desde EXNER, a compreensão ganhara foros de cidade na investigação criminológica (101) e PELAEZ já procurava organizar aquela convivência da compreensão e da explicação, referindo-se, ademais, às falsas alternativas de determinismo e indeterminismo. (102)

O afastamento da linha espiritualista, inicialmente irmã xifopaga do culturalismo, ensejou a incorporação metodológica de sua intuição compreensiva ao "esquema anfíbio" (103) para arrematar uma "complementariedade polarizada" (104) dos estudos. Poristo, ela pôde ressurgir, acima de fundas cisões ideológicas, tanto num GILBERTO FREYRE, quanto num GUERREIRO RAMOS, cuja "redução sociológica", não obstante, já sofreu a crítica muito aguda de que fica "a meio caminho", pois leva a focalizar a "contradição nacional" e, ao mesmo tempo, a "subestimar as contradições entre as classes". (105) Não se deve, entretanto, desprezar, em qualquer hipótese, todo o encontro, pois, decerto, "pensadores de diferente orientação teórica podem contribuir, embora em grau desigual, para o acêrvo das verdades científicas"; (106) e, ademais, os pontos críticos, de convergência e divergência, permitem determinar as fraquezas do arcabouço teórico, em cada caso, bem como se tornam sintomáticos da ordem de preocupação, que indica as regiões

(96) Ver R. P. RICKMAN, cit., *passim*, especialmente págs. 136-137, referente à Criminologia.

(97) A propósito, WOLFGANG & FERRACUTI, ob. cit., págs. 4-5.

(98) Ver RAYMOND BOUDON, ob. cit., págs. 20-21.

(99) Ver *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, n.º 3, outubro-dezembro de 1963, pág. 47.

(100) *Comparative Criminology*, cit., vol. I, págs. 4 e 12.

(101) *Biologia Criminal en sus Rasgos Fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1946, págs. 30-31. A respeito, ROBERTO LYRA FILHO, *En Torno a...*, cit., págs. 10 e *passim*.

(102) *Introduzione...* cit., pág. 106, quanto a coexistência de métodos explicativos e compreensivos; e 101, quanto ao abandono correlativo da alternativa entre determinismo e liberdade.

(103) GILBERTO FREYRE, *Sociologia: Introdução ao Estudo de seus Princípios*, tomo 1, pág. 146. Ver ROBERTO LYRA FILHO, prefácio ao livro de FREYRE, *Como e por que...* cit., pág. 17.

(104) PELAEZ, ob. cit., pág. 186.

(105) Crítica em apenso a GUERREIRO RAMOS, ob. cit., págs. 218 e 227.

(106) *Ibidem*, pág. 225.

onde se reclama a *aufhebung*. Assim é que, dialèticamente, a marcada individualidade, em todo sistema, vai armando, cumulativamente, os indícios de um movimento geral de reflexão à altura do tempo. Veja-se, por exemplo, como a difusão da fremente atualidade de certas cogitações atinge as mais diversas áreas de especialização, para indicar, simultâneamente, um estilo comum ao estado atual do pensamento e os ingredientes principais de sua operação. Basta notar o que representa o método das premissas de valor explicitadas, na teoria econômica de MYRDAL, ou a expressividade de certos pontos de apoio comuns, em construções sociológicas tão diversas quanto as de RECASÉNS SICHES, FREYER e ECHAVARRIA. (107) A polarização mostra como o esfôrço no sentido duma análise objetiva reflete, nas diferentes posições, o empenho para deslindar problemas comuns. Esta marca, determinada pela situação dos pensadores, no contexto em que se desenrola seu trabalho intelectual, desperta reações diversificadas no homem situado entre teoria e *praxis*, sob o impacto dum repertório de estímulos que é, por assim dizer, ecumênico.

Assunto correlato ao culturalismo enquanto posição epistemológica, é o da teoria da cultura. Nesta, contemporâneamente, já se desprendeu o pensamento científico das noções "clássicas" e, passando pelas hierarquias culturais evolucionistas do século XIX, ganhou, de KLEMM e RUTH BENEDICT ou MARGARET MEAD, sem esquecer os antecedentes de MALINOWSKI, um relativismo cujas ambiguidades ideológicas foram bem destacadas por BAUMAN. (108) Na realidade, o relativismo tende a associar-se ao formalismo subjetivo ou objetivo, funcional ou estrutural, como se observa nas direções estruturalistas, há pouco em voga. (109) Isto importa em dizer, apenas, que, assim como a explicação e a compreensão descobriram vínculos na análise do valor e sentido da positividade objetiva, as abordagens formais também já vão desenvolvendo as suas técnicas de apoio, decerto fecundas, quando não comprometem, numa epistemologia idealista, o falseamento ontológico do homem. Neste sentido é que operam as ressalvas enérgicas de GILLES GASTON GRANGER. (110) E, nessa mesma ordem de raciocínio, é que a nova lógica (simbólica, matemática), os diferentes pro-

(107) Ver A. L. MACHADO NETO, *Problemas Filosóficos das Ciências Humanas*, Brasília, Editôra da Universidade de Brasília, 1966, págs. 69 e segs. Está claro que êste eminente autor só pode chegar às "conseqüências relativísticas da Sociologia do Conhecimento" (págs. 188 e segs.), por que raciocina lógica e, dialèticamente, "simplificando", inclusive, alguns problemas, para falar no "economicismo" marxista. Ver notas 6 e 8.

(108) Ver BAUMAN, ob. cit., págs. 488 e segs.

(109) Ver nota 79. Quanto às relações entre marxismo e estruturalismo, ver, também, LUCIANO ZAJDSZNAJDER, *Sôbre Althusser, in A Crise do Pensamento Formalista, Revista Tempo Brasileiro*, Rio, ns. 23-24, 1970, págs. 83 e segs.

(110) Os estudos formais de GILLES GASTON GRANGER, como o já citado (nota 79), demonstram, exatamente, que, para empreendê-los, não é necessário esposar o *formalismo*. GRANGER é tudo menos isto (ver, de sua autoria, *La Raison*, Paris, Presses Universitaires de France, 1955, especialmente, 89 e segs.).

cedimentos de qualificação aplicados às ciências do homem e as sugestões da semiologia não se revelam, *eo ipso*, incompatíveis com o sentido dialético do homem integral, a não ser quando procuram organizar-se, enquanto filosofia, à maneira nominalista, (111) trocando a pesquisa da verdade pela barragem de sinais, números e palavras, enquanto "fato último" da realidade que consideram. É, aliás, nesse ponto que se desatam os aspectos positivos e negativos dum estruturalismo à LEVI-STRAUSS. Qual é o "fato último", na órbita dos assuntos humanos? (112)

O confronto, entre espiritualismo e materialismo, despertara uma espécie de antítese, cujo ciclo se esgotou nos têrmos de antinomia lògicamente insuperável, dentro dos quadros dum positivismo, herdado da antiga teoria da ciência. O espiritualismo chegou a opor, inicialmente, um veto à Psicologia Experimental e à Sociologia Empírica, na ocasião, por exemplo, da polêmica entre DURKHEIM e DEPLOIGE, êste último pertencente à velha linha do pensamento de LOUVAIN, já agora superado. Hoje, aquêle poeirento idealismo espiritualista bateu em retirada, espancado pelo evolucionismo vitorioso. Mas essa vitória bem firmada teve de ser paga ao preço de cortar as arestas da *struggle for life* darwiniana. De todo modo, o espiritualismo impetrou concordata e apareceram as acomodações, em todos os níveis, desde a antropogênese Teilhardiana (113) até as oscilações da dinâmica psíquica de NUTTIN (114) ou as ressalvas sociológicas de LECLERCQ, (115) estes dois últimos integrados num espírito, já bem diferente, que triunfou em Louvain, mais recentemente.

Em síntese, é a assunção, e, não, a rejeição do determinismo, que define o homem, enquanto ser livre — têrmos sòmente incompreensí-

(111) O têrmo é, aqui, empregado no sentido B, consignado em LALANDE (*Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1947, pág. 670), para designar a exacerbação do formalismo científico, que aliena a ciência numa espécie de mera *linguagem*, para notação de fenômenos e formulação de receitas práticas, sem compromisso definido com a verdade e o conhecimento do real. Daí o desenraizamento de estruturas, para uma exploração de relações entre seus elementos, perdendo de vista o que elas representam. Isto fica bem claro, nas ligações entre os estruturalismos matemático, lingüístico e filosófico, que GRANGER apontou, em texto já citado (nota 79).

(112) Ver BAUMAN, ob. cit., pág. 492.

(113) Ver, por exemplo, TEILHARD DU CHARDIN, *L'Apparition de l'Homme*, Paris, Éditions du Seuil, 1956, págs. 298 e segs. no desenvolvimento da lei de complexidade-consciência. Para uma revisão recente: ver *Études Teilhardiennes*, anuário da *Association des Amis de* PIERRE TEILHARD DU CHARDIN, Centro Belga, Bruxelas, 1969, n.º 2, *passim*: coletânea com o título *L'Évolutif et l'Humain Aujord'hui*.

(114) NUTTIN, *Psicanálise e Personalidade*, Rio, Agir, 1961, págs. 166-167.

(115) J. LECLERCQ, *Introdução à Sociologia*, Coimbra, Armenio Amado, 1963, págs. 147 e segs. Numa discussão geral: SIDNEY HOOK (org.), *Determinism and Freedom the age of Modern Science*, New York, New York University Press, 1958, *passim*.

veis para quem careça de elementar iniciação à dialética e já divulgados, até, em compêndios, como "ciência adquirida". (116)

Por outro lado, entretanto, não basta invocar a dialética, tal como se faz com excessiva freqüência, para resolver todos os problemas: é preciso vê-la e praticá-la, realmente, como "apropriação real da essência do homem pelo homem" (117), descobrindo as alienações, que o reificam, seja qual fôr o contexto em que isto se manifeste.

Os determinismos mecanicistas, desde os psico-físicos aos sociais, estão liquidados; mas o determinismo sobrevive, indene, dentro duma antropologia filosófica dialetizada. Quando a macrocriminologia desarmou as "explicações" globais do crime, em têrmos microcriminológicos — e isto vem sendo reiterado, a cada ponto, mediante a crítica cerrada dos "fatos" apurados em investigações biológicas e psicológicas — ficou, entretanto, a própria análise macrocriminológica a braços com um conceito de aberração, cujas limitações formalísticas já foram denunciadas. Aí surge o apêlo dramático de SZABO à Ética. É preciso, entretanto, explorar, mais profundamente, (118) êste veio. Tôda ética funda-se na liberdade, mas, em aparente paradoxo, lida com sujeitos conscientes (de suas determinantes), e livres (dentro do quadro que aquelas determinantes, ao limite, podem traçar), perante um sistema ético-normativo, que constitui a superestrutura de seus padrões básicos de convivência social. Por outro lado, o sistema ético-normativo *não é único*, mas vem contrastar-se, na dialética de grupos e classes, dentro da "sociedade global" com outros padrões, que disputam a hegemonia, num jôgo de contradições, dentro do qual o verniz ético recobre racionalizações da posição daqueles mesmos grupos e classes. Sabendo-o, isto é, apropriando-se da idéia de sua posição relativa, na estrutura, é que o homem pode conscientizar o processo e contribuir para reorientá-lo, instaurando a dialética de objetivação do possível subjetivo e dos imperativos das normas objetivas, (119) que não são, apenas, as da sociedade global, mas também as da própria "subcultura" onde êle esteja eventualmente imerso. O sociologismo ético obscurece "o que ocorre no homem concreto, do momento subjetivo à dialética de objetivação". (120) Mas, nessa oposição entre o homem

(116) Por exemplo, *in* HUISMAN & VERGEZ, *Traité*, cit., *Metaphysique*, pág. 151: "O conhecimento e a utilização do determinismo são instrumentos de *libertação* do homem". A necessidade só é cega, quando não é entendida (ENGELS, *apud* ob. cit., pág. 152).

(117) *Apud* GRANGER, *La Raison*, cit., pág. 101, ver, também, págs. 102-103.

(118) A propósito, ADOLFO SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Ética, Rio, Civilização Brasileira, 1970, *passim*. VÁZQUEZ, entretanto, peca por uma concepção demasiado estreita do jurídico (pág. 83 e segs.), porque só vê o fenômeno, do ponto de vista do direito formalizado, através do conduto estatal. Isto não impede que se recomende a obra, principalmente pela limpeza do estilo e a argúcia da análise de quase todos os aspectos do fenômeno ético.

(119) JEAN PAUL SARTRE, *Determinación y Libertad in Moral y Sociedad* (vários autores), Córdoba, Editorial Universitario, págs. 31 e segs.

(120) GOULIANE, ob. cit., pág. 210.

concreto e as determinações exteriores, certamente condicionada à situação, (121) jamais se impelirá o sujeito à absorção *automática* dos valôres impostos por sua classe, ou por outras: o homem é, ao mesmo tempo determinado e livre, ente e cognoscente, inclusive nos limites entre os planos de autoconhecimento como espécie e como pessoa. As éticas metafísicas é que cavam abismos entre dado e valor, porque absolutizam o valor, para querer que o dado se conforme a êle. Dialèticamente, a *verdade* não está em qualquer das resultantes do processo, mas *no processo mesmo*, conscientizado como trânsito constante entre valor e necessidade. "O dado humano, êsse complexo de fraqueza e fôrça, incerteza e sêde de auto-afirmação, erros e certezas, tem, sempre, o sentido dialético do dado, capaz de oferecer outra coisa, além do limite ultrapassável" (122). A necessidade histórica impele o processo de síntese, que não está,, nem no fôro íntimo da consciência individual (primeiro subjetivismo), nem na pressão da consciência coletiva (segundo subjetivismo, êste último hipostático), mas na interação dialética da teoria e *praxis* (123).

A imagem do homem completo tende, portanto, a absorver, dialèticamente, o homem natural (produto de uma progressão de valôres da matéria, levada a altos graus de arranjo e centração, segundo os quais se delineiam as passagens ao limite da biosfera e da noosfera, com o sucessivo aparecimento da vida, e da consciência, enquanto preliminares da hominização) (124) e o homem cultural que altera o puro quadro naturalístico, para nele inserir os produtos de suas interrelações com o meio físico e com os outros homens, formando diferentes padrões estruturais. Goetheanamente, no princípio era a ação, mas, sôbre essa estrutura, elementos, de organização cada vez mais complexa, revertem, para influenciar a base natural e social, e transformá-la, segundo aquisições que os projetos emergentes reorientam, a partir dos dados da *praxis* mesma. O homem global não será uma simples resultante dessas determinações, porque sua característica — a única, cientìficamente comprovada e filosòficamente admissível — é a autoconsciência, como base de autogovêrno.

A razão não é mero ingrediente externo, pôsto no homem (o "espiritual", para além do físico-psíquico e do vital), por uma criação,

(121) As classes em ascensão definem os rumos objetivos do processo histórico e abrem o ensejo à viabilidade das reorientações, dentro do quadro de possibilidades da conjuntura. São essas classes as produtoras de éticas de realização, enquanto contrastam com, e desafiam as, éticas estáticas do arranjo dominante (ver GOULIANE, ob. cit., pág. 212).

(122) GOULIANE, ob. cit., pág. 213.

(123) A reflexão do homem não se opõe ao meio natural ou social e cultural (produto da "modificação" da natureza pelo homem); *salta* dêles, para desvendar e, portanto, dominar não só as fôrças biológicas, donde emergiu, como os produtos culturais que forjou. "Produzindo-se, assim, o homem produz *seu mundo* e se modifica e produz a si mesmo" (LEFEBVRE, ob. cit., pág. 13). A propósito, ADOLFO SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *Filosofia da Praxis*, Rio, Paz e Terra, 1968, *passim*.

(124) TEILHARD DU CHARDIN, ob. cit., pág. 302.

sacada a alguma instância transcendente; nem, por outro lado, é a racionalidade do homem um epifenômeno de sua base fisio-psíquica. A razão está imanente, na estrutura do homem, a partir daquele potencial, oriundo de uma transformação qualitativa, que não constitui mero "salto anatômico": a "consciência centrada", que TEILHARD chamou "consciência ao quadrado", pois é, também, consciência da consciência no seu processo de gênese, desenvolvimento, operação e endereço. (125)

O orgulho que essa faculdade trouxe consigo tendeu a sobreestimar a razão. A alienação, que foi produzindo o pensamento, como simples especulação, desporto de classes ociosas, passou a descomedir-se, isolando o "dom divino" da estrutura somática, "inferior", só aproveitada pelos que usam, sobretudo, os músculos, para carregar, no trabalho, o pêso da estratificação social entronizada. São muito renitentes os espiritualismos de vários tipos e a arrogância da chamada *intelligentzia*. As religiões, a seu tempo, atuaram, socialmente, nas suas formas hierarquizadas e comprometidas com as diferentes formas de *establishment*, à maneira dum aval dos privilégios. Por outro lado, o racionalismo "desteologizado" constituiu, apenas, o refúgio, no crepúsculo dos deuses, do homem que se divinizava, sem o intermediário transcendente. Continuava a ser, entretanto, uma razão, como princípio espiritual estranho, dentro do corpo humano, sinal da singularidade, não biológica e efetiva, porém metabiológica e ideal. Quebradas as imagens antropomórficas, restou o espelho, em que o homem passou a mirar-se, vaidosamente. Sob o ponto de vista filosófico, o desaparecimento dos *numes*, deixou o pensamento entregue à postulação dos *númenos*, seguindo o caminho comteano, do teológico ao metafísico. Porém, quando se inaugurou a etapa dita científica, *numes* e *númenos* perderam-se nos *fenômenos* e o homem, epifenômeno humilhado, escondeu os próprios ressentimentos na deleitação nominalista dos *númenos*. Êsse caminho só poderia terminar, como de fato ocorreu, numa espécie de revolta da consciência *désaxée*, ao momento em que a euforia social da burguesia, que, ideològicamente, se exprimira nos têrmos do cientificismo, encontrou, na crise de seu prolongado declínio, um instrumento adequado pelo conteúdo anti-científico, apresentado na sua origem: o existencialismo, filosofia própria da desorientação institucionalizada, com a sensação de isolamento, buscando compensações no "eu" que se "experimenta", na comunicação. (126)

A abertura para a recuperação da dignidade, através do humanismo realista, proscreveu o positivismo naturalista e mecanicista e o subjetivismo existencial (muitos existencialismos transformaram-se,

(125) Ob. cit., págs. 313 e 317. O homem é capaz de dobrar-se sôbre si mesmo e não só conhecer, transitivamente, objetos, mas conhecer-se, enquanto cognoscente, na dialética do mero ser e estar no mundo e do saber-se, sendo e estando no, e transformando o, mundo e a si mesmo.

(126) Ver nota 55.

como o de SARTRE) desenterrando, para evitar os falsos subjetivismos, tanto quanto os falsos objetivismos, (127) o caminho dialético, perturbado em sua linha de desenvolvimento, pelas determinações duma *praxis*, sem vôo teórico e que se enrijecera nas formas de "dogmatismo bruto". (128)

A Criminologia não poderia deixar de acompanhar tôdas essas peripécias; e a reaquisição de um itinerário, baseado no esquema do homem global, poderá chegar a desobstruir os *impasses* da teoria criminológica, na medida em que, também dialèticamente, comece por afastar o seu paradoxo científico. Enquanto ciência, que procura a compreensão e explicação dos processos "naturais" e "sociais" de manifestação do fenômeno delituoso, para generalizá-los, a Criminologia é forçada a operacionalizar um conceito, o de crime, històricamente determinado pelas manifestações específicas da cultura — e, inevitàvelmente, das "subculturas".

Nesse empenho, o conceito, mesmo, de crime é parte do afazer criminológico; e o criminólogo há de estudar, conjuntamente, o processo de aberração e a gênese das normas éticas e, em especial, jurídicas, assumindo a relatividade das formalizações, para integrá-la numa teoria superior, mais abrangedora, que compreenda e explique o fenômeno delituoso, como um capítulo da dialética dos valôres. A situação é semelhante à que, *mutatis mutandis*, ocorre na Psiquiatria, com a noção de doença mental, como já observei e demonstrei, noutro ensaio. (129)

Aqui, em uma focalização do crime, não basta determinar as suas características formais, pois a Criminologia não funciona como reboque do formalismo jurídico. Por outro lado, também não há melhor saída, através da delegação à Sociologia empírica, tal como ficou demonstrado.

A integração da Criminologia e do Direito Penal há de buscar suas raízes dentro dum reexame da Filosofia Jurídica, que a ponha em correlação com a Antropologia Filosófica esboçada. Essa tarefa de repensar o conceito de Direito, a que me venho dedicando há tempos, é, então, o desdobramento natural e necessário duma investigação árdua, mas inevitável. E, através dela é que se poderá encaminhar o entrosamento da especulação filosófica e do afazer científico, nos têrmos duma Criminologia Crítica. (130)

(*continua no próximo número*)

(127) LEFEBVRE, ob. cit., págs. 12 e 124 e segs., sobretudo.

(128) *Ibidem*, pág. 10. Ver notas 8, 48, 84, 85 e 86.

(129) *Panorama Atual da Criminologia*, *in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, outubro-dezembro, 1966, n.º 15, pág. 51.

(130) Ver a referência a NAGEL na nota 31, *in fine*.

LITERATURA SOCIAL E CRIMINALIDADE

ROBERTO LYRA

I

1. A arte a serviço da ciência. 2. Zonas sociais. 3. Borracha. 4. Cacau. 5. Açúcar.

1. Desde 1936 (vêde meu livro *Direito Penal*, 1.º vol. e o material divulgado, sobretudo na *Revista Brasileira de Criminologia*, de 1947 a 1959), venho realizando pesquisas sociológicas sôbre a criminalidade na arte em geral. *A arte a serviço da ciência* — assim denominei o movimento para fixar a sociogênese específica e não para ilustrar esquemas de classificações de criminosos, como ENRICO FERRI e seus continuadores, senão imitadores, ou para procurar intuições esparsas e genéricas, como muitos outros. Tratei dêles em vários trabalhos e, mais recentemente, em "Apologia do Direito Penal".

Em 1963, JEAN PINATEL apresentou uma "Criminologia literária que explora as obras literárias para nelas procurar a confirmação das teorias". Teorias cinzentas, de que falou GOETHE, quando é "verde a árvore da vida".

Repeli os disfarces da propaganda de um sistema econômico pelos ressuscitadores dos "romances industriais" (*Cultura e Sociedade*, de RAYMOND WILLIAMS, S. Paulo, 1969), como os de GASKELL, DICKENS, DISRAELI, KINGSLEY, GEORGE ELIOT.

Os documentos sociais exibem ao natural o que se artificializa em leis, tratados, compêndios; o que não figura nas estatísticas, porque a Polícia e a Justiça sòmente tomam conhecimento do que pode e quer; o que jaz sem verificação e relacionamento em arquivos e museus; o que cede à paixão e ao interêsse no govêrno ou na oposição; o que é sacrificado pela pressa imediatista e sensacionalizante do jornalismo; o que se fragmenta e superficializa. Onde buscar a verdade? Onde melhores fontes? Onde obter o corte das peculiaridades, o ignorado e encoberto, a imagem da vigência da justiça privada e da justiça de classe, direta e discricionária, o exercício do "direito" de

punir do latifundiário, do "senhor" de engenho, fazenda, estância etc.? Por dentro das cêrcas dos feudos modernos a fantasia celerada consegue criar nos abismos esgotados da tortura. De JOSÉ AMÉRICO (*A Bagaceira*). "Xinane tinha ido, alta noite, furtar o aipim que havia plantado e, pressentindo os vigias, se entocara no canavial. Levado à presença do senhor de engenho, êste ordenou ao feitor: — Lambuze o trazeiro de mel de furo e assente no formigueiro. Xinane alarmou-se: — Por amor de seu Lúcio!... — Lambuze, bem lambuzado! — Por amor da defunta! — Nesse caso, dê-lhe umas tronchadas. Manoel Broca prontificou-se: — Fica por minha conta. Trinta lambadas. E ali mesmo, uma, duas, três... logo na terceira, o caboclo grunhia e mijou-se. E o xexéu deu-lhe uma vaia em têrmos". Mandato vindicativo oficial? De HUMBERTO DE CAMPOS (*Memórias*). "Feliciano Véras, meu tio, já depois de aposentado, passava o dia inteiro dando audiência e proferindo com humorismo sentenças bizarras, fora da lei, mas dentro do bom senso e do bom humor, quando o fizeram delegado de polícia. Um dia, apareceu-lhe um caboclo. — "Seu" coronel, eu venho me queixar contra o meu vizinho, o Antônio Malaquias. — Que fêz o Antônio Malaquias, meu amigo? — Tocou fogo no meu roçado. Meu tio voltou-se para o interior da casa, pedindo uma caixa de fósforos. Trouxeram-lha. E êle, para o queixoso: — Aqui está, meu amigo. Leve esta caixa de fósforos e, por minha conta, toque fogo no roçado do Malaquias!". Em meu livro *Direito Penal* (Rio, 1936) relatei êste fato sem teoria de "promessas" e "piedades" assassinas: "O latifundiário nordestino mandou um de seus cabras matar o deflorador da filha. Encontrando-se depois com o "executor", à porta da igreja local, disse-lhe que não executasse a ordem contra o indicado, pois fôra outro o sedutor. E nomeou o que devia ser sacrificado, o verdadeiro autor. O mandatário respondeu: — Agora, não é mais possível. Já prometi a Nossa Senhora matar aquêle mesmo. Só se matar os dois." De RUY BARBOSA: "Depois de *pepinar*, à ponta de faca, o corpo do adversário, o assassino vai à primeira capela ou cruz da estrada rezar pela alma do defunto". Poderia completar o quadro, acrescentando que o esfaqueador iria à primeira bodega para a talagada especial.

Sòmente a arte pode mergulhar intensamente de olhos abertos nas ondas sociais. Não se encontra no "ventre dos autos" o que está nas entranhas da sociedade. Manejos agitatórios e não repositórios.

Juristas e literatos brasileiros com intuição ou senso sociológico reconheceram: "O romance não é a vida em ponto pequeno, porém a vida em ponto grande. Não são sòmente os nossos próprios esforços e lutas, afetos e recordações que temos ocasião de achar na bagagem do romance. Aí também se encontram ciência, filosofia, arte, política, religião; aí nos relacionamos com tôdas as questões do tempo, compreendemos o seu alcance, sentimos a urgência de uma solução" (TOBIAS BARRETO). "A poesia e a prosa sociais são produtos da sociedade no seio da qual nascem e da consciência social, que se abaixa

ou se eleva, se retrai ou se alarga, se relaxa ou se fortifica, com o meio social" (ARTUR ORLANDO). "Nos romances e dramas os males sociais são minuciosamente descritos, meticulosamente analisados, rigorosamente dissecados e os remédios sociais são estudados" (PEDRO LESSA). "O excelente estômago da arte é capaz de digerir tudo" (OTTO MARIA CARPEAUX).

FERREIRA DE CASTRO (*O Instinto Supremo*) foi "fiel à realidade literária, que, pelo seu poder condensador e harmonizante, é, como de há muito se sabe, mais convincente, tantas vêzes mais verossímil e mais verdadeira do que a da própria vida". E confessou: "Em numerosos passos desta obra, rompi deliberadamente com a história. Procurei que os seus heróis não parecessem mitos, que os seus atos não segregassem a incredulidade que brota das fábulas, que as suas virtudes emergissem da própria condição humana, como em tôdas as épocas foi verdade, antes dos acontecimentos se tornarem históricos".

FREUD foi buscar seus símbolos na tragédia grega. MÉLANIE KLEIN baseou-se num romance para imprimir "novas direções à psicanálise" com suas concepções sôbre a constituição do "eu", notadamente as modalidades primitivas da identificação. FREUD acentuara, principalmente, a relação entre identificação e introjeção. MÉLANIE KLEIN propõe-se, partindo do romance de JULIEN GREEN (*Si J'Étais Vous, Plon*, Paris, 1947), a analisar o mecanismo complementar, por êle chamado identificação projetiva. Não se trata de simples atribuição a outrem de qualidades ou emoções que nos seriam próprias, mas, em sentido quase realista, a projeção de certas partes de si mesmo (ou de certos "objetos internos") sôbre ou, melhor, dentro de outra pessoa.

ETIENNE DE GREEFF derivou para a ficção seu desencanto metafísico e seu ceticismo científico diante dos princípios do conhecimento e da ação e da dinâmica dos processos psicológicos e da personalidade. Escreveu dois romances. Reencontrou suas angústias, mas para libertá-las.

Em livros de ciência, AFRÂNIO PEIXOTO não poderia descrever, como no romance *Maria Bonita*, a natureza e a vida nas regiões do Rio Pardo e Canavieiras no litoral baiano, com os choques de homens, mulheres e crianças econômicamente inferiores, as receitas contra o mau olhado, os amuletos que salvam de bala, facada ou veneno, os barqueiros que fazem cessar as chuvas, expondo aos pingos d'água uma pequena estátua de Stº Antonio.

Se ESTÁCIO DE LIMA, com todos os títulos, erudição e tirocínio, escrevesse relatórios ou monografias sôbre a prostituição, seria citado e seguido pelos "técnicos", e encabeçaria bibliografias classificadas. Mas, como honrou a verdade com a beleza, a densidade e a profundeza da arte no romance *Rua do Açouguinho*, para desmascarar todos os desvãos ocultos, merece o desdém ignorante e insensível. Sôbre a prostituição na Guanabara vêde *Telhado de Vidro*, de NESTOR DE HOLANDA, Rio, 1967.

As próprias noções técnico-jurídicas seriam prontamente entendidas e gravadas, como as de êrro de pessoa (*O Hóspede*, conto de LÚCIO DE MENDONÇA) e crime impossível (*O Assassinato do General*, conto de MEDEIROS E ALBUQUERQUE).

Em *Pour une Sociologie du Roman*, Paris, 1964, LUCIEN GOLDMANN equiparou a diferença entre o ponto de vista do sociólogo e do escritor à que existe entre o ponto de vista do corredor e o do atleta. As duas perspectivas não se contradizem. Completam-se, para o esclarecimento recíproco. É que os sujeitos da criação cultural são os grupos sociais e não os indivíduos isolados, os heróis demoníacos do romance — um louco ou um criminoso. O romance, como biografia e crônica social, reflete, mais ou menos, a sociedade da época.

Os supostos defeitos literários do excesso de material direto serão virtudes para o cientista. Êste não atribuirá ao objeto da investigação e da interpretação as próprias deficiências, sobretudo a insensibilidade para identificar o que sòmente a arte pode captar. Não é estranho que aceite "intenções" individuais ou de grupos quem combate as "intenções" sociais? Arte pura é a que não põe a criação a serviço de interêsses subalternos e facciosos, assim como é impura a que se associa, consciente ou inconscientemente, ao aformoseamento de privilégios e injustiças. Romancear, contar não é falsear.

GRACILIANO RAMOS espantou-se com a capacidade de fabulação de JOSÉ LINS DO RÊGO ao descrever a vida nos mucambos da capital de Pernambuco sem ter convivido com os seus habitantes. É que GRACILIANO não compreendia romance sem base na observação de fatos. Mas, o cientista não se fundará sòmente na receptividade dêste ou na apreensão daquêle, pois dispõe do conjunto que, literàriamente, constitui até ciclos de marca econômica (café, algodão, cana-de-açúcar, cacau, uva, caju, etc.). Além disso, penetrará, na vida e na obra dos autores e críticos, para discriminar entre cota de fantasia e lastro de documentação. "Contando a história da sua terra, JOSÉ LINS DO RÊGO nos põe diante dos olhos, como documentário autêntico, tôda a vida do Nordeste: o mandonismo dos coronéis, o conflito dos patriarcas rurais com os jovens bacharéis fracassados, a luta do progresso da industrialização contra o atraso feudal (a usina devorando o banguê), o espetáculo dramático do fanatismo popular e as tropelias heróicas dos bandoleiros soltos a fazer justiça com as próprias mãos, truculentos e brutais, as intrigas miúdas da política municipal" (PEREGRINO JUNIOR). JORGE AMADO, ao ser recebido na Academia Brasileira de Letras, disse que seus personagens são "pessoas simples do povo, mestres de saveiro e pescadores, Mestre Manuel, Maria Clara, Lívia e Guma, e sua ansiosa espera da morte no mar: negros e mulatos, o pai-de-santo Jubiabá e o negro Balduíno, Rosenda Rosedá e o Gordo; crianças abandonadas, os capitães de areia, trabalhadores dos campos de cacau e rudes coronéis de repetição em punho; rei das gafieiras da Bahia, Quincas Berro D'Água, e a mulata Gabriela, feita de cravo e de

canela, e o comandante Vasco Moscoso de Aragão, que amava sonhar e comandava os ventos". Vêde *Criaturas de Jorge Amado, de* PAULO TAVARES, Rio, 1969.

"Nosso romance nasceu dos contos e dos autos populares anônimos em processo de formação que absorveu três séculos de oralidade. Em conseqüência, e porque vinculado ao documentário desde as origens, captava acontecimentos, tipos e costumes, o romance brasileiro tem comêço, meio e fim no mundo (o mundo brasileiro) que engendra. Dir-se-á que, em sua legitimidade literária inteira, sem nada perder de sua autenticidade artística, serve como uma das contribuições definitivas para a compreensão do país e do povo. Em todos os seus caminhos, não tem como libertar-se de sua integração no mundo brasileiro. O país nêle pode encontrar a sua identidade. E pode encontrá-la sobretudo porque, em estado de testemunho, guardando as imagens como em um espelho, não anula em sua fixação as percepções dos romancistas. A matéria ficcional, viva para o documentário, chega ao romance precisamente para manter-se viva. A base literária não permite que vingue qualquer superação. E, efeito dessa presença que é permanente contemporaneidade, oferece ao romance a possibilidade de apreendê-la e conservá-la, configurando o mundo brasileiro. Quem quer que deseje conhecer êsse mundo — conhecê-lo no sentido de uma compreensão à sombra de todos os valôres culturais — basta voltar-se para o seu romance. Não é por acaso que, compondo a brasiliana, o país e o romance se fundem, històricamente, o segundo na dependência do primeiro, como demonstram os séculos da formação nacional e da oralidade literária. Os movimentos se processam em intercurso (da formação nacional e da oralidade literária), do século XVI que é o da descoberta, até a primeira metade do século XIX, ambos condicionados à fermentação dos produtos culturais. Em três séculos, enquanto o complexo cultural brasileiro se forma através do sincretismo, o país socialmente se caracterizando para converter-se em nação, é a matéria ficcional que se conforma (como prova a oralidade) para permitir o romance. E, ao surgir, pode surgir apenas após a nação independente e jurìdicamente organizada. Já os movimentos temáticos e as constantes literárias — dentre as quais o documentário — estabelecidos pela oralidade, estavam criados como seus componentes. Era como se o mundo brasileiro marcasse, em sua complementação cultural, a oportunidade do seu romance" (ADONIAS FILHO).

Romances, contos, crônicas serão pontos de partidas, indicações, condensações e não provas.

Além de tudo, os estudiosos aprenderão arte e ciência ao mesmo tempo. Meu lema inaugural — a arte a serviço da ciência — pode ser explicado. É a beleza a serviço da verdade social e do protesto humano para a harmonia. Sob aura humanista, despertaremos a flama vestibular da leveza e da palpitação. O que se recebe da arte não é

esquecido. Aliás, fora da invenção, tudo é arte em sentido magno. A própria invenção não será a coroação de esforços e assomos seculares, senão milenares? O sentimento vem antes do pensamento. A arte sente (ou pressente) a verdade que a ciência pensa.

2. A partir de 1954, localizei as zonas sociais do Brasil, povoando-as cronològicamente, com os fenômenos mais representativos em ação nos principais contos, crônicas, romances de lastro sociológico. Assim acompanho a evolução da criminalidade característica. Precedo sempre a seleção e a distribuição de inquéritos (autores, críticos e outros, conforme as circunstâncias) sôbre o realismo da descrição do meio natural e social e a autenticidade da explicação do homem. Elaborei (1954) mapa da divisão social do Brasil baseado em SILVIO ROMERO (*Provocações e debates*, Pôrto, 1910), atualizando-o constantemente, segundo uma mobilidade social que se tornou rotina.

O material reunido será locado, regionalmente, respeitada a sucessão dos reflexos do tempo no espaço. Inúmeros ensaios, monografias, inquéritos, sondagens facilitam a especificidade cronológica do conhecimento.

Na fixação das zonas sociais surgem, crescentemente, litígios, até a breve prazo sôbre os limites no espaço. Há imprecisões e oscilações quanto a litoral e interior, diante de quadros primitivos, infiltrações e ilhas sociais. Bem sei que a caracterização das zonas não resulta dêsses corpos estranhos, mas a estranheza é, muitas vêzes, anulada pela influência parasitária e viciosa. Para gôzo de ricos ociosos aparecem cantos e recantos que disseminam a oeste o espetáculo de exemplos funestos à ordem moral. Ao invés da ocultação e da separação feudais, temos a dissipação e o deboche ostensivos.

ALBERTO TÔRRES falou na "civilização de palácios, ao lado de regiões desertas..." E levantou sua grande voz em defesa das "multidões de indivíduos sem profissão, sem alimento, vivendo quase ao ar livre, em muitos lugares, realmente nômades, analfabetos, sem notícias da vida a uma légua de distância, sem consciência do dia seguinte". Antes de falar em criminoso, o carrasco nato deve atentar na "ambígua e miserável sociedade que se avista, hoje, em muitas regiões do país, à margem das estradas, à porta das vendas, nos campos, quase faminta, estúpida, sem estímulos, entregue ao álcool e ao furto".

Nôvo estilo trabalha a essência anacrônica de escravidão e feudalismo. Ainda hoje há regiões, "onde o direito penal, se não o próprio direito civil, ainda é o bacamarte". Assinalei, a propósito, o vasio da vida ao desabrigo, à mercê do sol ou da chuva, a consciência campal da insignificância da vida do homem. FRANCISCO CAMPOS registrou, na exposição de motivos do projeto convertido no Código Penal vigente: "O crime que os antigos chamavam *plagium* (art. 149) não é desconhecido entre nós, notadamente em certos pontos remotos de nosso *"hinterland"*. JOÃO LYRA, a quem recordo, menos pela saudade filial do que pela saudade cívica, em discurso, no Senado, a 18

de setembro de 1917, disse que as populações rurais suportam males semelhantes aos do regime colonial. Milhões de brasileiros ainda esperam o elementar, o vital.

Há campo sem vida agrícola predominante, cidade com vida agrícola enquistada ou campo e cidade com a convivência pastoril, agrícola e industrial. Dentro da mesma zona e "lavoura patriarcal" mantém-se ao lado da agricultura servida pela máquina, pela técnica, pela organização. As atividades agrícolas e pastoris não se limitam ao campo ou mesmo ao interior, desenvolvendo-se até no litoral. É o caso da zona rural, chamada sertão carioca. Há atividades industriais em tôda a parte, inclusive no campo. Daí diferenças sociològicamente ponderáveis e sempre instáveis. Avalia-se o que ocorre com a população adventícia.

Não importam denominações, subordinações ou limitações políticas que não determinam alterações substanciais. Mais atuantes são as flutuações populacionais, crônicas no interior e agudas no litoral, sobretudo com o êxodo e o aliciamento rurais, as deslocações e inadaptações forçadas. Separam-se, com todos os seus pertences sociais, a reserva para o "campo" na cidade e a "cidade" no campo. Além da imigração e da emigração horizontal, há a vertical. Com a propagação do som e da imagem, generaliza-se a sujeição artificial, transmitindo o som ao cego e a imagem ao surdo e ao analfabeto. A televisão e o rádio difundem usos e costumes, com tumultos e improvisos. Há pouco tempo, o primeiro encontro, em todo povoado, era com igreja, botequim, campo de futebol. Agora, o que, desde logo, assinala a mesmice é o motel, o pôsto de gasolina, o bar "americano" e os conseqüentes trajes, vocabulário, gestos que só a literatura e a arte registram flagrantemente.

Fixei, com precedência e continuidade, a justaposição natural e social no tempo e no espaço, para verificações indispensáveis a um Direito Penal verdadeiramente nôvo. Todo o material será conferido, provado e contra-provado para o estudo. As personagens peculiares não se diluem. Ao contrário, são produtos do meio, concentram-no, exprimem-no em determinados espaços e tempo.

Seguem-se, como amostras, alguns fragmentos para as pesquisas em curso.

3. *Borracha.* Na Amazônia abandonada, a criminalidade confunde-se com a "normalidade". E o que mais alarma é a rotina de sistemas celerados, que profissionalizam os maiores e os piores crimes. Os trechos literários como que se integram e se fecham, reproduzindo os lugares mais infestados pelos selvagens modernos. A Amazônia será removida para uma tela invisível. Fusão artística de homem e sociedade. Embrenhei-me, intelectual e afetivamente, por aquelas florestas, mergulhei naquelas clareiras que reagem ao sol em solavancos absurdos de insânia panteísta. O épico absoluto: o amazonense com uma forquilha tôsca investe contra a onça em pleno salto. E atravessa, sòzinho, as florestas em noites que são na verdade noites. Grupos de "caucheiros" tangem o gado humano para o matadouro dos seringais. Muitas vêzes, ficam sepultados, anônimamente, sob os troncos, para que deslizem no asfalto automóveis de luxo. Aquêles quadros acumulam sugestões para o remorso de nosso parentesco relapso e advertências que despertam as fibras revéis do patriotismo.

Nos *Contos Amazônicos*, por exemplo, INGLÊS DE SOUZA reviveu o período da Cabanagem (Pará, de 1820 a 1835), luta entre o português e o tapuia, com a participação dos mestiços (Eduardo Angelim, os Vinagres, o Cônego Campos, Malcher, Jales, o "Rebelde", emigrado pernambucano depois da derrota de 1817, Paulo da Rocha, um dos soldados de Domingos José Martins). No conto *"A Quadrilha de José Patacho"* aparece "o pirata d'água doce". Confrontei a "ficção" e a realidade exposta por HENRIQUE JOSÉ HURLEY, Belém, 1936.

De ALBERTO RANGEL (*O Inferno Verde*): "O sobradinho azul, de varanda em derredor, vizinho às guabirobeiras, pertencia ao coronel Gervásio Gonzaga, senhor de todos os campos, roçados, capoeiras e matos virgens que se iam perder na lagoa da Estiva e nas vertentes do Caçurutiba. Era êsse indivíduo que mandava chover desde as Três Cordas até o Pau-da-Onça. Ninguém mais senão êle tocava nos dinheiros da receita dos impostos. O suor do povo sumia-se naquele precipício. Das suas cóleras e antipatias não havia nem apelação, nem agravo. Perseguindo o antagonista, fazia-o morrer de fome ou trocar de município. Intervinha nos processos judiciários e no preço dos mercados. A cadeia pública era uma dependência das suas fazendas, uma sucursal dos seus armazéns e invernadas. Empurrava para dentro dela a quem não lhe respeitasse o código da impostura. Não havia juiz que resistisse. Se pensasse em dar sentença, sem ouvi-lo, não tinha quem lhe vendesse um ôvo. Usava por igual do subôrno e da violência. Para fundar uma olaria ou botar uma moenda, tinha-se que pedir licença ao seu coronel; quem desejasse vadiar fôsse para junto dêle e guardar-lhe o toucinho do costado. Votar no govêrno e dizer-lhe amém aos caprichos e rapinanças seriam as obrigações de quem lhe respirasse ao pé. A "influência" do interior era o estrago do Brasil, os mata-paus que arrocham e não deixam viçar as madeiras que prestam... O coronel Gervásio gostava de falar sempre nas leis, mas era apenas para se dar os ares importantes de um árbitro severo da sua penosa aplicação. Êle as conhecia, porque as encomendava, quando não as fazia; não era bôbo de se pear a si mesmo..."

* * *

"Tôda a mocidade da roça andava a estragar-se com essa marmota de biralhas estrangeiras, dançando e mostrando os peitos, aos abraços e gatimônias de descaradas... Gente que nunca vira coisa alguma nestas brenhas ficava gira de entusiasmo, deslumbrada com o malefício. E o recato acabava-se e tôdas as sinhazinhas metidas a imitar

as cômicas das invenções vagabundas dessa perdição! Ele não via maior destrôço. Era a praga do luxo e dos modos desabusados, acabando o juízo nos homens, a inocência nas crianças e a seriedade nas mulheres. Ninguém protestava contra a máquina de enganar e corromper o povo pelo pensamento. Mesmo o vigário já tinha imaginado aproveitá-la na semana santa. Cruzes! Tíbi! Vôte! Abrenúncio! O cinema estava acabando de apodrecer a gente com as micagens de uns saltimbancos impalpáveis e mudos. O Tinhoso não podia ter descoberto coisa mais aperfeiçoada para tentar as consciências e perder os fracos. A "maquinage" do Tentador tinha a astúcia de não falar e de dizer tudo o que não prestava; e pegava nas eras e as ajuntava num carretel por três horas de função e ia pelos ares fora, metendo mares, terras e céus nuns côvados de tela animada por um raio de luz corrido da fresta de um moinho, que o próprio Cafute movia com as unhas aceradas e o rabo peludo. Não se podia matar ou roubar a pessoa alguma, mas tinha-se licença de ir mostrando o modo de fazer mal aos outros! Bucho embirrava com êsse "advertimento daninhador", que estava afrouxando o resto da vergonha e do sossêgo do mundo".

* * *

"O mandão de tôda a planura da costa, sendo a maior influência política do Município, era também o usurpador máximo dessa região. Ùnicamente o "tuxaua" prosperava, quando tudo caía no atrazo e na miséria. Começara caviloso, apropriando-se do lugarzinho do Calixto, e nêle estabelecendo um "porto de lenha". Foi o bastante... E no fim de uns doze anos, o que êle adquirira inicialmente aumentava, estendendo-se pouco a pouco semelhante à lepra irreprimível, que se propagasse dum ponto por tôda a pele do corpo. Assim acabou por se apossar de todos os sítios que o rodeavam e com êles impar de riqueza e de prestígio. Por funesta retrogradação o regime da pequena propriedade transmudava-se devorado pela grande. O insaciável politicão era um dos fatôres dêsse criminoso descaminho econômico, a dinheiro, a dolo ou a violência da fôrça. Tanto é certo que a alma, sobrepujada de instintos maus, agindo mesmo no campo limitado de sua própria influência, pode perturbar a boa marcha evolucional de tôda uma sociedade. Avesso do "grande-tipo" o cogumelo social, são-lhes correlatos o influxo e o predomínio... Ao Gabriel impressionara pensar porque êsse homem queria tanta terra. Não era para cultivá-la, por certo, pois afora umas baixas no Caniço, onde pastava um gado do Rio Branco, tudo está inaproveitado e em mata ou capoeira. Dir-se-ia que êle gozava, por êsse meio indireto, a soberba de "acabar com os caboclos". A êsse pensamento, o Gabriel sentiu-se com fôrça e as disposições de um herói. Revoltado, em silêncio, resolveu para si, dar a amostra solene de sua relutância ao poderoso Roberto".

4. *Cacau.* "Direito Penal" é a epígrafe de um dos capítulos do livro *Cacau*, de JORGE AMADO. Êle exibiu a máquina de repressão do fazendeiro, a sua lei penal bárbara, instrumento de vingança, de cupidez e de lascívia!

"Herói da tocaia e do cangaço. Estava explicado, porque apesar de Honório dever novecentos mil réis à dispensa o coronel não o botava para fora e ainda lhe fornecia dinheiro para as cachaçadas em Pirangy. Filho da terra, nascera nos bons tempos das fortunas rápidas e dos assassinatos por qualquer coisa. Educara-se entre tiroteios e mortes. O pai respondera a júri algumas vêzes e terminou morto a machado. Aos doze anos Honório já matava gente com a mais certeira pontaria de dez léguas em redor. Criou-se assim. Quantos matara não sabia. Viera depois o saneamento das roças de cacau. As mortes diminuiram, mas, que esperança! Não acabaram. E, ainda hoje, as estradas vivem pejadas de cruzes sem nomes. É a tocaia. Pela noite sem lua o viajante vem do povoado. A goiabeira solitária no caminho esconde o homem e a repetição. É um tiro só. O corpo cai. O que atirou vai dizer ao que mandou que o serviço está feito e receber os cem mil réis prometidos. No outro dia o corpo é encontrado e enterrado ali mesmo. E tudo continua sem novidade. Honório era técnico em tocaias e o coronel Misael tinha inúmeros inimigos... Não sei se o coronel sentia remorsos. Honório não. Tinha consciência limpa e clara como a água da fonte. Era bom camarada e nós o estimávamos muito".

Em *São Jorge dos Ilhéus*, JORGE AMADO documentou a passagem das terras do cacau para os exportadores, os capitalistas estrangeiros, combatendo fôrças verdadeiramente dissolventes e exóticas. Manteve, no fundo do quadro, o drama dos trabalhadores e dos coronéis feudais, antigos algozes da violência que passaram a vítimas da fraude. Marcou as lutas entre pequenos e grandes exportadores, os contrastes entre humildes e opulentos lavradores nivelados, afinal, na provação, como, no seu tempo, a casa grande e a senzala, confundidas na mesma ruína. Aparecem lupanares e "cabarets", desvendando a ronda secreta do sistema de vícios importados com o dinheiro fácil, espalhado na "alta" e recolhido na "baixa" pela conjura dos monopolizadores trapaceiros e impiedosos. Daí a dissolução dos costumes, a inutilidade das prédicas dos sacerdotes fiéis a Cristo, como aquêle vigário que poupou o sangue dos retirantes e chamou a si as criancinhas sem leite. Romance de amores que descem, com a vida, à degradação e ao sofrimento ou sobem à renúncia e à abnegação até a culminância lírica, a totalidade épica. Há, no livro, dois mundos: mulheres ociosas e viciadas que se apropriam dos cantos religiosos dos negros para as danças pagãs ao lado de mulheres que, doze horas a fio, derrubam árvores e perdem os dedos; homens escravizados à mercê do Código Penal dos capatazes e homens que não sabem o que fazer do dinheiro.

Em *Terras do Sem-Fim*, JORGE AMADO regressou a Ilhéus, demorando nos antigos arraiais. Em nossa literatura são inúmeras, e de todo gênero, as obras sôbre questões de terra entre famílias ricas e

poderosas; capangas do trabuco e capangas da lei, uns abrindo com a fôrça e outros pavimentando com a trapaça os caminhos da espoliação; "coronéis", chefes políticos que dispõem de tudo. Mas, eram motivo leve e inintencional para relêvos de personagens que usurpavam, com a exibição de seus casos de indivíduos, os fatos sociais. JORGE AMADO apontou as causas, estabeleceu as relações dos fenômenos, no que êstes têm de geral e representativo. Marcou as semelhanças com as demais incursões da ganância e da aventura, explorando o trabalho, comprando a coragem, atraindo de tôda a parte a aristocracia da "repetição", adaptando tudo à lei do cacau. É que, "na melhor terra do mundo para o plantio do cacau", enquanto der cacau, dá "estrada de ferro, assassino, caxixe, palacete, cabaré, colégio, teatro, até bispo". Caxixe é uma espécie de "grilo", em que advogados e engenheiros, com notários à feição, legalizam o produto das tocaias, mais eficientes do que as queimadas e as derrubadas. "Advogados sem escrúpulos e assassinos sem remorsos". Os cabras — fôrça armada dos fazendeiros — executam a ordem de matar como se cumprissem um dever. Há os agentes da mestiçagem religiosa: primeiro, o feiticeiro, que mora no coração da floresta, para onde abrem picada "os sofredores e os angustiados"; depois, o espiritismo, a maçonaria, o protestantismo dos inglêses da estrada de ferro, deuses brancos, negros, indígenas, mestiços. Há mulheres que dão os nomes aos maridos e mandam incendiar cartórios. Um cabra com boa pontaria vive como rico. Mas, quem só serve para a roça trabalha de sol a sol, e devolve o salário miserável ao "coronel", pagando no seu armazém a comida, a ferramenta e a cachaça que êle "adianta". A doença, quando o feiticeiro não dá jeito, é curada com uma viagem de rêde para o cemitério. É prodigioso o poder de comunicação que habitua ao ambiente enlameado e sanguinolento, de cinismo sincero e notório. O leitor assiste, indiferente, a assassínios por atacado e se emociona com a morte natural de Edith, cujo destêrro serve ao contraste entre a vida bárbara e as metrópoles que sabem guardar a compostura da hipocrisia ou da ocultação, nos desregramentos. Ilhéus, à época do romance, "continuava capitania", com donatários mais conseqüentes.

Em *Capitães de Areia*, JORGE AMADO abriu o coração para o abandono da infância e da juventude. Entre aquêles meninos envelhecidos estava o futuro cangaceiro "Volta Sêca", do bando de Lampião.

5. *Açúcar*. De DOMÍCIO DA GAMA (*A Confissão*): "Essa mentalidade feudal da maioria dos descendentes de fazendeiros ricos, embora negativa e condenável, tinha no Tonho Braga seguidor emérito. E deveras renitente era o homem. A rigor, não falava. Gritava de amedrontar. O amplo cartaz grangeado com os casos ocorridos antes da Abolição estava na razão direta de seu longo tempo como delegado de Pirangê. Ganhara, evidentemente, naquela época, fama de insigne capitão do mato. É que, como êle, ninguém para caçar negro fugido, "métier" de prerrogativa policial bem gratificada pelo senhor de engenho. Tonho Braga permanecia na cidade até às 21,30 horas. Prendiam-no as conversas na botica e o jôgo nas salas internas dos bilhares, assim como as festas e serões familiares ou qualquer outro passatempo, findo o qual na Cacheira Frazão montava e cavalgava em demanda de sua Fazenda Arapogi. Quando alcançou o pequeno trecho arenoso, fortes estampidos partiram de trás do tronco do manacá. Incontinenti, como que fulminado por raio, a égua montada pelo delegado caiu atingida na cabeça. Magnífico na pontaria era, por certo, o agressor, já que, a despeito da escuridão, tôdas as balas foram ao objetivo. Trinta anos após, poucos se recordavam dos acontecimentos acima relatados pelos quais a família Braga, sem elementos para buscar outro argumento, responsabilizara a política. Acontece que uma noite o Padre Loredano foi solicitado às pressas para confessar doente nas últimas. Era pobre ferreiro, residente em bairro miserando e sórdido, antro de esmoleres e local de sujeira no qual, às vêzes, surgia a varíola e o tifo. Mal se ajeitou à cabeceira, o doente, com esfôrço lhe disse: — Padre. Sempre fui humilde e pobre, por pautar a vida com a maior honestidade. Prêso ao trabalho, jamais cometeria ato que envergonhasse minha gente. Não fôsse a infâmia do rico que manchou a nossa honra e tripudiou sôbre meu lar... Admito que, sem o acaso que tudo trama, favorecendo a uns, e enredando ou desgraçando os demais, não tingiria as mãos no sangue de ninguém, obediente ao 6.º Mandamento que ordena: — "Não matarás". Claro que de nada adiantava apelar para o juiz. O homem, além de rico, era delegado. De resto, se o fizesse, seria processado como caluniador, de acôrdo com a lei dos poderosos. Foi por isso Padre, que matei. Peço perdão, pelo pecado. — Absolvido estás, irmão. Mas, mataste quem? — o Toninho Braga."

JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO (*O coronel e o lobisomen*). O autor recria os Campos de Goitacazes, em tôrno de um Coronel, que é uma população. "Uma tarde, ouvi um chiado de cigarra, nas casuarinas. O ano estrebuchava. Tive, nesse entrementes, de ministrar umas justiças nos pastos, coisa de pouca monta, desavenças entre marido e mulher e uma questão com um tal de Padre Braga, que maltratava, de meter em panelão de formiga, um molequinho sem pai nem mãe, criado em sua farinha. O malvadão fazia do menino saco de pancada, a ponto do abuso chegar ao conhecimento do coronel e de Francisquinha. Dei meu despacho: — Vou aquilatar, vou ver de vista própria. Lá fui, em missão de justiça, ver que raiz de verdade havia em todo êsse apregoado. De fato, o pobrinho andava na pele e no osso, amedrontado pelos cantos. Ninguém podia levantar o braço que o coitado logo gemia. Provado o maltrato, mandei chamar o homem, metido em briga de canário na redondeza. Sabedor da minha presença, Pedro Braga caiu em vereda de gravatá e dormideira, de não ser mais avistado. Uma semana decorrida, vejo pisar escadas do Sobradinho o procurado e nunca encontrado Pedro Braga, um sujeitão altão, em risco da cabeçona dêle quase danificar umas teias de aranha de minha espe-

cial estimação que desde ano não deixo retirar do teto de minha sala. Pois não chegou de sòzinho o surrador de menino, veio com um salvo-conduto de grande valia, uma carta de Caetano de Melo. Em têrmos educados ("Como vai o galo Vermelhinho, como tem passado o coronel?"), o doutor de minha amizade pedia que eu relevasse a culpa do faltoso. Nem bem havia chegado no rabo da carta, já meu despacho estava dado: — Vosmecê não tem mais culpa no cartório de coronel Ponciano de Azeredo Furtado. Cuidava o malvadão estar livre e limpo da justiça do Sobradinho, quando recebeu ordens de continuar na mesma postura: — de pé, Seu Pedro Braga, que neste recinto ninguém sai sem meu especial consentido. E mãos cruzadas nas costas, como é do meu natural nesses corretivos, andei de lá para cá, de uma ponta a outra da sala. Dei duas voltas no derredor do suplicante, sempre mirando seu porte ostentoso. Feito isso, num repente, abri meu livro de educações no focinho dêle: — Então, vosmecê, com êsse calibre todo, é o tal de Pedro Braga, judiador dos pobrinhos dos currais? E dedo apontado para os seus avantajados de tamanho, com cara de nojo, fiz ver ao grandalhão que foi um desperdício de Nosso Senhor Jesus Cristo botar em cima das suas botinas uma grandezona assim de dois metros. É que o povo do céu queria fazer dêle uma palmeirona, coisa de brigar com o vento brabo e o corisco ardiloso, mas que êle, pelos seus procedidos, tinha deitado tudo a perder, estragado tão bela obra de nascença: — A bem dizer, vosmecê encolheu como chita ordinária. É um toquinho de gente, seu Pedro Braga. Vosmecê virou anão, seu Pedro Braga. Com êsses educativos, dei a desavença por limpa e desempenada. Só num ponto firmei jurisprudência: nas posses do menino. O molequinho judiado, osso e pele, não saía do Sobradinho: — "Fica no meu poder, no sanativo e na engorda da velha Francisquinha".

PROCESSO DE FALÊNCIA E CONCORDATA

JOSÉ DA SILVA PACHECO

Encontra-se nas livrarias, com cêrca de 2.000 verbetes e notas, o mais notável e esperado Comentário à Lei de Falências e Concordatas, absolutamente de acôrdo com as últimas alterações de nossa legislação e com a mais recente jurisprudência do país.

Trata-se da mais atual obra do jurista JOSÉ DA SILVA PACHECO, abrangendo, com a sua indiscutível autoridade, todo o processo de falência e concordata e seus incidentes, resolvendo com critério e segurança os mais intrincados problemas que costumam se apresentar sôbre a matéria. Obra em 3 volumes — Cr$ 120,00

Pedidos pelo Reembôlso Postal a Borsoi & Cia. — Rua Francisco Manuel, 55 — Benfica — ZC-15 — Rio de Janeiro — GB.
Telefones: 248-8176 e 248-2834

OS CRIMES POLÍTICOS E A PENA DE MORTE

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Na sessão de 10 de março de 1852 da Câmara dos Deputados, o deputado Mendes Leite propunha um aditamento ao Ato Adicional à Carta Constitucional então em discussão nas Côrtes, nos têrmos do qual ficaria abolida a pena de morte para os crimes políticos (1). Iniciada a discussão desta proposta na sessão de 29 de março, as divergências surgidas entre os deputados incidiram exclusivamente sôbre o *processus* legislativo da declaração da abolição da pena de morte nos crimes políticos; sôbre o fundo da questão não havia discordância. O próprio representante do Govêrno, a quem esta alteração não quadrava no plano processual, podia afirmar, por forma inequívoca, a sua concordância com a essência da questão "... porque felizmente entre nós a pena de morte para os crimes políticos está abolida nos corações de todos; e se, porventura, aparecesse hoje entre nós, ou um Nero, ou um Calígula, não teria fôrça para a impor; e ainda bem que damos ao mundo um exemplo de tolerância que muito nos honra".

E, de fato, a última execução por crime político ocorrera já no ano de 1834. A proposta foi aprovada, e a abolição da pena de morte nos crimes políticos passou a constar do art. 16 do Ato Adicional à Carta Constitucional (5 de julho de 1952).

I

A impressionante concordância sôbre êste tema obriga-nos a investigar as suas razões históricas.

É provável que, no início da organização jurídico-criminal dos povos, os únicos crimes puníveis pelos titulares do poder fôssem os crimes políticos (2), e, durante muito tempo, a história jurídica da Europa não conheceu a distinção entre crimes políticos e crimes co-

(1) Cfr. *Diário de Govêrno*, 1852 (janeiro-junho), 281.
(2) Cfr. MARC ANGEL, *Le Crime Politique et le Droit Pénal du XX ème siècle in Révue d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1938, 87.

muns, ou, se a conheceu, foi tão só para punir mais severamente os primeiros (3). A razão para o rigorismo e crueldade com que eram tratados os criminosos políticos deve encontrar-se na identificação, característica de todo o tempo anterior ao século XIX, entre regime político, estado e nação, todos igualmente objetivos, igualmente indiscutíveis, igualmente perenes. A abissal diferença de valor entre a comunidade nacional e a vida física dos indivíduos devia fàcilmente levar o criminoso político a ser considerado inimigo público n.º 1 e a ser tratado correspondentemente. A história política da Europa está tristemente recheada de exemplos. O sentido profundo desta perspectiva só foi abalado pela Revolução Francesa, embora a situação real, de início, em nada se tivesse alterado, ou apenas se tivesse alterado para pior, pois é de todos conhecida a extrema severidade com que a Convenção tratou os criminosos políticos. No entanto, a Revolução Francesa trazia em si o gérmen de uma visão política radicalmente nova, cuja concretização se viria a processar nas décadas seguintes: a afirmação da transitoriedade dos regimes políticos e dos governos, a relatividade das ideologias e a possibilidade da sua substituição pacífica (4), para além da perenidade da comunidade nacional. Estava assim aberta a possibilidade de distinção da nação em relação ao estado e em relação ao govêrno que, em certo momento, representa o estado, e, com ela, a possibilidade de o criminoso político ver reconhecida a sua fidelidade à nação, para além dos atentados contra o estado ou o govêrno. *Ao pretender o derrube de um certo govêrno ou regime político, o criminoso político tem em mente a sua substituição por um outro que, em seu pensar, servirá melhor os interêsses da comunidade nacional, e, nessa medida, não pode ser posta em dúvida a nobreza da motivação da sua conduta, havendo que distinguir, nessa base, entre crime político e crime comum, a fim de conceder ao primeiro um tratamento diferenciado e mais tolerante.*

Esta nova perspectiva, que é a do liberalismo político, instaurou-se em França sobretudo a partir de 1830 e foi sempre ganhando terreno no plano da concretização prática até à Revolução de 1848 que, objetivando de forma inequívoca êsse nôvo repensar da criminalidade política, decretou a abolição da pena de morte nos crimes políticos (decreto de 26 de fevereiro de 1848 e art. 5.º da Constituição de 4 de novembro de 1948).

Também na história de Portugal não escasseiam exemplos da extrema crueldade com que, durante muito tempo, foram tratados os criminosos políticos. São apenas exemplos frisantes as atrocidades de que foram vítimas os assassinos de D. Inês de Castro no reinado de D. Pedro I, as execuções por pretensos motivos políticos resultantes

(3) Neste sentido, também ANGELO CÉSAR, *Crimes Políticos, in Revista dos Tribunais*, 1925, 306.

(4) Neste sentido, também ADRIANO MOREIRA, *Crimes Políticos e Habitualidade in Jornal do Foro*, 1945, 151.

dos amores entre D. Fernando e D. Leonor Teles, a morte dos duques de Bragança e de Viseu no reinado de D. João II, o terror político no tempo dos Filipes. Depois de curta pausa, o Marquês de Pombal volta a levantar o pano da morte política, enchendo o palco de figurantes tristes. Em 12 de janeiro de 1759 é a medonha tragédia dos Távoras em Belém: degolamento, garrote com exposição na roda, morte pelo fogo, algumas vezes com prévio quebramento dos ossos das parnas e dos braços; depois, é a extrema dureza com que o Marquês reprime a revolta no Pôrto contra a Companhia dos Vinhos; em 10 de outubro de 1775, João Batista Pele, acusado de atentar contra a vida do Marquês, é decepado e atado pelas pernas e braços à retranca de dois cavalos a fim de melhor encharcar de sangue as pedras da calçada. E chegamos a 1817, o ano negro em que o general Gomes Freire de Andrade foi enforcado e queimado em São Julião da Barra, sob a acusação, manipulada por Beresford, de participar na conspiração de 1817. Em 18 de outubro do mesmo ano, pendiam os corpos dos conspiradores no Campo de Santana.

O ano de 1820 marca um período nôvo na história política nacional mas, paralelamente ao que sucedera na Revolução Francesa, não se alterou para melhor a situação dos criminosos políticos. Pelo contrário, em breve chegamos ao período terrível de 1828 a 1834, às lutas entre liberais e absolutistas, com o extraordinário aumento dos crimes políticos e da crueldade da sua punição.

O período verdadeiramente renovador tem início em 1834. O triunfo do liberalismo vem trazer uma nova compreensão do fenômeno político e preparar assim o caminho para uma mudança de atitude para com o criminoso político. A partir dêsse momento, o ouvido português passa a escutar, mais do que nunca atentamente, o que se passa em França, e é por isso que a gênese da deliberação da Câmara dos Deputados de abolir, em 1852, a pena de morte para os crimes políticos não pode ser compreendida sem a influência decisiva da deliberação paralela adotada em França quatro anos antes. Êste fato e tôda a nova mentalidade do liberalismo terão sido os responsáveis pela unanimidade de pontos de vista que sôbre esta matéria reinou na Câmara.

II

1 — Esta investigação histórica abre-nos para um problema mais amplo de política criminal situado, quer ainda no plano histórico, quer já no plano sistemático. Terá Portugal tomado uma atitude político-criminalmente válida e conseqüente ao abolir a pena de morte primeiro para os crimes políticos e só depois para os crimes comuns (5)?

(5) A abolição da pena de morte para os crimes comuns veio a ser decretada por lei de 1.º de julho de 1867.

Em relação aos países que ainda hoje mantêm a pena de morte para ambos os tipos de crime, não haverá razões que recomendem a abolição dessa pena com mais premência nos crimes políticos do que nos crimes comuns?

A respeito desta segunda questão, devemos desde já esclarecer que consideramos ilegítima a pena de morte, qualquer que seja o tipo de crime cometido. O único problema que nos ocupa é o de saber se as razões que, em geral, tornam ilegítima a pena de morte não terão uma particular relevância nos crimes políticos, e se não haverá mesmo razões específicas desta classe de crimes.

Qualquer primeiro passo na discussão dêste problema choca com a questão prévia, a questão da definição de crime político. Esta questão é tão complexa que não podemos pretender resolvê-la no âmbito desta comunicação. Esforça-nos-emos tão só por lhe dar aquela parcela de resolução que permita prosseguir o tratamento da questão principal.

O problema da distinção entre crimes políticos e crimes comuns adquiriu urgência a partir do momento em que os primeiros passaram a gozar de um tratamento privilegiado em relação aos segundos. Uma das objeções do Visconde de Seabra, então Ministro da Justiça, à inclusão da abolição da pena de morte para os crimes políticos no Ato Adicional assentava precisamente no fato de tal deliberação só poder vir a ter verdadeira eficácia depois de serem definidos e enumerados os crimes políticos (6). No período anterior encontramos algumas definições, sempre muito vagas, como, por exemplo, a de PEREIRA E SOUSA, para quem *crimes políticos são os que atacam a ordem pública* (7). A mesma vaguidade se encontra em definições posteriores, como a constante numa portaria de D. Maria II de 29 de novembro de 1847, subscrita por SILVA FERRÃO, nos têrmos da qual "os crimes políticos se caracterizam pelos fins e circunstâncias em que foram perpetrados" (8). O próprio AYRES DE GOUVEIA, que foi paladino da autonomização dos crimes políticos, não vai além da seguinte declaração genérica: *"tôda a perturbação, pois, que ofende a organização e vida da particular instituição social denominada Estado é crime político"* (9).

Para além desta aparente facilidade, esconde-se um difícil problema que tem sido muito discutido e que foi abordado com especial intensidade pelos tratadistas clássicos franceses do fim do século XIX e do princípio do século XX. São fundamentalmente dois os critérios propostos. Para o *critério objetivo* (GARRAUD), a natureza política do crime retira-se da qualidade objetiva do fato, isto é, *do bem jurídico violado*, entendendo-se por tal o Estado com os podêres que o constituem, portanto, o *Estado como poder político*. A *Cour de Cassation* aceitou êste critério sempre que se tratou de julgar os *crimes políticos mais graves (homicídios políticos)* (10). Também a 6.ª Conferência internacional para a Unificação do Direito Penal, reunida em agôsto de 1935, considerou políticas "as infrações dirigidas contra a organização e o funcionamento do Estado bem como as que ofendem os direitos que daí derivam para os cidadãos" (11). Segundo *o critério subjetivo* (FERRI), a natureza política do crime há-de retirar-se *do móbil do agente*, isto é, *do fim político ou predominantemente altruísta que terá motivado a sua conduta*. Neste sentido, o Projeto Ferri de 1921, art. 13.º, considera delito político-social o cometido por motivos políticos ou de interêsse coletivo. Também a *Corte Suprema di Cassazione* afirma, em sentença recente, haver delito subjetivamente político "quando o culpado agiu em concreto com fins que investem a coletividade social mediante agitação de idéias ou atividades destinadas a sustentar ou impor determinada solução de índole política ou econômica" (12).

Qualquer dêstes critérios tem sido criticado pela sua unilateralidade (13). No que respeita ao primeiro, o recurso exclusivo a elementos objetivos não permitirá nunca distinguir os crimes políticos puros dos crimes conexos. Por outro lado, não foi ainda possível elaborar uma lista incontestável de crimes políticos. Por último, o tratamento privilegiado dêstes crimes não se compreenderá sem recurso a uma apreciação dos motivos do agente, pois a simples consideração dos bens jurídicos violados *pode até conduzir a uma agravação da pena* (14). Ao contrário, a consideração exclusiva dos móveis do agente dá uma tal elasticidade ao conceito de crime político que êste quase perde a autonomia reivindicada. O elemento limitativo há-de ser sempre de natureza objetiva. Por outro lado, atendendo só à atitude psicológica do agente correr-se-ia o risco de entregar nas mãos dêste a qualificação do crime como político ou como comum (15). Daí que a tendência tenha sido para a adoção de um critério misto que permita relevar simultâneamente a natureza do bem jurídico violado e o móbil

(6) Cfr. *Diário da Câmara dos Deputados*, 1852, 352.
(7) Cfr. PEREIRA E SOUSA, *Classes dos Crimes*, 1803, 10 (Seção I, cap. I, § 13).
(8) Citado *in* ÂNGELO CÉSAR, ob. cit., 308.
(9) Cfr. AYRES DE GOUVEIA, *A Reforma das Cadeias em Portugal*, Coimbra, 1860, 179.

(10) Cfr. MARC ANCEL, ob. cit., 91.
(11) Cfr. J. M. VAN BEMMELEN, *Das politische Delikt in der Rechtsordnung einiger europäischer Länder, in Recht in Ost und West*, 1957, 223.
(12) Corte Suprema di Cassazione, Sezione III, sentença de 5-4-1961 *in Il Foro Italiano*, 1962, parte II, col. 68.
(13) Cf. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal* (coligidas por Carmindo Ferreira e Henrique Lacerda), 2.ª ed., Lisboa, 1945, 180.
(14) Cfr., entre outros, PAOLI, *Il delitto politico-sociale secondo la concezione positivista, in La Scuola Positiva*, 1924 (I e II), 357 e ss.; MARC ANCEL, ob. cit., 91; ANGELO CÉSAR, ob. cit., 322; ADRIANO MOREIRA, ob. cit., 152.
(15) Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, ob. e loc. cits.; MARC ANCEL, ob. e loc. cits.; ANGELO CÉSAR, ob. e loc. cits. O próprio PAOLI, que segue o critério subjetivo, não deixa de considerar a necessidade de intervenção secundária de elementos objetivos (ob. cit., 362).

do agente. Sem perder os contôrnos, êste critério é muito mais inclusivo e, portanto, menos unilateral. É o critério seguido no art. 8.º do Código Penal Italiano, onde se considera político, não só o crime que ofende o interêsse político do Estado ou o direito político do cidadão, mas também o crime comum determinado no todo ou em parte por motivos políticos (16). Êste critério permite também distinguir entre crimes políticos puros que violam exclusivamente interêsses políticos, crimes complexos que violam simultâneamente interêsses políticos e interêsses comuns mas são praticados com o fim político, *e os crimes conexos que só atingem bens jurídicos comuns mas estão numa relação de meio-fim para com os crimes políticos puros.* Também a legislação portuguêsa tem pressuposto a adoção de um certo tipo de critério misto com a acentuação, nos úlimos tempos, dos elementos objetivos (17). O Projeto Eduardo Correia, sem deixar de recorrer ao critério objetivo, intensifica a presença de elementos subjetivos na tipificação do crime político a fim de evitar um excessivo alargamento dos tipos legais de crime, um defeito considerável das leis vigentes nesta matéria (18).

À medida que nos tempos mais recentes se tem vindo a superar o liberalismo, com a conseqüente recusa de um tratamento sistemàticamente privilegiado dos crimes políticos, duas tendências se têm afirmado com notoriedade. Por um lado, o regresso a um critério puramente objetivo como, por exemplo, o que foi adotado na 1.ª Conferência dos Juristas Europeus reunida pelo Comissão Internacional de Juristas em Viena em Abril de 1957, onde, sob reserva das imensas dificuldades na conceituação de crime político, se aceitou como tal "o crime que ataca as próprias bases do Estado, da sua constituição, da sua integridade,

(16) CAVALEIRO DE FERREIRA, ob. cit., 181, entende que a simples combinação dos dois critérios somará também os defeitos de ambos quando isoladamente considerados. Em sua opinião é metodològicamente preferível partir de um dos critérios limitando-o depois em atenção ao outro.

Êste é precisamente um dos entendimentos possíveis do critério misto pois quando se fala dêste critério tem-se em vista uma multiplicidade de critérios unidos pela dupla referência a elementos objetivos e subjetivos combinados de muitos modos e com posições de importância relativa muito diferentes. ANGELO CÉSAR, ob. cit., 323, segue também um critério misto: "É crime político aquêle que o agente pratica violando ou procurando violar a ordem política em alguns ou vários dos seus elementos, com um fim político".

(17) Cfr. Código Penal de 1886 na redação da reforma de 1954, que na matéria dos arts. 141 e ss. assenta fundamentalmente nos Decretos-lei ns. 32.832, de 7-6-1943 e 35.015, de 15-10-1945. Atente-se na especial incidência do critério misto nos crimes conexos ou relativamente políticos previstos no art. 169 do Código Penal. O parágrafo único do art. 39 do Código de Processo Penal define crime político com base num critério misto embora com larga preponderância do critério subjetivo. Ao contrário, o Decreto-lei n.º 23.203 de 6-11-1933, que veio estabelecer nôvo regime para os crimes políticos (revogado pelo Decreto-lei n.º 35.015: art. 2.º), parte do critério objetivo (art. 1.º) limitando-o depois com elementos subjetivos (art. 7.º).

(18) Cf. EDUARDO CORREIA, *Projeto do Código Penal*, Parte Especial, arts. 354 e ss. e, sobretudo, arts. 379 e ss.

da sua segurança, os seus interêsses vitais e os direitos políticos dos cidadãos" (19). Outra tendência recente, radicalmente cética — no que, aliás, é herdeira do ceticismo de CARRARA ou mesmo de BECCARIA — afirma a impossibilidade e desnecessidade da definição de crime político. Assente na idéia de que *aos crimes políticos não deve caber nenhum privilégio, nem privilegium odiosum, nem privilegium favorabile,* considera perigoso, ou pelo menos inútil, qualquer distinção entre os crimes políticos e os crimes comuns (20). A esta posição pode objetar-se que,para além das especificidades de tratamento, será sempre necessária a construção do crime político, em primeiro lugar porque *todos reconhecem que, quando a atividade criminosa se dirige contra a estrutura política, o Estado, ao julgá-la através dos seus órgãos, está de certa maneira a ser juiz em causa própria, e isso deve impelir os juristas a limitar, pelos meios ao seu alcance, a tipificação dêsses crimes, a fim de evitar abusos; em segundo lugar, a distinção entre crimes políticos e crimes comuns é hoje fundamentalmente para efeitos de extradição pois, como se sabe, é princípio geralmente aceite que a extradição não deve ser concedida quando estiver em causa um crime político.* Para êsse efeito, a distinção volta a assentar no critério misto atrás referido (21).

Não podemos negar, contudo, que a *imagem idealista do criminoso político,* dominante em meados do século passado, se foi desvanecendo à medida que nos aproximávamos do fim do século e entrávamos no atual mediante as novas formas e a *maior amplitude da criminalidade política, de que são exemplo frisante os atentados anarquistas destinados a criar um estado de terror na população* (22). Os crimes políticos aumentam de intensidade e são menos atos de indivíduos isolados do que fatos coletivos e essas coletividades dispõem de meios tais e usam de tal violênica que, para além da organização política, *passam a estar em causa a vida e os bens dos cidadãos inocentes e, portanto, a vida moral e física da comunidade nacional.* Esta situação provocou a reação dos governos no sentido da repressão severa dêste tipo de criminalidade. E essa severidade foi intensificada com a Primeira Guerra Mundial e, sobretudo, com o advento de estados autoritários no entre-tempo até à Segunda Guerra Mundial que foi nôvo motivo para repressão rigorosa. Quando, depois de 1945, a ordem democrática voltou a reinar na maioria

(19) Cfr. SOTTILLE, "Où en est aujord'hui la notion du "délit politique" dans les états respectueux du Droit", *in Révue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques*, 1958, 37.

(20) Assim, por exemplo, J. M. VAN BEMMELEN, ob. cit., 223.

(21) A necessidade de distinção nasce ainda do fato de no direito português os criminosos políticos não estarem sujeitos ao regime geral da habitualidade criminosa e de, portanto, também as condenações por crimes políticos não contarem para efeitos da declaração da habitualidade. Cfr. J. BELEZA DOS SANTOS, *Delinqüentes habituais, vadios e equiparados no direito português, in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 71, 209 e ss.

(22) Cfr. também MARC ANCEL, ob. cit., 92 e ss.

dos estados europeus, de modo nenhum se regressou à situação de meados do século XIX. A história ensinara que o estado liberal não se soubera defender dos seus inimigos e, por isso, os estados contemporâneos armaram-se de proteção eficaz embora, pelo menos no domínio dos princípios, em caso algum tenham praticado um tratamento discriminatório desfavorável para com os crimes políticos.

Em face desta evolução, a tendência mais recente é no sentido de delimitar o mais possível o conceito de crime político para o distinguir de figuras criminosas afins que, no entanto, não merecem o mesmo tratamento. Assim, no crime político tanto o móbil como a conduta exterior do agente devem visar a obtenção de um certo efeito político, isto é, a perturbação da ordem política estabelecida com vista à sua substituição por uma outra julgada mais justa. A nobreza do móbil do agente, agindo altruìsticamente naquilo que julga ser o interêsse da comunidade, aspira a uma execução de algum modo também nobre pois, em caso de contradição total entre o móbil e a forma de execução, o primeiro desvanece-se e, com êle, o elemento principal da distinção entre o criminoso político e o criminoso comum. Nesta conformidade, o criminoso político deve utilizar meios mais ou menos idôneos diretamente destinados a atingir o efeito visado e de tal modo dispostos que não atinjam de forma significativa outros bens jurídicos autônomos.

Nesta base, e atendendo sobretudo à forma de execução, tem-se vindo a distinguir, mesmo para efeitos de extradição, entre *crime político* e *atos de terrorismo*. Nestes últimos, a violência da execução, a extrema gravidade dos meios utilizados, a amplitude dos resultados efetivamente produzidos e a sua desconformidade com o exclusivo fim político impedem a autonomização do móbil do agente de molde a distingui-lo do criminoso comum ([23]).

Atendendo ao tipo de ideologia que subjaz ao crime, outra distinção tem sido tentada entre *crime político* e *crime contra a humanidade*. Esta distinção adquiriu atualidade em muitos países no pós-guerra, como, por exemplo, muito recentemente, na Itália ao discutir-se o problema da extradição de um alemão que se refugiou neste país depois de ter sido acusado e condenado por um tribunal alemão por crime de ultrage à memória dos defuntos ao defender a solução final do problema judaico propugnada por Hitler. Alguns autores, divergindo do veredito da *Corte Suprema di Cassazione* que recusou a extradição com base na natureza política do crime ([24]), esforçaram-se por impor a referida distinção ([25]). O crime político é caracterizado pela relatividade, transitoriedade e historicidade da ideologia, enquanto o genocídio tem um caráter absoluto, universal, comprometendo a humanidade inteira, característica que não perde pelo fato de ser teorizado por certo regime político. O crime político tem algo de positivo pois visa a implantação de uma ordem política considerada mais justa. Assenta assim numa idéia de oposição e contraste entre posições políticas que são mais ou menos idôneas para reger a comunidade e não põem em causa a existência física ou moral desta. Ao contrário, o crime contra a humanidade é totalmente negativo. A solução final não é uma solução política, é uma hecatombe que, mais que o sistema de governação, ataca a própria comunidade nos seus fundamentos existenciais.

(23) Neste sentido, também a 1.ª Conferência dos Juristas Europeus já citada; cfr. SOTTILE, ob. cit., 40. Cfr. também J. M. VAN BEMMELEN, ob. cit., 224. Os atos de terrorismo são fortemente punidos na legislação vigente: art. 175, § 3.º do Código Penal. O mesmo tratamento severo é perfilhado no Projeto Eduardo Correia: art. 379.

(24) Corte Suprema di Cassazione, Sezione III, sentença de 5-4-1961, *in Il Foro Italiano*, 1962, parte II, col. 68.

(25) Cfr., por exemplo, GARRONE, *Delitti politici e delitti contra l'umanità*, *in Giurisprudenza Italiana*, 1964, parte II, col. 64 e ss.

Outra distinção por vêzes defendida reserva a qualidade de crime político para os crimes contra a segurança interior do Estado, excluíndo dessa designação os crimes contra a segurança exterior do Estado ([26]). Tôdas estas distinções obedecem à idéia fundamental de que o crime político, não merecendo um privilégio sistemático, goza ou deve gozar ainda hoje de tratamento mais favorável em aspectos parciais, como, por exemplo, o da atenuação da culpa, da extradição e da execução da pena. Tais privilégios, porém, não podem ser estendidos a outros tipos de criminalidade afins em que não se pode falar de nobreza de motivação, quer considerada em si mesma, quer em face da execução do crime e dos resultados concretamente produzidos.

2 — Feita a aproximação do conceito de crime político, podemos prosseguir na investigação do problema principal. Havendo países que conservam a pena de morte tanto para os crimes comuns, como para os crimes políticos, não haverá razões especiais que imponham com maior urgência a abolição dessa pena nestes últimos? Sendo ilegítima a pena de morte em todos os tipos de crimes, não será a sua ilegitimidade ainda mais flagrante nos crimes políticos?

Afirma Camus, com verdade, que a *pena absoluta exige a inocência absoluta de quem a aplica* ([27]). Ora, em relação a qualquer tipo de crime é ilegítimo que a sociedade, representada no poder de punir do Estado, se arvore em absolutamente inocente, *impondo uma expiação unilateral e farisáica, sem contabilizar na reação a sua parcela de culpa na própria gênese do crime* ([28]). Nos crimes políticos essa com-culpa é ainda mais evidente, pois o crime resulta, muitas vêzes, direta e imediatamente da conduta dos representantes do Estado. E a sua ausência absoluta torna-se ainda mais flagrante se pensarmos que o

(26) Cfr. MARC ANCEL, ob. cit., 98.

(27) CAMUS, *Réflèxions sur la Guilhotine in* ALBERT CAMUS et ARTHUR KOESTLER, *Réflèxions sur la peine capitale. Introduction et Étude de J. Bloch Michel*, 1957, 168.

(28) Neste sentido, também E. BRUNNER, *Ethik*, 1932, 461 e ss. A idéia da com-culpa da sociedade é um dos elementos fundamentais da construção da retribuição (*ressocialização retribuitiva*) em Eduardo Correia. EDUARDO CORREIA, *Provas do Projeto do Código Penal*, Parte Geral, 1963.

Estado, embora puna os crimes de sabotagem, espionagem, traição ou desmoralização das fôrças armadas quando cometidos contra si, é muitas vêzes o fomentador e o patrocinador dêsses crimes quando cometidos contra Estados inimigos. Nesta medida, se o Estado aplica a pena de morte nos crimes políticos, a sua atitude será olhada pela sociedade, não como retribuição justa, mas apenas como manifestação de fôrça que só suscitará novos sentimentos de violência contra o próprio Estado e contribuirá para a perda de autoridade moral que, mais do que a fôrça, é o sustentáculo de qualquer regime político.

A pena de morte é uma pena cem por cento estável e duradoura, uma pena que condena até ao infinito sem possibilidades de regresso ou arrepio. A uma pena dêste tipo deve lògicamente corresponder a violação de um bem jurídico estável e, portanto, uma reprovação duradoura. *Ora, todos os autores e tôda a experiência histórica, têm dado como característica fundamental dos crimes políticos a transitoriedade do bem jurídico básico por êle violado. Êste bem jurídico é sempre referido a uma ideologia política perfilhada pela classe dominante, portanto, uma ideologia sujeita a tôdas as vissicitudes da luta política impregnada da mais profunda historicidade* (29). Cristo, se não foi um criminoso político, foi de certo um criminoso por ideologia altruísta, um criminoso por convicção; e pouco depois da sua morte era aclamado herói e deus. Em 1817, o General Gomes Freire de Andrade era proscrito e supliciado em São Julião da Barra. Três anos depois era festejado como vibrante exemplo do mais são patriotismo (30). Os exemplos podiam multiplicar-se indefinidamente e todos êles atestam *a efemeridade da reprovação feita ao criminoso político.* Ante êste fato, ressalta evidente a ilegitimidade da pena de morte que torna impossível qualquer reabilitação de que o condenado se possa aproveitar. *A esta luz, só a vingança, e nunca a justiça, pode justificar a pena absoluta, e, é bem verdade que a vingança nunca justificou moralmente coisa nenhuma, nem mesmo a própria vingança.*

A pena de morte é uma pena absolutamente inequívoca, pois, ao punir tôda a existência do criminoso não deixa margem para dúvidas sôbre a realidade do ser-punido. Deve pois pressupor um *crime* absolutamente *inequívoco.* Paralelamente, a pena de morte, como pena absoluta, pressupõe um crime absoluto, isto é, um crime absolutamente reconhecido como tal no seio da comunidade onde ela é aplicada. Ao aplicar a pena de morte, o Estado deve estar certo da evidência, na comunidade, da natureza criminosa do ato punido. E, na verdade, essa evidência pode ser fácil de verificar a respeito dos crimes comuns fundamentais mais graves. Já o mesmo não pode acontecer com o crime político.

(29) Cfr. também CAVALEIRO DE FERREIRA, ob. cit., 179.

(30) Cfr. ABREU VIDAL, *Análise da sentença proferida no Juízo da Inconfidência em 15 de outubro de 1817 contra o Tenente General Gomes Freire de Andrade, o Coronel Manuel Monteiro de Carvalho e outros pelo crime de alta traição, oferecida aos amigos da constituição e da verdade.* Lisboa, 1820.

Para além da transitoriedade, o bem jurídico protegido pelos tipos legais de crime político é equívoco, sendo, portanto, equívoco, o juízo de desvalor que impende sôbre o criminoso político. Pertence à dialética interior do criminoso político ser considerado, no mesmo momento histórico, por uns um ser repelente, e por outros um herói, um ídolo. A atuação do criminoso político é necessàriamente julgada à luz das convicções políticas dos cidadãos e a êste nível é utópico procurar uma unanimidade de pontos de vista. Assim se compreende *que a sociedade nunca se tenha deixado convencer duradouramente de que o sangue do criminoso político foi vertido no seu próprio interêsse, pois em breve se terá dado conta de que essa morte só ao Estado, como poder político, podia interessar* (31) Nos países que aboliram a pena de morte, se alguma vez a opinião pública se levantou num movimento a favor da restauração da pena de morte, não foi certamente quando se cometeram crimes políticos. O criminoso político, dada a ideologia altruísta que o move, é sempre motivo de divisão na sociedade (32). Será sempre olhado por alguns, ou por muitos, como vítima de certa situação política, como vencido numa luta de fim honesto (33). Pouco depois da tragédia da Praça Nova no Pôrto em 7 de Maio e 9 de Outubro de 1829, os supliciados eram festejados como heróis. Entre os muitos versos que então lhes foram dedicados destacamos êstes, publicados no jornal *O Artilheiro de* 9 de Maio de 1936, que bem demonstram a equivocidade da valoração que subjaz ao crime político:

Qual seu crime? Nenhum. É les sòmente
detestavam do monstro a tirania,
eram fiéis ao rei, eis tôda a sua culpa.

Para além da justiça que se pretende promover ao impor-se uma pena, espera-se dela uma certa eficácia, quer no plano da prevenção especial, quer no plano da prevenção geral. Quanto mais grave é a pena maior é a eficácia esperada. *Da pena de morte deve esperar-se uma eficácia absoluta.* E essa eficácia tem-na a pena de morte necessàriamente no plano da prevenção especial. De fato, a eliminação do criminoso é o modo mais radical de impedir que êle volte a cometer crimes. Já, porém, no plano de prevenção geral tem sido largamente posta em dúvida a eficácia da pena de morte. Verifica-se que as curvas da criminalidade dependem de fatores estranhos à existência ou inexistência da pena de morte e, se nos centrarmos na criminalidade política, essa dúvida transforma-se em certeza. O criminoso político atua

(31) Cfr. também GUIZOT, *De la Peine de Mort en Matière Politique,* nova edição, Bruxelas, 1838, 74.

(32) No mesmo sentido, afirma BELEZA DOS SANTOS, ob. cit., 210: "...os crimes desta espécie (crimes políticos) não pressupõem, de modo algum, desonestidade da vida".

(33) Cfr. também ADRIANO MOREIRA, ob. cit., 151.

por obediência a uma ideologia que êle julga servir melhor os interêsses da comunidade, e isso basta para desencadear um mecanismo psicológico distinto do criminoso comum, em que a idéia da pena *não exerce influência preventiva.* De resto, quanto mais pesada é a pena, tanto mais injusta a julga o agente, quanto mais violenta em seu modo de execução, tanto mais sentida como *instrumento de fôrça arbitrária. Êstes dois fatores, ao nível da psicologia do agente, atuam como poderosos excitantes da sua resolução para o crime.*

Por outro lado, a eficácia da pena de morte na prevenção especial, não tem hoje o significado que teve no passado. Tempos houve em que a pena de morte nos crimes políticos foi, de fato, uma pena útil. Mas êsses tempos não são os nossos. Durante o *ancien régime,* as massas populares eram pòlìticamente amorfas, pois viviam perante um poder político tido por indiscutível e eterno, e, em face disso, a criminalidade política nascia quase exclusivamente no seio da aristocracia, da nobreza, daqueles que viviam muitas vêzes paredes meias com o poder, paredes meias com o rei ([34]). Dêste modo, o crime era produto de indivíduos isolados ou, quando muito, de famílias isoladas. Nesta base, a pena de morte, ao eliminar o indivíduo ou a família revoltosos, eliminava o perigo que só dêles nascera. Esta situação alterou-se profundamente com a Revolução Francesa, pois foi a partir dela que se deram os primeiros passos na consciencialização política das massas. Êste movimento nunca mais se deteve e assim, em matéria de criminalidade política, as *personalidades individuais dos criminosos foram perdendo progressivamente importância para, em seu lugar, surgirem as próprias ideologias políticas representadas por grupos de pessoas mais ou menos vastos.* Por êsse motivo, a pena de morte começou a surgir como uma pena desfocada, *uma pena que elimina o criminoso sem eliminar a ideologia. Dêste modo, a pena de morte torna-se inútil* porque não *atinge a verdadeira fonte do perigo, a razão última da criminalidade. Atrás do cadáver do criminoso está sempre um grupo de potenciais criminosos dispostos ao mesmo sacrifício, um grupo que pode até aumentar na razão direta da freqüência com que fôr aplicada a pena de morte.*

Um dos fortes argumentos que têm sido deduzidos contra a pena de morte é o *perigo do êrro judiciário* ([35]). A justiça humana está sujeita às limitações do próprio homem e, por isso, o juiz não pode nunca ter a certeza absoluta de não estar a ser vítima de um êrro. A pena de morte é uma pena que não deixa espaço para as limitações do homem, que nada concede à miséria e à fraqueza, quer de quem condena, quer de quem é condenado. *Descoberto o êrro, não será possível voltar atrás*

(34) Cfr., a propósito, GUIZOT, ob. cit., 5 e ss.

(35) Entre muitos, cfr. CAMUS, ob. cit., 160; A. MORRIS, *Thought on Capital Punishment, in Washington Law Review,* vol. 35 (1960), 360; CORREIA DAS NEVES, *Algumas considerações sôbre a pena de morte, in O Ocidente,* 1899, 255 e ss.; C. BRODA, *Demokratie, Recht, Gesellschaft,* Viena, 1962, 79.

porque a pena de morte faz parte de uma justiça que sabe dar a morte mas não sabe dar a vida. Se olharmos a estrutura dos crimes políticos, fácil nos é concluir que o perigo de erros judiciários é em relação a êles mais intenso do que em relação aos crimes comuns. O criminoso político, mais do que qualquer outro, está sujeito a juízos emocionais e a partidarismos, mesmo quando não é julgado em tribunal especial. Atingido diretamente nos seus interêsses, o Estado, através da acusação, tende a fazer pressão desusada sôbre o poder judicial, utilizando todos os meios processuais ao seu alcance para tentar obter uma sentença favorável. Se a independência dos juízes não consegue, mesmo assim, ser consideràvelmente abalada, está pelo menos criada uma situação de agitação e de urgência apta a criar precipitação no julgar com o conseqüente perigo de êrro judiciário ([36]). Perante a verificação dêste fato, que pertence à própria sociologia do direito, é político-criminalmente temerária a aplicação da pena de morte nos crimes políticos.

Nos países que mantêm a pena de morte, sucede por vêzes que o crime de homicídio ou o homicídio qualificado e o crime de alta traição são equiparados para o efeito de ambos serem punidos com a pena de morte ([37]). A razão desta equiparação reside na idéia de que o mais grave crime contra o Estado deve ser punido com a mesma pena aplicada ao mais grave crime contra as pessoas. Se fixarmos a nossa atenção, concluiremos que a validade desta idéia não pode ser admitida antes de a pormos à prova ao nível dos pressupostos existenciais que a fundam. E a êste nível exige-se a demonstração de que, *ante o mundo axiológico que impregna a comunidade social, a vida do Estado e a vida das pessoas são bens igualmente valiosos.* Mas, manifestamente, ninguém pensa que tal demonstração possa ser feita e, sendo assim, a idéia básica daquela equiparação perde todo o conteúdo existencial e cai irremediàvelmente no *jôgo arbitrário da lógica formal.* E então é igualmente legítimo afirmar que o crime mais grave contra o Estado deve ser punido com a mesma pena aplicada ao crime mais grave contra a honra das pessoas, ou contra a liberdade das pessoas, ou mesmo contra os bens patrimoniais das pessoas. Apesar de a Igreja Católica ter defendido, um tanto equìvocamente, a pena de morte, *os teólogos mais autorizados levantam sérias objeções à cominação desta pena no crime de alta traição* ([38]).

(36) Em 1811 era acusado de crime de alta traição José Pereira Pinto por ter servido no exército de Massena, tendo sido condenado à revelia à pena de morte por sentença de 16 de março de 1811. Em 29 de agôsto de 1816, a *Gazeta de Lisboa,* n.º 205 dava ao público conhecimento do êrro judiciário na condenação, em virtude de o réu ter provado suficientemente nunca ter passado para além dos Pirinéus. Só a ausência o livrou da forca. Caso citado por J. MARTINS DE CARVALHO, *A pena de morte, in O Conimbricense,* 1878, n.º 3.193.

(37) Acontece isso, por exemplo, em alguns estados dos Estados Unidos da América do Norte: equiparação entre *murder in first degree e treason.* Cfr. MORRIS, ob. cit., 346 e ss.

(38) Sôbre o problema, cfr. PAUL ALTHAUS, *Die Todesstrafe als Problem der Wissenschaften.* Munique, 1955, 26. A equivocidade da doutrina da Igreja

Tôdas as considerações que acabámos de tecer conduzem inequìvocamente à solução do problema que nos propusemos investigar: ao abolir a pena de morte primeiro para os crimes políticos e só depois para os crimes comuns, Portugal creditou-se com uma atitude cuja coerência os fatos posteriores vieram confirmar.

III

1 — O problema, tal como o pusemos e tentámos resolver, envolve-se num problema ainda mais vasto cuja discussão em seus pormenores não pode ser empreendida aqui. Se tôdas as razões que acabámos de enumerar conduzem à ilegitimidade da pena de morte nos crimes políticos, a questão que agora se põe é a de saber se essa ilegitimidade não estará originàriamente demonstrada na medida em que o criminoso político fôr de considerar um *criminoso por convicção*. A figura do criminoso por convicção resulta de uma construção doutrinal relativamente recente e tem desencadeado uma problemática farta em discussões mas escassa em resultados. Se a convicção que move o agente puder relevar no plano da culpa no sentido de a atenuar, teremos que o criminoso por convicção em caso algum poderá ser objeto de culpa máxima e, portanto, de pena máxima. E assim estará demonstrada a ilegitimidade da pena de morte neste caso.

Ao traçarmos a linha de evolução do tratamento do criminoso político, afirmámos que, depois da Segunda Guerra Mundial, tanto os estados autoritários, como as democracias musculadas, embora estas menos do que aquêles, procuraram proteger-se eficazmente contra a criminalidade política, urdindo uma teia espessa e dura onde o criminoso político perdeu a liberdade de movimentos. Êste procedimento teve uma justificação especial nos países democráticos, pois à medida que se alargavam os meios legítimos da luta política era necessário reprimir com rigor a utilização de meios ilegítimos, uma conclusão que o estado liberal, para seu mal, não tirara. E chegamos aos nossos dias, com o domínio da tendência para conceder aos criminosos políticos os mesmos direitos e garantias concedidos aos criminosos mas também para a todos tratar com igual rigorismo. Para além disso, porém, todos concordam em que a nobreza e o altruísmo da motivação do criminoso político devem relevar no domínio da culpa atenuando-a e que ao juiz cabe fixar a amplitude dessa atenuação em cada caso concreto com a conseqüente influência na medida da pena. A 1.ª Conferência dos Juristas Europeus, já citada, apesar da sua posição rigorosa ante o crime político, recomenda que "*todo Estado deve assegurar a tomada em consideração dos móbeis honrosos ou elevados, da boa fé ou de outras circunstâncias jogando a favor do agente, qualquer que seja a infração, enquanto circunstâncias que atenuem a culpabilidade e possam justificar a moderação da pena*" (39).

O problema que agora defrontamos pergunta-nos se será legítima essa atenuação da culpa, pergunta-nos qual o verdadeiro fundamento dessa atenuação. E êste problema envolve-se na problemática mais ampla do criminoso por convicção. *Entende-se geralmente por criminoso por convicção o agente que atua com consciência do caráter proibido do seu ato mas que, em nome de uma certa convicção política, religiosa ou social, nega a natureza criminosa do comportamento que leva a cabo, substituindo assim a valoração legal pela sua própria ordem de valores. A convicção cria para o agente um dever pessoal de agir, um dever que êle considera prioritário em relação ao dever de não desobedecer aos comandos legais* (40) Ùltimamente têm sido estabelecidas certas limitações a esta definição mas podemos continuar a utilizá-la como ponto de partida para a discussão.

O problema do criminoso por convicção é um dos mais difíceis com que a ciência jurídica tem deparado e isto por três razões fundamentais. Em primeiro lugar, a sua resolução pressupõe resolvida, em certo sentido, a complexa questão das relações entre moral e direito a qual, por sua vez, implica o perguntar último pelo estatuto ontológico da ordem jurídica. Em segundo lugar, para além de considerações racionais e argumentos científicos, a figura jurídica do criminoso por convicção, quer na sua conceituação, quer na sua relevância, deixa amplo espaço para a intervenção das próprias concepções do mundo e da vida que cada jurista perfilha (41). E ao nível das adesões, se é

Católica neste ponto tem suscitado as mais díspares opiniões de teólogos e juristas católicos, que vão desde a justificação teológica da pena de morte (cfr. W. KUNNETH, *Die Theologischen Argumente für und wider die Todesstrafe, in Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten.* Francoforte do Meno 1965, 147 e ss.) até à sua recusa incondicional (cfr. L. U. LAS HERAS, *La Iglésia y la Pena Capital, in Revista de Estudios Penitenciários,* 1964, 653 e ss.). Mas nenhum dos trabalhos que tomam posição a favor da pena de morte no plano teológico, por nós conhecidos, resolve o problema com tanto simplismo como o de MATA MOURISCA (Capuchinho) *A pena de morte e o Evangelho. O caso Chessman,* separata de *Bíblica.* Vila do Conde, s. d.

(39) Cfr. SOTTILE, ob. cit., 38. Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal,* vol. II, Coimbra, 1965, 331 e s. Aliás, a graduação da pena nos crimes políticos preocupa de longa data os juristas portuguêses. AYRES DE GOUVEIA, ob. cit., 180, no seu estilo fogoso afirma: "No que, porém, vacilamos é em graduar-lhes (aos crimes políticos) a penalidade. Aqui sim, aqui é que o espírito e o coração se nos sobressaltam; por isso que tentar sujeitá-los às regras dos crimes públicos e particulares em que há sempre a intenção de causar dano, enquanto que nestes há sempre de fazer bem à sociedade, fôra repelentíssimo absurdo. Não, nunca conviremos nesse nivelar uns com os outros. O crime político, nascido como é de idéias e não de interêsses, escapará sempre aos preceitos da penalidade geral".

(40) Cfr. EDUARDO CORREIA, ob. cit., 331; LANG-HINRICHSEN, *Der Ueberzeugungstäter in der deutschen Strachtsreform in Juristenzeitung (JZ),* 1966, 153.

(41) Cfr. EDUARDO CORREIA, ob. cit., 332; P. NOLL, *Der Ueberzeugungstäter im Strafrecht,* relatório apresentado nas Jornadas de Direito Penal realizadas em Heidelberga (outubro de 1966) *in JZ,* 1966, 810; P. NOLL, "Der Ueberzeugungstäter. Zugleich eine Auseinandersetzung mit G. Radbruchs rechtsphilosophischem Relativismus", *in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW),* 1966, 640.

difícil discutir, é ainda mais difícil chegar a resultados geralmente aceites. Por último, dada a sua elasticidade estrutural, a figura do criminoso por convicção depende muito, na sua determinação, da relevância jurídica que se lhe pretende atribuir. Se para uns o criminoso por convicção merece apenas um tratamento especial no que respeita ao tipo de pena a aplicar, para outros a sua relevância deve conduzir a uma *atenuação da culpa*, ou mesmo à exclusão da culpa, *ou até à própria exclusão da ilicitude*. Dêste modo, a relevância mais ou menos ampla implica uma delimitação mais ou menos restrita da figura do criminoso por convicção. Parece, pois, que a concordância geral sôbre êste conceito se deveria obter a partir da concordância sôbre a relevância jurídica que se lhe pretende atribuir.

O criminoso por convicção é tão velho como a própria humanidade (Antígona, Sócrates, Tomás Morus), mas a figura jurídica sôbre êle criada é um conseguimento relativamente recente na doutrina. O problema tem sido sobretudo discutido por juristas alemães. Històricamente, êste problema está indelèvelmente ligado ao nome de GUSTAV RADBRUCH, pois foi êle quem mais lutou para lhe conseguir um lugar ao sol na ciência jurídica. No seu início, a discussão sôbre o criminoso por convicção tinha por *núcleo* existencial o *criminoso político*. Apesar dos rigores da Primeira Guerra Mundial, estava-se ainda, na Alemanha, no domínio do estado liberal, num período de tolerância política, daquela margem de tolerância necessária para atribuir à convicção política uma relevância *a favor* do criminoso. O fato de os nossos dias (pós-Segunda Guerra Mundial) serem mais caracterizados pela tolerância religiosa do que pela tolerância política explica que nos últimos tempos a discussão do criminoso por convicção se tenha, de algum modo, deslocado do criminoso político para o criminoso por convicção religiosa.

RADBRUCH [42] parte do relativismo filosófico e da neutralidade axiológica da norma jurídica. Dada a separação entre moral e direito, a validade moral da norma jurídica assenta no seu reconhecimento e na assunção pessoal pelo destinatário. Ora, o agente que por convicção política, religiosa ou social, se sente obrigado a agir contra a lei com plena consciência dessa operação sobrepõe a sua norma de conduta à norma legal, recusando a esta última reconhecimento pessoal e validade moral. Nessa medida, *desaparece o juízo de desvalor moral sôbre* a conduta do agente, e assim também a pena que lhe fôr aplicada deve ser desprovida de todos os elementos que impliquem reprovação moral e *o seu fim há-de ser tão só o da segurança da sociedade face ao criminoso ,o da neutralização do perigo social que êle significa*. Existindo na Alemanha, em vez de pena única de prisão, três tipos diferentes escalonados segundo a gravidade do juízo de reprovação moral que envolvem: *Zuchthaus, Gefänganis e Einschliessung, RADBRUCH* entende que ao criminoso por convicção deve ser aplicado êste último

(42) Entre os seus muitos escritos, cfr. por ex. "Der Ueberzeugungsverbrecher", *in ZStW*, 1924, 34 e ss.

tipo que, concebido como *custodia honesta*, realiza o fim visado sem arrastar consigo um juízo de desvalor moral sôbre o agente. Como Ministro da Justiça do *Reich, RADBRUCH* transpôs esta concepção para o projeto oficial do Código Penal do ano de 1925, e os projetos de 1927 e 1930 seguiram o mesmo caminho.

RADBRUCH foi muito criticado [43], sobretudo por ERIK WOLF [44]. Este autor parte de pressupostos filosóficos opostos aos de RADBRUCH e, por isso, não admira que chegue a uma solução também oposta. Segundo êle, não há uma separação abissal entre moral e direito e, portanto, a norma jurídica é detentora de um valor moral objetivo independente da sua aceitação pessoal pelo destinatário da norma. A posição do agente perante êsse valor surge objetivada na sua conduta exterior, e é por isso que o direito, em princípio, não se deve preocupar com as motivações ou convicções íntimas dos que agem contra êle. Dar relevância à convicção do agente nos têrmos pretendidos por RADBRUCH significa aniquilar o dever-ser ao nível da facticidade pura. Estas e outras críticas foram repetidas nas sessões de trabalho do 34.º Dia dos Juristas Alemães realizado em Colônia em 1926. O certo é que a semente lançada por RADBRUCH não deixou de frutificar aqui e acolá, e assim a própria criminologia começa a reconhecer a existência de um tipo de criminoso por convicção [45].

A discussão só veio a serenar com o advento do nazismo e depois com a guerra. Renasceu no pós-guerra, mas com argumentos e orientações diferentes. E isto por duas razões básicas. Por um lado, as novas concepções políticas a que já aludimos alteraram a perspectiva do criminoso político e isso refletiu-se no problema do criminoso por convicção. Aliás, a experiência amarga do nazismo levou os juristas alemães a um profundo pessimismo sôbre a nobreza das convicções políticas. Em alguns dêles ainda hoje pressentimos o receio de que os criminosos de Hitler venham de algum modo a beneficiar do tratamento especial atribuído ao criminoso por convicção [46]. Por outro lado a superação do relativismo e da separação entre moral e direito contribuíram para atribuir ao direito uma dignidade e um valor objetivos que antes não detinha. *Como catálogo sui generis de preceitos éticos dominantes na comunidade, a ordem jurídica obtém a legitimidade*

(43) Cfr. J. NAGLER, "Der Ueberzeugungsverbrechen" *in Der Gerichtssaal* (*GS*), 1927, 48 e ss.; LANG-HINRICHSEN, ob. cit., 155.

(44) Cfr. E. WOLF, "Das Tatmotiv der Pflichtüberzeugung als Voraussetzung einer Sondersstrafe", *in ZStW*, 1925, 207 e ss.; E. WOLF, "Zum Problem der Anerkennung von Ueberzeugungsverbrechen. Weitere Kritische Bemerkungen zum § 71 des E", *in ZStW*, 1927, 396 e ss.

(45) Cfr. GAUPP, *in Monatsschrift für Kriminalbiologie* (*Mschkr*) 17, 395; E. SEELIG, *Manual de Criminologia* em tradução de G. de Oliveira, Coimbra, 1957, 210 e ss.

(46) E. HEINITZ, "Der Ueberzeugungstäter im Strafrecht", *in ZStW*, 1966, 633; E. HEINITZ, "Der Ueberzeugungstäter im Strafrecht", relatório apresentado nas Jornadas de Direito Penal realizadas em Heidelberga (outubro de 1966) *in JZ*, 1966, 811.

moral para exigir de todos o respeito das suas normas e, conseqüentemente, para formular um juízo de reprovação moral sôbre a conduta de todos os que as violem. A objetividade ética do direito refletiu se na nova concepção da ilicitude e do seu núcleo central, o bem jurídico, o qual passou a dispor de conteúdo e valor materiais. Ao mesmo tempo que se dava a aproximação entre a moral e o direito, e com ela a chamada tendência para a subjetivação do direito, a conduta do agente passou a ser pautada à luz do critério objetivo da violação de bens jurídicos em que está implícito um juízo èticamente fundado. Apesar da intervenção da moral ter aberto novas perspectivas à consideração de elementos subjetivos da conduta do agente, a mera convicção ideológica dêste deixou de poder arvorar relevantemente a norma pessoal da conduta em norma superior à legal (47).

A partir dêstes pressupostos não se podia esperar um tratamento muito favorável do criminoso por convicção. A Grande Comissão da Reforma do Direito Penal Alemão recusou-lhe o tratamento especial nos têrmos preconizados por RADBRUCH, isto é, na substituição das penas de prisão mais graves pela *Einschliessung* (48). O comité parlamentar para o direito penal, apesar de reconhecer a necessidade de privilegiar de algum modo o criminoso por convicção, discutiu muito sôbre a natureza do privilégio, decidindo-se finalmente pela aplicação da *Einschliessung* (49). Apesar desta solução, o comité encontra-se muito longe dos pressupostos filosóficos de RADBRUCH e isso mesmo fica demonstrado pelas inúmeras restrições que são feitas à aplicação do privilégio, restrições tais que dêste ficam excluídos muitos criminosos políticos (50).

A aproximação entre a moral e o direito não é um fenômeno inequívoco, pois nem todos ou autores tiram dela as mesmas conseqüências. WELZEL, por exemplo, divergindo da opinião dominante, defendeu na Grande Comissão a aplicação da *Einschliessung* ao criminoso por convicção (51). Para WELZEL, a norma jurídica é detentora de um conteúdo de valor objetivo que torna a sua fôrça de dever-ser independente da efetiva aceitação pela consciência do agente (52). Mas reconhece, por outro lado, que a consciência é, no plano moral, a última instância de valoração pessoal da conduta (53), constituindo se num dever-ser pessoal que pode entrar em conflito com a ordem objetiva de valores e deveres. Nesse conflito não pode ser dada primazia à consciência, pois esta não é a ordem do dever-ser objetivo (como queria LAUN) nem a lei retira a sua validade da efetiva aceitação pela consciência individual (como queria *RADBRUCH*) (54). Aliás, doutro modo seria impossível qualquer ordem humana comunitária. Mas o fato de não se dar primazia à decisão de consciência — de não a reconhecer como decisão justa — não significa que ela deva ser totalmente *irrelevante*, pois, ao obedecer-lhe meditada e conscientemente, o agente mostrou dignidade moral e um caráter honesto. A punição que lhe fôr aplicada deve ser desprovida de todo o caráter desonroso.

Partindo da teologia moral católica, outro autor, K. PETERS, entende que deve ser dada maior amplitude à decisão de consciência, admitindo que, em caso de conflito entre esta e a ordem jurídica, possa triunfar a primeira, desde que se respeitem certos pressupostos (55). Nestes têrmos, a decisão de consciência pode justificar a exclusão da *tipicidade* e, portanto, da ilicitude de certa conduta em princípio criminosa (56). Perante tão ampla relevância, PETERS é conduzido a restringir muito os limites conceituais da figura do criminoso por convicção, a ponto de preferir a esta denominação consagrada a denominação de *criminoso de consciência* (GEWISSENSTÄTER) *que, aliás, pretende autonomizar conceitualmente em relação à figura do criminoso por convicção.*

2 — Entendemos que a figura do criminoso por convicção deve ser delimitada em certos têrmos a partir de definição geral acima dada. Essa delimitação deve exercer-se, tanto ao nível da atitude subjetiva, como ao nível da conduta exterior, de execução do crime.

Ao nível da atitude subjetiva do agente devemos ainda distinguir dois momentos. Em primeiro lugar, no que respeita à própria convicção que impele o agente a atuar, cremos que não é lícito fazer distinções com base na natureza da convicção, a fim de obter efeitos jurídicos diferentes consoante se trate de convicção política, social ou religiosa. PETERS entende que o criminoso de consciência é sempre um criminoso por convicção mas é também algo de essencialmente diferente (57). *A decisão de consciência é a única que compreende a totalidade do homem nas suas relações consigo mesmo, com os outros e com Deus,*

(47) Representativos desta orientação são E. HEINITZ, obs. cits. *passim* e JESCHECK na 4.ª Sessão da Grande Comissão de Reforma do Direito Penal Alemão *in Niederchriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, vol. I, 94 e ss.; P. NOLL, ob. cit., 638 e ss., embora êste, na casuística a que se acolhe, transcenda, por vêzes, os pressupostos de que parte.

(48) Cfr. *Niederschriften cits.*, vol. I, 94 e ss.; vol. III, 49 e ss.

(49) Em Portugal e perante a reforma do nosso direito penal, o problema da relevância do criminoso por convicção terá de pôr-se de forma radicalmente diversa pois o Projeto Eduardo Correia (Parte Geral, 1963) elimina do sistema punitivo tôdas as penas infamantes (arts. 76 e ss.), deixando então de fazer sentido a aplicação ao criminoso por convicção de uma pena não infamante. É justo salientar esta inovação do Projeto como um passo firme na conquista de um direito de punir verdadeiramente humanista.

(50) Cfr. LANG-HINRICHSEN, ob. cit., 159.

(51) Cfr. *Niederschriften cits.*, locs. cits.

(52) Cfr. WELZEL, "Gesetz und Gewissen", *in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, 1960, vol. I, 393.

(53) Cfr. WELZEL, ob. cit., 393 e ss.

(54) Cfr. WELZEL, ob. cit., 397.

(55) Cfr. K. PETERS, "Ueberzeugungstäter und Gewissenstäter", *in Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft* (Festschrift für H. MAYER) 1966, 257 e ss.

(56) Cfr. PETERS, ob. cit., 276.

(57) Cfr. PETERS, ob. cit., 263.

é uma decisão sôbre o bem e o mal. Ao contrário, o agir por convicção implica apenas nma decisão sôbre o justo e o injusto, sôbre o útil e o inútil (58). Dado que as ideologias políticas implicam normalmente uma decisão dêste último tipo (59), daí resulta que a figura do criminoso de consciência fica quase exclusivamente reservada para o criminoso por convicção religiosa. Tal discriminação não nos parece justa, pois, por um lado, na maioria dos casos é muito difícil de averiguar se uma certa convicção política ou social não resulta ou não participa de uma convicção religiosa. Por outro laro, qualquer que seja o tipo de convicção, *há sempre, e em igual medida, lugar para uma decisão originária sôbre o bem e o mal.* Parece-nos apenas que ao nível de cada tipo de convicção poderá ser necessário um juízo fundamental sôbre a própria ideologia em que êle assenta. Não nos vamos alongar neste problema dada a sua manifesta dificuldade e o seu relativo pouco interêsse no âmbito desta comunicação, pois no que respeita ao criminoso político já dissemos o suficiente ao definir êste tipo e ao distingui-lo dos tipos de criminalidade afins.

Em segundo lugar, devemos atender à estrutura espiritual e psicológico-mental da decisão de agir contra a lei por motivos de convicção pessoal. Como vimos, para WELZEL, o criminoso por convicção deve fazer derivar a sua conduta de uma decisão de consciência, entendendo WELZEL por esta, uma disponibilidade para o bem e para a verdade, a qual se traduz na meditação e na discussão das várias possibilidades e na decisão final por uma delas, a que dê mais ampla satisfação à disponibilidade originária do agente. HEINITZ critica esta posição considerando ilegítima a distinção consoante a forma de criação da convicção. *Em seu enteder, o criminoso por convicção de* WELZEL *será um privilégio dos intelectuais* (60). Não temos esta crítica por definitiva. O importante é distinguir o criminoso por convicção do fanático político ou religioso. O fanático age cegamente contra a lei sem para isso dispor de uma qualquer tensão de consciência. O seu impulso a agir faz apêlo tão-só às camadas mais baixas da personalidade. Para o criminoso por convicção exige-se uma visão analítica da situação em que se encontra, exige-se uma ponderação de prós e contras e uma decisão ao nível da consciência ética. E esta ponderação e esta decisão estão ao nível de todos os homens que participem de certa convicção. O intelectual não se distingue dos outros homens por ser capaz de uma ponderação de prós e contras antes de se decidir. Distingue-se, sim, pelo tipo de prós e contras que põe à sua consciência, e pela forma como realiza a ponderação e obtém a decisão. *Nenhum homem é produto exclusivo da razão, mas também nenhum pode invocar uma decisão por motivo de convicção em que não intervenha nenhum momento racional.*

(58) Cfr. PETERS, ob. cit., 272.
(59) Cfr. PETERS, ob. cit., 273.
(60) Cfr. HEINITZ, *ZStW* 1966, 621, e s.

O outro nível em que é necessário delimitar a figura do criminoso por convicção é o da conduta exterior, da forma de execução do crime. Agir por convicção é agir por motivo nobre, mas a existência dêste não deixa de depender em parte da própria forma de execução. Assim, em primeiro lugar, deve exigir-se economia de meios, isto é, a execução criminosa deve ser a menos danosa possível para a ordem jurídica, deve confinar-se ao estritamente necessário para afirmar a convicção. Dêste modo, os resultados exteriores da conduta não podem ser de tal forma desadequados e desproporcionados que signifiquem a negação dialética da própria convicção. Por outro lado, a tendência para a generalização que existe na ação por convicção e o altruísmo fundamental desta implicam, com o reconhecimento do *outro*, o reconhecimento da presença do outro na comunidade que a todos pertence. Nesta base, os crimes violentos significam, em princípio, um obstáculo sério à admissão da existência do autêntico criminoso por convicção (61). Mas, ao contrário de PETERS, entendemos que a omissão não tem de ser a única forma de execução idônea para conduzir à existência de um criminoso de consciência (62). A omissão e ação são duas formas de compromisso com a ordem jurídica igualmente válidas. Por outro lado, nem sempre a omissão tem de significar menor violência ou gravidade do crime, embora concordemos que em muitos casos assim sucederá.

A relevância do criminoso por convicção deve colocar-se, primordialmente, no domínio da culpa, conduzindo a uma atenuação da culpa cuja amplitude só o juiz pode determinar perante as circunstâncias do caso concreto. Por outro, lado, o reconhecimento do criminoso por convicção deve conduzir à aplicação de uma pena que, sem significar menos rigorismo, tome em conta os motivos honrosos e a personalidade total do delinqüente. Escusado será dizer que a existência dêste tipo de criminoso deverá levar a uma reelaboração completa dos fins e dos processos de ressocialização comumente visados e utilizados.

3 — Apesar das dificuldades do tema e sem querermos generalizar demasiado os resultados a que chegámos, pensamos que da investigação precedente se podem tirar algumas conclusões. O criminoso político, tal como o concebemos, pode configurar-se muitas vêzes como um criminoso por convicção, atentas mesmo as limitações por nós postas à definição desta figura jurídica. A conduta do criminoso político nasce freqüentemente de um dever pessoal que o impele à ruptura com a ordem jurídica constituída. A decisão de agir assenta numa meditação mais ou menos longa com o sopesamento de prós e contras. E, por último, a execução criminosa não tem de significar violência física contra as pessoas.

(61) Já RADBRUCH excluía do criminoso por convicção o culpado de homicídio qualificado. Cfr. LANG-HINRICHSEN, ob. cit., 155. Uma limitação semelhante é dada na solução do Comité parlamentar alemão para o direito penal.
(62) Cfr. PETERS, ob. cit., 274, o qual só em casos excepcionais (aliás, deficientemente delimitados) admite uma ação positiva.

Sempre que o criminoso político fôr de considerar criminoso por convicção deve concluir-se sem mais pela ilegitimidade da aplicação da pena de morte pois, para além de outras eventuais relevâncias, a verificação de um agir por convicção deve conduzir a uma atenuação da culpa do agente e, portanto, a inexistência da culpa máxima há-de significar forçosamente ilegitimidade da pena máxima.

Não se verificando, no caso concreto, os requisitos da existência de um criminoso por convicção, as razões por nós apresentadas na parte II dêste trabalho continuam a ser suficientemente idôneas para, só por si, demonstrar a igual ilegitimidade da pena de morte.

De tudo se pode concluir que Portugal, ao dar prioridade aos crimes políticos na abolição da pena máxima, tomou uma atitude arrojada no plano da filosofia criminal, uma atitude certa no plano da política criminal, uma atitude de profundo significado para o devir histórico pois que ainda hoje pode ser indicada como modêlo aos países que mantém a pena de morte para os crimes políticos e para os crimes comuns.

A pena de morte é um réptil raro em vias de desaparecer. Amanhã mostrá-lo-emos aos nossos filhos nas vitrinas dos museus.

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

A cultura brasileira pode orgulhar-se da maior e mais importante contribuição jurídica já publicada no mundo.

Trata-se da monumental obra do mestre PONTES DE MIRANDA **"TRATADO DE DIREITO PRIVADO"**, cujo sexagésimo e último volume já se encontra lançado.

A obra em questão não tem correspondência e é reconhecida como a maior realização individual de um jurista.

Já estão sendo reeditados os primeiros volumes e a coleção completa estará novamente à disposição dos juristas e advogados dentro em breve. Já se encontram nas livrarias os volumes 1 a 14 e 51 a 60.

Pedidos pelo Reembôlso Postal a Borsoi & Cia. — Rua Francisco Manuel, 55 — Benfica — ZC-15 — Rio de Janeiro — GB
Telefones: 248-8176 e 248-2834

NOTAS PARA A HISTÓRIA DA MOTIVAÇÃO NO PROCESSO PENAL (*)

MARIO PISANI

1. Não escapou aos estudiosos italianos do processo penal, a importância histórica da "pragmática" de 23 de setembro de 1774, mediante a qual o rei Fernando IV de Bourbon se propunha reformar a administração da Justiça na cidade de Nápoles. Com efeito, mais de um autor já frisou que com aquêle texto legislativo pela primeira vez, na Itália pre-unitária, era estabelecida a obrigatoriedade da motivação das sentenças (1). A sugestão para voltar ao assunto, é-nos oferecida por uma recente publicação que fornece alguns dados interessantes a respeito das razões daquele provimento.

2. Comecemos por transcrever a primeira parte do texto da dita "pragmática" — n.º XXVIII (2): "Com Despacho Real, e por intermédio do Senhor Marquês Tanucci, foi-me dado conhecimento de que, continuando a haver contra os Tribunais querelas de litigantes que, se às vêzes estão providos de direito, outros estão apenas empenhados em prolongar os pleitos, resolveu finalmente o Soberano pôr côbro a isso, da maneira mais eficaz para anular qualquer pretexto da malignidade ou da fraude, e assegurar, perante a opinião pública, a exatidão e a religiosidade dos Magistrados.

Quer, pois, Sua Majestade que, também a exemplo e conforme o uso dos mais célebres Tribunais, em qualquer decisão tanto concernente

(*) Tradução de Armida Bergamini Miotto.

(1) MANZINI, *Trattato di dir. proc. pen. ital.*, vol. I, 1931, p. 64, nota 5 (e p. 79, nota 14, da 6.ª ed., 1967). Ver também LEONE, *Trattato di dir. proc. pen.*, vol. II, 1961, p. 372. Quanto a uma série de precedentes — em época anterior ao século XII — ver PERTILE, *Storia della procedura, in Storia del diritto italiano*, vol. VI, p. II, 1902, pgs. 223 e segs. É de notar que todos os autores aí citados indicam errôneamente como data da "pragmática" mencionada no texto supra, 27 de setembro ao invés de 23 de setembro de 1774.

(2) Colhido na *Nuova Collezione della Prammatiche del Regno di Napoli* (elaborada por L. Giustianini), 1805, p. 135 (Tít. CCXVI, *De ordine, et forma iudiciorum*).

à causa principal, como aos incidentes, proferida por qualquer Tribunal de Nápoles, ou Colégio, ou Junta, ou outro Juiz da mesma Capital, que tenha faculdade de decidir, seja exposta a razão da decisão, ou os motivos sôbre os quais se apoia a decisão. Encarece Sua Majestade que os julgamentos devem ser o mais possível escoimados do arbítrio, e bem assim devem ser os Juízes preservados de qualquer suspeita de parcialidade; porisso e para isso, as decisões devem fundar-se não já na pura autoridade dos Doutores, que, infelizmente, com as suas opiniões têm alterado o direito, ou têm-no tornado incerto ou arbitrário, mas nas leis, expressas do Reino, ou mesmo comuns. Se não houver lei expressa para o caso de que se trata, devendo-se então recorrer à interpretação ou à extenção da lei, quer o Rei que isso seja feito pelo Juiz de tal modo que as duas premissas do raciocínio sejam sempre fundadas em leis expressas e literais. E quando o caso fôr totalmente nôvo, ou inteiramente duvidoso, de sorte que não possa haver decisão dentro da lei, nem ao amparo da lei, quer o Rei que lhe seja dito caso encaminhado, e se aguarde o seu Soberano Pronunciamento" (3).

3. Para se ter um quadro do que havia de ser essa situação, embora com referência apenas ao Processo Penal, basta consultar o Tratado de NICOLINI. Escreve êle: "... se em cada sentença se deve formar um *silogismo*, cuja premissa maior é a lei, sendo a *menor* a a declaração da certeza do fato concordante ou não com a lei, e cuja *conclusão* é a absolvição ou a pena — essa *menor* e aquela *maior* eram ambas contidas nas nossas decisões abolidas, devendo ser adivinhadas através da *conclusão*. Essas antigas decisões não constavam senão de duas brevíssimas partes: o *título do processo* e as *disposições;* não se estabelecia a culpabilidade pelo fato e tampouco a razão da aplicação da pena. Não havia, portanto, freio algum, além da consciência do juiz, que impedisse de fixar dita pena com demasiada suavidade ou com demasiada severidade. Porisso, mais sábio do que quem quer que

(3) A segunda parte da "pragmática" constitui importante documento para a história da publicidade dos julgamentos. Vejamos:

"Sua Majestade, ao resolver e ordenar que as decisões assim motivadas sejam impressas, cuidou do decôro dos Magistrados; ao mesmo tempo, porém, preocupou-se com o menor dispêndio das partes, querendo, para isso, que a impressão seja feita privativamente pela Imprensa Real, mediante o pagamento de um "carlino" por dez exemplares, se a decisão não passar de uma lauda, com aumento proporcional ao maior número de exemplares e laudas, conforme necessitarem as partes. Todavia, quando, em razão da pobreza do litigante, os atos do processo tiverem sido gratuitos (o que deve constar do final da decisão), a impressão também será gratuita. E para que esta soberana resolução seja observada exatamente, quer o Rei que a decisão que não tenha sido assim impressa nunca passe em julgado, e se considere como não proferida. Declara, ainda, Sua Majestade, que essas decisões, assim impressas, devem — para que possa realizar-se a solenidade da intimação — ser assinadas pelo Juiz ou pelo *Commesario della Causa*, e bem assim pelo Escrivão ou pelo *"Attitante"*. E eu, por ordem Real, participo tudo isso a V. S. Ilustríssima e ao Conselho, para que seja cumprido. Palácio, 23 de setembro de 1774. *Carlo Demarco*. Sr. Presidente do Conselho".

o fôsse, foi o Rei Fernando que, para pôr côbro a tanto arbítrio, começou por ordenar, em 1774, que, na capital, tôda e qualquer decisão fôsse motivada e publicada impressa" (4).

O mesmo autor assim exemplifica o excessivo esquematismo das sentenças penais do período anterior à "pragmática": *"In causa homicidii praemeditati in personam A.B. contra carceratum C.D. — Per magnam curiam provisum et decretum est, quod ipse C.D. moriatur in furcis,* ou então *remiget per annos* ..., ou ainda *exulet,* ou *liberetur in forma* ou *excarceretur tamquam innocens,* etc. A formal declaração de culpabilidade era apenas subentendida, sendo que pela pena aplicada podia-se inferir se o juiz ficara convencido da acusação, conforme constava do título, ou então que tinha admitido circunstâncias que o levaram a aplicar pena mais suave" (5).

4. O panorama oferecido pelo próprio texto da "pragmática" XXVIII, a respeito dos antecedentes dela, e, pois, a respeito das razões que a tinham inspirado, foi enriquecido — como já aludimos — por novos elementos, em decorrência da publicação de uma carta datada de 11 de outubro de 1774. Essa carta se insere numa longa série de missivas que BERNARDO TANUCCI, com a finalidade de fornecer informações concernentes às atividades governamentais, enviava semanalmente a Carlos III de Bourbon (6), que, tendo subido ao trono da Espanha, em 1759, teve de deixar Nápoles, confiando, então, seu filho Fernando — que só oito anos após adquiria a maioridade — a um Conselho de Regência, do qual TANUCCI era *magna pars* (7).

Naquela carta — posterior à "pragmática" cêrca de vinte dias — o remetente, que desempenhou o mais importante papel junto ao Rei Fernando, atribui aos "muitos embaraços" da sua "velhice decrépita" o ter-se esquecido de "remeter" uma cópia de uma "resolução" do Rei (8). TANUCCI (que talvez tivesse fingido esquecer-se, na esperança de que, com o passar de algum tempo, se aplacassem as fortes reações suscitadas pelas profundas inovações introduzidas nas sentenças) assim escrevia: "Trata-se de uma "resolução" do Rei, visando a freiar o arbítrio do Juíz, que após a partida de Vossa Majestade tinha chegado a ser escandaloso, provocando uma infinidade de recursos gritantes, muitos dos quais justos, sendo notórias as alegadas injustiças. Nos moldes da Constituição do Imperador Constantino, o Rei ordenou-me, com o consentimento unânime do Conselho de Estado,

(4) N. NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie,* vol. I, 1828.

(5) *Idem, ibidem,* pág. 255, nota 1.

(6) *Lettere di Bernardo Tanucci a Carlo III di Borbone* (1759 a 1776) — Compilação feita por Rosa Mincuzzi, 1969.

(7) R. MINCUZZI, *Bernardo Tanucci ministro di Ferdinando di Borbone,* 1967, p. 9. Ver também B. CROCE, *Storia del Regno di Napoli,* 1966, p. 186.

(8) Êsses pormenores foram omitidos no texto da carta publicada — quanto à passagem que nos interessa — à p. 922 do vol. cit., nota 6; constam, porém, do texto integral conforme a cópia que R. MINCUZZI gentilmente nos forneceu.

a expedição de uma circular a tôdas as secretarias e aos tribunais, da qual envio cópia... Todos aplaudiram... exceto a toga, que, por orgulho e arbítrio, é denominada *toga soberana*".

A maciça rebelião forense (9) criou graves dificuldades para TANUCCI. Foi então, porém, que "um jovem de vinte e três anos, destinado a vir a ser uma das maiores glórias de Nápoles, GAETANO FILANGIERI, fez ouvir, pela primeira vez a sua voz, publicando, em defesa da "*pragmática*", uma obra intitulada *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano* (1774), e dedicada ao *Benefattore della Patria* (10).

5. Depois de ter dado configuração à *ratio finale* da nova regulamentação, com o intento de "tirar dos Magistrados tudo aquilo que os torna superiores à lei" — intento êsse manifestado pela vontade de proscrever a interpretação "arbitrária" (não literal) e a "autoridade dos Doutores" — FILANGIERI, falando mais diretamente da prevista obrigatoriedade de motivação, assim escrevia: "Eis mais um remédio contra o arbítrio dos Magistrados. Quando o Juiz sabe que deve expor o fundamento da sentença, e que êsse fundamento deve ser deduzido da lei, sabendo também que essa lei não pode ser interpretada conforme o capricho, eu não encontro véu algum que possa esconder a injustiça da sua sentença. Mas além disso há outra vantagem. Se a convicção da própria segurança é a base da liberdade social, como se tem demonstrado, e se essa convicção é proporcional à soma dos obstáculos que um Cidadão deve vencer para violar os direitos de outro Cidadão, eu não encontro meio mais oportuno para fomentar essa salutar convicção a respeito dos Magistrados, do que o de constrangê-los a dar satisfação ao Público, a respeito da justiça das suas decisões" (11).

6. Comentando a "pragmática" do Rei Fernando, um jovem magistrado escrevia há poucos anos: "Nessa vicissitude legislativa de há quase dois séculos, que, por ironia do destino, nos vem de um

(9) Ver MANZINI, *op. cit.* (nota 1), ed. 1967, pág. 80, o despacho real de 25-11-1774, em resposta ao Sagrado Régio Conselho (em que, entre outros argumentos, está o de que "o gênero humano", é, "infelizmente, levado a suspeitar e maldizer aquilo que não entende fàcilmente"). — A tomada de posição do Soberano, foi assim comentada por COLLETTA, *Storia del Reame di Napoli*, 1848, pág. 107: "Por causa do estilo ameaçador do edito, o Foro se calou e seus membros se declararam persuadidos; nenhum magistrado renunciou ao cargo; nenhuma reação extrema, que na derrota honra a dignidade humana, foi praticada. E assim, desde aquêle dia, fundamentadas as sentenças, a justiça melhorou".

Quanto a um quadro mais amplo, com melhor estudo das vicissitudes anteriores e posteriores aos dois despachos tanuccianos, ver AJELO, *Preilluminismo giuridico e tentativa di codificazione nel Regno di Napoli*, 1968, especialmente pgs. 130 a 171.

(10) E. DELLA ROBBIA VIVIANI, *Bernardo Tanucci e il suo più importante carteggio*, vol. I, Biografia, 1942, pág. 203.

(11) *Opuscoli scelti editi, ed inediti del cav. Gaetano Filangieri*, 1815, pág. 32.

Estado com o qual nada quereríamos dividir, encontramos muitos aspectos fundamentais do problema da motivação — do *porquê* da motivação" (12).

Tenha-se ou não se tenha algo a dividir com aquêle Estado, ou talvez se tenha sòmente a mágoa de não conseguir vislumbrar, à sombra dos Príncipes contemporâneos, muitos homens da têmpera de um TANUCCI ou de um FILANGIERI, resta, de qualquer modo, o fato de o art. 111 da Constituição Italiana ("Todos os pronunciamentos jurisdicionais devem ser motivados") não só constituir, hoje, o ponto final de uma interessante vicissitude histórica, mas, sobretudo, representar o necessário ponto de apoio e de referência contra os possíveis relaxamentos ou arbítrios, tanto do legislador como do Poder Judiciário.

(12) RAMAT, "Significato costituzionale della motivazione", *in Magistrati o funzionari?* (coordenação de Maranini), 1962, pág. 696. — Aquela vicissitude legislativa foi lembrada também por GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942.*

CRIMINOLOGIA CRÍTICA (*)

W. H. NAGEL

"A celebração de congressos internacionais em países a cujos habitantes não se permite expressar-se livremente a respeito da modificação, a seu ver necessária, de uma lei, qualquer que seja, não é mais do que um ato de covardia".

W H. Nagel, *International Collaboration in the Field of Criminology, Le Droit Penal International,* 1965.

Após a primeira guerra mundial, o campo da Criminologia expandiu-se consideràvelmente. A Criminologia moderna não é mais simplesmente etiologia criminal. Por um lado, o raio de ação da *vitimologia* vem se ampliando ràpidamente desde mais ou menos 1950. Hoje, sabemos que já não se pode aplicar eficazmente a Criminologia sem estabelecer a relação (e mesmo, freqüentemente, uma interação) entre o criminoso e aquêle contra quem realiza sua conduta; com tôdas as diferenças entre a vítima como adversário direto e pessoal e como oponente impessoal (o Estado, a Polícia, a vizinhança, etc.) ou como o indivíduo considerado representante dêsse oponente impessoal. A análise mais profunda da relação vitimológica é a do existencialismo (cf. SARTRE, *Jean Genet*) (1).

Por outro lado, a *Sociologia do Direito Penal* desenvolveu enormemente o domínio da Criminologia. Por ocasião da última conferência de diretores de institutos criminológicos europeus, no Conselho da Europa, em Estrasburgo, ficou evidente, a meu ver, que a Sociologia do Direito Penal rompeu os contextos muito estreitos, desde há muito, da Criminologia etiológica. Quando durante os debates, se propôs a *personalidade do delinqüente* como tema de investigação a ser

(*) Trabalho apresentado ao VI Congresso Internacional de Criminologia, realizado em Madri, em setembro de 1970. Tradução de Fernando Fragoso.

(1) Para mencionar alguns nomes após MENDELSOHN: ELLENBERGER, VON HENTIG, ITURBE, NAGEL, SCHÜLLER-SPRINGORUM, SCHULTZ e PAASCH.

realizada simultâneamente nos países europeus, criou-se quase um tumulto tal foi a perplexidade com que se acolheu o enunciado do tema. Não porque seja êste um tema superado, mas sim porque tôda discussão acêrca do mesmo — que nunca deixou de haver desde o nascimento da Criminologia — deve agora ser adiada até que se explore ao menos um pouco a área mais ampla conquistada pela disciplina.

Faz diferença (também para a pessoa do criminoso) que o ponto de partida do criminólogo não seja mais o Código Penal, e que certamente inexiste uma *lex naturalis* que lhe indique seu objeto. Partimos do princípio de que certos segmentos do comportamento humano são definidos como criminosos. As personalidades e circunstâncias sociais dos que identificam tais segmentos como delituosos e daqueles que detêm a função de obrigar ao cumprimento da lei são de tanta importância quanto as dos indivíduos definidos como criminosos.

O abandono da base etiológica conferiu um caráter crítico à Criminologia. O uso dêsse têrmo nos obriga a comparação entre a Criminologia Crítica e a universidade crítica.

A revolta estudantil que estourou na Europa Ocidental por volta de 1968 é, segundo o economista belga ERNEST MANDEL, uma reação à subordinação quase completa da universidade às exigências e aos interêsses do neo-capitalismo. Veja-se o discurso por êle pronunciado ao celebrar-se o 79.º lustro da Universidade de Leiden, em julho de 1970. Desejaria acrescentar a isso que MANDEL se referia ao que chamamos Mundo Ocidental; mas a mesma subordinação prevalece em países comunistas e provàvelmente também já nos países em desenvolvimento econômico e industrial (Terceiro Mundo). Cada um dos três mundos tem seus valôres dominantes. O homem de ciência numa universidade crítica deve compreender até que ponto êle atua em proveito da manutenção da ordem social, com seus valôres dominantes. Em seguida, êle deve determinar as conseqüências disso em seu trabalho.

Pode-se observar que o desejo de participar, numa postura crítica em face dos valôres sociais, no ensino e na pesquisa universitários, é mais sentida numas disciplinas do que noutras e não são precisamente as Faculdades de Direito as que se distinguem por sua veemência: 99% dos juristas são aplicadores de leis. Sòmente um grupo reduzido de juristas se dedica a dar forma ao nôvo direito, e ainda a maioria dos que integram êste pequeno grupo o fazem mal.

Deve-se ter em conta também que a Criminologia, ciência do comportamento de caráter empírico, tem sido quase sempre, pelo menos na Europa, uma espécie de enteada a quem se condescendeu em dar acolhida nas Faculdades de Direito. Isto, evidentemente, teve seu efeito sôbre a Criminologia.

Entre os valôres dominantes em nossa sociedade incluem-se: (a) os sócios-econômicos; (b) o Direito.

Tenho consciência de que existem também outros valôres que deveriam ser considerados, mas, para os efeitos desta comunicação, devo limitar-me aos dois mencionados, que à primeira vista parecem ser da mesma natureza. A diferença, contudo, é substancial. Os valôres sócio-econômicos (a) são de benefício direto aos grupos dominantes, mas o Direito (b) tem valor num nível subserviente: sua função é assegurar e preservar os valôres dominantes primários em nossa sociedade. O valor *b* é portanto o asno sôbre o qual o valor *a* cavalga.

Tais valôres são servidos por ciências: os sócio-econômicos pelas ciências no sentido mais amplo, mas o Direito, sòmente por uma ciência de natureza muito mais limitada. Neste momento, não se trata de comparar a qualidade dos vários ramos das ciências, mas sòmente estabelecer a posição da Criminologia. Por um lado, o criminólogo encontrou-se sempre em situação de certo modo modesta, eis que circunscreveu o objeto de sua dedicação a um sub-produto das violações do Direito: o criminoso. Contudo, por outro lado, não se vinculou aos métodos científicos dedutivos e escolásticos dos juristas, nem à sua dogmática jurídica. Todavia, até agora fêz pouco uso de tal privilégio pela simples razão de que, por sua condição de enteado, isto é, incorporado ao seio de uma família que não era a sua, nem o educaram, nem lhe deram facilidades para educar-se.

Com a possível exceção dos teólogos, os criminólogos têm sido sempre os menos críticos de todos os cientistas em virtude da dependência existente no objeto a êles atribuído. O direito positivo foi tomado como ponto de partida para a definição do "Objeto da Criminologia" (título de um trabalho do Prof. M. P. VRIJ, que foi o primeiro a, pelo menos, reconhecer que aqui existe um problema).

Que significa o desenvolvimento no sentido do caráter crítico da Criminologia? Um comêço modesto seria perguntar-se não sòmente como o criminoso chegou à conduta punível, mas também se a incriminação dêsse comportamento continuará a fazer sentido. Na abertura oficial do Instituto Criminológico em Vaucresson, em 1956, o Ministro da Justiça francês declarou: "Devemos não só comparar os fatos com o Direito, mas também o Direito com os fatos".

Isso implica em que a Criminologia Crítica não ficará alheia ao domínio da política, como persistentemente tem feito.

O que causa espanto é que a Criminologia clássica discutia sôbre crimes e criminosos políticos. Êstes eram naturalmente pessoas que se achavam em uma determinada relação vitimológica com as autoridades. LASCHI e LOMBROSO apresentaram no I Congresso de Antropologia Criminal, celebrado em 1885, um informe pouco interessante sôbre a criminalidade política. Em 1885 era evidentemente inimaginável que as autoridades pudessem ser elas mesmas criminosos políticos.

Isso contribuiu para tornar a Criminologia incrìvelmente infantil. Houve pessoas doentes que, por cometer crimes horríveis, alcançaram a maior notoriedade na literatura criminológica. Mas onde encontramos nessa literatura o bispo que abençoava os canhões que destroçaram centenas de milhares de pessoas, que com velhas fundas e lanças tentavam defender seu país subdesenvolvido contra o cesárico imperialismo do país mais cristão da Europa? (ou talvez o segundo mais cristão).

Devo confessar que os primeiros congressos criminológicos após a segunda guerra mundial me impressionaram muito, devido à circunstância de que neles se discutiam essencialmente as mesmas questões dos congressos anteriores à guerra. Os criminólogos que antes da guerra trataram de punguistas e do trabalho na prisão, encontraram-se de nôvo, após a guerra, para discutir o trabalho na prisão e o furto às grandes lojas. Nesse interim, entretanto, milhões de pessoas foram assassinadas, muitas vêzes, depois de se sujeitarem a trabalhos escravos insuportáveis.

Nesse contexto, desejo saudar nosso colega BRUNO CORMIER, do Canadá. Em 1969, em *De l'historie des hommes e du génocide*, escreveu êle que o genocídio — não identificado como conduta aberrante até fins do século XVIII — continuou ocorrendo livremente no século XIX. Nas negociações do tratado de guerra terrestre de 1899 nenhuma menção se fêz do genocídio, mas CORMIER, provàvelmente se baseando no preâmbulo e no artigo 46 do regulamento, deduziu do tratado uma proibição do genocídio. Estou de acôrdo. Contudo, êsse crime continuou sem definição, sanções e, por conseguinte, sem jurisprudência. Isso trouxe problemas em Nuremberg, em 1946 mas só por causa das proporções imensas adquiridas pelo crime. Os cientistas começaram a se interessar por êsse patológico comportamento de massa, mas nem os juristas nem os criminólogos estavam na primeira linha dos interessados. CORMIER sustenta que o genocídio é o resultado de um mecanismo patológico que excita sanguinàriamente grupos de pessoas a atacar outros grupos de pessoas; constitui regressão a um estádio imaturo da humanidade; um fenômeno que também pode ser observado nos indivíduos. Em 1946 estabelece-se a compreensão de que o genocídio é algo que afeta a tôda a humanidade e pode produzir-se virtualmente em conseqüência de qualquer situação conflitiva. À vista disso, CORMIER recomenda urgentes estudos mais profundos.

Ao pensar em genocídio, lembramo-nos dos judeus e ciganos (alguns poloneses e russos poderiam permanecer vivos se se tornassem escravos da nação de Hitler). É explicável que, dadas as enormes proporções que tal fenômeno adquiriu na história recente, destaquemos êsses povos, mas não sem um pequeno risco; tôdas as nações podem

mostrar um comportamento genocida, incluindo as nações que tenham sido elas mesmas vítimas de tais comportamentos.

Cometeríamos um segundo êrro se nos limitássemos a pensar sòmente em genocídio. Êle é o extremo absoluto da maldade humana, mas antes dêsse limite há uma escala bastante ampla e completa de crimes políticos do Estado.

Há países em que milhares de cidadãos foram assassinados sem processo, enquanto que outros tantos, que escaparam da morte, estão retidos em cárceres, também sem culpa formada. Há países em que se aplica tortura, nos organismos policiais ou nos cárceres. Também êsses países enviam representantes aos congressos de Criminologia. Há governos que, diante dos pedidos de permissão para averiguar a verdade acêrca das numerosas denúncias sôbre maus tratos às pessoas e inclusive assassinatos imputados às autoridades, se atrevem a não aceder a êles com a simples alegação de que as denúncias são infundadas. Por outro lado, há nações envenenadas pela crença de que conquistadores que se apropriam de colônias violentamente estão justificados em defender tais possessões com violência; a crença de que êles são não só mais ricos como também superiores; de que o forte pode permitir-se fazer coisas que ao fraco não se permitem; de que há cidadãos a que, em razão de suas características físicas — por exemplo o fato de ser mulher — se pode explorar e oprimir; de que o homicídio vestindo o uniforme de soldado é glorioso (e até mesmo sacrossanto); de que a honra do país tem o mesmo significado que sua Justiça.

Para que se veja que não desejo exibir-me como representante de um país que, no plano dos princípios, se diferencia dos demais, desejo fazer a seguinte confissão: quando, há alguns anos, revelou-se pùblicamente que as tropas holandesas comportaram-se com o povo da Indonésia da mesma forma, apesar de em menor escala, que os alemães na própria Holanda durante a ocupação de 1940 a 1945, nosso povo apresentou as mesmas desculpas que haviam sido rechaçadas com indignação, de nosso antigo inimigo, antes da libertação. Eis aqui alguns: "guerra é guerra; não se faz omeleta sem quebrar os ovos; tudo já passou há muito tempo; falar de nôvo neste assunto pode prejudicar as relações econômicas que temos com a Indonésia; os rapazes estavam longe de suas casas e vocês deveriam ver como muitas vêzes tiveram de presenciar seus camaradas serem massacrados pelo inimigo". E assim por diante.

Quase todos os governos se fazem representar nos congressos de Criminologia e não poucas vêzes esforçam-se para que um dêsses congressos se realize em sua capital. Tal coisa pode revestir certa significação política. E de fato reveste.

As atas de nossos congressos, em exame retrospectivo, sempre deram impressão de esterilidade, porque a Criminologia nunca foi crítica e o próprio fato tem um significado político. Já recordei que não havia diferença entre os congressos realizados antes e após a guerra.

Em 1935, VAN BEMMELEN escreveu sôbre o congresso organizado em Berlim naquele ano (o último congresso anterior à Guerra): "Era particularmente durante os debates nas seções que muitos convidados estrangeiros foram tomados por uma aversão profunda, apenas dissimulada, ao modo como se mantinha a lei no país anfitrião. Os campos de concentração — embora apenas mencionados ou mostrados aos convidados — trouxeram sua sombra sôbre o congresso".

Eu mesmo escrevi: "Durante o congresso circularam entre os assistentes os regulamentos a que tinham de sujeitar-se as vítimas dos campos de concentração. Citamos o artigo 11: quem sustentar discussão política no campo, nas barracas, na cozinha, nas oficinas, nos banheiros ou nos locais destinados ao repouso com o intuito de fazer propaganda hostil contra os campos de concentração, ou quem receba, esconda ou responda aos visitantes estrangeiros ou outras pessoas, será enforcado como agitador de acôrdo com a lei revolucionária". (2) Extraída de TEETERS, — uma fonte válida —, citamos agora uma declaração do representante britânico GEOFFRY BING, que figura em *The Penal Reformer* (janeiro de 1936): "À luz de semelhantes regulamentos era completamente inútil que o Ministro da Justiça convidasse os membros do congresso a visitar os campos de concentração e a perguntar aos prêsos como eram tratados. Regulamentos como êsses deram um caráter artificial a todo o congresso".

A questão é: deveria o congresso de 1935 não ter sido realizado em Berlim; ou era êle esperado por alguns como uma oportunidade para discutir a criminalidade do Estado, já bastante evidente, que mais tarde semearia morte e destruição em tôda a Europa? Rememoro o belga DELIERNEAUX, que com poucos outros aproveitou essa oportunidade. Dir-se-ia que êles eram a exceção, e que o congresso era uma demonstração política. Ou o congresso não deveria ter-se realizado ou a demonstração política teria de fracassar de maneira convincente.

Minha resposta é que nada há contra o fato de um congresso tornar-se uma demonstração política. De fato, isso sempre acontece. De qualquer forma os congressos foram sempre demonstrações políticas mesmo quando do ponto de vista político resultavam estéreis. A criminalidade política não é uma matéria a ser abordada à mercê de uma eventual e aleatória intervenção; é preciso que surja francamente como um dos mais importantes fenômenos criminais no programma dos congressos criminológicos.

É necessário organizar um próximo congresso, onde quer que seja, que não possa ser taxado de demonstração política por ninguém, simplesmente porque é um congresso de Criminologia crítica sôbre o tema da criminalidade política, especialmente a criminalidade do Estado, e, por exemplo, ainda mais concretamente, da criminalidade estatal contra grupos da própria população.

---

(2) W. H. NAGEL, *International Collaboration in the Field of Criminology. Le Droit Pénal International*, 1965.

OBSERVAÇÕES SÔBRE O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

HELENO CLAUDIO FRAGOSO

Generalidades e antecedentes históricos

1. Nossa legislação penal é dominada pelo princípio que aparece inscrito no art. 1.º de nosso Código: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Essa regra básica denomina-se *princípio da legalidade dos delitos e das penas* ou *princípio da reserva legal*, e representa importante conquista de índole política, inscrita nas Constituições de todos os regimes democráticos e liberais.

No direito romano, ao tempo das *questiones perpetuae* estavam os magistrados adstritos à previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas, quanto aos *crimina publica* (*legitima, ordinaria*). Tais crimes eram os previstos nas *leges Corneliae e Juliae*, constituindo o *ordo judiciorum publicorum*. Uma passagem de PAULO inserta no *Digesto* (1) estabelece: *poena non irrogatur, nisi quae quaque lege, vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est* (2). Esta regra, todavia, deixou de prevalecer no direito posterior, com a instituição da *cognitio extraordinaria*, na qual se concedia grande arbítrio judicial, permitindo-se a punição como *crimina extraordinária* de fatos reprováveis, por analogia (*ad exemplum legis*) (D. 48.4.7 § 3). Passam a esta categoria, no último período, os crimes que constituiam o antigo direito penal privado (3).

(1) D. 50.16.131, § 1.º.

(2) Excetuava-se a repressão que se fazia através da *coercitio* dos magistrados, na qual havia livre poder. Cf. MOMMSEN, I, 64.

(3) O sistema das *quaestiones perpetuae* permaneceu em vigor até o séc. III, mas desde o Principado de AUGUSTO (27 DC) começa a sofrer a concorrência de um processo mais conforme à nova Constituição do Estado (BONFANTE, *Histoire du Droit Romain*, 1928, vol. I, 475). Inicia-se o processo chamado extraordinário (*cognitio extraordinem*), no qual era dispensada a acusação formal, procedendo

Na Idade Média, seguindo-se o sistema romano da *cognitio extraordinária*, permitia-se amplamente o arbítrio judicial. Lembra MANZINI que o *podestá* de Verona, ao assumir seu pôsto, afirmava: *in criminalibus non sim adstrictus iudicare secundum leges, sed vel meo arbitrio definire possim*. Distinguia-se então o *plenum arbitrium* do *arbitrium regulatum* (4). Não faltaram, porém, praxistas que se opusessem ao arbítrio judicial. Assim, por exemplo, FARINACIO: *poena non imponitur per omni delicto, sed tantum pro eo, quod lex statuit esse delictum. Delictum non est ubi poena non cadit, etiam quod illicitum sit. Poena non habet locum nisi in casu a iure expresso*. A *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) expressamente admitia a aplicação analógica (art. 105) (5), o que também se verificava com o *Codex juris bavarici criminalis*, de 1751 e a *Constitutio criminalis Thereziana*, de 1768 (art. 104 § 1.º).

Afirma-se que o mais seguro antecedente histórico do princípio da reserva legal, é a *Magna Charta*, imposta pelos barões inglêses ao rei João Sem Terra, em 1215. Em seu art. 39, estabelecia ela que nenhum homem livre poderia ser submetido a pena *nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terrae*. Ao que parece, no entanto, êsse dispositivo não representava garantia de direito substantivo, mas apenas processual (6).

Surge o princípio no direito moderno como fruto do direito natural e da filosofia política à época do Iluminismo, orientada no sentido de proscrever a insegurança do direito, o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça criminal. MONTESQUIEU, com a teoria da separação dos poderes, afirma que o juiz não pode, sem usurpação dos poderes que competem ao legislativo, estabelecer crimes e sanções (7). Afirma-se, por outro lado, o princípio da obediência do juiz à letra da lei, com a proibição de interpretá-la (8). As grandes linhas do direito natural, que remontavam ao século anterior, já haviam firmado as bases políticas do princípio, ao estabelecer as relações entre a liberdade e o vínculo de dever imposto ao cidadão pela sociedade civil: deram os cidadãos ao Estado o direito de fixar os seus deveres

de ofício os órgãos do Estado (senado, sob a presidência do cônsul, até à época de DIOCLECIANO, 284/300 DC, e, posteriormente, funcionários imperiais), com grande liberdade de forma e latitude na apreciação dos delitos e na imposição das penas. Surgem então os chamados crimes extraordinários.

(4) MANZINI, *Trattato*, ed. 1951, I, 197.

(5) VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1925, I, 177.

(6) Nesse sentido, SCHOTTLÄNDER, *Die Geschichtliche Entwicklung des Satzes "nulla poena sine lege"*, *StrAbh. Heft* 132 (1911), 27. JIMENEZ DE ASUA, *Tratado*, II, 333, refere a existência de antecedentes do princípio, em época anterior, na legislação foral da península ibérica.

(7) *L'esprit des lois*, 1748, liv. XI, cap. VI.

(8) MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, liv. VI, cap. III; BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § 4.º e ROMAGNOSI, *Genesi*, § 559.

através da lei. Enquanto a lei não é editada subsiste a liberdade natural (9).

Expressamente foi o princípio da legalidade introduzido nos *Bill of Rights* e Constituições das colônias inglêsas que se libertavam. Vamos encontrá-lo no *Bill of Rights* firmado em Filadelfia, em 1774. Na declaração de independência, aliás, alegava-se que o rei havia tornado os juízes dependentes exclusivamente de sua vontade. A proibição de leis *ex post facto* aparece na *Declaração de Direitos* da Virgínia (1776) e na Constituição de Maryland, do mesmo ano, segundo a qual, "leis com efeito retroativo, punindo fatos praticados antes da existência de tais leis, e sòmente por elas declarados criminosos, são opressivas, injustas e incompatíveis com a liberdade. Portanto, nenhuma lei *ex post facto* deve ser feita". O art. 1.º sect. 9 da Constituição americana estabelece que no *bill of attainder or ex post facto law shall be passed*, proibição que se impõe aos estados, na secção 10 do mesmo artigo (10).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu art. 8 afirmava: *Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulgée anterieurement au délit et légalement apliquée.* O princípio foi consagrado no art. 8 da Constituição francesa de 1791.

Na legislação penal, o princípio aparece pela primeira vez na Europa em 1787, com a codificação penal de JOSÉ II, da Áustria (11). Surge também no *Allgemeine Landrecht* prussiano, de 1794 (§ 9, 11, 20) e no Código penal francês de 1810 (art. 4.º), difundindo-se então amplamente.

2. No Brasil, acolheram-no tôdas as nossas cartas constitucionais, a partir da Constituição de 1824, bem como todos os nossos códigos penais. O Código Criminal de 1830, em seu art. 1º estabelecia que "não haverá crime, ou delito (palavras sinônimas neste código), sem uma lei anterior, que o qualifique". E, no art. 33, que "nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos, daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir arbítrio".

O Código de 1890, em seu art. 1.º assim dispunha: "Ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam prèviamente estabelecidas. A interpretação extensiva, por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes ou aplicar-lhes penas". O Código

(9) PUFFENDORF, *De iure naturae et gentium*, VIII, cap. III, § 11. KLEINHEYER, *Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung, Recht und Staat, Heft*, 358 (1968), 15.

(10) *Bill of attainder* é o ato legislativo através do qual se impõe pena sem processo judicial. Veja-se HAMILTON, *The Federalist*, n.º 84.

(11) Recolhendo a influência da obra de BECCARIA. Na introdução dêsse Código (*Allgemeines Gesetz über Verbrechen unl derselben Bestrafung*) se diz que é êle editado para com sua aplicação afastar todo arbítrio.

que entrará em vigor no próximo ano reproduz pràticamente a fórmula do diploma vigente, enunciando o princípio de forma unitária. A Constituição atual o prevê em seu art. 153, § 16.

3. O princípio da legalidade é hoje universalmente reconhecido em seu sentido básico de garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado, determinando com segurança a esfera da ilicitude penal. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XI, 2) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. XXV) o consagram, o mesmo ocorrendo com a Convenção Européia para a proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais, de 1950 (art. 7, I, 1), que é direito positivo em numerosos países.

Constitui o *nullum crimen, nulla poena sine lege* exigência de segurança jurídica e da liberdade individual, e seu desaparecimento nas legislações dos países integrados em nossa cultura jurídica ocidental, fundada no Estado de Direito, é puramente episódica.

No direito penal soviético, o princípio da reserva legal foi suprimido desde os *Princípios básicos*, de 1919. Nos últimos tempos, no entanto, já se vinha afirmando a exigência de considerar o crime não só como ação socialmente perigosa, com é típico do direito soviético, mas também como ação antijurídica. Com os novos *Princípios Gerais*, que surgiram em 1958, após o famoso XX Congresso do Partido Comunista, essa tendência saiu vitoriosa, formulando-se um conceito de crime que requer a previsão legal. Tal critério foi seguido pelo nôvo Código Penal da República Socialista Federativa Soviética Russa de 1960, em seu art. 7.º (12). O princípio da reserva legal está, pois, incorporado ao direito soviético.

Na Alemanha nazista, o § 2.º do Código Penal alemão foi alterado em 1935, para permitir o emprêgo da analogia, sempre que o fato não expressamente previsto merecesse punição, "segundo os princípios fundamentais do direito penal" e "o são sentimento do povo" (13). As fôrças de ocupação, em 30 de janeiro de 1946, revogaram o dispositivo.

O Código Penal dinamarquês, de 1930, estabelece que um fato é punível não só quando é especìficamente previsto pela lei, mas também quando é "inteiramente assimilável" a determinada incriminação (§ 1.º). Acolhe-se, assim, a analogia na identificação de crimes.

Como vimos, o princípio da reserva legal surge claramente, por razões históricas ligadas à independência americana, em alguns do-

(12) Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Apontamentos sôbre o conceito de crime no direito soviético*, Rev. Bras. Crim. Dir. Penal, n.º 5 (1964), 67. Sôbre a aplicação analógica dos Códigos de 1922 e 1926, cf. TOMASO NAPOLITANO, *Il nuovo codice penale soviètico*, 1963, 77. Todos os países do bloco soviético seguiram a nova tendência, como sóe acontecer.

(13) Cf. sôbre o assunto o excelente trabalho de NUVOLONE, *La riforma del § 2.º del Codice Penale tedesco*, no volume *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, I, 1969.

cumentos políticos da maior importância no direito constitucional dos Estados Unidos. Tratava-se, nessa época, de proibir o efeito retroativo dado abusivamente às leis penais. Na Inglaterra, porém, não há qualquer disposição constitucional expressa proibindo a retroatividade, embora seja possível afirmar que o princípio da reserva legal se acha presente nas tradições de liberdade do povo inglês.

A lei escrita tem sido considerada no direito continental elemento de garantia indispensável, apresentando-se como única fonte de normas incriminadoras. Um tal entendimento não poderia vigorar no direito anglo-americano, que reconhece na *common law* fonte de normas penais. Embora alguns autores afirmem que o precedente do *case law* constitui garantia análoga à que proporciona a codificação (14), não há dúvida de que, nesse sistema, há certa margem de insegurança, especialmente no que tange à cominação das penas. Por outro lado, a história do direito que se funda na *common law* demonstra que os tribunais exercem importante função, realizando constante desenvolvimento, realmente criador das normas jurídicas.

No direito inglês, o poder discricionário do juiz na aplicação da pena é imenso, sendo excluído apenas no caso de homicídio qualificado (*murder*). Em realidade, é possível afirmar com segurança que o princípio *nulla poena sine lege* não existe no direito penal inglês (15). A proibição da analogia, porém, é amplamente reconhecida na doutrina e em numerosas decisões judiciais. A Escóssia constitui exceção, pois lá os juízes tradicionalmente aplicam a lei penal por analogia.

Fundamento jurídico

4. o princípio da legalidade dos delitos e das penas surge como exigência de natureza política. A fórmula latina, no entanto, resultou dos princípios assentados por FEUERBACH, como conseqüência de sua teoria da coação psicológica. Tôda inflição de pena pressupõe uma lei penal (*Nulla poena sine lege*). Sòmente a ameaça de um mal através da lei fundamenta a noção e a possibilidade jurídica da pena. A inflição de pena está condicionada à existência da ação ameaçada (*Nulla poena sine crimine*). Através da lei a pena ameaçada se liga ao fato como a pressuposto jurídico necessário. O fato legalmente ameaçado (o pressuposto legal) é condicionado através da pena legal (*Nullum crimen sine poena legali*). Através da lei o mal liga-se a determinada violação do direito como necessária conseqüência jurídica (16). Formulava, assim, FEUERBACH, os princípios básicos do Direito Penal, que em caso algum

(14) JEROME HALL, *Principles of Criminal Law*, 1960, 46.

(15) Sôbre o assunto, em geral, cf. HELENO C. FRAGOSO, *Notas sôbre o Direito Penal Anglo Americano, Rev. Brás. Crim. Dir. Penal*, n.º 14 (1966), 117 e *Rev. For.*, 217.

(16) FEUERBACH, *Lehrbuch*, §§ 19 e 20. Cf. VON HIPPEL, ob. cit., I, 293 e ss.

admitiam exceção. Em nenhum caso pode haver crime ou pena sem prévia ameaça.

O princípio da reserva legal recebia, desta forma, fundamentação jurídica. Sob êsse aspecto pode dizer-se que o princípio da legalidade é essencial à estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de Direito. Não se pode obedecer ou violar senão ao que é prèviamente imposto. Como ensina SOLER, êsse princípio, entendido em sua forma abstrata, ou seja, dando-se à palavra *lei* o sentido de *norma preestabelecida à ação que se julga delituosa*, é algo mais que mero acidente histórico ou garantia que hoje possa outorgar-se, ou não. Assume o caráter de verdadeiro princípio necessário para a construção de tôda atividade punitiva, que hoje possa ser qualificada como jurídica e não como puro regime de fôrça (17).

Não se apresenta mais em nossos dias o direito de punir como poder absoluto do Estado sôbre a pessoa do cidadão. O direito de punir constitui limitação jurídica ao poder punitivo do Estado, pois no Estado moderno o exercício da soberania está subordinado ao direito. Assim, o poder político penal de punir, originàriamente absoluto e ilimitado, sendo jurìdicamente disciplinado e limitado, converte-se em *poder jurídico*, ou seja, em faculdade ou possibilidade jurídica de punir conforme ao direito (18). Não se admite, em conseqüência, num sistema de direito, que o Estado imponha pena a ação que não tenha sido prèviamente incriminada.

Alcance do princípio

5. O art. 1.º de nosso Código Penal fixa a exigência de anterioridade da lei para a definição de crimes e a cominação de pena. A anterioridade de que aqui se cogita é relativa ao fato e não ao julgamento, como é óbvio. Nossa Constituição de 1934, aliás, fazia expressa referência à anterioridade ao fato: "Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei *anterior ao fato*, e na forma por ela prescrita" (art. 113 § 26).

O princípio da reserva legal não se aplica às medidas de segurança (art. 3.º). Refere-se exclusivamente aos crimes e contravenções.

A expressão *lei* compreende tôdas as normas jurídico-penais editadas na forma prevista pela Constituição. Não apenas a lei em sentido formal, como ato elaborado pelo Poder Legislativo, como também os

(17) SOLER, *Der. Pen. Argentino*, I, 123; NUVOLONE, *Le principe de la légalité et les principes de la défense sociale*, no volume *Trent'Anni*, cit. 260; G. B. DE MAURO, "*Nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*", *Riv. Penale*, vol. 102 (1925), 298.

(18) LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1; ROCCO, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire, Opere Giuridiche*, III, 1932, 132 ss.

decretos-leis elaborados pelo Poder Executivo, nos casos em que a Constituição o admite (art. 55) (19).

O princípio da reserva legal tem hoje múltiplas funções, que analisaremos a seguir.

(a) — Por fôrça desta regra basilar, é inadmissível a *retroatividade* da lei penal. Històricamente, o princípio da reserva legal surgiu para proibir a retroatividade, como vimos. Não há crime nem pena sem lei anterior (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).

A proibição da retroatividade, de que aqui se cogita, refere-se a tôdas as características do fato, no conjunto de tôdas as normas jurídicas que o qualificam e estabelecem conseqüências para o mesmo. Assim sendo, uma alteração pejorativa de dispositivos da *Parte Geral* do Código Penal não pode dar lugar à aplicação com efeito retroativo, a menos que se refira a matéria processual. É bem de ver, no entanto, que a proibição da retroatividade sòmente se refere à lei e não às alterações da jurisprudência dos tribunais (20).

Na Alemanha nazista, encontramos exemplos de aplicação retroativa de lei penal, entre os quais, o da lei van der Lubbe, de 20 de março de 1933, que impôs a pena de morte aos incendiários do Reichstag (21).

(19) É perigosíssima a faculdade concedida ao Poder Executivo de editar decretos com fôrça de lei em matéria penal, sobretudo quando se trata de regimes autoritários, como tem sido o caso do Brasil nos últimos tempos. De notar que o Presidente da República tem usado abusivamente dos podêres que a lei lhe confere, dando à expressão segurança nacional sentido inadmissível. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *O nôvo Direito Penal Tributário e Econômico, Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, n.º 12 (jan.-março, 1966), 79. A Constituição francesa de 1958 reservou aos regulamentos baixados pelo executivo tôda a matéria das contravenções penais. Cf. BRICOLA, *Limiti di operativitá della regola "Nullum crimen nulla poena sine lege" nel Diritto Penale francese, L'indice penale*, n.º 1 (1967), 22.

(20) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 12.ª ed., 58.

(21) MAURACH, *Lehrbuch*, § 12, II. O banimento de prêsos políticos, cuja saída do território nacional é imposta como condição do resgate de diplomatas seqüestrados, é medida repressiva de caráter político. Com êsse sentido foi aplicado à família imperial, quando se proclamou a república. Em realidade, no entanto, constitui *pena* e como tal viola, a um tempo, o princípio da reserva legal e a Justiça, pois é aplicado sem prévia cominação legal a qualquer ato ilícito e recai contra os que não são os autores do malefício, e inclusive contra os que (no passado) expressamente se recusavam a deixar o território nacional. A aplicação do banimento, violando antigos preceitos constitucionais, tem por fundamento o Ato Institucional n.º 13 e o respectivo Ato Complementar n.º 64, de 5 de setembro de 1969 (cf. art. 182 da Const. Federal), editados por um triunvirato militar que então exercia o poder. De notar que a imposição de pena sem julgamento reedita o sistema dos *bills of attainder* e das *lettres de cachet* do antigo regime, violando a regra do devido processo legal. A pena de banimento, prevista no antigo direito, nunca foi aplicada no Brasil (salvo o já citado caso da família imperial). É curioso assinalar que a Constituição de 1824 a previa (art. 7.º, § 3.º) e o Código Criminal de 1830 (art. 50) dela tratava, embora não estivesse cominada a qualquer crime. A Constituição de 1891 a aboliu expressamente (art. 72, § 20). Sôbre as limitações da pena de banimento no direito romano, cf. MOMMSEN, *Droit Pénal Romain*, vol. III, pág. 318. Vejam-se também as sempre eloqüentes palavras de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVIII.

(b) — Em segundo lugar, estabelece êste pricípio que não há crime nem pena sem lei escrita (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*). Não é possível admitir a criação de crimes e penas pelo costume. Só a lei pode ser fonte de normas incriminadoras.

(c) — Proíbe ainda o princípio da legalidade o emprêgo da analogia em relação às normas incriminadoras. Exclui-se assim a possibilidade de aplicação analógica das normas que definem crimes e estabelecem sanções, para abranger casos por elas não expressamente contemplados (*Nullum crimen nulla poena sine lege stricta*). O mesmo vale para as medidas de segurança. Não podem ser aplicadas por analogia.

A aplicação analógica compromete a segurança do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, que o princípio visa garantir, como conquista democrática liberal. Exemplo de violação dêsse aspecto do princípio da reserva legal encontramos no decreto-lei n.º 4.166 baixado pela ditadura de Vargas, em 11 de março de 1942 (sôbre indenização de danos de guerra), que expressamente autorizava o recurso à analogia (art. 5 § 3.º).

A analogia distingue-se da interpretação, porque constitui um processo da integração da ordem legal, e não meio de esclarecer o conteúdo da norma. Através da analogia aplica-se a lei a hipótese por ela não prevista, invocando-se, substancialmente, o chamado argumento a *pari ratione*. Há aplicação analógica quando a norma se estende a caso não previsto, mas semelhante, em relação ao qual existem as mesmas razões que fundamentam a disposição legal. A analogia distingue-se da interpretação extensiva, porque nesta não falta a vontade da lei, mas tão sòmente a expressão verbal que a ela corresponde. A aplicação analógica não encontra apoio na disposição da lei.

Uma antiga concepção, hoje desacreditada, distinguia entre a *analogia legis* (quando a aplicação analógica se faz tendo por base outra disposição legal que regula caso semelhante), e a *analogia juris* (quando se consideram os princípios gerais de direito ou os princípios gerais da ordem jurídica positiva). Como nota MANZINI (22), esta distinção é confusa e inútil, sob todos os aspectos. Tôda disposição particular está sempre em função do sistema jurídico geral.

A analogia é recurso indispensável, em face da existência de lacunas aparentes no direito positivo. No Direito Penal, todavia, sofre ela as limitações impostas pelo princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), inscrito no art. 1.º de nosso Código vigente. Não é possível aplicar analògicamente a lei penal para criar novas figuras de delito ou para contemplar penas ou medidas de segurança que não estejam taxativamente previstas, ou para agravar a situação do réu (analogia *in malam partem*).

Em relação às demais normas é necessário distinguir. A analogia é admissível, em princípio, nos casos em que beneficia o réu (analogia

(22) MANZINI, ob. cit., I, 312.

in bonam partem), mas não pode ser acolhida em relação às normas excepcionais. Num sentido amplo são excepcionais tôdas as normas que constituem exceção a disposições gerais de outras ou a determinada norma. Nessa base alguns autores entendem que as normas que esta belecem as causas gerais de exclusão da ilicitude do fato (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, etc.), ou as causas gerais de exclusão da culpabilidade (inimputabilidade, êrro de fato, obediência hierárquica, etc.), são excepcionais e insuscetíveis de aplicação analógica. A doutrina dominante orienta-se, porém, corretamente, noutro sentido. Às normas eximentes de *caráter geral* nega-se a categoria de excepcionais. Esta é a perfeita lição de BETTIOL (23): "O intérprete deve examinar a *natureza da eximente*: se essa se limita a estabelecer pressupostos de aplicação e esfera de eficácia de uma norma de caráter geral, é essa também norma de caráter regular, e, não sendo norma incriminadora, deve ser passível de extensão analógica; se, ao contrário, representa uma verdadeira e própria interrupção na projeção lógica de uma norma penal, deve ser considerada de caráter excepcional, e, pois, limitada aos casos nela especificados". É possível, assim, aplicar analògicamente as normas de caráter geral que excluem a ilicitude ou a culpabilidade, mas não as normas excepcionais em sentido restrito. Exemplo destas últimas, temos no art. 130 n. II do Cód. Penal que estabelece a impunibilidade do abôrto, se a gravidez resulta de *estupro* (desde que o abôrto seja praticado por médico e seja precedido do consentimento da gestante). Esta é norma excepcional. Não é possível aplicá-la analògicamente para abranger os casos em que a gravidez resulte de outro crime sexual (sedução, corrupção de menores, etc.), embora tal aplicação viesse beneficiar o réu.

(d) Finalmente, atinge o princípio da legalidade a incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, deixando incerta a esfera da licitude e comprometendo, desta forma, a segurança jurídica do cidadão.

É êste um aspecto nôvo do velho princípio, que pode ser formalmente observado, com a existência de uma lei prévia, mas violado na substância, com a indeterminação da conduta delituosa. Como ensina mestre SOLER (24), "a só existência de lei prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres: deve ser concretamente definitória de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por fôrça da qual se conheça não sòmente qual é a conduta compreendida, senão também qual é a não compreendida".

A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em úitima análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador.

A violação do princípio da reserva legal por essa via tem sido comum nos crimes políticos, remontando, como lembra SOLER, à defi-

(23) BETTIOL, *Diritto Penale*, 6.ª ed., 117.

(24) SOLER, *La formulación actual del principio "nullum crimen"*, no volume *Fé en el Derecho*, 1956, 283. Veja-se também SOLER, I, 124.

nição do *crimen maiestatis* contida no Digesto: *maiestatis crimen illud est, quod adversus populum romanum vel adversus securitatem eius committitur* (D.48.4.11). O Código Penal Francês, de 1810 (reproduzindo pràticamente o de 1791), punia, no art. 76, com a pena de morte "quiconque aura pratiqué des machinations ou entretenu des intelligences avec les puissances étrangeres ou leurs agentes, pour les engager à commettre des hostilités ou à entreprendre la guerre contre la France ou pour leur en procurer les moyens, etc.". A completa indeterminação do conteúdo da conduta delituosa, definida em têrmos de maquinações ou de entendimentos, e o perigo que isso representa, transparecem com nitidez (24-a). Outros exemplos vamos encontrar em leis nazistas que incriminavam, ao tempo de guerra, "o rompimento da fôrça defensiva do Estado" ou "o comportamento danoso ao povo". Em Cuba, a lei 425, de 9 de julho de 1959, que define os delitos contra-revolucionários, apresenta fórmulas ambíguas, como: "os que realizarem qualquer outra atividade considerada contra-revolucionária"; "os elementos contra-revolucionários de qualquer índole" ou "qualquer ato tendente a favorecer uma rebelião armada contra os poderes do Estado", etc. (25).

Entre nós, o citado decreto-lei 4.166 incriminava genèricamente "a ação ou omissão, dolosa ou culposa, de que resultar diminuição do patrimônio de súdito alemão, japonês ou italiano, ou tendente a fraudar os objetivos desta lei".

O deplorável Decreto-lei n.º 2, de 14 de janeiro de 1966, em seu art. 3.º, mandava aplicar a pena estabelecida no art. 13 da lei 1802, a quem fizesse "oposição de quaisquer dificuldades ou embaraços à consecução dos objetivos do presente decreto-lei" (26). A vigente lei de segurança (dec. lei 898), pune, em seu art. 23, quem "praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva", deixando completamente em aberto a definição legal da conduta incriminada e violando, sem dúvida alguma, o princípio da reserva legal.

A Constituição da República Federal da Alemenha, em seu art. 103, expressamente proíbe ao legislador o estabelecimento de "leis penais imprecisas, cuja descrição típica seja de tal forma indeterminada, que possa dar lúgar a dúvidas intoleráveis sôbre o que seja ou não permitido ou proíbido". A Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, entre os *Princípios Fundamentais* que fixou, em Santiago do Chile, em 1963, para "inspirar e orientar a elaboração das leis penais na América e sua ulterior aplicação", inclui o

(24-a) Cf. CHAVEAU-HELIE, *Théorie du Code Penal*, II, 1861, 44; ITALO MEREU, *Storia del Diritto Penale nel 500*, 1964, 112/3.

(25) Cf. *Cuba et la primauté du Droit, Commission Internationale de Juristes*, Genebra, 1963, 127. Em Cuba também o *habeas corpus* está suspenso para os prêsos políticos.

(26) Cf. HELENO C. FRAGOSO, *O nôvo Direito Penal Tributário e Econômico*, cit., 80.

seguinte: "As leis penais devem descrever fatos puníveis de maneira precisa e inequívoca, sem deixar dúvidas sôbre sua proibição" (27).

Os elementos normativos do tipo, que enfraquecem, sem dúvida, a função de garantia da lei penal, não atingem o princípio da legalidade (28). O mesmo se diga com referência à cominação da pena entre amplos limites, e, inclusive, com a relativa indeterminação, característica comum nas legislações penais modernas.

6. No julgamento dos criminosos de guerra pelo tribunal militar de Nuremberg não se observou o princípio da reserva legal, fato que motivou severas críticas por parte de muitos juristas, que negaram àquela côrte o caráter da justiça penal (29). Outros, no entanto, justificam tais julgamentos, em face das circunstâncias históricas (30) ou negam que o princípio da legalidade prevaleça no Direito Internacional (31).

(27) O autor integrou a comissão que redigiu êsses princípios, juntamente com os professôres ALVARO BUNSTER e FRANCISCO LAPLAZA. Cf. *El Codigo Penal Tipo para Latino América, Instituto de Derecho Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Politicas*, Rosário, 1968, 72.

(28) Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Conduta Punível*, 1961, 138 e 207.

(29) MANZINI, ob. cit., I, 150; ASUA, ob. cit., II, 327.

(30) QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, 1955, 95 ss.

(31) Nesse sentido pronunciaram-se GLASER e DONNEDIEU DE VABRES. Cf. também GERMANN, *Kommentar zum Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 1953, 32.

NOTICIÁRIO

NOTICIÁRIO DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Nova direção

O Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes, congrega todos os professôres das cadeiras de Direito e Processo Penal, bem como de Medicina Legal, os quais compõem o seu conselho de direção.

No corrente ano o I.C.P. será dirigido pelos professôres RAFAEL CIRIGLIANO FILHO (diretor), HELENO C. FRAGOSO (secretário-geral) e ALEXANDRE GABRIEL GEDEY (secretário adjunto).

Participação em congressos internacionais

Fêz-se representar o I.C.P. no IV Congresso da ONU, sôbre a prevenção do crime e o tratamento de delinqüentes (prof. VIRGÍLIO DONICI) realizado em Kioto, no Japão, em agôsto de 1970, e no 6.º Congresso Internacional de Criminologia, realizado em Madri, em setembro de 1970 (professôres RAFAEL CIRIGLIANO FILHO, HELENO C. FRAGOSO, EDERSON DE MELLO SERRA e VIRGÍLIO DONICI). Em abril do ano passado, o I.C.P. havia realizado um colóquio preparatório ao Congresso de Kioto, com a participação de professôres de diversos Estados.

Cadernos do I.C.P.

Integrando-se no amplo programa de reformulação docente da Faculdade de Direito Cândido Mendes para o corrente ano letivo, o I.C.P. editará, para uso nos seminários de Direito Penal, diversos *Cadernos*, de autoria do prof. ANÍBAL BRUNO. Êsses *Cadernos* cobrirão inicialmente, tôda a matéria relacionada com a teoria da lei penal e com a teoria do delito, e conterão a análise de *casos*, após breve exposição de princípios.

NELSON HUNGRIA

Nasceu em Minas Gerais, na cidade de Rio Pomba, tendo desempenhado, ao início de sua carreira a função de promotor público em sua terra natal.

Veio para o Rio de Janeiro com o govêrno Arthur Bernardes. Nomeado juiz fêz notável carreira judiciária, que terminou no Supremo Tribunal Federal, onde foi juiz extraordinário. Foi presidente do Superior Tribunal Eleitoral.

Após a sua aposentadoria, no ano de 1961, quando completou 70 anos, dedicou-se à advocacia, exercendo ativamente a profissão até à sua morte, em 26 de março de 1969.

Nelson Hungria foi o grande mestre do Direito Penal brasileiro em nossa época e um dos nomes gloriosos da ciência penal no continente.

Sua carreira de penalista emérito iniciou-se com o concurso realizado para a livre docência da Faculdade Nacional de Direito, em 1935. Seus trabalhos levaram o govêrno a escolhê-lo para membro da Comissão Revisora do projeto Alcântara Machado, apresentado em 1938. Foi êle, sem dúvida, o principal elaborador do Código Penal de 1940, tendo escrito magnífica exposição de motivos, que o Ministro Francisco Campos assinou.

Escreveu "Comentários ao Código Penal" que constituem sua obra mais importante. Livro de consulta obrigatória, abriu os caminhos para os demais comentadores de nossa lei penal. Freqüentemente citados pelos tribunais, os *Comentários* são verdadeira interpretação autêntica de nosso Código. Ao rigor técnico, sua obra alia um estilo agradável e escorreito, revelando o estilista e profundo conhecedor do idioma.

A principal significação da obra de Nelson Hungria reside no método técnico-jurídico que seguiu, opondo-se firmemente às correntes positivistas que dominaram as cátedras na América Latina desde o início do século, dando curso a graves equívocos que aquela corrente apresentava como última palavra da ciência penal.

Em 1961, foi Nelson Hungria incumbido pelo govêrno do preparo do anteprojeto de um nôvo Código Penal, tendo apresentado ao govêrno seu trabalho em 1963. Dêsse projeto resultou o nôvo Código Penal, que acaba de ser promulgado, ligando-se assim o nome do grande mestre, pela segunda vez, à reforma de nossa legislação penal.

Trabalhou Nelson Hungria até o fim de sua vida e a êle se devem numerosíssimos ensaios de Direito e Processo Penal, espalhados nas revistas jurídicas do país.

Sendo o maior penalista brasileiro de sua época, sem qualquer dúvida, representou nosso país numerosas vêzes no exterior. Era membro da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, tendo participado das diversas reuniões celebradas desde 1963 em vários países da América.

Espírito sempre aberto às novas idéias foi notável a evolução de seu pensamento, nos últimos anos de sua vida. Desde as Jornadas de Direito Penal realizadas em Buenos Aires, em 1962 inclinou-se no sentido defensista, aderindo à Nova Escola de Defesa Social, fato que o levou a novas e importantes soluções no anteprojeto, entre as quais a expressa fixação da finalidade corretiva da pena e a eliminação das medidas de segurança detentivas para os imputáveis.

Em 1961, ao completar Nelson Hungria 70 anos, publicou-se em sua homenagem um volume de estudos jurídicos, organizado pelo prof. Heleno Fragoso, para o qual contribuiram alguns dos mais destacados juristas de todo o mundo, demonstrando o aprêço e o respeito devidos ao velho mestre.

Nelson Hungria é nome que se inscreve com letras de ouro, destacando-se como um dos maiores juristas brasileiros de todos os tempos. Sua obra não perecerá. Prossegue no trabalho constante de seus discípulos de hoje e de todos aaquêles a quem chega a sua lição. Queremos consignar aqui a êle um testemunho perene de reconhecimento e admiração.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL

Realizou a A.I.D.P., em outubro de 1969, em Roma, o X Congresso Internacional de Direito Penal, ocasião em que foram eleitos os novos corpos dirigentes da entidade.

Foi eleito presidente o prof. PIERRE BOUZAT e secretário-geral, o professor BOGDAN ZLATARIC, da Faculdade de Direito de Zagreb. O prof. JEAN GRAVEN, que deixou a presidência, foi eleito presidente honorário, juntamente com o prof. PAUL CORNIL.

Foram eleitos vice-presidentes: MARC ANCEL, PAUL DE CANT, CARLO ERRA, HANS-HEINRICH JESCHECK, LUIS JIMENEZ DE ASÚA, MAHMOUD MOSTAFA, GERHARD O. W. MUELLER, IVAN NENOV, A. A. PIONTKOVSKIJ, LEON RADZINOWICZ, VLADIMIR SOLNAR e JACOB M. VAN BEMMELEN.

Foi criado o nôvo cargo de *secretário adjunto*, sendo escolhidos o prof. JOSÉ CANALS (Pôrto Rico) e L. H. HULSMAN (Rotterdam) para desempenhá-lo.

O comité de direção foi em parte renovado, tendo sido eleito para o mesmo o prof. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, que, com o prof. EDUARDO NOVOA MONREAL (Chile), representa, ali, a América Latina.

A Associação foi criada em Paris, em 1924, após o desaparecimento da União Internacional de Direito Penal, com a primeira grande guerra. Sua finalidade é a de estabelecer a aproximação e a colaboração entre os que, nos diversos países, se consagram ao estudo do Direito Penal ou participam de sua aplicação; de estudar a criminalidade, suas causas e remédios, e de facilitar o desenvolvimento teórico e prático de um Direito Penal Internacional.

Atua a Associação através da publicação de uma revista e da periódica realização de colóquios e congressos internacionais. Dez congressos já foram realizados (Bruxelas, 1929; Palermo, 1933; Paris, 1937; Genebra, 1947; Roma, 1953; Atenas, 1957; Lisboa, 1961; Haia, 1964 e Roma, 1969). Os materiais elaborados para êsses congressos constituem importante contribuição científica e estão editados.

Em 1939, por ocasião da segunda grande guerra, a Associação contava com numerosos grupos nacionais em diversas regiões do mundo. Ela tinha sido chamada a colaborar com a Sociedade das Nações na solução de diversas questões de Direito Penal. Ocupava, assim, um lugar de destaque no movimento de cooperação jurídica internacional.

A Associação, que voluntàriamente interrompera sua atividade científica durante a guerra, retomou-a em 1946, com um Conselho de Direção reconstituido e ampliado, com o mesmo espírito de cooperação e com o mesmo pensamento de independência científica que fêz a sua fôrça e que permitiu que ela se irradiasse por todos os países. Desde que retomou a suas atividades e sua extensão, ao fim da guerra, a Associação jamais cessou de ampliar o seu campo de ação, e sua influência se tornou mundial.

A Revista Internacional de Direito Penal reapareceu, contando entre seus colaboradores personalidades científicas que representam, em matéria penal, todos os grandes sistemas jurídicos do mundo.

A convite da ONU, a Associação tomou parte na Conferência das Organizações Internacionais, reunida em Lake Success, em fevereiro de 1947, e desde então possui, perante a ONU, *status* consultivo. Ela oferece à ONU os frutos da ciência e da experiência adquiridos por incessante atividade em todos os domínios que tocam aos esforços internacionais para a prevenção e a repressão da criminalidade.

O grupo brasileiro da Associação é presidido pelo Dr. Theodolindo Castiglione, tendo como presidente de honra o prof. Roberto Lyra. É secretário-geral o prof. Heleno Cláudio Fragoso, a quem devem dirigir-se os interessados (Travessa do Paço, 23, grupo 701, Rio de Janeiro).

O grupo brasileiro realizará no corrente ano um colóquio regional, preparatório ao Congresso Internacional de 1974, de acôrdo com o temário e as diretivas a serem aprovados pelo Comité Executivo em sua próxima reunião ordinária em maio próximo, em Paris.

A PENA DE MORTE EM PORTUGAL

Ao início do ano de 1970 publicou-se em França o *Manifesto Radical*, quando JEAN-JACQUES SERVAN-SCHREIBER, foi designado como Secretário do Partido Radical. Êste Manifesto, assinado pelo nôvo Secretário, após considerações relativas à França, que não nos propomos nem a discutir nem a analisar, contém a seguinte frase: "O fato de que sòmente na Europa, Portugal, Espanha e França mantiveram a pena de morte, etc...".

Essa frase contém um êrro, proveniente sem dúvida de falta de informação. Em Portugal, aboliu-se a pena capital há cem anos...

A abolição da pena de morte em Portugal não foi sòmente o resultado de um ato legislativo, situando-se num momento histórico determinado, mas sim conseqüência de evolução lenta, durante a qual enraizou-se na consciência do povo o caráter intrìnsecamente inumano desta sanção, a repugnância crescente que ela inspirava aos jurados e juízes, o recurso sistemático à clemência real; tudo isto concorreu finalmente para sua abolição legal, conseqüência de um processo sociológico em que estava engajado todo um povo.

Mencionaremos algumas datas mais significativas dêste processo.

Em 1772, pela última vez executou-se uma mulher em Portugal. Em 1811, uma mulher foi condenada à morte, por crime político, mas a sentença não foi executada. Assim, enquanto em tôda a Europa, notadamente em França a partir de 1792, sentenças de morte foram pronunciadas e executadas, sem distinção de idade ou sexo, em Portugal, a tolerância natural do povo e dos tribunais conduzia à abolição da pena de morte para as mulheres.

Em 1832, a Reforma Judiciária tornou obrigatório o recurso à clemência real para todos os casos de sentenças capitais pronunciadas pelos tribunais portuguêses.

A última execução por crimes políticos realizou-se em 1834; e em 1846, realizou-se na cidade de Lagos, a última execução por crimes de direito comum sôbre o território metropolitano. A partir de então, algumas raras condenações à morte

foram pronunciadas pelos tribunais, mas os condenados foram sistemàticamente agraciados pela Rainha Maria II e pelos Reis Pedro V e Luiz I.

Em 1852, o Ato Adicional à Carta Constitucional abolia, em seu artigo 16, a pena de morte para crimes políticos, que de fato não era mais aplicada há anos. Não estava bem claramente indicado na lei o que se deveria entender por crime político. Entretanto, identificava-se a existência da pena de morte para crimes políticos no regime da monarquia absoluta e, principalmente, no da ditadura, da qual se acabava de sair, o qual, apesar de jamais ter recorrido à pena de morte, mostrou-se excepcionalmente duro na repressão às revoluções. Aliás, a introdução daquêle artigo no texto do Ato Adicional, com fôrça constitucional, sugerido por um deputado, desagradou demais ao Govêrno, que esperava fazer a proposta às Câmaras, sob a forma de decreto autônomo, cercado da publicidade adequada.

Igualmente em 1852 entrou em vigor o Código Penal que limitava a aplicação da pena de morte em matéria de direito civil aos crimes de traição à Pátria, de lesa-majestade e de homicídio qualificado.

Entretanto, o Código de 1852, que não satisfez a quem quer que fôsse, foi revisto, após pressão da opinião pública, por uma Comissão nomeada pelo Govêrno. Os seus membros foram sucessivamente renovados; ela apresentou diversos anteprojetos e enfim um projeto definitivo. Tais projetos sucessivos, sofrendo influência de pensadores tais como AYRES DE GOUVEIA e SILVA FERRÃO, foram se tornando cada vez mais abolicionistas, até a segunda edição do projeto final, em 1863, em que a Comissão propunha eliminar definitivamente a pena de morte do rol das penas aplicáveis, justificando tal decisão, em seu relatório, pela necessidade de dar satisfação "ao desejo do país que se pronunciou de maneira significativa contra a pena capital".

Anos se passaram até que as Câmaras examinassem o projeto. Entretanto, a fôrça crescente do movimento abolicionista e sua impaciência em ver decretada a abolição da pena de morte, não admitia mais delongas. Em 1863, quando se discutia o orçamento, o problema foi pôsto na ordem do dia. AYRES DE GOUVEIA propôs às Câmaras a supressão do orçamento do carrasco, considerado como vexatório e indigno de uma sociedade civilizada. A proposta foi aprovada.

Em 1864, o Govêrno submeteu às Câmaras um projeto de lei abolindo a pena de morte para todos os crimes civis e militares, à exceção, para êsses últimos, dos crimes praticados em tempo de guerra. Entretanto, outra vez tal projeto caiu no esquecimento e, malgrado algumas intervenções de AYRES DE GOUVEIA e de ARAGÃO DE MASCARENHAS, nunca foi discutido.

Em 1867, após uma mudança de Govêrno, o Ministro da Justiça, BARJONA DE FREITAS, professor na Faculdade de Direito de Coimbra, volta à carga: com respeito às reformas de prisões, apresentou à Câmara dos Deputados um projeto abolindo a pena de morte para os crimes civis.

Tal projeto foi submetido à Câmara em 28 de fevereiro de 1867. Foi enviado à Comissão de Legislação Penal, que apresentou seu relatório a 17 de maio, e a sua discussão começou a 18 de junho.

O relatório da Comissão apoiava entusiàsticamente a abolição da pena de morte, dando entre outras razões "a experiência de mais de vinte anos em que

tal pena se achava pràticamente abolida" e "a abolição igualmente de direito desta pena para os crimes políticos", que datava de 1852.

O projeto aprovado quase à unanimidade, a 20 de junho, foi submetido seis dias mais tarde (26 de junho), à discussão da Câmara dos Pares, em que a Comissão de Legislação havia dado parecer favorável datado da véspera. O projeto foi aprovado na mesma sessão. O rei Luiz I devia sancioná-lo por decreto real a 1.º de julho seguinte, e assim, nos têrmos do artigo 1.º, a pena de morte para crimes civis estava definitivamente abolida em Portugal.

A pena de morte para crimes militares foi mantida na lei até o regime republicano, *mas nunca foi aplicada.* Em 1874, com o assassinato do aspirante Brito pelo soldado Antônio Coelho, ressurgiu a hipótese de sua aplicação. Mas, em conseqüência de um movimento de opinião pública contra o recurso a tal pena, o Govêrno não pôde levar adiante a ação intentada, e, assim, a pena de morte para crimes militares ficou pràticamente abolida.

Em resumo: em 1852 aboliu-se a pena de morte para crimes políticos; em 1867, a pena de morte para crimes civis, e em 1911 foi igualmente abolida para crimes militares. *E desde 1845 pelo menos, ninguém foi executado em Portugal em conseqüência de condenação à pena capital.*

Aliás, a Constituição Política de 1933 transformou êsse preceito legal em princípio constitucional, declarando, no art. 8.º, "que constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portuguêses: ... 11). A ausência de penas corporais perpétuas e de pena de morte, salvo, quanto a essa última, em caso de guerra com país estrangeiro, e para ser aplicada no campo das operações". Deve-se dizer, aliás, que mesmo nesse último caso, a pena capital jamais foi aplicada.

A história da abolição da pena de morte demonstra claramente a afirmação que fizemos ao início dêste trabalho: a pena de morte não foi eliminada da legislação portuguêsa em seguida à vitória de uma corrente filosófica determinada sôbre outra de orientação diferente, mas sim porque ela de forma alguma se adapta à idiossincrasia do povo português, à sua maneira de ser boa e simples, ao que se convencionou chamar a tradicional doçura de seus costumes.

A pena de morte para mulheres desapareceu sem sobressaltos em conseqüência da repugnância natural do povo em ver sua execução. Quando, após as invasões napoleônicas, num período perturbado e agitado, um tribunal foi levado a condenar à morte uma mulher, não julgou necessário verificar a execução da sentença.

A pena de morte para os crimes políticos desapareceu de fato com a vitória das fôrças liberais, que exerceram sôbre os partidários do rei Miguel as formas mais sutís de represálias; ela foi definitivamente abolida em 1852, em conseqüência da "regeneração", revolução militar que marcou o fim de uma série de levantes populares contra a ditadura de Costa Cabral.

A pena de morte para os crimes civis, caída em desuso, pois repugnava aos tribunais, e limitada legislativamente aos crimes mais graves, inaplicada na prática em razão do recurso à clemência real, foi abolida sem discussão quase unânimemente pelas Câmaras em 1867. Deve-se notar que os dois deputados que votaram contra o projeto na Câmara Baixa justificaram seus votos, um pelo fato

de que não lhe deram a palavra durante a discussão, e o outro porque preferia "que a pena de morte subsista e que não seja aplicada em razão da consciência de sua iniqüidade", posição romântica ainda mais abolicionista que a da própria Câmara.

E, como já frisamos melhor, a pena de morte para crimes militares foi efetivamente abolida, não pela República, em 1911, mas pelo próprio povo, pela opinião, pelos intelectuais, pela imprensa, quando em 1874 levantou-se o problema de sua aplicação.

É, então, todo um povo que, em sua evolução histórica, se revolta contra a morte legal. Alheio a qualquer posição ideológica, a tôdas as cogitações sociológicas, sem pensar em direito à vida e sem pensar em igualdade social: ùnicamente porque, povo naturalmente bom e afável, lhe repugna que a morte possa ser a solução de qualquer tipo de problema; porque o respeito a seu semelhante está enraizado nêle, no âmago de sua sensibilidade.

Terminaremos êste breve estudo citando o texto da carta que Victor Hugo escreveu, a 2 de julho de 1867, a Eduardo Coelho: "A pena de morte foi então abolida neste nobre Portugal, pequeno povo que tem uma grande história. Fico comovido em pensar no preito que me atinge com essa vitória. Humilde artífice do progresso, cada passo adiante nesse sentido faz bater meu coração mais ràpidamente. Isto é sublime. Abolir a morte legal, deixando à morte divina todo seu direito e mistério, é um progresso augusto entre todos. Felicito seu Parlamento, seus pensadores, seus filósofos. Felicito sua Nação. Portugal dá exemplo a tôda a Europa."

Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal

A 5 de novembro de 1966, na reunião do Conselho da Faculdade de Direito de Coimbra, propôs-se celebrar, sôbre a forma de um colóquio internacional, o centenário da abolição da pena de morte.

Em verdade êsse acontecimento está ligado à história da Faculdade de Direito de Coimbra, entre outros pelo fato de que o Ministro que propôs à Câmara dos Deputados a abolição da pena de morte era professor dessa Escola.

O Colóquio se desenvolveu de 11 a 16 de setembro de 1967. Foi inaugurado sob a presidência do Presidente da República, na "Sala dos Capelos" da Universidade de Coimbra. Numerosos delegados portuguêses e estrangeiros dêle participaram e apresentaram comunicações, culminando pela aprovação de um voto que, por sua amplidão, marca uma data na história do movimento abolicionista, e que, assim indissolùvelmente ligado à Universidade, poderia bem se intitular "Declaração de Coimbra contra a Pena de Morte".

As comunicações feitas a êsse Colóquio acham-se publicadas em dois volumes, editados pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Os brasileiros que colaboraram foram o Prof. MIGUEL REALE (*Pena de Morte e Mistério*); o Ministro NÉLSON HUNGRIA (*A pena de morte no Brasil*); o Prof. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (*Pena de Morte*) e o Prof. PAULO JOSÉ DA COSTA JR. (*Da inutilidade da Pena Capital*).

PRISÃO PREVENTIVA

Entrou em vigor, na Itália, em 1.º de julho de 1970, o Decreto-lei n.º 192, de 1.º de maio de 1970, que substitui o art. 272 do Código de Processo Penal, fixando limites de duração para a custódia preventiva. No caso de instrução formal, a prisão preventiva não pode ultrapassar de seis meses (quando facultativa) se ao delito é cominada pena de reclusão superior no máximo a 4 anos, e de três meses, se a pena cominada fôr inferior. Nos casos em que a prisão preventiva fôr obrigatória, não pode durar mais de dois anos, se ao crime é cominada pena de prisão perpétua ou de reclusão não inferior no máximo a 20 anos, e de um ano, se a pena fôr menor.

Excelente orientação se se considera o abuso que se tem feito da prisão preventiva, nos últimos tempos, desfigurando o seu sentido, para transformá-la em mera antecipação da pena.

EVARISTO DE MORAIS

Comemora-se neste ano o centenário do nascimento de EVARISTO DE MORAIS, que nasceu em 1871 e faleceu em 1939. Êle foi presidente da Sociedade Brasileira de Criminologia e membro da Comissão Revisora do projeto de Código Penal elaborado por VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, em 1927, e apresentado à Câmara dos Deputados em 1935. Entre seus principais trabalhos destacam-se: *Ensaios de Patologia Social*, Rio, 1921; *Criminalidade da Infância e da Adolescência*, Rio, 1927; *Criminalidade Passional*, São Paulo, 1933; *Embriaguez e Alcoolismo*, Rio, 1935. Foi o maior advogado criminal de seu tempo.

LUÍS JIMENEZ DE ASÚA

Faleceu, em 16 de novembro de 1970, em Buenos Aires, o prof. LUÍS JIMENEZ DE ASÚA, eminente mestre espanhol que, há muitos anos, achava-se exilado na Argentina. Nasceu em Madri, em 19 de junho de 1889, tendo obtido o grau de doutor em jurisprudência na Universidade de Madri, em 1911, tornando-se professor catedrático dessa Universidade, em 1915.

Exerceu a docência na Argentina até 1966, lecionando na Universidade Nacional de La Plata, na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, e, ainda, na Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires. Dirigiu, aí, durante muitos anos, o Instituto de Direito Penal e Criminologia.

Entre suas obras de maior relevo estão: *Tratado de Derecho Penal*, em 6 volumes; *Libertad de Amar y derecho a morir*, 4.ª edição, 1929; *Psicoanalis Criminal*, 5.ª edição, 1959; *La ley y el delito*, 3.ª edição, 1959. Com o título *El Criminalista* publicou numerosos estudos, sendo a primeira série em dez volumes (de 1941 a 1952) e a segunda, em cinco (1955 a 1961). Juntamente com FRANCISCO CARSI ZACARÉS preparou, em dois volumes, a coleção *Códigos Penales Iberoamericanos*, 1946. Devemos também lembrar o seu livro *Un viaje al Brasil*, publicado em Madri, em 1929, em que realiza estudo sôbre o Direito Penal brasileiro após várias conferências em nosso país.

Era membro da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, tendo participado de quase tôdas as reuniões internacionais por ela promovidas.

CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA

A Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina celebrará em São Paulo, de 12 a 19 de abril próximo, a sua 6.ª reunião. As anteriores realizaram-se em Santiago (1963), México (1965), Lima (1967), Caracas (1969) e Bogotá (1970). Nessa oportunidade, estarão reunidos em nossos país os mais destacados penalistas da América. A reunião está sendo organizada pelo grupo de São Paulo, que tem à frente o prof. JOÃO BERNARDINO GONZAGA.

Saiu o 1.º volume do livro **"NÔVO DIREITO PENAL"** do professor ROBERTO LYRA, Ex-Ministro da Educação e Cultura e Membro da Côrte Permanente de Arbitragem de Haia.

O chefe da escola penal brasileira diz tôda verdade sôbre crime, criminoso, pena e temas afins.

O professor Roberto Lyra liga o Direito Penal a tôdas as ciências humanas sociais, projetando-o como base, comunicação e estímulo da cultura geral e das técnicas profissionais.

A matéria reunida e revelada em "NÔVO DIREITO PENAL" não consta de outro livro, iluminando caminhos para a interpretação e a aplicação das leis penais sob todos os aspectos.

Pedidos pelo Reembôlso Postal a Borsoi & Cia. — Rua Francisco Manuel, 55 — Benfica — ZC-15 — Rio de Janeiro — GB.
Telefones: 248-8176 e 248-2834

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

La Société Face au Crime — Comissão de Inquérito sôbre a Administração da Justiça Criminal do Québec (Canadá) — Direção de DENIS SZABO, Imprensa Oficial do Québec.

No acertado dizer de JEAN PINATEL (BOUZAT, & PINATEL. *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, Paris, Dalloz, 1970, v. III, pág. X) o Departamento de Criminologia e o Centro Internacional de Criminologia Comparada, vinculados à Universidade de Montréal (Canadá), tornaram-se modelos de estabelecimentos acadêmicos, votados à pesquisa e ao ensino criminológicos, sob a vigorosa direção do Prof. DENIS SZABO. Êste eminente criminólogo, que publicou, em 1970, um importante volume de textos sôbre a visão sociológica da criminalidade (*Déviance et Criminalité*, Paris, Armand Colin, 1970), precedido por notável introdução, abrangendo um panorama informativo e crítico sôbre o estado atual da macrocriminologia, também dirigiu, no Canadá, importante pesquisa, que lhe demonstra o aprumo, não só na focalização teórica, mas igualmente no comando de trabalhos de campo, realizados pela sua equipe.

O empreendimento foi dividido em várias partes, compreendendo — sondagens externa e interna sôbre a atividade policial, do ponto de vista da opinião pública (anexo 2) e dos próprios quadros da polícia, perante suas atribuições e condições de trabalho (anexos 3 e 8); inquérito aprofundado quanto à organização e funcionamento da justiça criminal, sua imagem perante a opinião pública (anexo 4) e perante os especialistas da área, notadamente advogados criminais e procuradores da Coroa (anexo 5); exame das concepções difundidas na comunidade, quanto à noção de criminalidade e às medidas correcionais (anexo 6); situação do ensino e pesquisa criminológicos, entrosados com a administração da justiça criminal, desde os estudos universitários e a formação de especialistas até o aproveitamento do trabalho acadêmico na atividade dos órgãos da prevenção e da correção (anexo 7).

Essa retomada global permitiu aos pesquisadores traçar um panorama completo, distribuindo os planos da convivência dos problemas e as interferências de idéias penais e prática político-criminal nos diferentes setores da comunidade. A importância da enfibratura teórica, para corrigir as contradições e descaminhos de soluções empíricas resultou muito bem destacada, entre outras conclusões, pela observação, formulada no relatório de A. NORMANDEAU, assinalando êste que "a confusão reinante na opinião pública e a relativa ineficácia da administração da justiça criminal é decorrência das contradições da filosofia penal" (anexo 6, pág. 78). Daí a importância do moderno ensino e pesquisa criminológicos, bastante desenvolvidos no Canadá, tanto no plano teórico, quanto em suas repercussões. Em última análise, o aparecimento gradual de especialistas, que procuram o seu enquadramento profissional, visa a "descolonizar" (anexo 7, pág. 42) a Criminologia das categorias de praticantes, enfeudados em escaninhos de profissões mais antigas. Por outro lado, atende às solicitações do mercado de trabalho emergente (anexo 7, pág. 45), no sentido de uma reorganização, em bases científicas abrangedoras, de todo trabalho ligado à prevenção e às práticas correcionais, e delineia o perfil duma política criminal atualizada e eficaz.

É desnecessário encarecer a importância da iniciativa e a pertinência das conclusões, que conseguem lançar esclarecimentos incidentes em muitos equívocos, cuja subsistência obstrui o progresso da Criminologia teórica e aplicada.

R.L.F.

MAMMANA, CAETANO ZAMMITI, *O abôrto ante o Direito a Medicina, a Moral e a Religião*, São Paulo, 1969, 2 volumes, 1290 pgs.

A obra de MAMMANA é extensa, enfocando sob os aspectos ético, moral, religioso, médico e jurídico, o problema tão atual do abôrto.

Ilustre professor de medicina, com esta magnífica obra mereceu os prêmios Alcântara Machado de Direito Penal e Oscar Freire de Medicina Legal da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo. É titular da cadeira de clínica cirúrgica da Faculdade de Ciências Médicas da Santa-Casa de Misericórdia de São Paulo, catedrático da Universiade de Medicina do Paraná, possuindo uma vasta bagagem de títulos na ciência que o notabilizou, razão porque sua obra mais se atém ao aspecto do abôrto perante a medicina.

Já em 1927, em sua tese de doutoramento recebia o prêmio Oscar Freire com o trabalho *"Do Abortamento Criminoso, principalmente em São Paulo"*.

Como se vê o assunto já é de há muito estudado pelo autor, o que lhe conferiu segurança para elaborar preciso trabalho de pesquiza que culminou com a obra ora comentada.

Relativamente à colocação do problema abortamento perante a medicina, nada há que se acrescentar face à esplendorosa e detalhada exposição técnica do autor, que abrange em tôda sua plenitude a matéria.

Os aspectos moral e religioso, tendo em vista a formação religiosa do autor terão suas conclusões respeitadas nêste comentário, não se tecendo quaisquer considerações a respeito.

Sob o ponto de vista penal e a posição adotada pelo professor MAMMANA de intransigência absoluta com relação a qualquer hipótese de abortamento provocado será o objeto principal de nossa apreciação.

Faz o professor MAMMANA uma incursão aos primórdios do Direito, desde Ulpiano e Justiniano, passando por Santo Agostinho chegando a VON LISZT,

citando o Código Italiano de 1930, de Alfredo Rocco, até nosso HUNGRIA, no propósito de determinar a personalidade jurídica da vida humana antes do nascimento, e as conseqüências de sua interrupção por morte provocada.

Em seguida, em um capítulo estuda com minúcias o abôrto provocado. Divide êste em: 1 — abortamento acidental; 2 — abortamento involuntário ou culposo; 3 — abortamento intencional que pode ser criminoso ou legal.

No primeiro caso, o abôrto acidental, que segundo o autor "resulta de fatôres vários e imprevistos que, independentemente da vontade da gestante obram de modo fortúito: queda, traumatismo, etc. ...", apresenta uma pequena estatística sem tecer maiores considerações.

O abortamento involuntário ou culposo também é apreciado da mesma forma.

Relativamente ao abôrto intencional, o professor MAMMANA inicia o seu estudo dividindo-o em criminoso e legal.

Entretanto, marca de imediato sua posição quando enfatiza que "em nosso modo de pensar, devem considerar-se criminosos e portanto condenáveis os abortamentos ditos legais; moral, econômico, eugênico, ético, sentimental, etc....".

Faz um levantamento histórico do abôrto criminoso buscando subsídios em CARRARA, ROCCO, ZANARDELLI, CUELLO CALON e outros.

Da mesma forma rebusca a legislação penal brasileira desde o Código 1830 até o projeto Hungria, procurando fundamentar sua tese de incriminação do abôrto. Como já ficou acima bastante claro, o abortamento legal na perspectiva do autor não deverá merecer da lei nenhuma forma de exclusão do crime ou atenuação da pena. É o professor MAMMANA pela sua absoluta punição.

Admite finalmente, que desde 1798, de comêço na Europa e depois na América, vem se formando uma corrente em prol da liberdade de práticas abortivas.

Com todo o respeito que nos merece o ilustre mestre, aquela constatação certamente invalida a sua argumentação no sentido de incriminar de forma absoluta o abôrto. Nos tempos atuais, não se pode mais ignorar a ocorrência de práticas abortivas como fatos corriqueiros em nossa sociedade. Não é possível mais tratá-la de forma hipócrita, como se vem fazendo.

Em magnífico trabalho publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, vol. 4. pág. 93, em crítica à reforma da legislação penal brasileira o professor HELENO C. FRAGOSO noticia com imensa clareza a tendência da legislação de todos os grandes centros do mundo referente ao abôrto.

Informa que na legislação ocidental, quase que em todos os países sòmente se permite o abôrto em casos de indicação terapêutica. No Brasil, o problema é abrangido de forma pouco mais ampla, atendendo-se à permissibilidade do chamado abôrto sentimental.

Entretanto, contrapondo-se àquela orientação, no Japão, o abôrto é legal desde 1948, observando-se também na China Comunista o mesmo critério. É ainda naquele trabalho, que constatamos que na Bulgária e na Hungria o abôrto é consentido mediante simples solicitação da interessada.

Como evolução da civilização ocidental no enfoque do problema, a sua maior potência, os EUA já tomou consciência da maneira hipócrita de solução

do abôrto, estando o mesmo já legalizado no Estado de Nova Iorque. Em emenda de 11-4-70, com vigência a partir de 1-7-70, o capítulo 127 da lei penal do Estado, foi modificado, passando a não mais incriminar o abôrto se praticado até 24 semanas do início da gravidez.

É o seguinte o texto completo da referida emenda, que hoje é lei.

O povo do Estado de Nova Iorque representado no Senado e na Câmara, decide o seguinte:

A seção I, subdivisão III da seção 12.505 da lei penal é emendada neste ato para ter a seguinte redação:

III. Justificável ato de abôrto: um ato de abôrto é justificável quando efetivado em mulher com seu consentimento por um médico licenciado agindo: (a) — sob uma razoável crença de que tal é necessário para preservar sua vida, ou, (b) — dentro das 24 semanas iniciais de sua gravidez.

A vontade de uma mulher grávida em praticar em si mesma o abôrto é justificável quando ela assim age sob conselho de um médico autorizado — 1 — se tal ato é necessário para salvar sua vida, ou — 2 — Dentro das vinte e quatro semanas do início da gravidez.

2.º êste ato terá sua vigência a partir de 1.º de julho de 1970.

Igualmente, na Inglaterra, lei de abril de 1968 permite a prática do abôrto, desde que o nascimento do filho possa determinar problemas sociais, como conflitos familiares, dificuldades econômicas ou distúrbios psicológicos. Noticiário da imprensa afirma que, segundo fontes oficiais, pelo menos oito mil mulheres realizaram abortos no país desde que a medida foi legalizada. Trata-se, como se percebe, de uma tendência liberatória.

Também na América Latina, neste momento, em fase final de elaboração no Chile, regulamenta-se o abôrto.

É a tendência quase mundial no sentido de disciplinã-lo com uma legislação permissiva especial. Não se pode fechar os olhos a uma realidade, como também não se deve regular a matéria ùnicamente sob a esfera penal.

O abôrto deveria ser regulamentado, observados determinados critérios, como sua realização apenas por médicos, a fixação de critérios técnicos para a sua feitura, como também o consentimento e o desejo da mulher.

O projeto Hungria manteve bàsicamente a orientação da legislação vigente, nada introduzindo para seu alargamento, como modernamente fazem quase tôdas as legislações mundiais, o que certamente constitui um retrocesso imperdoável.

Por tudo que contém, a par de uma primorosa impressão gráfica, esplendoroso trabalho de pesquiza e estatística aliada à cultura já conhecida de seu autor, apesar de sua posição rígida contrária a qualquer espécie de abôrto, é a obra do professor CAETANO ZAMITTI MAMMANA uma das mais perfeitas de que se tem notícias sôbre o tema.

ALEXANDRE GABRIEL GEDEY

Problemática de la investigación criminal en Colombia, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1967, 372 págs.

Neste volume estão reunidos os trabalhos apresentados ao Colóquio que realizou a excelente Universidade Externado de Colombia, em dezembro de 1966, sôbre a investigação criminal na Colômbia. Participaram do colóquio, que foi dirigido pelo prof. Alfonso Reyes, diversos professôres e magistrados.

Aos participantes foi submetido temário de sete pontos: 1. Convém ou não que o funcionário de instrução seja ao mesmo tempo o julgador? 2. Em caso negativo, por que? Que classe de organismo deveria encarregar-se da etapa instrutória do processo? 3. Que vantagens ou desvantagens trouxe a reforma judicial neste aspecto à administração da justiça? 4. É necessário ou não suprimir ou modificar os atuais organismos técnicos auxiliares da justiça penal, a saber: a polícia judiciária e o Instituto de Medicina Legal? 5. É necessário ou não criar novos organismos auxiliares? 6. Qual a sua opinião sôbre os funcionários de instrução paralelos aos juízes, como os visitadores de órgãos controladores e dos promotores? 7. Para que a etapa instrutória seja mais técnica e eficaz, deveriam ou não ser revistas as normas procedimentais vigentes? Em caso afirmativo, quais?

A reunião tinha por finalidade submeter a exame a reforma judicial que se realizou na Colômbia em 1964, que, entre outras providências, atribuiu ao mesmo juiz a instrução e o julgamento. Um dos principais autores dessa reforma, o prof. Gutierrez Anzola, presente ao Colóquio, em minoria absoluta, a defendeu com grande brilho e eficiência.

Na primeira parte do volume estão reunidas as comunicações efetuadas por todos os participantes, por escrito, às indagações constantes do temário. Aqui estão os trabalhos de Humberto Arango Jimenez, Antonio Vicente Arenas, Hernando Baquero Borda, Fabio Calderón Botero, Parmenio Cárdenas, Federico Estrada Vélez, Bernardo Gaitán Mahecha, Gutierrez Anzola, Luiz E. Romero Soto Miguel Sánchez Méndez e Miguel Zornosa Falla. Na segunda parte estão os debates orais, ou seja, o colóquio pròpriamente dito, aparecendo ao final as conclusões, que representam o pensamento da maioria.

Com exceção dos professôres Gutierrez Anzola e Gaitán Mahecha, os demais pronunciaram-se no sentido de que é mais técnico e adequado aos fins da investigação que sejam diversos os órgãos encarregados das distintas etapas processuais da instrução e do juízo. Êste foi o ponto que mais acirrados debates suscitou e o mais longamente tratado. Ao que parece, a experiência da recente reforma judiciária, neste particular, foi negativa. Por maioria, os participantes entenderam ser necessário restabelecer os juizados de instrução criminal, dependentes do Poder Judiciário.

Afirmou-se, igualmente, a necessidade de reestruturar os organismos auxiliares da administração da justiça, como a polícia judiciária e o Instituto de Medicina Legal, bem como a desnecessidade e a inconveniência da participação de funcionários de instrução paralelos aos juízes ordinários.

Esta publicação dá ao estrangeiro excelente idéia de como pode a Universidade contribuir para a solução de problemas relacionados com a administração da justiça. Traz-nos, igualmente, impressão magnífica da vitalidade cultural da Universidade Externado de Colômbia, a cujo reitor, o prof. Fernando Hinestrosa, enviamos daqui os nossos calorosos aplausos. Nela estão materiais que o estudioso consultará sempre com o maior proveito no estudo dos temas examinados. Observamos, por outro lado, os resultados formidáveis que proporciona o sistema de *Colóquio* como forma de reunião científica, quando preparado com eficiência e sempre que os participantes se apresentem em condições para o debate de alto nível.

H. C. F.

REPERTÓRIO ENCICLOPÉDICO DO DIREITO BRASILEIRO

O "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro" não é mais uma obra de direito. Seria inexato dizê-lo, além de flagrante desconhecimento dos seus propósitos e do seu alcance.

O plano dêsse trabalho é reunir, num todo único, facilitando a consulta, um estudo completo do direito brasileiro, sem deixar de parte um só instituto, um só aspecto, um só ponto de interêsse, ainda que mínimo, da ciência jurídica nacional. Seu objetivo, talvez ambicioso, mas inteiramente ao alcance dos seus colaboradores, é oferecer ao mundo jurídico, numa só obra, uma completa biblioteca. Isto será conseguido com o trabalho conjunto dos maiores juristas brasileiros, que têm dado e continuarão a dar contribuição eficiente para que se leve a cabo o "Repertório", compreendendo a importância singular da sua realização e a excepcional utilidade de que se reveste.

Completo que seja, o "Repertório" será o mais expressivo monumento de nossa ciência jurídica, que poderá ostentar, como índice de cultura e de esfôrço na investigação científica, uma obra à altura dos famosos repertórios italianos e franceses, tanto no padrão intelectual como no próprio aspecto material.

Rio, 5 maio 1951. — *José de Aguiar Dias.*

Já publicados — 47 volumes.

Pedidos pelo Reembôlso Postal a Borsoi & Cia. — Rua Francisco Manuel, 55 — Benfica — ZC-15 — Rio de Janeiro — GB.
Telefones: 248-8176 e 248-2834

Menoridade do réu. Deve ser afirmada em caso de dúvida.

A dúvida quanto à menoridade do réu deve ser resolvida em seu benefício. No julgamento do h. c. n.º 43.577, a 1.ª Turma do STF considerou o caso de réu condenado pelo crime previsto no art. 157 § 3.º do Cód. Penal a 22 anos de reclusão e que alegava ter menos de 18 anos. No inquérito, com a presença de curador, o réu declarou ter 18 anos completos, afirmando ter nascido a 7-2-1947. Em juízo, juntou aos autos certidão de nascimento, com registro efetuado após a data do crime, dando-o como nascido em Itaperuna (Estado do Rio de Janeiro) a 7-12-1948. Submetido a exame médico-legal, afirmaram os peritos que "pelo aspecto do esqueleto, tratava-se de um paciente cuja idade deve estar compreendida entre 17 e 18 anos". Anteriormente, o réu fôra condenado pela contravenção prevista no art. 59 LCP, sem que tivesse alegado menoridade. Sua condenação atual era por crime de latrocínio, cometido bàrbaramente.

Entendeu o eminente relator, e com êle a Turma, que havia dúvida quanto à menoridade. *Data venia*, não nos parece que a conclusão seja aceitável. O exame médico-legal de idade é apenas aproximativo e não pode prevalecer contra importantes elementos de convicção que indicam ter o acusado mais de 18 anos, excluindo tôda dúvida razoável. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/342). É claro que a dúvida quanto à menoridade obriga à decisão favorável ao acusado, por fôrça da regra *in dúbio pro reo*. Cf. EDUARD KERN, *Strafverfahrensrecht*, 1967, pág. 63.

No julgamento do Rec. Extr. número 61.083, o ilustre Min. ELOY DA ROCHA afirmou que o exame de idade a que alude o art. 182 do Cód. de Proc. Penal não constitui, só por si, prova da idade. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/497).

Homicídio. Não podem co-existir a atenuante do art. 121, § 1.º, com as agravantes do art. 44, letras "d" e "e" do Cód. Penal.

No julgamento do h. c. n.º 44.023, relator o eminente Min. EVANDRO LINS E SILVA, entendeu a 2.ª Turma do STF, por unanimidade, que são inconciliáveis o homicídio privilegiado, previsto no art. 121 § 1.º do Cód. Penal e as agravantes do motivo cruel e do emprêgo de recurso que dificultou a defesa da vítima, previstos no art. 44, letras "d" e "e" que qualificam o crime (art. 121, § 2.º, III e IV).

No julgamento, respondera o júri afirmativamente aos quesitos relativos à violenta emoção, com a prática do delito logo em seguida à injusta provocação da vítima, reconhecendo, porém, que ocorreram as citadas agravantes.

Em seu voto, afirmou o ilustre relator: "O homicídio privilegiado coloca o seu autor em posição mais benéfica do que quem comete homicídio simples. Como admitir a compossibilidade do *privilégio* com agravantes qualificadoras, que exasperam a pena exatamente pela revelação de maior perversidade do agente? Quem age sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima, não pode ser acusado de ter usado de recurso insidioso ou cruel, ou de ter conscientemente dificultado a defesa da vítima. Note-se a subjetividade das circunstâncias, e logo se verá que essas situações *hurlent de se trouver ensemble*". (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/84).

A afirmação de que as causas de privilégio são incompatíveis com as que qualificam é compartilhada por alguns autores importantes: cf. EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, *Direito Penal*, 1959, pág. 72 e MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Pen.*, II, pág. 33.

Pedimos licença, no entanto, para divergir. A possibilidade de concurso entre as causas de privilégio e as circunstâncias de caráter objetivo é, a nosso ver, evidente. É claro que pode alguém praticar um homicídio por motivo de relevante valor social ou moral com o emprêgo de fogo, veneno, explosivo ou mediante asfixia ou meio cruel. O concurso só é impossível com as causas subjetivas de qualificação (motivo fútil, motivo torpe, etc.).

As circunstâncias que se referem aos *meios* e *modos* de execução são objetivas, ao contrário do que se menciona no v. acórdão. As circunstâncias agravantes de índole objetiva referem-se, em regra, à antijuridicidade maior, e bàsicamente não se justificam por revelarem maior culpabilidade.

Se, do ponto de vista factual, é possível o concurso, como se resolve, no plano jurídico, já que significam a ocorrência simultânea de causas que aumentam a pena e causas que a diminuem? MEZGER (*Leipziger Kommentar*, ed. 1957, vol. I, pág. 44) entende que em tais situações deve averiguar-se, em cada caso, qual o fundamento mais importante, no sentido da lei, pois é êste que deve prevalecer. Em caso de dúvida, deve aplicar-se a causa de atenuação. MAURACH, no entanto, afirma que, quando as conseqüências jurídicas da qualificação e do privilégio se contrapõem, deve prevalecer a hipótese privilegiada (cf. *Die Behandlung der unselbständigen tatbeständlichen Abweichungen und der eigenständigen Verbrechen "de lege ferenda", in Materialen zur Strafrechtsreform*, I, 1954, pág. 255, e *Lerbruch*, pág. 205). MAURACH chama a isso de efeito de bloqueio do tipo atenuado (*Sperrwirkung des milderen Tatbestandes*). Para mesma solução, cf. HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, 1953, pág. 69.

Essa deve ser a solução em nosso direito, que considera preponderantes as circunstâncias de caráter pessoal (artigo 49, Cód. Penal). No mesmo sentido: ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, IV, pág. 126; BASILEU GARCIA, *Instituições*, pág. 513; OLAVO OLIVEIRA, *O delito de matar*, 1962, pág. 165. Veja-se também sôbre o tema, JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, pág. 506.

A jurisprudência é, entre nós vacilante. Há decisões no sentido de que são "harmonizáveis" (?) as causas especiais de diminuição e de aumento (*Arq. Jud.*, 76/512). O Tribunal de Alçada de São Paulo já decidiu que a diminuição prevista no § 1.º do art. 121 só se aplica ao homicídio simples (*Rev. dos Tribs.*, 158/599), dando preponderância às circunstâncias que qualificam. Em sentido contrário, cf. DARCY ARRUDA MIRANDA, *Repertório*, n.º 935.

Se os jurados respondem afirmativamente ao quesito sôbre o motivo de relevante valor social ou moral ou sôbre a emoção violenta, na hipótese do artigo 121, § 1.º do Cód. Penal, os quesitos sôbre as circunstâncias *de natureza objetiva* que qualificam devem ser considerados prejudicados. A resposta simultânea, como ocorreu no caso levado a julgamento não induz em nulidade, porque os jurados respondem sôbre os fatos que julgam provados. Compete ao juiz, ao aplicar a pena, desprezar, por razões de ordem jurídica, as respostas relativas às causas de qualificação. É claro que a resposta afirmativa em relação a circunstâncias agravantes

de natureza subjetiva constituirá nulidade, por evidente contradição.

Crime continuado. Unidade de processo.

A figura do crime continuado dá lugar a questões difíceis, ainda em aberto, relacionadas com a unidade do processo. O crime continuado constitui, por ficção, unidade jurídica, para todos os efeitos, sejam de direito substantivo ou processual. Se assim é, impõe-se a unidade do processo, solução que não oferece dificuldades quando os diversos processos instaurados se encontram na mesma fase. A competência determina-se, em tal caso, pela prevenção.

A 1.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 47.918, relator o ilustre Des. PEDRO BANDEIRA STEELE, decidiu anular processo referente a crime continuado, considerando que foi decidido por juiz incompetente. Na hipótese, o apelante havia emitido diversos cheques, que se relacionavam com um contrato de que decorreriam sucessivas compras de gado. Foi acusado de emitir cheque sem suficiente provisão de fundos, sendo, porém, evidente que as diversas ações comporiam um crime continuado.

Entendeu a Câmara que "a unidade de processo e julgamento do crime continuado se impõe pela única razão de que, embora, na realidade, haja uma pluralidade de delitos, a lei *substantiva* (ressalte-se: "substantiva") com aquela figura criou artificialmente a unidade delituosa, tratando-a como se constituisse uma só ação ofensiva". Decisão unânime. (*Rev. Jurispr.*, 13/406).

A situação considerada no acórdão não apresenta, a nosso ver, dificuldades e é de solução simples. Importante é saber como se resolve a unidade do crime continuado quando houve denúncia ou sentença, tendo em vista os fatos ocorridos *depois* e os que ocorreram *antes* mas não foram incluídos na denúncia.

A opinião dominante, que nos parece correta, é no sentido de que a sentença condenatória, mesmo quando não é definitiva, bem como a denúncia, excluem a continuação com os fatos posteriores. Veja-se, entre outros, MANZINI, *Trattato*, II, pág. 654; FROSALI, *Sistema Penale Italiano*, 1958, II, pág. 526; CONTI, *Reato continuato e cosa giudicata, in Rivista di diritto processuale penale*, 1957, pág. 652. O Código italiano adotou a teoria objetivo-subjetiva, exigindo a unidade de desígnio para a configuração do crime continuado (art. 81) e os autores argumentam, em geral, com a impossibilidade de manter-se o mesmo desígnio após o início do procedimento e a condenação. A jurisprudência italiana pronuncia-se constantemente no sentido de excluir o crime continuado, com os *fatos posteriores* à denúncia. Cf., por exemplo, *Giustizia Penale*, nov. 1966, II, col. 1.107: "*Il vincolo della continuazione è interrotto ogni volta che i nuovi reati siano risultati commessi dopo la denuncia per i precedenti, in quanto la consapevolezza dell'agente di trovarsi sottoposto a procedimento penale costituisce valido motivo di sconvolgimento del disegno criminoso unitario e porta ad escluderne l'esistenza*". Para exclusão, com maior soma de razões, com os fatos cometidos após o julgamento, cf. *Giustizia Penale*, junho-julho, 1967, II, col. 824.

Nosso Código Penal adotou a teoria puramente objetiva, para a configuração do crime continuado, e, em conseqüência, êsses argumentos não nos podem impressionar. Registre-se que não é estranha a opinião de que deve ser admitido o crime continuado mesmo se há sentença condenatória irrecorrível (cf. CATALLOZZI, *Brevi osservazioni in tema di reato continuato, Giustizia Penale*, jan. 1965, II, col. 84; PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale*, 1962, página 595; LUNARI, *Sull'ammissibilità della continuazione tra fatti già giudicati e fatti da giudicare, Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, pág. 249). Julgamos, no entanto, que a denúncia não pode deixar de interromper a continuação. A prática de fatos delituosos após o início do procedimento revela positiva determinação na prática do delito, de modo a excluir o benefício da continuação, que não pode servir para outorgar ao criminoso um permanente privilégio na violação da lei penal.

Mais difícil é a questão de saber se os fatos praticados anteriormente à sentença condenatória passada em julgado podem configurar o crime continuado. A resposta a nosso ver é, evidentemente, afirmativa.

Nossa lei é clara, ao definir o crime continuado (art. 51, § 2.º), quando estabelece, em relação aos diversos crimes, que "os subseqüentes devem ser havidos como continuação do primeiro". Que os diversos fatos que configuram por si sós um delito, constituem *uma unidade*, não há qualquer dúvida na doutrina. Isso pode se ver, inclusive, remontando-se às origens do instituto, na conhecida passagem de FARINACIO (*unicum reputandur furtum*). Divergem os autores apenas quanto a saber se se trata de simples *ficção jurídica* ou de *unidade real*.

Alguns autores afirmam que o crime continuado constitui uma unidade verdadeira e real, que a lei reconhece e disciplina, opondo-se à tese da mera ficção. Assim, por exemplo, PUNZO (*Reato continuato*, 1951, pág. 146): "*Il reato continuato non è una finzione nè una realtà soltanto giuridica, ma un'unità vera e reale che la legge riconosce e disciplina*".

No mesmo sentido, ALIMENA (*Sul concorso di reati e pene, Enciclopedia Pessina*, vol. V, pág. 403); DE MARSICO (*Diritto Penale*, 1937, pág. 392); PISAPIA (*Reato continuato*, 1938, página 230); PROTO (*Sulla natura giuridica del reato continuato*, 1951, pág. 68); IMPALLOMENI (*Istituzioni di Diritto Penale*, 1921, pág. 467).

Sem chegar a tais extremos, outros entendem que a unidade é fictícia e resulta da lei. É a posição de MANZINI, que afirma estar à teoria da ficção na própria letra da lei: "*La volontà dello Stato, imponendo di considerare* come un solo reato *una pluralità di reati*".

Estão todos, porém, de acôrdo em que se trata de *crime único*. Eis a lição de nosso COSTA E SILVA (*Comentários ao Código Penal Brasileiro*, 1967, página 237): "O crime continuado tem caráter unitário. *É para todos os efeitos de direito, um crime único*".

E ANIBAL BRUNO (*Dir. Penal*, vol. II, pág. 680): "No crime continuado há uma série de verdadeiras ações, cada uma das quais aparece isoladamente como crime perfeito, embora na realidade seja simples fração de um crime único que é a atuação total, unidas entre si as ações pela conexão natural das circunstâncias em que se repete".

A doutrina alemã é uniforme em proclamar a unidade do crime continuado, extraindo daí tôdas as conseqüências. Veja-se GRAF ZU DOHNA (*Aufbau der Verbrechenslehre*, 1950, pág. 66) ao afirmar que "uma pluralidade de delitos da mesma natureza é tratada como unidade, *no direito material e processual*, embora cada um dêles tenha sido concretizado como ação própria (mas não independente)".

HELLMUTH MAYER (*Strafrecht*, 1953, pág. 409), também ensina que no crime continuado, uma série de atos independentes *é considerada como fato unitário* (als eine einheitliche Tat behandelt). No mesmo sentido, com a clareza habitual, VON LISZT (*Lehrbuch*, 26.ª ed., 1932, pág. 352): "Diversos fatos independentes devem aqui ser julgados jurìdicamente como unidade".

Na Alemanha, essa lição comum remonta às notas de MITTERMAIER à 14.ª edição do "Tratado" de FEUERBACH (1847, pág. 218), onde se diz que uma pluralidade de ações torna-se um todo jurídico (*juristisches Ganzes*), de sorte que apenas um crime será considerado (*nur ein Verbrechen*).

Há certa discrepância, entre os au-

tores italianos, quanto à configuração da coisa julgada nos crimes continuados. A doutrina alemã, no entanto, é uniforme.

Parece claro, todavia, que a unidade do crime continuado tem como primeira e elementar conseqüência a incindibilidade de seus componentes. É o que diz DELITALA (*Reato continuato e cosa giudicata, Scuola Positiva*, 1928, I, página 118): "O crime continuado constitui um título de delito por si, enquanto os delitos fictìciamente compostos em unidade, *não podem mais recuperar, em caso algum, vida autônoma*".

IMPALLOMENI (ob. loc. cit.) também ensinava que o crime continuado "é único essencialmente, e não fictìciamente. A unidade do fato que o constitui é jurídica, e não natural, mas, em razão justamente de sua unidade jurídica, *não é cindível em partes*".

Características da orientação jurisprudencial e doutrinária na Alemanha são as observações feitas por JAGUSCH (*Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., 1957, pág. 595), de que se opõe à fragmentação processual do crime continuado (*die verfahrensrechtliche Zerlegbarkeit der Fortzetzungstat*). A série continuada só se separa com a sentença (VON LISZT, ob. cit., pág. 253).

A unidade do crime continuado torna preclusa a ação penal por fatos inseridos no mesmo, após transitar em julgado a sentença que decidiu sôbre outros fatos integrantes da série. E isso, quer os fatos novos tenham sido descobertos antes ou depois da sentença e ainda que ela os tenha totalmente ignorado.

É esta uma conseqüência lógica intransponível da unidade do crime continuado, e em relação à mesma não há qualquer dúvida na doutrina alemã.

Vejamos a certeira lição de MAURACH (*Deutsches Strafrecht*, 1965, pág. 634): "O crime continuado é concebido unidade de ação, com tôdas as suas conseqüências materiais e processuais. Os atos parciais, não compreendidos na sentença, e inclusive nem mesmo descobertos ao tempo de sua publicação, anteriores à notificação da sentença pelo último Juiz da instância, serão absorvidos pela sentença como compreendidos na série continuada (*als in den Fortsetzungszusamenhang fallend*). Uma persecução posterior independente de novos atos parciais opõe-se ao princípio da *res judicata* e à regra do *ne bis in idem* (*Einer nachträglichen selbstandigen Verfolgung neuauftauchender Teilakte steht der Grundsatz der Res judicata und die Regel des Ne bis in idem entgegen*). Isso vale mesmo quando os novos atos parciais possam ser valorados também sob outros pontos de vista".

SCHÖNKE-SCHRÖDER (*Strafgesetzbuch Kommentar*, 1965, pág. 495), ensinam também: "A coisa julgada da sentença que decide sôbre crime continuado cobre tôdas as ações praticadas antes da publicação e que pertençam à unidade de ação da conexão continuada, quer as tenha o tribunal considerado; quer as tenha conhecido; quer tenha tido, ou não, oportunidade de conhecê-las".

VON HIPPEL (*Deutsches Strafrecht*, 1930, vol. II, pág. 536), igualmente afirma que a *res judicata*, em tal caso, refere-se também aos fatos que não foram expressamente mencionados na sentença.

No mesmo sentido, os processualistas. KERN (*Strafverfahrensrecht*, 1967, página 216) ensina que a coisa julgada refere-se a todos os fatos isolados, *mesmo que não tenham sido do conhecimento do tribunal* (*auch soweit sie dem Gericht nicht bekannt gewesen sind*). Assim também EBERHARDT SCHMIDT (*Deutsches Strafprozessrecht*, 1967, página 167).

Na doutrina italiana, como dissemos, há certas discrepâncias quanto aos efeitos da coisa julgada, que se devem ao fato de considerar errôneamente o crime continuado como forma *sui generis* de concurso de crimes. No sentido da completa preclusão, podemos citar: SAROCCHI, *La cosa giudicata nei reati continuati, Studi Senesi*, 1895, vol. XI, página 46; ALOISI, *Manuale Prático di Procedura Penale*, 1932, pág. 553; PISAPIA, ob. cit., pág. 130; SABATINI, *Istituzioni di Diritto Proc. Penale*, 1933, pág. 354, entre outros.

LUNERI (*Sull'ammissibilità della continuazione tra fatti già giudicati e fatti da giudicare, Riv. It. Dir. Proc. Penale*, 1961, pág. 249) afirma estar abandonada "*la vecchia teoria*" que permitia a alteração do julgado: "*Ormai priva di seguito in giurisprudenza è pure la tesi secondo la quale, intervenuta una sentenza irrevocabile, risterebbe preclusa l'azione penale per quei fatti di continuazione che, commessi anteriormente al formarsi del giudicato, siano scoperti sucessivamente a tale momento*".

ALFONSO VALLETTA (*Configurabilità del reato continuato tra fatti oggeto di cosa giudicata e fatti precedenti ancora da giudicare, Archivio Penale*, 1964, jan.-fev., pág. 18) também esclarece que a jurisprudência mais recente "*é ormai orientata nel senso di retenere la continuazione, sempre che naturalmente il nuovo fatto da giudicaire sia stato commesso prima della sentenza di condanna*". E isso porque os diversos fatos "*danno luogo ad una particolare e unica figura di reato*" (pág. 20).

DELITALA (*In tema di reato continuato, Riv. It. Dir. Penale*, 1929, pág. 192) categòricamente afirma que o crime continuado "*in quanto reato a sé stante*" preclui todo nôvo procedimento sucessivo ao julgado. E a quem objetava que isso significava a impunidade de fatos descobertos posteriormente à sentença irrevogável, respondia que "*questi inconvenienti rappresentano il prezzo della cosa giudicata, in altre parole, della certeza del diritto*" (*Scuola Positiva*, 1928, I, pág. 116).

EDUARDO CORREIA, insigne catedrático da Universidade de Coimbra, traz-nos, ao propósito, uma lição peremptória ("*Caso julgado e podêres de cognição do juiz*", Coimbra, 1948, pág. 77): "Desta forma, se algumas atividades que fazem parte de uma continuação criminosa foram já objeto de sentença definitiva, ter-se-á de considerar consumido o direito de acusação relativamente a quaisquer outras que pertençam a êsse mesmo crime continuado, ainda que elas de fato tivessem permanecido estranhas ao conhecimento do Juiz". "Se o Juiz se convence, na verdade, de que tais atividades constituem tão só elementos de um crime continuado, que foi já objeto de um processo, será forçado a concluir que elas deveriam ter sido aí apreciadas. Ainda, pois, que o não tivessem sido, tudo se passa como se assim fôsse, estando, por isso, consumido e extinto o direito de acusar e podendo-se opor sempre ao exercício da respectiva ação penal a exceção *ne bis in idem*".

E conclui: "Com efeito, cumpre ao segundo Juiz integrar a sentença anterior de harmonia com o princípio segundo o qual a uma unidade jurídica deve corresponder um só processo. Ora, se os fatos que lhe são agora presentes formam, no seu critério, uma unidade com os já julgados, não pode deixar de considerar consumido o respectivo direito de acusação, pois a todos êles se devia ter estendido a primeira sentença".

Embora com algumas vacilações, no mesmo sentido o nosso MANOEL PEDRO PIMENTEL (*Do Crime Continuado*, 1969, pág. 207): "Se os crimes posteriormente descobertos, integravam sem qualquer modificação, a mesma série continuada já apreciada em sentença absolutória, a sua não consumação nesta sentença quebraria o princípio da coisa julgada e, por isso, sòmente poderia ser igualmente absolutória a segunda decisão."

Essa impressionante lição doutrinária ajusta-se perfeitamente à natureza jurídica do instituto, cuja elaboração legislativa está dominada pelo princípio do favor ao réu. É mais do que evidente que a unidade do crime continuado não pode depender da unidade ou pluralidade de processos.

Reincidência específica. Inexiste entre crime doloso e crime culposo.

Assim decidiu a 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Guanabara no julgamento do h. c. n.º 20.684, relator o eminente Des. ROBERTO MEDEIROS. O paciente fôra condenado pelo crime previsto no art. 270 do Código Penal e teve suspensa a fiança em cujo gôzo se achava, porque anteriormente fôra condenado pelo crime do art. 273, § 2.º do mesmo Código.

Entendeu o Tribunal, e a nosso ver muito bem, que não há reicidência específica entre crime doloso e crime culposo: "O elemento psicológico, num caso o dolo, ou seja, resultado querido, no outro a culpa, vale dizer, evento involuntário, marca uma diferença tão profunda entre os dois delitos que se torna impossível qualificá-los como homogêneos. A homogeneidade não resulta apenas do bem jurídico protegido pelas normas violadas, ela deve se procurada, não em elementos isolados, mas no conjunto dos fatos que integram os dois crimes". Ficou vencido o ilustre Desembargador FAUSTINO NASCIMENTO, que admitia haver nas duas formas do crime caracteres fundamentais comuns. (*Revista Jurisprudência*, 13/354). A 1.ª Câmara do Tribunal já decidiu que há reincidência específica entre homicídio culposo e lesões corporais dolosas, aliás contra o voto do Des. FAUSTINO NASCIMENTO (*Rev. Jurispr.*, 5/386).

No sentido do acórdão: *Rev. Tribs.*, 177/506; 179/608. Entre os nossos autores: COSTA E SILVA, *Código Penal*, 1943, pág. 265; MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Pen.*, vol. I, pág. 304. Entre os autores estrangeiros: MANZINI, *Trattato*, vol. II, pág. 681 e ANTOLISEI, *Manuale*, Parte Geral, pág. 468.

As limitações impostas pela nossa lei ao arbítrio judicial, com as regras sôbre a reincidência, e notadamente a que se refere à reincidência específica são, evidentemente, anacrônicas. A reincidência pode não significar coisa alguma, do ponto de vista de maior capacidade de delinqüir.

Voltou a 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Guanabara a decidir que inexiste reincidência específica entre crime doloso e crime culposo, na Apelação Criminal n.º 48.043, relator o ilustre Des. OLAVO TOSTES FILHO, sendo vencido o Des. FAUSTINO NASCIMENTO. (*Rev. Jurispr.*, 15/295).

Pena. Não se computa num processo a que foi cumprida em outro, quando inexiste conexão.

Decidindo o h. c. n.º 44.455, a Primeira Turma do STF, relator o eminente Min. DJACI FALCÃO, interpretando o art. 34 do Código Penal, excluiu a possibilidade de descontar num processo a pena cumprida em outro, sem qualquer relação com o primeiro.

O paciente fôra condenado, em dois processos distintos, por apropriação indébita e furto. O segundo crime foi julgado prescrito, em revisão. Pretendia o paciente descontar na pena do crime de apropriação indébita o tempo em que estêve prêso em razão do outro crime.

Entendeu o Tribunal que o art. 34 do Código Penal se refere à prisão provisória ou à internação em hospital ou manicômio. Embora não constituam execução da pena, por eqüidade é computada na duração da pena privativa da liberdade o tempo da prisão provisória ou da internação. Impõe-se, porém, conexão entre a prisão provisória e o fato criminoso objeto da sentença condenatória. Partindo dêsse raciocínio (amparado pela doutrina, cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado*, 2.ª edição, vol. III, pág. 134) o Tribunal entendeu ser impossível computar na pena que foi imposta ao paciente pelo segundo delito o tempo em que estêve prêso em razão do primeiro, pois entre êles não houve conexão ou continência de causa. Não existe a "conta corrente" que pretendia o paciente.

Da *ementa* do julgado, lê-se: "Quando o réu sofre duas condenações em processos que não guardam conexão, ou em que inexiste continência, ainda que em relação ao primeiro haja sido decretada a prescrição da ação, após o cumprimento de grande parte da pena, êste tempo não se computa na pena imposta pelo segundo". (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/385).

Co-autoria por omissão. Não basta, para configurá-la, a possibilidade de evitar o crime.

Contra o voto do eminente Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, concedeu a 2.ª Turma do STF o h. c. n.º 43.920, para excluir os pacientes da sentença de pronúncia. A acusação afirmara que os pacientes acompanharam o autor do crime, seu irmão, ao local onde o fato ocorreu, e que poderiam ter evitado a prática do delito, convencendo-o de que desistisse do crime. Entendia também a acusação que o acompanhamento dos pacientes encorajou o criminoso na prática da ação delituosa.

Verificou-se que os pacientes apenas acompanharam o criminoso até o local, aonde êste se dirigira, para tomar satisfações da vítima, não se evidenciando que pretendesse matá-la. Os pacientes ficaram no veículo que os conduzira, e nenhuma participação tiveram no crime. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/448).

A decisão é, evidentemente, correta. Não há participação no crime por omissão, sem que haja dever jurídico de impedir o resultado. A *conivência* não é punível. Como bem salientou o ilustre Min. ALIOMAR BALEEIRO (relator para o acórdão), "não eram os pacientes autoridades públicas ou pessoas investidas do dever de evitar o crime, lutando e subjugando os contendores, se preciso." O Min. EVANDRO LINS E SILVA votou também concedendo a ordem.

Êrro de fato. Crime culposo.

A hipótese levada a julgamento no Rec. Extr. n.º 59.690, pela 1.ª Turma do STF, relator o Min. VICTOR NUNES LEAL, era a de disparo da arma de fogo, com resultado de morte, realizado sem dolo. O recorrente, supondo que a pistola estivesse descarregada, pôs-se a manejá-la terminando por atingir, num disparo, a própria espôsa, que veio a falecer. O T. J. de São Paulo condenou-o por homicídio culposo, à pena de 1 ano de detenção, com suspensão condicional.

O STF deu provimento ao recurso, para absolver o recorrente, contra o voto do Min. OSWALDO TRIGUEIRO, que, a nosso ver, fêz correta aplicação do direito. O eminente relator, em substância, entendia que o êrro de fato, se justifica o homicídio intencional na legítima defesa putativa, deve também justificar o ato que, na hipótese menos favorável, só poderia ser qualificado como crime culposo.

Pensamos que a existência de culpa era, na hipótese, irrecusável. A culpa é omissão do cuidado que o agente tem o dever e a capacidade de observar em face das circunstâncias e de sua situação pessoal (GRAF ZU DOHNA, *Aufbau der Verbrechenslehre*, 1950, pág. 53). Transgride o agente, na culpa, o dever de cuidado que lhe impõe a vida de relação, atuando de forma censurável ao provocar uma conseqüência previsível. Há, na culpa, em suma, um comportamento socialmente inadequado e desvalido. O cuidado exigível é conceito objetivo e normativo (WELZEL, *Strafrecht*, pág. 114), apresentando-se como conduta ordinária de um homem prudente.

A arma de fogo é sempre um instrumento perigoso, com o qual não se brinca, sem violar a prudência ordinária. O manejo de uma arma de fogo para o efeito de uma brincadeira, sem que se verifique se não está carregada, é positivamente a transgressão grave de um dever de cuidado e atenção, revelando imprudência imperdoável. E que assim é, basta

considerar a carga de reprovação ético-jurídica que pesa sôbre o autor de tal aventura.

Nas situações em que, em virtude de imprudência grave, o agente causa dano considerável a pessoas que lhe são caras, há sempre a considerar o sofrimento que lhe advem e que se alega ser castigo bastante. Embora irrelevante, do ponto de vista jurídico, o argumento tem a sua ressonância nos tribunais. Todavia, em caso algum pode influir na configuração do delito e na aferição da culpabilidade.

Supondo que a arma estivesse descarregada, atuou o agente em situação de êrro de fato, que exclui sempre o dolo. O êrro pode, no entanto, derivar de culpa, caso em que haverá crime culposo, como a lei consigna expressamente (artigo 17, § 1.º do Código Penal). É o êrro de fato inexcusável. É claro que o êrro, quando excusável, exclui o dolo e a culpa. Nada há de estranho, porém, na punição a título de culpa, se o próprio êrro é censurável, resultando da transgressão de um dever de cuidado e atenção. O êrro de fato não *justifica* o homicídio intencional na legítima defesa putativa, que é fato antijurídico: nesse caso há apenas exclusão da culpabilidade. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/778).

Crime culposo. Co-autoria.

A questão da co-autoria em crime culposo foi debatida pelo STF (pleno), no julgamento do h. c. 43.794, relator o eminente Min. VICTOR NUNES LEAL. Na hipótese, imputava-se responsabilidade a título de culpa a um pai pelo consentimento dado a seu filho menor de 18 anos, para conduzir automóvel com o qual houve atropelamento, de que resultaram lesões corporais.

Já anteriormente o tribunal se ocupara de casos análogos. No h. c. n.º 39.539 (*D.J.*, 22-8-63, pág. 747), relator o Min. PEDRO CHAVES, tratava-se de acidente ocorrido ao dirigir automóvel uma jovem, a quem o motorista passara a direção. Processado e condenado êste, concedeu-lhe o Tribunal h. c., porque "o simples fato do paciente ter entregue o carro de sua propriedade à direção de uma pessoa não habilitada, não importa em culpa *in re ipsa*".

No h. c. n.º 42.427, relator o mesmo Min. VICTOR NUNES LEAL, concedeu-se h. c. a pessoa condenada por acidente praticado por seu próprio filho menor, que lhe subtraíra as chaves do carro (*Rev. Trim. Jurispr.*, 34/645).

A propósito do caso em julgamento, o ilustre Min. EVANDRO LINS E SILVA realizou amplo exame da participação em crime culposo, concluindo pela sua impossibilidade. Não era pròpriamente disso que se cogitava, já que não existe participação quando o executor material da ação é inimputável. A hipótese seria de autoria mediata, e sem maiores discussões poderia ser resolvida pelo exame do comportamento do paciente, tendo-se em vista as características da culpa *stricto sensu*.

De notar que os que sustentam a inexistência de concurso em crime culposo afirmam a punibilidade autônoma dos agentes, de modo que a questão, como disse ALFRED LÉGAL em seu relatório ao VII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1957, em Atenas, "é, em verdade, de pouca importância".

Em realidade, trata-se de antiga controvérsia, ainda não resolvida, na Ciência do Direito Penal. A Exposição de Motivos do Código Penal vigente, escrita, como se sabe, por NELSON HUNGRIA, afirma que ficou resolvida em sentido afirmativo a questão do concurso em crime culposo, "pois neste tanto é possível a *cooperação material* quanto a *cooperação psicológica*, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um dêstes, embora não querendo o evento final, tem consciência de *cooperar na ação*".

Em seu erudito voto, o Min. EVANDRO LINS filiou-se à corrente dos que não admitem a possibilidade da participação em tal caso, e ficou em boa companhia. Era essa a opinião de CARRARA (*Programa*, § 436), fundada, aliás, no direito romano.

Às importantes manifestações da doutrina, no passado, os modernos autores alemães, notadamente os finalistas, trouxeram sólido apoio, no mesmo sentido. Cf. MAURACH, *Lehrbuch*, pág. 571; WELZEL, *Strafrecht*, pág. 101; BOCKELMAN, *Ueber Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, pág. 46; HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, pág. 320; WEGNER, *Strafrecht*, 1951, pág. 242; V. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 1948, pág. 69, etc. Na Alemanha, essa orientação é hoje absolutamente dominante, não obstante as velhas lições de BINDING, *Normen*, ed. 1914, volume IV, pág. 638; M. E. MAYER, *Lehrbuch*, pág. 382 e MEZGER, *Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., pág. 264, seguidas ainda por SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, pág. 313, pràticamente isolados. O projeto alemão de 1962 (ao contrário do que supõe o ilustre Min. CANDIDO MOTA), em seus §§ 30 e 31, exclui expressamente a participação em crime culposo, sendo seguido, nesse passo, pelo *Alternativ Entwurf*, de 1966 (§§ 28 e 29).

O VII Congresso Internacional de Direito Penal, a que já aludimos, deixou a questão em aberto, apesar do relatório geral do prof. JIMENEZ DE ASÚA, no sentido da inadmissibilidade do concurso. Veja-se êsse trabalho (*La orientación moderna de las nociones de autor de la infraccion y de participación en la infraccion*) bem como sua crítica às conclusões do Congresso, no volume *El Criminalista*, 2.ª série, vol. IV, 1960, págs. 150 e 239.

Não nos convencem, no entanto, os argumentos dos que recusam a possibilidade da participação (a co-autoria é indubitável). É claro que a solução depende do que se entenda sôbre a culpa *stricto sensu* e sôbre a participação. Não nos parece (ao contrário do que pensa BOCKELMANN) que a intenção seja exigência inafastável da acessoriedade (indiscutível) da participação. Lògicamente, não há obstáculo à participação nos crimes culposos, como já reconhecia FRANK, *Kommentar*, 18.ª ed., pág. 110. A participação requer a consciência de cooperar na ação comum, além da contribuição causal, e é certo que a concorrência de vontades pode haver no fato punível culposo. A instigação temerária do passageiro ao motorista é exemplo perfeito. Veja-se também as hipóteses corretíssimas lembradas por QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa*, 1958, pág. 331.

Descabida inteiramente é a fragmentação das várias condutas culposas, em face da unidade do delito. No bom sentido é a segura lição de SOLER, *Der. Pen.*, vol. II, pág. 145, e a doutrina brasileira.

Na decisão que inspirou estas notas, a maioria não se comprometeu com a tese defendida, com autoridade, pelo Min. EVANDRO LINS E SILVA, a qual, aliás, como já observamos, estava fora de foco, na perspectiva do caso concreto. Em tese, não há qualquer dúvida de que o pai pode ser criminalmente responsável pela imprudência do filho menor. O exemplo formulado pelo Min. ELOY DA ROCHA é muito claro (o pai que entrega o carro a um menor de dez anos). QUINTANO RIPOLLÉS (ob. cit., pág. 333) menciona, aliás, antecedentes semelhantes, na jurisprudência de seus país. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 44/307).

Via preferencial. Direitos e limites.

Em excelente decisão, proclamou a 2.ª Câmara Criminal do T. Alçada da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 3.699, relator o ilustre juiz FONSECA PASSOS, os limites da via preferencial. Trata-se de matéria constantemente debatida nos delitos de trânsito.

Referia-se o caso a colisão de veículos ocorrida no cruzamento das Ruas Ataulfo de Paiva e General Artigas, no Rio de

problema delle biforcazioni e degli incroci è quello relativo al limite di velocità", afirmando que a lei impõe "*l'obbligo di una velocitá particolarmente moderata nella prossimità delle biforcazioni e degli incroci*".

A disputa da preferencial desaparece diante da precedência de fato que denota o fato de a colisão ter ocorrido ao fim do cruzamento. A observância absoluta do direito à preferencial paralizaria o trânsito da cidade, como assinala o acórdão.

A decisão a que aludimos não constitui pronunciamento isolado. Podemos ainda invocar outros arestos: "Colisão de veículos. É responsável por ela o condutor que, embora em via preferencial, atinge outro quando havia perfeito dois têrços do cruzamento". (*Rev. For.*, 120/238). "A preferência de passagem não é absoluta. Assim, se o veículo que trafegava por via secundária atingir o cruzamento com a preferencial com tempo suficiente para transpô-lo normalmente, não será obrigado a aguardar a passagem do que se aproximar pela preferencial. A regra é, realmente, no sentido da preferência aos veículos que trafegam pela última, mas as circunstâncias do momento é que ditarão ao motorista prudente a oportunidade de ingressar no cruzamento". (*Rev. Tribs.*, 362/307).

BONVICINI nos apresenta em seu livro várias decisões dos tribunais italianos em que se recusa aplicação absoluta à regra da preferência ao trânsito da direita. Trata-se de problema idêntico ao da via preferencial. "*Qualora il conducente del veicolo proveniente da sinistra abbia impegnato l'incrocio quando il veicolo di destra era ancora a notevole distanza, il conducente di quest'ultimo veicolo, ove prosegua la marcia ed urti contro l'altro veicolo, deve essere considerato in colpa per non aver regolato la sua andatura alle circostanze*". "*Non ricorre la ipotesi dell'art. 29 Cod. Strad. circa la precedenza di diritto per il veicolo proveniente da destra, ove l'altro veicolo abbia iniziato l'attraversamento con tale anticipo da giungere quasi alla mezzeria della strada, quasi ultimando la manovra di conversione a sinistra*". "*Ha diritto di attraversare prima l'incroci e, verificandosi uno scontro, è esente da ogni responsabilità, il conducente di un veicolo che, rispetto ad altro veicolo proveniente da destra, vi giunga con tale anticipo da essere certo che il conducente di questo, data la distanza e la sua velocità, sarà in grado di scorgere tempestivamente la manovra di attraversamento, in tempo utile per rallentare e farla compiere, assumendo quella velocità particolarmente moderata che dalla legge è prescritta in prossimità di un crocevia*". "*Il diritto di precedenza spettante negli incroci stradali e biforcazioni al conducente del veicolo proveniente da destra opera soltanto nel caso che esso giunga all'incrocio simultaneamente a quello di sinistra e non già quando quest'ultimo imprenda con notevole anticipo (nella specie 150-160 metre) a tagliare la strada per imbocare una via laterale di sinistra, nella sicurezza che l'altro conducente, con un minimo di diligenza e di osservanza, sia in grado di rallentare e di regolare in tempo la propria andatura secondo le prescrizioni di legge*".

Nessa última decisão, o tribunal assinalou: "*Se in queste condizioni una collisione si verifica, il conducente di sinistra non può essere considerato in colpa, perchè la condotta estremamente illecita del conducente di destra ha superato il grado di ogni ragionevole previsione*".

Motoneta. Considera-se habilitado a dirigi-la o motorista profissional.

Assim decidiu, por unanimidade, a 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada da Guanabara, na Apelação Criminal n.º 1.485, relator o ilustre juiz EPAMINONDAS PONTES. O apelante era portador da Carteira Nacional de Habilitação como motorista profissional, e conduzia motoneta. Afirmou o acórdão

que "é regra de lógica estar o menor incluido no maior, num todo. Assim, podendo o apelante dirigir um automóvel, dotado de motor de explosão mais complexo, é irrecusável que possa dirigir, também, uma motoneta, dotada de motor de explosão mais simples".

Lamentamos divergir. Segundo dispõe o art. 64 do Código Nacional de Trânsito, "nenhum veículo poderá transitar nas vias terrestres sem que seu condutor esteja devidamente habilitado ou autorizado na forma desta lei e de seu regulamento".

O art. 66 esclarece que a Carteira Nacional de Habilitação confere o direito a dirigir veículos *na sua categoria*, ou seja, na categoria para a qual fôr concedida. O Regulamento (Decreto número 62.127, de 16-1-68), em seu art. 129 estabelece a divisão dos condutores em classes ou categorias, podendo ver-se no art. 130 que a de motocicleta é uma delas, ao lado da de motorista amador, entre outras. O art. 131 indica quais os veículos que, segundo a sua categoria, pode o condutor dirigir, *mostrando com rara clareza que o motorista amador não pode conduzir motocicletas*. Sòmente os condutores habilitados como *motociclistas* podem dirigir ciclomotores, motonetas e motocicletas de qualquer categoria.

A jurisprudência tem-se orientado claramente no sentido da lei: "Não tem habilitação legal para dirigir motocicletas quem possua licença para dirigir automóvel. Sendo diferentes as características dos dois veículos, diferentes hão de ser as habilitações para dirigi-los". (*Rev. For.*, 206/291). "Para cada veículo a motor existe adequada habilitação. Carteira de motorista não supre a de lambretista". (*Rev. For.*, 205/308).

A falta de habilitação traz irrecusáveis conseqüências jurídicas. Assim como a habilitação legal constitui presunção de capacidade técnica, a falta de habilitação constitui presunção exatamente oposta. Como têm decidido os tribunais, "presume-se a culpa do condutor do veículo que não prova pelos meios legais a sua habilitação". (*Rev. For.*, 67/242). "A falta de habilitação para o conduzir, constitui presunção de imperícia". (*Rev. For.*, 128/210).

Convém lembrar que o art. 87 do Código Nacional de Trânsito impõe aos condutores de motocicletas e similares o dever de "conduzir seus veículos pela direita da pista, junto à guia da calçada ou acostamento, mantendo-se em fila única, quando em grupo, sempre que não houver faixa especial a êles destinada".

A inobservância dessa regra geralmente envolve culpabilidade, como sempre ocorre com a violação das normas de trânsito. As regras da circulação constituem o resultado de vasta previsão de possíveis perigos, repousando sôbre a experiência e a reflexão. Devem os motociclos trafegar junto ao acostamento da direita, porque assim se subtraem aos riscos das ultrapassagens pela esquerda, situando-se à margem do fluxo normal do trânsito de veículos de maior porte. A inobservância dessa regra mostra claramente uma imprudência.

Como ensina WELZEL num luminoso trabalho sôbre a culpa nos crimes de trânsito (*"Fahrlassigkeit und Verkehrsdelikte"*, 1961, pág. 18), a circulação de veículos fêz surgir um *princípio de confiança (Vertrauensgrundsatz)* fundamental. Segundo êsse princípio, o usuário do caminho tem o direito de contar com que os demais usuários se comportem igualmente de maneira correta. MAURACH (*Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1965, pág. 478), também alude ao mesmo princípio, denominando-o "da confiança ajustada à vida" (*lebensgerechte Vertrauensgrundsatz*), afirmando que todo participante do tráfico que respeita aos demais, deve esperar também o mesmo dos restantes sujeitos, não podendo contar com o seu comportamento contrário às regras do tráfico (*Jeder Verkehrsteilnehmer, der selbst die Rücksicht auf andere nicht ausser acht lässt, das gleiche auch von den anderen*

Verkehrsteilnehmern erwarten kann und daher nicht mit deren verkwehrswidrigen Verhalten zu rechnen braucht).

Crime de automóvel. Sinalização.

Na Ap. Crim. n.º 462, o Tribunal de Alçada da Guanabara, por sua 2.ª Câmara Criminal, relator o ilustre juiz EPAMINONDAS PONTES, decidiu por unanimidade, que não há culpa nos casos em que o veículo começa a travessia com sinal favorável, que em seguida se modifica. Em tais casos, o veículo deve completar a travessia.

Derrapagem não exclui a culpa

É comum, em acidentes de trânsito, a invocação da ocorrência de derrapagem, por parte dos motoristas, para fundamentar a exclusão de culpa. Os tribunais, no entanto, têm repelido constantemente essa defesa, e quase sempre com boas razões.

As Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Alçada da Guanabara, nos embargos de nulidade e infringentes do julgado na Ap. Crim. n.º 991, relator o ilustre juiz SEVERO DA COSTA, afirmou que "derrapar freando o carro em pista molhada é ocorrência que não isenta de culpa o motorista".

Na hipótese, alegava o recorrente que o evento foi inesperado, pois viu-se forçado a frear seu carro bruscamente, em virtude de parada repentina de lotação à sua frente, para apanhar passageiros. A pista estava molhada e o carro deslisou. É tipo de colisão que ocorre com freqüência e no qual difìcilmente se exclui a culpa do motorista.

Nesse tipo de colisão, ou há velocidade imprópria, ou os carros trafegam sem guardar distância cautelar, ou o motorista, por estar distraído, não percebe que o veículo à sua frente parou. É êste o *círculo de ferro* da culpabilidade em tais acidentes.

A derrapagem deve-se a diversos fatores, entre os quais a natureza e o estado da pista, a velocidade e a condição dos pneus. Pode a derrapagem ocorrer sem culpa do motorista, quando se deve a fator imprevisível, como o repentino surgimento de obstáculo na pista, provocando a perda de contrôle do veículo. A derrapagem, por si só, não exclui a culpa, pois não é imprevisível (*Revista Forense*, 69/607; 96/165; 173/269).

No caso levado a julgamento pelo Tribunal de Alçada da Guanabara, entendeu o ilustre relator que sòmente com velocidade imprópria e sem respeitar a distância que se impunha entre seu veículo e o da frente, poderia o recorrente ser levado à derrapagem. É evidente que a pista molhada, como afirmou o eminente juiz PEDRO LIMA, na Ap. Crim. n.º 90, "obriga a cautela redobrada e marcha reduzida".

O Tribunal de Alçada de São Paulo já decidiu que "bruscas frenadas de automóveis, em ruas da cidade, nada têm de inusitado, constituindo mesmo acontecimento muito comum, de pleno conhecimento de quantos dirigem. Por isso mesmo, é obrigação de quem vem atrás, dirigindo outro carro, manter suficiente atenção e guardar distância bastante, para também poder estancar seu veículo a tempo de evitar qualquer colisão". (*Rev. Tribs.*, 232/233). O Código Nacional de Trânsito (Lei n.º 5.108, de 219-66), em seu art. 83, inciso III, estabelece como dever do motorista, "guardar distância de segurança entre o veículo que dirige e o que segue imediatamente à sua frente". Essa *distância de segurança* depende, como é óbvio, da velocidade e do tipo do veículo (sabido que a distância necessária para o estacionamento é função da velocidade e do pêso), das condições do tráfego e do estado da pista. Tem de ser aferida, sempre, em relação ao caso concreto, embora seja indício extremamente valioso o excesso de velocidade.

O Tribunal de Justiça da Guanabara, igualmente, já decidiu que "a falta de tempo necessário para frear ou desviar o veículo, demonstrando ausência de cautela e atenção na direção de veículo a motor, informa a culpa penal". (*Rev. For.*, 151/410). Êste enunciado, por sua extensão, não podemos subscrever. É possível que o motorista não tenha tempo para frear ou desviar-se, pelo inopinado aparecimento de obstáculo. É o caso de criança que corre à frente do veículo ou da passagem de outro carro que penetra em via preferencial em grande velocidade.

O eminente juiz SEVERO DA COSTA, invocou em seu voto a lição de LALOU, embora a perspectiva da responsabilidade civil seja diversa: "Freqüentes são os casos em que os condutores de automóveis alegam que a derrapagem de seus veículos é um caso de fôrça maior. Uma jurisprudência constante recusa consagrar tal tese, decidindo que a derrapagem num solo úmido, podendo ser prevista, constitui não caso fortuito, mas falta do condutor".

Afirmando que a derrapagem não exclui a culpa, não podemos concluir que sempre representa culpa ou que faça presumir a culpa. Quando ela ocorre, no entanto, por estar a pista escorregadia, a culpa nos parece irrecusável se o estado da pista não constitui circunstância fortuita. Cf. M. ARAGÃO, *Delitos do Automóvel*, pág. 51. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado*, vol. 2, pág. 210, ensina: "O motorista que alega derrapagem do carro, por estar escorregadio o leito carroçável da via pública, não se exime de culpa, pois é de todos previsível a instabilidade das rodas em terreno dessa natureza".

As Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Alçada da Guanabara, nos Embargos de Nulidade e Infringentes na Ap. Crim. n.º 920, relator o ilustre juiz EPAMINONDAS PONTES, afirmaram que, em princípio, se considera que a derrapagem tenha decorrido de caso fortuito, cabendo à acusação a prova de que houve culpa do motorista. A ré havia sido condenada em primeira instância, sob fundamento de que "a derrapagem de veículo é normalmente decorrente de imperícia, imprudência ou negligência do motorista e só raramente, em circunstâncias excepcionais, advem de caso fortuito". A decisão fôra confirmada pela 1.ª Câmara Criminal, sendo vencido o juiz IVÂNIO CAIUBY que sustentava caber ao M. P. a prova de que a derrapagem ocorrera por culpa do motorista. Êsse voto vencido prevaleceu em grau de embargos.

No caso, a ré trafegava em dia de chuva com os pneus trazeiros lisos. O Tribunal entendeu que isso não bastava para configurar a culpa pela derrapagem, pois seria necessário que a acusação provasse "incontroversamente, indiscutìvelmente, que a derrapagem em piso molhado, com os pneus trazeiros lisos, é uma constante, é a regra. Tinha a acusação que provar que dirigir automóvel com os pneus trazeiros lisos é imprevisão grosseira, que é imprevisão indesculpável, imprevisão punível e que o que acontece geralmente é que o auto com os pneus trazeiros lisos derrapa necessàriamente". Entre outras considerações, estão as seguintes: "Nenhuma experiência demonstrou que os carros equipados com pneus novos não derrapam". "Evidentemente, não se pode afirmar que tôda derrapagem decorra de velocidade imprópria". Não seria exigível do homem comum que deixasse de trafegar com o seu carro, por estarem lisos os pneus.

Em conclusão, assentaram as Câmaras Criminais Reunidas, por maioria, que a derrapagem deve ser tida como caso fortuito, salvo prova em contrário.

Não nos parece correta, *data venia*, a decisão. Há no trânsito uma apreciável margem de risco socialmente tolerável, sendo possível que a derrapagem nêle se insira em determinadas situações. É certo que a derrapagem pode ocorrer sem velocidade imprópria, com os pneus em perfeito estado (pista suja de óleo ou graxa; pista lisa e molhada;

areia na pista). Há culpa quando se trata de derrapagem que não teria havido se o motorista tivesse adotado a cautela e a atenção exigíveis.

O tráfego com veículo que apresenta os pneus trazeiros lisos traz consigo novos riscos, que impõem ao motorista redobrada cautela. É claro que nem sempre derrapa o carro com pneus trazeiros lisos, mas é inegável que sobem imensamente as possibilidades, vale dizer, o risco de que isso ocorra. Crescendo o risco, cresce também a previsibilidade. Todos os motoristas sabem que os pneus lisos em pista molhada apresentam graves riscos de derrapagem. E que, por isso mesmo, impõem cautelas especiais, com a marcha excepcionalmente reduzida, nas curvas em especial. A culpa está em não observar êsse especial dever de cautela que as circunstâncias (pneu liso, pista molhada) impõem.

Se os pneus trazeiros estão lisos e a pista molhada, a maior probabilidade é que a derrapagem derive de culpa do motorista. Consideramos absolutamente excepcional que um acidente possa ocorrer em tais circunstâncias, sem culpa do condutor. E isso porque a *velocidade imprópria* (conceito que deve substituir, para os efeitos da culpa o de *excesso de velocidade*), em tais casos, ocorre mesmo dentro dos limites permitidos pelos regulamentos.

A prova de que o carro que derrapa em piso molhado é só o que tem pelo menos os pneus trazeiros lisos e a prova de que o automóvel que tem os pneus trazeiros lisos derrapa necessàriamente, são a nosso ver indiferentes e deslocam o fulcro da culpa, que se põe em têrmos de possibilidade do evento. A derrapagem é um fenômeno complexo que deriva de diversos fatores. Alguns dêsses fatores podem ser imprevisíveis, como o óleo na pista, configurando um caso fortuito. Mas, se o motorista tem consciência de que ocorrem fatôres que propiciam a derrapagem (pneus trazeiros lisos e pista molhada), a sua contribuição culpável para o acidente é, em princípio, de ser afirmada.

A prova de que o motorista agiu culposamente faz-se com o exame das causas do acidente. Não há problemas especiais da prova em face da derrapagem, que pode ou não derivar de culpa. Se o carro derrapou, causando o acidente, porque tinha os pneus lisos, a pista estava molhada e a velocidade era *imprópria*, a culpa é irrecusável. Se o carro derrapou sem velocidade imprópria, porque os pneus estavam lisos e havia óleo no chão sêco, é necessário saber: a) se o carro teria derrapado mesmo com os pneus em bom estado; b) se o óleo poderia ser observado pelo motorista atento, com tempo e condições para evitá-lo, etc. Trata-se, em suma, de verificar, se houve, ou não, omissão de cautelas e cuidados, com a inobservância do dever especial a que o motorista está adstrito.

A derrapagem por si só não inverte o ônus da prova. À acusação incumbe provar os elementos de uma conduta culpável, que não deflui da derrapagem, fundando-se, no entanto, se fôr o caso, nas circunstâncias em que ela ocorreu.

Dando aplicação ao entendimento que acima deixamos enunciado, a 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 1.278, relator o ilustre juiz OSWALDO GOULART PIRES, por unanimidade decidiu que a colisão de dois veículos que trafegam na mesma direção, um após o outro, na mesma linha, revela imprudência e desatenção de quem vem atrás, quando nada de anormal ou imprevisível haja ocorrido para justificar o choque: "Paradas ou diminuições de marcha de veículos à frente são ocorrências comuns ao trânsito e derrapagens em tempo chuvoso são acidentes normais e previsíveis".

As Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça da Guanabara, em decisão unânime proferida na Revisão Criminal n.º 5.027, em que foi relator o excelente Des. JOAQUIM DIDIER FILHO, assinalaram que "a derrapagem não constitui, em tese, fato imprevisível, não tem, ordinàriamente, os caracteres de um acontecimento imprevisto, que se não possa vencer, e ao qual o motorista fique estranho. Salvo circunstâncias excepcionalíssimas, a derrapagem traduz imperícia ou imprudência." (*Revista de Jurisprudência*, 14/292).

Extradição. Caso Stangl.

O julgamento dos pedidos de extradição do antigo nazista Franz Paul Stangl, constituiu, sem dúvida, marco notável na jurisprudência de nosso Supremo Tribunal, não só pelo trabalho magnífico realizado pelo eminente relator, o Min. VICTOR NUNES LEAL, como pelas contribuições excelentes trazidas pelo Procurador-Geral, prof. HAROLDO VALLADÃO, mestre na matéria, e pelos advogados, notadamente o defensor dativo, prof. XAVIER DE ALBUQUERQUE.

Três pedidos de extradição foram encaminhados ao STF: o de n.º 273, da Polônia, e o de n.º 274, da Alemanha, todos julgados a um só tempo. Ao extraditando imputavam-se fatos diversos, ocorridos em distintos lugares. Era êle acusado de co-autoria em crimes de homicídio, praticados em massa, no instituto de extermínio de Hartheim, na Áustria, em 1940, bem como de crimes idênticos praticados no campo de extermínio de Sobibor, na Polônia, no período de março a agôsto de 1942, e, finalmente, de crimes iguais praticados no campo de Teblinka, na Polônia, no período de agôsto de 1942 a agôsto de 1943.

Hartheim parecia ser estabelecimento médico, mas em realidade, destinava-se à eliminação coletiva e metódica de doentes mentais, pessoas idosas, fracas ou incapacitadas para o trabalho, bem como das consideradas polìticamente perigosas. Stangl era acusado de ter trabalhado na direção do estabelecimento, desempenhado função administrativa, sem participação final na execução dos homicídios. Em Hartheim foram assassinadas aproximadamente 12 a 13.000 pessoas.

Sobibor era campo de extermínio exclusivamente, e sua descrição corresponde às narrações feitas por numerosos sobreviventes e à impressionante documentação apresentada nos julgamentos de Nuremberg. Stangl comandou, no período já mencionado, o campo de Sobibor, onde foram eliminados cêrca de 250.000 judeus.

Treblinka era, como Sobibor, campo de extermínio de judeus, contando-se em cêrca de 700.000 o número de pessoas ali assassinadas. O pedido da Alemanha afirmava que durante o período em que Stangl estêve no comando, pelo menos 300.000 pessoas foram sacrificadas.

Sobibor era campo de extermínio e integrava as tropas da SS (*Schutzstafeln*), como 1.º tenente, devendo ser promovido a capitão pela eficiência de seu trabalho nos campos de extermínio. Em seu interrogatório, o extraditando afirmou que no período de seu serviço em Sobibor e Treblinka exerceu exclusivamente funções policiais, nunca tendo dado ordem para assassinar qualquer pessoa.

Na Áustria, após a guerra, foi Stangl prêso pelas fôrças americanas de ocupação em 2 de junho de 1945, e contra êle dois processos foram iniciados. Um, em Linz, pelos fatos de Hartheim; outro, em Viena, por suas atividades em Sobibor. Tendo sido prêso em 1945, em 21 de julho de 1947, foi transferido para a prisão do Tribunal de Linz, onde foi interrogado sôbre os fatos de Hartheim. Em 25 de março de 1948, o M.P. formulou acusação contra o extraditando e outros por tais fatos, e dessa acusação teve êle ciência pessoal em 19 de maio de 1948. Evadiu-se, no entanto, no dia 30 do mesmo mês e ano, tendo sido expedida ordem de captura pelo tribunal, em 2 de junho de 1948.

Não havendo na Áustria julgamento à revelia, foi pedida a suspensão do processo em 3 de julho de 1948, em relação a Stangl. Seguiu o processo em relação aos outros co-réus, tendo sido proferidas condenações a 3 e 5 anos de prisão e uma absolvição. Em 27 de julho de 1948, o M.P. formula nova acusação neste processo, imputando a Stangl ações mais graves (co-autoria, e não cumplicidade).

Quanto aos fatos de Sobibor e Treblinka, o Tribunal Estadual Criminal de Viena expediu, em 21 de março de 1962, contra o extraditando, um mandado de persecução, com fundamento no § 416 do Código de Processo Penal austríaco. Trata-se de ato judicial que ordena a procura do acusado e sua prisão por qualquer autoridade policial ou judiciária. Não ficou esclarecido se precedeu à expedição dêsse mandado a acusação formal do M.P., ou seja, o início da instrução criminal.

Na Alemanha, o Procurador-Geral junto ao Tribunal Regional de Düsseldorf requereu, em 3 de maio de 1960, que a instrução criminal em curso fôsse estendida, entre outros, ao extraditando, cujo paradeiro era desconhecido. No dia imediato, o juiz atendeu ao que fôra requerido, estendendo a acusação a Stangl, expedindo contra êle ordem de prisão. O processo em curso era referente aos crimes praticados em Treblinka. Sòmente em relação a êstes foi pedida a extradição pela Alemanha.

A Polônia pediu a extradição pelos fatos ocorridos em Treblinka e Sobibor, excluindo o que se referia a Hartheim. Todavia, naquele país, o único ato judiciário concreto praticado contra Stangl foi a prisão provisória decretada pelo Procurador-Geral, em 17 de março de 1967.

O Procurador-Geral, prof. HAROLDO VALLADÃO, elaborou minucioso parecer, publicado no *D.J.* de 26-5-67 e também na *Rev. Bras. Crim. Direito Penal*, n.º 17 (abr.-jun. 1967, pág. 101), tendo realizado longa sustentação do mesmo, por ocasião do julgamento. Entendia o procurador que deveriam ser atendidos os pedidos da Alemanha e da Áustria, porque nesses países foram praticados atos que correspondem a causas interruptivas da prescrição segundo nosso direito. Afirmou, no entanto, que o pedido da Polônia deveria ser recusado, porque ali se operou a prescrição.

O Min. NELSON HUNGRIA apresentou *parecer*, a pedido da Alemanha (publicado na *Rev. Bras. Crim. Direito Penal*, n.º 17, pág. 95), no qual sustentava que os atos judiciais praticados na Alemanha interromperam a prescrição; que havia competência daquele país para o processo e julgamento do extraditando, porque êste estava a serviço do govêrno alemão, e que nenhum obstáculo representava o fato de estar Stangl sujeito à pena de prisão perpétua pelos crimes que lhe eram imputados.

Em seu voto, considerou o eminente Min. VICTOR NUNES LEAL, com erudição, tôdas as questões jurídicas suscitadas, dando-lhes precisa solução, à luz do direito aplicável (Decreto-lei n.º 394, de 1938).

Invocando o art. 83, VIII da Constituição Federal vigente, entendia a defesa não ser bastante a declaração de reciprocidade, sendo indispensável o referendum parlamentar para os *atos internacionais*. No caso, não havia tratado com os Estados requerentes, que no entanto, ofereceram reciprocidade.

Recusando a argüição da defesa, assinalou o relator que a declaração de reciprocidade é fonte reconhecida do direito de extradição, que a lei atual consagra, segundo entendimento do STF (Pedidos de Extradição n.º 232 (*D.J.*, 9-10-61); 288 (*D.J.*, 7-12-62 e *Rev. For.*, 205-288); 251 (*D.J.*, 5-12-63). Afirmou, ainda, em seu voto: "O melhor entendimento da Constituição é que ela se refere aos atos internacionais de que resultem obrigações para o nosso país. Quando muito, portanto, caberia discutir a exigência da aprovação parlamentar para o compromisso de reciprocidade que fôsse apresentado pelo govêrno brasileiro em seus pedidos de extradição. Mas a simples aceitação da promessa de Estado estrangeiro não envolve obrigação para nós". Da promessa de reciprocidade resulta obrigação para o Estado requerente, não para o Estado requerido.

Desejamos observar que nossa lei então vigente não se referia à promessa de reciprocidade. Já era êsse, aliás, o critério da Lei n.º 2.416, de 1911, que só a exigia para a extradição de nacionais (art. 1.º).

A tendência atual da doutrina é no sentido de excluir qualquer exigência nesse sentido, pois ela significa limitação inteiramente descabida à cooperação internacional no combate à criminalidade. Cf. EDUARDO NOVOA MONREAL, *Los problemas actuales de la extradicion*, *Rev. Ciencias Penales*, jan.-abr. 1967 p. 9. O Decreto-lei n.º 394 só se referia à reciprocidade no art. 9.º, para o pedido de prisão preventiva, em casos de urgência. Podia e devia ser interpretado no sentido de excluir a promessa de reciprocidade das condições positivas que estabelecia para conceder a extradição. Nesse sentido pronunciou-se o professor HAROLDO VALLADÃO, invocando doutrina e jurisprudência. A matéria está hoje expressamente resolvida pelo art. 87 do Estatuto do Estrangeiro (Decreto-lei n.º 941, de 13-10-69), que passou a regular integralmente a extradição.

Considerou, a seguir, o relator, a questão relacionada com a pena de prisão perpétua aplicável pela lei alemã, como possível impedimento à concessão do pedido formulado pela Alemanha. Sustentou a defesa que o compromisso assumido pelos Estados requerentes, de comutar a pena de morte (já abolida na Alemanha e na Áustria), teria de incluir o compromisso de reduzir para prisão temporária a pena de prisão perpétua, em razão de ser esta última igualmente vedada pela Constituição vigente (art. 159, § 11).

Realizou o Procurador-Geral exaustiva demonstração de que as limitações de nosso direito constitucional quanto às penas, não se vincula com a lei de extradição. E isso, desde o tempo do império. Desde 1934, o STF aplicou quer a Lei n.º 2.416, quer o Decreto-lei n.º 394, sem considerar as limitações constitucionais quanto a prisão perpétua. No mesmo sentido, pronunciou-se NELSON HUNGRIA em seu parecer: "A lei de extradição, no item *d* do seu art. 12, atendeu apenas ao sentimento de humanidade, que repudia a pena de morte e a pena corporal, sem cuidar de qualquer injunção constitucional a respeito de uma ou de outra. Assim, não há inserir na casuística do mencionado artigo a *prisão perpétua*. E seja dito que não conheço acórdão algum do Supremo Tribunal Federal que haja impugnado extradição porque o extraditando estivesse sujeito, no país requerente, à prisão perpétua, devendo ser acentuado que tal pena é admitida em países que com maior freqüência têm solicitado ao Brasil a entrega de criminosos".

O Tribunal, no entanto, acolheu a defesa nesse ponto. O ilustre relator invocou decisão anterior, na qual a extradição foi condicionada a normas do direito penal interno (Extr. 241, 18-5-62, *Rev. Trim. Jurispr.*, 24/247). Nesse caso, a extradição só foi concedida com a condição de ser comutada a pena de trabalhos forçados, que nosso direito não admite. Com a decisão proferida no caso Stangl, êsse entendimento deveria passar a prevalecer tranqüilamente em nosso Direito, superando a jurisprudência anterior, não fôssem as novas disposições constitucionais sôbre as penas de morte e prisão perpétua. Cf. também o art. 98, n.º III do Decreto-lei n.º 941.

Os Estados requerentes não apresentaram compromisso quanto à comutação, atendendo apenas ao disposto no art. 12, letra *d* do Decreto-lei n.º 394, que se referia sòmente à pena de morte e às penas corporais. Em decisão anterior já havia o Tribunal admitido a irrelevância

de tal compromisso para conceder a extradição, subordinando a *entrega* a seu posterior oferecimento (Extr. 241). Como afirmou o relator, "o que o art. 12 da lei condiciona, ao impor a comutação, é a *entrega* do extraditando, e não o julgamento da admissibilidade do pedido. Nada impede essa divisão de tarefas entre Executivo e Judiciário, porque a extradição não é, por natureza, ato jurisdicional, nem administrativo, prevalecendo o que dispuser a êsse respeito o direito interno ou as convenções internacionais".

Segundo a lei, não se concede a extradição se a infração não tiver sido cometida no território do Estado requerente, ou quando não se lhe aplicarem as suas leis penais. No caso, a competência dos Estados requerentes não foi contestada. A jurisdição da Áustria resultava do fato de ser Stangl de nacionalidade austríaca, tendo sido praticados em território austríaco os fatos relativos a Hartheim. Indiscutível era, também, a jurisdição da Alemanha, porque o extraditando, ao tempo dos crimes de Treblinka e Sobibor, estava a serviço do govêrno alemão e os teria praticado na qualidade de funcionário. O Código Penal alemão, em seu § 4.º, inciso 3.º, n.º 1, declara aplicável a lei alemã ao estrangeiro que pratica crime no estrangeiro, estando a serviço do Estado. Quanto à Polônia, os fatos de Sobibor e Treblinka foram praticados em seu território. Não havia, portanto, qualquer problema de competência.

Não poderia a extradição ser concedida, se os crimes imputados a Stangl estivessem prescritos, seja segundo a lei dos Estados requerentes, seja segundo a lei brasileira. Esforçou-se, em vão, a defesa, para demonstrar que havia prescrição, na Alemanha e na Áustria, porque nenhum ato judicial fôra em tais países praticado, capaz de interromper a prescrição, segundo o direito brasileiro. Teve êxito apenas, a defesa, em relação ao pedido da Polônia, pois nesse país tudo o que havia, como vimos, foi prisão provisória decretada pelo Procurador-Geral, em 1967.

Nem a Alemanha, nem a Áustria, conhecem o sistema de inquérito policial adotado em nosso processo penal. Vigora naqueles países o sistema do juizado de instrução, que se assemelha ao processo adotado atualmente, entre nós, no júri. Temos aqui a denúncia, que inicia a instrução criminal e, posteriormente, o libelo e a pronúncia. Seguindo a regra em direito internacional, que é a da comparação e adaptação, o STF entendeu que a requisição do M.P., dando início à instrução criminal, equivale à nossa *denúncia*. Assim sendo, o ato judicial que dá início à instrução significaria, em nosso direito, o mesmo que o recebimento da denúncia, interrompendo, portanto, a prescrição. O sistema do processo alemão e sua analogia com o processo brasileiro estão bem apresentados no parecer do Min. NELSON HUNGRIA, já mencionado.

O prazo prescricional seria de 20 anos. Para o pedido alemão (referente aos fatos de Treblinka), o têrmo inicial seria agôsto de 1943. Em 4 de maio de 1960 foi requerido pelo M.P. ao Tribunal de Düsseldorf a extensão do processo a Stangl, que o juiz admitiu naquela mesma data. A prescrição foi, assim, interrompida.

Sustentou a defesa que o ato judicial que dá início à instrução criminal, na Alemanha, diversamente do que ocorre no Brasil, é meramente ordinatório e não jurisdicional, não havendo, por isso, comparação possível. O STF rejeitou a argüição, assinalando que há controvérsia a respeito da natureza do despacho de recebimento da denúncia, controvérsia que não neutraliza o efeito interruptivo da prescrição, que nossa lei expressamente atribui àquele ato: "Se o efeito principal do recebimento da denúncia, em nosso país, é formalizar a ação persecutória do Estado, com a abertura da instrução judicial, interrompendo em conseqüência a prescrição, não podemos recusar ao correspondente ato

judicial do processo alemão, qualquer que seja o seu nome ou forma, o efeito de interormper a prescrição, se dêle também resulta que a instrução criminal foi aberta perante o juiz competente".

Em relação à Áustria, como vimos, havia dois processos, sendo um em Linz (fatos de Hartheim) e outro em Viena (fatos de Treblinka e Sobibor). Quanto ao processo de Linz, entendeu o Tribunal que a prescrição estava interrompida com a acusação feita em 19 de março de 1948. Quanto aos fatos de Sobibor e Treblinka (processo de Viena), havia apenas notícia da expedição de um mandado de persecução, não constando do processo se precedeu a êsse ato do juiz acusação do M.P. Entendeu o Tribunal (contra o parecer do Procurador-Geral), acolhendo as alegações da defesa, que a prescrição estava consumada, pois o mandado judicial deveria constituir apenas medida cautelar, anterior ao início da instrução criminal.

Nesse ponto foi a decisão de extrema importância para o extraditando, pois significou a exclusão de processo pelos fatos de Sobibor. O pedido da Alemanha restringia-se aos fatos de Treblinka.

Declarando interrompida a prescrição tanto na Alemanha como na Áustria (fatos de Hartheim), o pedido de extradição dêsses países tinha de ser atendido. Por isso examinou o tribunal, a seguir, a questão da preferência.

Nossa lei fixava os critérios da preferência, quando se trata do mesmo fato e quanto se trata de fatos diversos, no art. 6.º e seus parágrafos do Decreto-lei n.º 394. No § 1.º dêsse artigo está dito que terá preferência o pedido que versar sôbre a infração mais grave, segundo a lei brasileira ou, se os fatos forem de igual gravidade, o pedido do Estado que tiver solicitado a entrega em primeiro lugar. Essas regras são mantidas, bàsicamente, na nova lei, que regulou a matéria de forma superior (art. 90, Decreto-lei n.º 941). O primeiro pedido a dar entrada no Tribunal foi o da Áustria. Todavia, êsse país não concede extradição de nacionais e por isso não poderia aceitar o compromisso de entregar o extraditando, posteriormente, à Alemanha.

No art. 6.º, § 1.º, letra *b, in fine*, o Decreto-lei n.º 394 indicava que "nos demais casos a preferência fica ao arbítrio do govêrno brasileiro", ensejando, assim, o entendimento de que caberia ao govêrno resolver sôbre a questão da preferência. (Cf. art. 90, § 1.º, inciso IV, Decreto-lei n.º 941). Rejeitou, no entanto, o STF essa interpretação, afirmando que incumbe, por fôrça de disposição constitucional, ao Tribunal "processar e julgar originàriamente... a extradição requisitada por Estado estrangeiro": "Nessa atribuição de *julgar*, que pressupõe a apreciação de quaisquer aspectos de legalidade, está incluída a competência para decidir, havendo mais de um Estado requerente, qual dêles, pelos critérios que a lei define, tem prioridade para receber o extraditando".

Atendendo ao critério da *gravidade da infração*, o STF optou, corretamente, pela prioridade da Alemanha, cujo processo se referia aos fatos de Treblinka. Lembrou o eminente relator que o nosso Código de Processo Penal (art. 78, II, letra *b*) adota, entre outros, o critério do "lugar em que houver ocorrido maior número de infrações", para determinar a competência, no caso de mais de um juízo ser competente.

Decidiu-se, assim, autorizando a entrega do extraditando à Alemanha, mediante o compromisso de ser convertida a pena de prisão perpétua — se viesse a ser aplicada — em pena de prisão temporária, e de ser o extraditando entregue, ulteriormente, à Áustria. A decisão foi unânime. O Min. ADAUTO CARDOSO inicialmente julgava que a prioridade era da Áustria, por não considerar diversa a gravidade dos fatos de Hartheim e Treblinka ("a prática do homicídio em massa, depois de ultrapassar certa cifra, não é mais passível de confronto ou de comparação em têrmos de maior

ou menor gravidade"). Cedeu, no entanto, diante do argumento apresentado pelo relator, de que a Áustria não poderia assumir o compromisso da posterior entrega à Alemanha de um nacional. O mesmo sucedeu com o excelente voto do Min. ELOY DA ROCHA.

Outras questões de menor importância foram tratadas no voto do relator. Assim, a da inexistência de crime político e a de obediência hierárquica. Esta última era, evidentemente, incabível no âmbito do pedido de extradição, pois o art. 10 do Decreto-lei n.º 394 expressamente menciona que "a defesa do extraditando só poderá consistir em não ser a pessoa reclamada, nos defeitos de forma de documentos apresentados e na ilegalidade da extradição". (Cf. art. 95, § 3.º, Decreto-lei n.º 941). Assinalou, no entanto, o Min. VICTOR NUNES: "Não se comprovou ainda que a ordem de matar prisioneiros, inocentes ou não, e enfêrmos hospitalizados, ou de exterminar judeus em massa, mediante processos de horrenda eficiência, tivesse sido autorizada por lei do Estado nazista". Indicou ainda certeiramente: "As providências tomadas pelos alemães, para manter as vítimas inscientes do seu destino e para eliminar os vestígios materiais da carnificina, é presunção mais forte ainda de que os dirigentes e executores dessa política não ignoravam a criminalidade do seu procedimento".

Cogitou-se também da possível falta de isenção dos Estados requerentes para o julgamento de Stangl, matéria da maior importância. Entendeu, porém, o tribunal que "a possibilidade de julgamento parcial ou irregular só é impedimento à extradição quando resulte evidente". Em 1963, o STF recusou extradição pedida por Cuba (Extr. 232), precisamente porque entendeu não haver garantia de imparcialidade no julgamento.

Esta decisão memorável do STF constitui, sem dúvida um autêntico *leading case*, pela minúcia com que foram considerados diversos aspectos de nosso direito da extradição e pela visão renovadora de alguns dêles. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/168). A decisão foi proferida com o instrumental jurídico comum de nosso direito interno, pois no plano internacional a punição do genocídio está longe de ter alcançado solução satisfatória. Vários países têm prorrogado os prazos prescricionais, o que constitui solução de duvidosa eficácia, em face da natureza material e processual da prescrição (cf. sôbre o assunto, HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal* n.º 42). Numerosos estudos têm sido realizados sôbre a imprescritibilidade do genocídio e dos crimes de guerra e contra a humanidade. Mencionaremos os trabalhos de JEAN GRAVEN, *Les crimes contre l'humanité peuvent'ils bénéficier de la préscription*", Berna, 1965; de BAUMANN, *Der Aufstand des schlechten Gewissens. Ein Diskussionsbeitrag zur Verjährung des NS-Gewaltverbrechen*, 1965, e o excelente trabalho de nosso THEODOLINDO CASTIGLIONE, *Os Crimes contra a Humanidade e o Problema da Prescrição, em face de um Código Penal Internacional*, publicado na *Revista dos Tribunais*. A Associação Internacional de Direito Penal, realizou em 1966 uma *enquete* sôbre o assunto e os diversos relatórios apresentados estão publicados na *Revue Internacional de Droit Pénal*, 3-4.º trimestre, 1966. Essa mesma revista divulga, à pág. 631 o anteprojeto de convenção internacional sôbre a imprescritibilidade de tais crimes, apresentados pelo Secretário Geral da ONU à Comissão de Direitos do Homem, em sua 23.ª sessão (Documento E/CN, 4/928), de 25 de janeiro de 1967. A evolução dêsse assunto no Direito Penal Internacional não apresenta perspectivas muito animadoras. Cf., a propósito, HANS-HEINRICH JESCHECK, *Estado atual e perspectivas futuras do Direito Penal Internacional, Rev. Bras. Crim. Direito Penal*, n.º 10, pág. 53 e JACQUES BERNARD HERZOG, *A Justiça Penal Internacional, vinte anos após Nuremberg*, *Rev. Bras. Crim. Direito Penal*, n.º 14, pág. 46.

Inquérito policial não constitui constrangimento ilegal. Identificação dactiloscópica.

É antiga a jurisprudência dos Tribunais, no sentido de que o inquérito policial é mera investigação de possíveis atos criminosos, não constituindo a sua abertura, e mesmo a indiciação, constrangimento ilegal. Por essa razão, tem-se entendido que não se justifica a concessão de ordem de h. c. para pôr fim a inquérito (*Rev. Tribs.*, 181/579). O TFR, no h. c. n.º 2.057, relator o ilustre Min. MOACIR CATUNDA, decidiu, por unanimidade, que "a instauração de inquérito policial para a apuração de fato considerado crime, em tese, não constitui ilegalidade sanável pelo *habeas corpus*". (*D. J.*, 20-5-69, pág. 2.068).

Essa orientação foi reafirmada pelo STF, por sua 3.ª Turma, no julgamento do h. c. n.º 44.833, relator o eminente Min. MOACIR AMARAL SANTOS, tendo-se em vista, inclusive, o constrangimento dos atos processuais de polícia judiciária: "Não sofre nem se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção aquêle que, sujeito a inquérito policial, se encontra na situação de ser identificado, a requerimento da Promotoria de Justiça e deferimento do juiz competente". A decisão foi unânime. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/832).

Em linha de princípio parece-nos correto afirmar que não há constrangimento ilegal no inquérito policial, que representa mera investigação, sem início de processo. Não se exclui, no entanto, que o inquérito possa ser instaurado abusivamente, para o efeito de constranger e incomodar determinada pessoa. Quando se pensa, por um lado, na repercussão social altamente negativa que o inquérito, por si só, acarreta, e, por outro, no constrangimento que obriga, com os repetidos comparecimentos à Delegacia e os atos processuais vexatórios, como a identificação dactiloscópica, verificamos, em face do amplo mandamento constitucional, que aqui pode haver matéria para *habeas corpus*. A constituição garante h. c. em qualquer situação de constrangimento por ilegalidade ou *abuso de poder*. Sôbre o alcance dessa cláusula, cf. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Ilegalidade e Abuso de Poder na Denúncia e na Prisão Preventiva, Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, n.º 13 (1966), pág. 63.

Compreende-se, portanto, que, em casos excepcionais, os Tribunais tenham concedido h. c. para trancar inquéritos. Cf. *Rev. Trim. Jurispr.*, 34/128 e *TFR Jurispr.*, 11/103. Veja-se também a alusão feita pelo Min. LUIZ GALLOTTI, no julgamento do h. c. n.º 48.232, da 1.ª Turma (*D. J.*, 9-10-70, pág. 4.765).

Quanto à identificação dactiloscópica, temos outras observações a fazer.

A providência a que alude o art. 6.º, inciso VIII, Cód. Proc. Penal constitui medida vexatória imposta ao cidadão indiciado, que a lei presume inocente, não se justificando no caso em que já se acha êle identificado no lugar em que o fato ocorreu.

Nesse sentido é a lição de nossos processualistas, que se orienta no sentido de reduzir o constrangimento imposto pelo processo penal, ao mínimo indispensável.

O saudoso mestre ARY FRANCO (*Código de Processo Penal*, 1.º volume, 4.ª ed., pág. 54), por exemplo, ensinava: "A autoridade policial deverá ordenar a identificação, *a menos que o indiciado forneça à autoridade elementos que a habilitem a obter a sua fôlha de antecedentes*".

E EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 1954, vol. I, pág. 287), igualmente doutrina: "Sendo essa a finalidade da identificação, está-se a ver que não há porque sujeitar a tal medida o indiciado, quem, exibindo carteira de identidade, documentar a realidade de já estar iden-

tificado no distrito da culpa; de acôrdo com as indicações da mesma carteira, o Instituto de Identificação terá conhecimento da acusação e estará apto a fornecer a fôlha de antecedentes judiciários".

Os tribunais do país têm concedido *habeas corpus* a indiciados portadores de registro policial, nos casos em que a autoridade policial ordena que se submetam à identificação dactiloscópica. O T. J. da Guanabara, por sua 1.ª Câmara Criminal, por unanimidade decidiu: "Concede-se h. c. a quem, já tendo sido civilmente identificado, é convocado à identificação criminal, porque a preexistência daquela nos assentamentos policiais, nos quais se encontram todos os seus elementos de individualização, como fotografia, sinais morfológicos e impressões digitais, *torna dispensável a formalidade vexatória e constrangedora da identificação criminal*". (*Rev. For.*, vol. 191, pág. 297).

Decidiu no mesmo sentido o T. J. do Distrito Federal, relator o des. MARIO GUERREIRA (*D. J.* da União, 24-10-66, pág. 3.721).

Parece-nos, assim, caso evidente de abuso de poder o constrangimento imposto pela autoridade policial ao indiciado para sua identificação dactiloscópica, sanável pela via do *habeas corpus*, quando se tratar de pessoa já identificada civilmente por repartição policial.

A 3.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, em decisão unânime proferida no h. c. n.º 4.102, sendo relator o ilustre Des. MOURÃO RUSSEL, unânimemente afirmou que "a identificação dactiloscópica não representa constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade de ir e vir dos pacientes". (*Rev. Jurispr.*, 14/298). Parece-nos, no entanto, *data venia*, que na ordem da autoridade policial há claro conteúdo de constrangimento, em face das conseqüências que a desobediência acarreta sôbre a liberdade individual.

Gravação magnética. Interrogatório. Prova.

Na Reclamação n.º 5.682, relator o ilustre Des. CARLOS DE OLIVEIRA RAMOS, decidiu por unanimidade a 3.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, ser inadmissível a regravação magnética de interrogatório. Na hipótese, o juiz tomando por têrmo o interogatório do réu, efetuou também a sua gravação magnética. Em seguida, o assistente de acusação requereu fôsse-lhe permitido regravar a fita magnética, para obter, assim, uma cópia das declarações do acusado. O juiz deferiu êsse requerimento e contra seu despacho apresentou-se a reclamação.

Entendeu o Tribunal que a regravação não se justificava e que era justo o receio do reclamante, de que as suas declarações pudessem ser adulteradas, com montagens, enxertos, supressões ou cortes.

A maioria decidiu comunicar a ocorrência de gravações em fitas magnéticas ao Conselho da Magistratura, "para que êste adote as medidas cabíveis, por entender que a colheita de declarações através de fitas magnéticas não é prevista em nosso direito positivo". O relator ficou vencido nesse ponto, por entender que inexiste em nossa lei processual qualquer dispositivo que vede a gravação de depoimentos, providência que reputava até salutar, porque na fita magnética se guardará completa fidelidade ao que foi declarado pela testemunha. (*Rev. Jurispr.*, 13/346).

A larga difusão no uso de gravadores de tôda espécie é fato irreversível na vida moderna e o emprêgo de gravações como meio de prova, ou seja, como registro e documentação de fatos jurìdicamente relevantes é, a nosso ver, inevitável. Diversa é a questão de saber se pode ser produzida em juízo a prova por meio de gravação ilegalmente obtida, considerando-se como tal a gravação de comunicações privadas, sem o consentimento dos interessados. O desenvolvimento da técnica conduz à necessidade

de mais eficiente tutela jurídica da esfera de intimidade. Cf., a propósito, VASSALI, *A proteção da esfera da personalidade na era da técnica, in Justitia*, vol. 56, pág. 39; JESCHECK, *La protection pénale des Droits de la personalité en Allemagne, Révue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1966, pág. 545. Veja-se também nosso nôvo Código Penal, artigo 162.

Nos Estados Unidos, a interceptação de comunicações telefônicas é proibida pelo art. 605 do *Federal Communications Act*, de 1934, do qual a Côrte Suprema fêz derivar a exclusão de prova obtida direta ou indiretamente pela interceptação de conversações telefônicas. Cf. HALL-MUELLER, *Criminal Law and Procedure*, 1965, págs. 836 e seguintes. Na Alemanha, igualmente, a gravação clandestina não pode ser admitida como prova em juízo. Cf. LÖWE-ROSENBERG, *Kommentar zur Strafprozessordnung*, 1963, vol. I, § 99, nota III, 3, *b*; LEIBINGER, *La protection des droits de l'accusé dans la procédure pénale allemande, in Revue Int. Droit Pénal*, 1966, pág. 28.

Desde que a gravação não seja ilegìtimamente obtida, não nos parece possa ser excluída como meio de prova no processo penal. Nesse sentido decidiu, na Itália, a Côrte de Cassação: "*Mentre nel giudizio civile, in cui si dibattono interessi privati e domina il principio dispositivo, il giudice è assai spesso legato da prove legali ed è tenuto ad attenersi, per lo più, ai mezzi di prova addotti delle parti; nel processo penale, in cui campeggiano il principio inquisitorio e l'interesse pubblico statale alla "persecutio criminis", il giudice è libero di valutarlo secondo il suo prudente criterio*". (*Riv. It. Dir. Proc. Penale*, 1962, pág. 1.265). Na Argentina também já se decidiu: "*En el procedimento criminal es en principio procedente la prueba de grabación fonografica, sin perjuicio de las facultades del tribunal en su apreciación*". (*La Ley*, 25-7-63, pág. 3). A enumeração dos meios de prova que se encontra no Cód. Proc. Penal não é taxativa.

KORISTKA (*Zur Verwendung von Magnettonaufzeichnungen in künftigen Strafprozess der DDR, in Forum Kriminalistik*, 1966, pág. 8) afirma que nenhum impedimento existe ao emprêgo das gravações em fita no processo penal da República Democrática Alemã, assinalando que isto será vantajoso particularmente em relação a provas que no presente se apresentam de forma defeituosa, correspondendo ademais ao estado atual do desenvolvimento técnico. A proteção legal relativa aos documentos escritos deve ser também ampliada às gravações magnéticas. Na mesma publicação, HERMANN (*Die strafprozessuale Bedeutung der Magnettonaufzeichnung*) indica os métodos que permitem reconhecer com relativa facilidade a falsificação operada nas fitas.

Essa orientação põe-se de acôrdo com o sentido do processo penal moderno, que é o da descoberta da verdade material. Nem se diga que as adulterações da fita magnética escapam ao exame pericial, como demonstrou recentemente o nosso excelente CARLOS DE MELLO ÉBOLI. Contra a admissibilidade da gravação como meio de prova, cf. *Rev. For.*, 139/262.

O nôvo Código Penal (art. 333) equipara a fita gravada a documento: "Equipara-se a documento, para os efeitos penais, o disco fonográfico ou a fita ou fio de aparêlho eletromagnético a que se incorpore declaração destinada à prova de fato jurìdicamente relevante".

Diversa é a questão de saber se a gravação pode ser utilizada em substituição ou paralelamente aos atos processuais em que se exige o registro de declarações. A resposta aqui é, evidentemente, negativa. As declarações do réu e das testemunhas devem ser reduzidas a têrmo e devem trazer a autenticação devida, com as assinaturas do escrivão, do juiz, do depoente e dos advogados. De tais formalidades deri-

vam conseqüências jurídicas da maior relevância. Não pode o juiz gravar tais declarações para extrair da gravação mesma qualquer efeito judiciário. Cf. GIUSEPPE DE LUCA, *La registrazione sonora come mezzo di documentazione nel proceso penale, Riv. It. Dir. Proc. Penale,* 1962, pág. 1.265.

Por tais razões, parece-nos incensurável a decisão de que damos notícia, salvo no que concerne à preocupação quanto ao emprêgo das gravações como meio de prova.

Sentença. Motivação inexistente. Falta de fundamentação quanto à pena aplicada.

Matéria importante, por suas diversas implicações, foi tratada pela 1.ª Turma do STF, no h. c. n.º 44.207, relator o eminente Min. DJACI FALCÃO.

Fôra o paciente condenado por sentença cuja motivação era a seguinte: "Isso pôsto: a revelia deixou a acusação sem contestação. Julgo procedente a denúncia e condeno o réu como incurso no dispositivo já mencionado, às penas de dois anos de reclusão e multa de 500 cruzeiros". Tratava-se de apropriação indébita qualificada (art. 168, parágrafo único, III, Cód. Penal).

A pena cominada para o fato descrito na denúncia era de 1 a 4 anos de reclusão, aumentada de um têrço. O mínimo seria, para a forma qualificada, um ano e quatro meses.

Contra o voto do ilustre Des. CRISTOVAM BREINER, a 3.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, havia denegado o h. c., entendendo que "a sentença de maneira muito resumida, mas expressa e clara, deu a razão de decidir". O Des. BREINER, concedendo a ordem, salientou ser "flagrante a insuficiência, pelo menos, da motivação. O acusado, devia ver as razões da procedência da acusação e não condenado por um motivo negativo, qual o de se não ter apresentado para defender-se".

O STF deu provimento unanimemente ao recurso interposto. Em seu voto, afirmou o eminente relator: "Não há no caso uma sentença com fundamentação lacônica, ou deficiente, mas uma decisão que se ressente de motivação. Há falta absoluta de motivação, requisito substancial à sua validade (inc. III, do art. 381 do Cód. de Proc. Penal). Por outro lado, nem de modo sucinto, o juiz indicou as circunstâncias em que se baseou para fixar a pena. Pôsto à margem foi o mandamento da individualização (art. 42 do Cód. Penal). Nula é a sentença, pela absoluta falta de fundamentação, inclusive no fixar a pena (art. 564, inc. IV do Cód. de Proc. Penal)". (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/305).

A correção do julgado é evidente. Estávamos diante de autêntica sentença suicida.

Como ensina BETTIOL (*Istituzioni di Diritto e Procedura Penale,* 1966, página 220), a sentença é fruto e resultado de uma delicada operação lógica que o juiz deve manifestar por escrito, a fim de que o raciocínio por êle seguido possa ser controlado sob o aspecto de sua impecabilidade. A jurisdição é inteiramente ligada à motivação. A motivação, no que se refere ao fato, exige que o juiz, *referindo-se às provas recolhidas e valoradas,* deva exprimir as razões pelas quais um fato, nos seus elementos objetivos e subjetivos, essenciais ou acidentais, constitutivos ou impeditivos deva ou não considerar-se presente. A motivação, quanto ao direito, exige que o juiz deva exprimir o porquê de uma determinada escolha normativa e interpretativa.

Conclui o mestre italiano: "*Solo cosí l'imputato è posto in grado di conoscere e giudicare l'attività mentale del magistrato nella scelta e nella valutazione di ogni momento rilevante alla decisione; e solo cosí potranno essere individuati e indicati gli errori logici nei quali è caduto il giudice. Anche questa possibilità che oggi l'ordinamento giuridico riconosce all'imputato à una delle garanzie predisposte dallo stato di diritto per la tutela della libertà individuali*".

A motivação da sentença surge como conquista liberal e garantia do cidadão no Estado de Direito, a qual remonta à revolução francesa. Apareceu, por primeira vez na lei de 8-9 de outubro de 1789, que impediu o juiz de usar a fórmula "*pour le cas résultant du procés*".

A motivação da sentença é exigência de tôdas as legislações modernas, onde exerce, como diz FRANCO CORDERO (*Procedura Penale,* 1966, pág. 615), função de defesa do cidadão contra o arbítrio do juiz. De outra parte, a motivação constitui também garantia para o Estado, pois interessa a êste que sua vontade superior seja exatamente aplicada e se administre corretamente a justiça. O juiz mesmo, protege-se, mediante o cumprimento da obrigação de motivar a sentença, contra a suspeita de arbitrariedade, de parcialidade ou de outra injustiça (MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal,* trad., vol. IV, página 490).

A falta ou a contraditoriedade da motivação implica na nulidade da sentença, segundo a lição comum, que MANZINI (*Tratado,* cit., vol. IV, página 494) reproduz: "*La falta o contradictoriedad de la motivación, aun en lo que al hecho se refiere, hace nula la sentencia*".

O art. 381, inciso III, Cód. de Proc. Penal, estabelece como requisito da sentença "*a indicação dos motivos* de fato e de direito em que se fundar a decisão", o que constitui formalidade essencial, cuja falta induz em nulidade (art. 564, inciso IV do Cód. de Proc. Penal).

Por isso NUVOLONE assinala que "o contrôle da motivação por parte do juiz da impugnação torna-se um problema de garantias e, pois, *lato sensu,* de legalidade; de modo que se compreende como em alguns ordenamentos (entre êles o italiano), a Côrte de Cassação se arroga o dever de controlar não só a existência, mas também a *logicidade da motivação*".

Trata-se de controlar não apenas as fontes do convencimento, mas, como diz SARACENO (*La decisione sul fatto incerto nel processo penale,* 1940, pág. 12), a *coerência* do estado psíquico do juiz no corpo da sentença.

Falta de motivação significa ausência de motivação, que deve ser entendida também, como afirma o excelente LEONE (*Istituzioni di Diritto Processuale Penale,* 1965, vol. II, pág. 349), *no aspecto lógico.* Ensina o grande mestre da Universidade de Roma, que "*Qualunque momento della indagine suscettibile di valutazione propria assume una sua individualità ai fini dell'obbligo della motivazione. In sostanza, la motivazione deve tocare tutti i punti della decisione e, nell'ambito di ciascun punto, tutti i profili che abbiano dato o avrebbero dovuto dar luogo ad accertamento*".

A lição é clara: todos os momentos da investigação, suscetíveis de valoração própria assumem individualidade própria para os fins da obrigação de motivar. *A motivação deve referir-se a todos os pontos da decisão, e no âmbito de cada ponto, a todos os aspectos que deram ou poderiam ter dado lugar a verificação.*

Resumindo o entendimento comum, BELLAVISTA (*Lezioni di Diritto Processuale Penale,* 1965, pág. 308) ensina que a falta de motivação que legitima a anulação da sentença, ocorre em três situações: 1) quando o juiz omite as razões de seu convencimento; 2) quando as tenha indicado incorrendo em evidente êrro lógico-jurídico, de modo a que as premissas em que a decisão se funda possam considerar-se *tanquam non esset* (falta de motivação intrínseca); 3) quando, apresentando-se em seu contexto motivada, tenha omitido exame de um fato decisivo para o juízo, de tal modo que leve a crer que, se o juiz o tivesse examinado, teria chegado a diversa decisão (falta de motivação extrínseca).

Convém ressaltar que *não há motiva-*

ção sem referência aos elementos de prova relativos aos pontos fundamentais da causa. É perfeita a observação de RICARDO C. NUÑEZ (*El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por la via de la casación*, no volume *Temas de derecho penal y de derecho procesal penal*, 1958, pág. 85): "*En relación a las conclusiones de hecho de la sentencia, para llenar su obligación de motivarlas (fundarlas), el juez debe comenzar por enunciar los elementos probatórios que justifican cada una de esas conclusiones de hecho. No le bastaria decir: está probado que Juan murió. Es preciso que sustente esa afirmación en elementos probatórios. La motivación debe ser sobre todos y cada uno de los presupuestos de la decisión; debe ser, en una palabra, completa*".

É nula também a sentença cuja motivação se apresenta *contraditória*.

A motivação é causal com respeito ao dispositivo da sentença, expressando o processo lógico em que se exterioriza o raciocínio do magistrado. A motivação contraditória é nula, porque, como afirma CAVALLO (*La sentenza penale*, 1936, pág. 372), "*toglie valore al requisito perchè contine in sè la sua propria negazione*".

Diz bem CARNELUTTI ("*Principi del Processo Penale*", 190, pág. 253), que "a resolução representa o *epílogo* da decisão, e se denomina dispositivo, enquanto que o pensamento do julgador anterior representa o seu *prólogo*, denominando-se motivação". Constitui, assim, a sentença, um desenvolvimento lógico, que conduz à resolução, e isso porque "a sentença não pode ser um ato de fé, mas um documento de convicção raciocinada" (FLORIAN, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. 1934, página 400). A exigência da motivação visa a tornar possível o contrôle sôbre o processo lógico mediante o qual o juiz chegou à conclusão.

São contraditórias, em suma, as declarações inconciliáveis, lógica ou jurìdicamente (BELLAVISTA, *ob. loc. cit.*).

São numerosas as decisões de nossos tribunais declarando a nulidade de sentenças condenatórias, por falta de fundamentação. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, tem anulado sentenças, por falta de nexo ou contradição entre os fundamentos e a conclusão. Veja-se, por exemplo, a decisão proferida no h. c. n.º 44.070, relator o eminente Min. ADAUTO CARDOSO, em que se afirmou a nulidade, por falta de nexo entre as premissas e a conclusão (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41-545). No h. c. n.º 42.998, relator o ilustre Min. EVANDRO LINS E SILVA, a 1.ª Turma anulou sentença condenatória por contradição entre seus fundamentos e a conclusão (*Rev. Trim. Jurispr.*, 36/302). A sentença deve apresentar, iniludìvelmente, uma estrutura lógica, devendo haver correspondência entre a significação jurídica das provas que o juiz articula como elementos de convicção e as conclusões.

Por outro lado, é nula a sentença omissa ou contraditória na fundamentação da pena imposta, não bastando, de forma alguma, a simples referência genérica ao art. 42 do Código Penal. Como diz, com muita propriedade SCHRÖDER (*Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, in Mezger Festschrift*, pág. 416), não apenas o *se* mas o *como* da pena devem ser constitucionalmente fixados. LOTHAR SCHMIDT (*Die Strafzumessung, in Materialen zur Strafrechtsreform*, 1954, pág. 104) desenvolve a mesma idéia ao afirmar que "o acusado tem não apenas o direito de saber porque é punido, como também o direito de saber porque recebe *esta* pena". (*Der Angeklagte hat nicht nur ein Recht zu erfahren, warum er bestraft wurde, sondern auch ein Recht zu wissen warum er diese Strafe erhielt*).

Confere a lei ao juiz poder discricionário para que êle possa atender às exigências da adequação da pena que defluem dos valôres estabelecidos pelo ordenamento jurídico. De um modo geral, a discricionariedade significa sempre,

como ensina FRANCO BRÍCOLA em sua magnífica monografia *La discrezionalità nel Diritto Penale*, 1965, pág. 143, "*il rinvio del legislatore al caso concreto come unica fonte idonea ad esprimere quella significatività di valore che è più consona al raggiungimento delle finalità normative*".

Não há aqui, um poder arbitrário e o juiz não pode fixar a pena a seu capricho. E é o mesmo BRÍCOLA que assinala que "*il dovere di motivazione*" constitui "*la più efficace garanzia per un regolare esercízio del potere discrezionale*", de tal modo que uma simples referência genérica aos critérios do art. 133 do Código italiano (correspondente ao art. 42 do Código brasileiro), terminaria por reduzir a discricionariedade a um *merum arbitrium*. A motivação é o diafagrama que separa o poder discricionário do arbítrio. (Ob. cit., págs. 5 e 7).

Evoluiu, nesse aspecto, o Direito Penal de forma notável, a partir da concepção mecanicista da atividade judicial, de que era exemplo o Código Penal francês, de 1791, com o sistema de tarifas, que significava a aplicação automática das únicas sanções previstas na lei. Por largo tempo desenvolveu-se a doutrina no sentido da individualização da pena, com vigoroso impulso da Escola Positiva, retomando, aliás, antigas lições. E, nas leis penais, com a cominação das penas com maior amplitude, surgiram as fórmulas gerais sôbre a aplicação da pena, como a do art. 133 do Código Penal italiano, a que corresponde o art. 42 de nosso Código. Pela sua importância e significação, BETTIOL chama a estas últimas de "*polmone della legislazione penale*".

Busca-se assim subtrair sempre mais a comisuração da pena, como ensina FOSCHINI (*Misura della pena*, no volume *Reati e Pene*, 190, pág. 186), "*ad un insindacabile impulso emozionale*", para que a consideração do fato concreto e da personalidade do agente, corrigindo a amplitude da cominação legal, impeçam que a pena imposta seja substancialmente injusta, embora dentro dos limites previstos em lei.

A liberdade do juiz na fixação da pena é, assim, aparente, pois êle não tem o direito, mas o *dever* de escolher a decisão que melhor se adapte ao caso. É o que afirma, incisivamente, GUNTER WARDA (*Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, 1962, pág. 63).

O sistema do livre convencimento, por um lado e, por outro, a tendência do Direito Penal de nosso tempo no sentido da ampliação dos podêres discricionários do juiz (veja-se, a propósito, HELLMUTH v. WEBER, *Die richterliche Strafzumessung*, 1955, pág. 38) tornam mais grave e importante a obrigação de fundamentar a pena imposta.

A doutrina e a jurisprudência, em nosso país e no estrangeiro, manifestam-se nesse sentido em impressionante uniformidade, repudiando a simples referência genérica, em fórmulas como "atendendo ao disposto no art. 42"... A sentença em que se aplica a pena dessa forma é nula por ausência de motivação. BELLAVISTA, pronunciando-se nesse sentido, alude a "*formulete pigre*".

Diz o nosso JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Tratado*, vol. III, pág. 253): "Para que sua atuação possa ser apreciada e se tenha assim uma demonstração de como usou do *arbitrium* que a lei lhe outorgou na aplicação da pena, cumpre ao magistrado, em sua sentença, fundamentar e motivar a orientação que seguiu. Ao graduar a sanção penal tem o juiz de dar conta, na sentença condenatória, dos motivos que o levaram a fixá-la no *quantum* expresso na parte dispositiva do julgado, *sob pena de ser nulo o seu pronunciamento*".

LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELO (*Da Capitulação dos Crimes e da Fixação das Penas*, 193, pág. 121) é de rara precisão ao afirmar: "A defesa e a acusação têm o direito de saber por que caminhos e com que fundamentos de fato e de direito o juiz chegou à fixação

da pena concreta ou definitiva. Esconder êsses caminhos é cercear a defesa ou desarmar a acusação. É dificultar ou impossibilitar a fundamentação dos recursos das partes e o ataque lógico e jurídico às injustiças da sentença. *As sentenças penais devem ser de motivação transparente,* para incutirem no povo respeito e admiração pela justiça e confiança na retidão e segurança de seus juízes".

ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS (*Lineamentos do Direito Processual Penal Brasileiro,* 1967, vol. II, pág. 582) afirma, igualmente, a nulidade da sentença, *se o juiz desatende à necessidade de fundamentar as razões de escolha da pena ou sanção aplicada,* bem como a quantidade, ou seja, o tempo de duração.

O art. 132 do Código Penal italiano expressamente estabelece que o juiz deve aplicar a pena discricionàriamente, nos limites fixados pela lei, acrescentando: "*esso deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tal potere discrezionale*". A ausência ou a contraditoriedade da motivação conduzem à nulidade da sentença, o que ocorre também quando o juiz se serve de parâmetros diversos daqueles fixados pela lei para a escolha da pena. O *quantum* da pena não pode atender a critérios estranhos, sob pena de verificar-se *error in judicando.* Cf. FRANCO BRÍCOLA, *La discrezionalità nel diritto penale,* págs. 105, 108 e 144.

São numerosas as decisões do Supremo Tribunal Federal concessivas de *habeas corpus* para anular sentenças que não fundamentam a fixação da pena, quando aplicada acima do mínimo legal. Podemos invocar as decisões proferidas nos h. c. ns. 39.903 (*D. J.* de 22-8-64, pág. 2.699); 42.081 (*D. J.* de 23-6-65, pág. 1.515) e 42.741 (*Rev. Trim. de Jurispr.,* 36/27). Nessa última decisão (Tribunal Pleno, unânime) afirmou o Min. VICTOR NUNES: "Concedo a ordem para anular o acórdão impugnado, por falta de fundamentação da pena. A pena *in abstrato* é de um a cinco anos, e foi fixada em dois anos. Portanto, o Tribunal há de ter levado em conta circunstâncias que não mencionou e que deveria ter indicado, nos têrmos do art. 42 do Código Penal".

No mesmo sentido, o STF decidiu no h. c. n.º 42.470 (*Rev. Trim. Jurispr.,* 36/126), relator o eminente Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, anulando a sentença em caso de sedução, porque "não diz porque a pena deve ser de dois anos e meio. Então o juiz passa a apreciar as provas e não dá os motivos pelos quais a pena é de dois anos e meio".

No h. c. n.º 44.473, o STF, por sua 2.ª Turma, relator o excelente Ministro ALIOMAR BALEEIRO, anulou sentença que condenou o acusado a 2 anos de reclusão, num caso de estelionato, sem invocar as razões que justificavam o *quantum* da pena. Em seu voto exatíssimo afirmou o relator: "Não me parece fundamentada, *data venia,* a r. sentença (Código de Processo Penal, arts. 381, 371, II, III) quanto às circunstâncias do art. 42 do Código Penal. Certamente, o julgador tem livre andamento entre o máximo e o mínimo, no sistema de individualização relativa da pena adotada pelo Código Penal de 1940, mas em têrmos. Seu discricionarismo sofre as condições e limitações dêsse diploma, em sua letra, no seu espírito. E, formalmente, há de conformar-se com o art. 387 do Código de Processo Penal. Não creio que a motivação se circunscreva aos casos em que o juiz tenha de considerar agravantes e atenuantes. A fundamentação, por fôrça do art. 387, II e III do Código de Processo Penal, "mencionará as outras circunstâncias apuradas *e tudo mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena,* de acôrdo com o disposto nos arts. 42 e 43 do Cód. Penal", depois do que o magistrado, "imporá *de acôrdo com essas conclusões,* as penas, fixando a quantidade, etc." (item III). Ficou vencido o ilustre Min. ADAUTO CARDOSO. (*Rev. Trim. Jurispr.,* 44/80).

É antiga a jurisprudência no sentido da anulação da sentença que não justifica a graduação da pena. Cf. *Arq. Jud.,* 63/440; 63/360; 64/211; 65/327; 65/254.

O T. J. do antigo Distrito Federal, por sua 2.ª Câmara Criminal, de que então fazia parte mestre NELSON HUNGRIA, assentou, de forma lapidar: "consoante vários e reiterados julgados das egrégias Câmaras dêste tribunal, não basta que o juiz, entendendo provados o crime e a responsabilidade dos acusados, a êstes aplique, arbitràriamente, certas doses de pena, entre os limites estatuídos nos dispositivos do Código Penal em que ditos acusados hajam incorrido; *é de mister que o julgador deixe dito como e por que chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença.*

Não tendo êle arbítrio absoluto na escolha da pena, quando a lei estabelece duas alternadamente, não o tem, ainda, relativamente à fixação do *quantum* de uma ou de ambas, *cumprindo-lhe ao contrário deixar clara e discriminadamente expressos quais os motivos que o levaram ao resultado final nela consignado,* pois isto é o que constitui a individualização da pena, com o emprêgo dos meios e critérios indicados nos artigos 42, 43 a 48 e 50 do Cód. Penal". (*Arq. Jud.,* 73/444).

O eminente Min. OROZIMBO NONATO, no julgamento do h. c. n.º 28.427, afirmou: "A graduação da pena, no antigo regime, fazia-se mediante critério prédeterminado; no atual sistema o mesmo não ocorre. Mas dentro da liberdade do juiz, deve êle denunciar os motivos da graduação da pena, *sem o que não há sentença;* há, apenas a parte dispositiva da sentença, sem a fundamentação, no caso indispensável, pois a parte dispositiva há de guardar com ela estreita ligação... *Se o juiz não mostrou as razões por que graduou a pena, é nula a sentença, ao que me parece*" (*Arq. Jud.,* 69/308).

Decisão recente no mesmo sentido, proferiu o Tribunal no Rec. Extr. n.º 66.584, por sua 1.ª Turma, relator o ilustre Min. BARROS MONTEIRO, por unanimidade. (*D. J.,* 27-6-69, p. 2.886).

O TFR não discrepa de tal orientação constante, como se pode ver pela decisão proferida no h. c. n.º 1.281, relator o eminente Min. ANTONIO NEDER (*TFR Jurispr.,* 9/81). Em tal julgado, o tribunal anulou a sentença, entre outros motivos, porque não fundamentou a aplicação da pena. Em seu voto, afirmou o ilustre relator: "Na sentença o juiz deve considerar concretamente cada um dos elementos referidos nos arts. 42 e 43 do Cód. Penal, e apreciar cada um dêles para o efeito de fixar a pena-base. É princípio êsse que constitui conquista do Direito Penal moderno. Todos sabemos que a pena deve ser individualizada, isto é, fixada de maneira objetiva, concreta, e não abstrata, como se fazia ao tempo dos clássicos. As indicações para fixar a quantidade justa, proporcional, estão no art. 42 do Cód. Penal. *A sentença deve ser fundamentada, inclusive no tocante à fixação individualizadora da pena.* No caso, o MM. Dr. Juiz não atendeu ao que expressa o art. 387, II, Cód. Proc. Penal, e fixou a quantidade da pena segundo um critério objetivo, sem considerar, como lhe cumpria, os antecedentes e a personalidade do acusado, a intensidade do dolo, os motivos e conseqüências do crime".

No sentido de que a falta de fundamentação do *quantum* da pena é motivo de nulidade da sentença, pronuncia-se também a Cassação italiana (*Giustizia Penale,* 1946, III, col. 354).

Como se verifica, a fixação da pena é questão de legalidade e se compreende porque o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, tenha reduzido através de *habeas corpus* a pena ilegalmente imposta.

No h. c. n.º 38.862, relator o Min. PEDRO CHAVES, afirmou o E. Tribunal que "quando a errônea graduação da pena decorre de evidente má aplicação da lei, a matéria é de direito e pode

ser conhecida em processo de *habeas corpus*" (*D. J.*, 11-6-64).

Veja-se o h. c. n.º 43.613, relator o ilustre Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA (*Rev. Trim. Jurispr.*, 39/529), em que se reduziu a pena ao mínimo.

Podemos também invocar a decisão proferida no h. c. n.º 43.801, relator o Min. ALIOMAR BALEEIRO, em que se reduziu a pena ao mínimo, num caso de estelionato (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/26), bem como a decisão no h. c. n.º 43.834, relator o Min. ADALÍCIO NOGUEIRA, proferida num caso de desacato, em que a pena de prisão foi convertida em multa (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/615).

A nulidade da sentença por falta de fixação da pena base quando ocorrem causas de aumento de pena, é uma das orientações mais constantes de nossos tribunais, e dispensa documentação.

O T. J. da Guanabara, no julgamento do h. c. n.º 25.218, por sua 2.ª Câmara Criminal, relator o ilustre Des. NEY CIDADE PALMEIRO, afirmou: "A motivação da pena é uma dos elementos essenciais da sentença". Nesse caso, foi a ordem concedida, declarando-se nula a sentença condenatória de que não constava a fundamentação da pena imposta. Decisão unânime. *D. J.*, 8/10/70, página 521, do apenso.

Inépcia da denúncia. Falta de descrição do fato delituoso. Co-autoria.

O h. c. n.º 1.316 concedido pelo TFR foi mais um da série de medidas da mesma espécie com que o E. Tribunal e o STF liquidaram a denúncia oferecida contra inúmeros diretores da COMAL e do IBC. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, ns. 196 e 197. No caso foi relator o eminente Min. CUNHA MELO, sem favor um dos melhores e mais dignos juízes do TFR. Em seu excelente voto, acompanhado pela maioria, salientou que "há constrangimento ilegal decorrente do recebimento de uma denúncia em que, num crime que se diz levado a efeito com pluralidade de agentes, não se descreveu qual o procedimento criminoso do paciente, meios utilizados, malefícios produzidos, modo de execução, motivos determinantes, local e tempo correlatos". Referindo-se ao abuso de poder da acusação (tema que posteriormente o Min. VICTOR NUNES LEAL retomaria, no STF, a propósito do mesmo caso), afirmou o relator: "Convenhamos em que na outorga da iniciativa da ação penal não se confere ao promotor público ou de justiça, ao procurador da Coroa (onde houver), ou da República, um poder discricionário. O ser humano mais altivo, airoso, mesmo aquêle *vir probus interger vitae, scelerisque purus*, de que falava Horácio a Aristeu Fuscus, viveria em sobressalto onde o Ministério Público pudesse impunemente servir de alcatruz a ruidosos e inconfessáveis libelos, a imputações tendenciosas. Refletindo experiência e anseios da sua época, o Marquês de São Vicente, o preclaro PIMENTA BUENO, considerava um grave crime o Ministério Público incomodar levianamente ou oprimir de modo injusto a um só cidadão que fôsse (*Apontamentos sôbre o Processo Criminal*, 5.ª ed., pág. 64). E não só por faccionismo pode desfigurar-se, desvirtuar-se a ação da promotoria. Inépcia, incúria, dão no mesmo, atribuindo a cidadãos de vida irrepreensível, ou quando nada sem antecedentes criminais, imotivadamente, pechas que profligam e que sentença alguma consegue desencardir, apagar de todo".

Posteriormente a essa decisão (em que ficaram vencidos os ilustres Ministros AMARÍLIO BENJAMIN, ANTONIO NEDER e HUGO AULER), numerosas decisões vieram afirmar a inépcia da denúncia por falta de descrição do fato delituoso, com tôdas as circunstâncias, como manda o art. 41 do Cód. de Proc. Penal, reconhecendo que a acusação bem feita é elemento de garantia para o acusado. (*TFR Jurispr.*, 16/147).

No h. c. n.º 45.878, relator o ilustre Min. BARROS MONTEIRO, a 1.ª Turma do STF, por unanimidade, reconhecendo a inépcia da denúncia por falha na imputação do fato delituoso, assinalou: "Constituindo o processo criminal um constrangimento para o indiciado, pelos prejuízos morais e incômodos materiais que lhe causa, não pode a respectiva denúncia desatender à lei, sob pena de importar o seu recebimento em coação ilegal". (*D. J.*, 27-9-68, pág. 3.832).

A 3.ª Câmara do T. J. da Guanabara, no h. c. n.º 24.735, relator o ilustre Des. MAURO COELHO igualmente assentou: "A denúncia inepta, pelos seus têrmos vagos, sem descrever a co-participação do paciente nos fatos criminosos, impossibilitando uma defesa válida, não pode, pela insegurança da acusação, conduzir à condenação, importando na nulidade do processo a respeito do paciente". Ficou vencido o Des. ODUVALDO ABRITA. (*D. J.*, 8-10-70, pág. 519).

Inquirição de testemunhas. Nulidade se o juiz se limita a perguntar se confirmam depoimento prestado no inquérito.

Decidindo a Ap. Crim. n.º 1.111, a 1.ª Turma do TFR declarou a nulidade do processo, porque o juiz, na instrução criminal, limitou-se a perguntar a cada uma das testemunhas, se confirmava o depoimento prestado no inquérito policial. Entendeu a maioria que tal procedimento ofende a regra do contraditório, que é princípio de garantia constitucional na defesa.

Como bem salientou o eminente Min. ANTONIO NEDER, o juiz "não inquiriu as testemunhas sôbre o fato da acusação e, assim, não ensejou o contraditório da instrução criminal, como ordena o art. 141, § 25 da Constituição Federal. A rigor não se procedeu à instrução criminal neste processo". O Min. HUGO AULER observou também que "o juiz da ação penal não pode, no curso da instrução criminal, reduzir o depoimento das testemunhas a simples pergunta e conseqüente resposta de que confirmam, ou não, o que declararam no inquérito policial". E, ademais, que "não se tratando de qualquer uma das nulidades previstas no art. 572 do Cód. Proc. Penal, pode qualquer das partes argüi-la, e o juiz *a quo* ou o Tribunal *ad quem* declará-la de ofício, a qualquer tempo". Ficaram vencidos os ilustres Ministros AMARÍLIO BENJAMIN (relator) e MÁRCIO RIBEIRO. (*TFR Jurispr.*, 14/85).

Constitui essa magnífica decisão, com a qual se procura coibir a displicência dos juízes na inquirição de testemunhas, com grave prejuízo para a descoberta da verdade, essencial à realização da justiça. Os depoimentos prestados perante a autoridade policial são constantemente viciados pela coação ou pela interferência de elementos estranhos. Todos sabemos muito bem que tais depoimentos raramente são mesmo prestados perante a autoridade, pois o que comumente sucede é que são tomados por um escrivão de polícia, com a influência de interêsses subalternos. A inquirição em juízo, feita pelo magistrado, é a oportunidade adequada para evidenciar as incorreções e as inverdades da testemunha e deve ser conduzida abstraindo-se completamente o que afirmou na fase da investigação policial. Segundo VASSALI (*Il diritto alla prova nel processo penale, Riv. it. Dir. Proc. Penale*, 1968, pág. 18), o Cód. de Proc. Penal italiano orienta-se no sentido de proibir a leitura do depoimento prestado à polícia judiciária, mesmo quando há o consentimento das partes.

Deplorável era a disposição contida no art. 164, § 1.º do antigo Código da Justiça Militar, que mandava fôsse lido à testemunha o depoimento prestado no inquérito, indagando-se se o confirmava.

O nôvo Cód. de Proc. Penal Militar tornou essa leitura facultativa (art. 416, parágrafo único), o que já significa algum progresso.

Afirmando a inexistência de nulidade,

em tais casos, cf. *Rev. For.*, 202/292 e 216/341.

Prazo de diligências. Intimação das partes.

Decidiu o T. J. do Paraná, na Ap. Crim. n.º 66/67, relator o des. MERCER JUNIOR, que a não intimação do réu para o efeito a que alude o art. 499 do Cód. de Proc. Penal, constitui nulidade, por cerceamento de defesa. "É verdade que, de acôrdo com o art. 501 do Código de Processo Penal, os prazos do art. 499 correm em cartório, independentemente de intimação, salvo em relação ao Ministério Público. Tal disposição legal, contudo, é contrária ao princípio jurídico em que assenta o processo no regime democrático, por isso que viola a regra de igualdade de posição das partes no procedimento, prejudicando visìvelmente a defesa do acusado. (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos*, vol. II, pág. 384). Era de rigor, portanto, que se intimasse o defensor do réu da vista aberta".

Entendeu, por outro lado, o Tribunal, que a aplicação do art. 501 do Código de Processo Penal pressupõe um processo sem interrupção. Nesse é que os prazos podem dizer-se contínuos e peremptórios. Fora disso a defesa dos acusados ficará à mercê dos escrivães e escreventes. Assim já decidiu, aliás, o STF (*Rev. Trim. Jurispr.*, 9/436). No caso, a ação penal fôra iniciada em outubro de 1964 e a última testemunha fôra inquirida em fevereiro de 1965. O despacho alusivo ao art. 499 do Código de Processo Penal era de agôsto do mesmo ano.

No h. c. n.º 44.779, a 3.ª Turma do STF, relator o ilustre Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, afirmou, por unanimidade, que não constitui nulidade a falta de intimação do réu para requerer diligências. "Essa intimação, não na exige a lei processual penal; o prazo corre em cartório, independentemente de intimação". (*Rev. Trim. Jurispr.*, 44/146).

Casamento da ofendida com terceiro. Representação.

Não obstnate o que dispõe a *Súmula* n.º 388, decidiu a 2.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 47.256, relator o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS, que o casamento da ofendida com quem não seja o ofensor não afeta de nenhum modo a ação penal iniciada pelo M. P., mediante representação da vítima.

Acha-se no excelente acórdão a demonstração completa do entendimento adotado, com amplo apôio na doutrina (ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, III, pág. 227, BASILEU GARCIA, *Instituições*, II, página 696; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado*, III, pág. 342; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, 1942, II, página 254; GALDINO, *Tratado*, II, página 846; FRAGOSO, *Lições*, II, pág. 549).

A representação é condição de procedibilidade e não se confunde com o mandato. Uma vez apresentada, é irretratável (art. 104 do Cód. Penal). "A ação que se instaura é pública, de modo que, desencadeada a persecução penal, a vítima não poderá obstar o seu prosseguimento. Tampouco o seu representante legal. O casamento com terceiro é irrelevante. Assim como não poderia ela, nem o seu representante legal, antes, deter a ação, não o poderá também o marido. Não deve o intérprete, *por via indireta*, atribuir ao casamento da vítima com terceiro efeito que a lei sòmente atribui, de modo expresso, ao casamento com o próprio ofensor".

A decisão exatíssima foi tomada por unanimidade. (*Rev. Jurispr.*, 13/389).

Júri. Nulidade do julgamento. Deficiência dos quesitos relativos à legítima defesa. Excesso culposo.

No h. c. n.º 44.011 considerou a 2.ª Turma do STF, relator o Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA, caso em que se questionava sôbre a deficiência dos quesitos da legítima defesa. Respondeu o júri afirmativamente aos quesitos sôbre a existência da agressão, sua atualidade e injustiça. Todavia, respondeu negativamente ao quesito: "os meios usados na defesa eram necessários?". Diante disso, foram considerados prejudicados os demais quesitos, sendo recusada a descriminante.

Inconformado, entendeu o réu que deveria ser formulado o quesito sôbre o excesso culposo, e por êsse motivo impetrou h. c. ao Tribunal de Justiça (Pernambuco), que o denegou, afirmando que o quesito sôbre o excesso culposo sòmente deve ser feito quando negada a moderação: "Negado qualquer dos outros quesitos da série da legítima defesa, inclusive o referente à *necessidade dos meios*, não há como indagar sôbre excesso culposo".

A 2.ª Turma do STF concedeu o h. c. por entender que cumpria ao juiz, necessàriamente, indagar se houve, ou não, excesso culposo, dizendo o ilustre relator não saber como discriminar entre o "emprêgo dos meios necessários" e a sua "moderação", para afirmar-se que apenas a negação do último é que enseja a indagação acêrca do excesso culposo: "Trata-se de requisitos que se englobam no mesmo *item* e não há como separá-los".

Ficou vencido o eminente Ministro EVANDRO LINS E SILVA, entendendo que só se o júri tivesse alcançado o quesito da moderação é que deveria ser indagado sôbre o excesso culposo no exercício da legítima defesa. O fundamento da legítima defesa, *moderamen inculpatae tutelae*, havia sido negado pelo júri. Em conseqüência, concluia, não estava o juiz obrigado a formular a pergunta sôbre o excesso culposo, porque êste estava prejudicado. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42-243).

Anteriormente, no julgamento do h. c. n.º 43.562, relator o Min. VICTOR NUNES LEAL, em hipótese idêntica, a 1.ª Turma havia declarado a nulidade do julgamento pela ausência de quesito relativo ao excesso culposo. Tratava-se, em tal caso também, de saber se, respondido negativamente o quesito relativo ao emprêgo dos meios necessários, deveriam os jurados ser indagados sôbre o excesso culposo no exercício da legítima defesa. O Min. EVANDRO LINS E SILVA, que participou dêste julgamento também, ficou vencido, afirmando, em substancioso voto, que deve ser negado o exercício da legítima defesa se fôr reconhecido que o agente não usou os meios necessários ou adequados para repelir o ataque, ou que poderia, sem desonra, evitar o mal, ou deveria empregar outro recurso proporcional à agressão. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/464).

A questão está em saber qual a significação do excesso culposo na economia da legítima defesa, e se o excesso nos meios de defesa exclui a descriminante de que se trata.

Segundo nossa lei (art. 21, parágrafo único do Código Penal), "o agente que excede culposamente *os limites* da *legítima defesa*, responde pelo fato, se êste é punível como crime culposo". A que *limites* a lei se refere?

Os limites a que se refere a lei são os limites da *necessidade*, e a doutrina o reconhece sem discrepâncias. Mencionava-o expressamente o Código Penal português de 1852 (art. 378): "se no caso de legítima defesa própria ou alheia, qualquer exceder os limites da necessidade de tal legítima defesa...". O vigente Código Penal italiano, por igual, no seu art. 55: *Quando nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli art. 51, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti... imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delito colposo*".

Como ensina EDUARDO CORREIA (*Direito Criminal*, Coimbra, 1965, vol. II, pág. 62), "o excesso tem de referir-se apenas *aos meios necessários para sustar ou prevenir a agressão*".

NELSON HUNGRIA (*Comentários*, I, pág. 403), doutrina: "O *excessus defen-*

sionis pressupõe, necessàriamente, uma agressão iminente ou atual e injusta, ou seja, uma situação inicial de legítima defesa. O chamado excesso de legítima defesa não é mais do que uma *defesa* que, originàriamente, *legítima*, ultrapassa, a seguir, a medida de sua necessidade".

O *excesso*, precisamente por ser excesso, pressupõe a existência anterior de uma situação de legítima defesa. Trata-se de uma legítima defesa em que a pessoa injustamente agredida se defende *demais*. Por isso diz MANZINI (*Trattato*, vol. II, pág. 367), com tôda a propriedade: "*Perchè si abbia eccesso colposo nella difesa occorre che il fatto sia stato cominciato nelle circostanze pressupposte dalla difesa legitima*". E isso porque o excesso culposo consiste na existência de culpa com respeito à "*reazione esuberante*".

O excesso deve ocorrer, portanto, diante de agressão atual ou iminente e injusta, a direito próprio ou alheio, pois são êsses os pressupostos fundamentais da legítima defesa.

O excesso que aqui se considera é apenas aquêle que se tem denominado de *intensivo*, ou seja, o excesso que se refere *à espécie* dos meios empregados ou ao *grau* de sua utilização. O agente faz mais do que é necessário para defender-se. Só êste tipo de excesso exclui a culpabilidade, que subsiste quando o excesso é *extensivo*, ou seja, quando não há, ou quando não há mais, a agressão. (Cf. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, pág. 383). É o que ocorre com o *pretexto de legítima defesa* e quando é atingido o agressor que foge após a consumação do ataque. (Cf. MEZGER, *Tratado*, vol. II, pág. 193).

Mestre SOLER (*Der. Pen.*, vol. II, página 386) expressa bem essas idéias quando ensina que o excesso se refere aos *limites da ação* e não à sua inicial licitude. E que, por isso, se chama excesso "à intensificação desnecessária da ação inicialmente justificada".

A *superabundância de meios*, o excesso, pode referir-se tanto ao emprêgo de meio desnecessário, como ao uso imoderado dos meios necessários. É o que ensina com exatidão o nosso NELSON HUNGRIA (*Comentários*, I, pág. 464): "Só há falar-se em *excesso de legítima defesa* quando o agredido podia ter escolhido um meio menos prejudicial *ou* usou imoderamente do meio a que teve de recorrer". ANIBAL BRUNO (*Dir. Pen.*, I, pág. 375), no mesmo sentido: "Se o agredido ultrapassa tais limites, usando meio além do necessário ou empregando-o sem a moderação devida, pode cair no chamado excesso na defesa".

Há excesso por emprêgo de meio desnecessário, quando o agente poderia defender-se eficazmente com um bastão e emprega um revólver (ANTOLISEI, *Manuale, Parte Generale*, pág. 225). Há uso imoderado dos meios necessários, quando, usando um bastão, o agente golpeia violenta e repetidamente o agressor, de forma inteiramente desproporcionada à agressão.

Se assim é, não pode haver dúvida quanto à correção das decisões de que damos notícia. Se o júri reconhece que houve agressão atual ou iminente e injusta a direito próprio ou de outrem, e se nega que os meios empregados para repeli-la tivessem sido necessários, cumpre indagar se foi doloso ou culposo o emprêgo dos meios desnecessários.

Dada a sua índole comum, podem os quesitos sôbre a necessidade e a moderação ser englobados num só.

O excesso é antijurídico (e pode dar lugar, inclusive, a legítima defesa), constituindo apenas uma exclusão ou diminuição da censurabilidade do comportamento. Se fôr doloso, o agente responde pelo resultado na forma de crime doloso. Se o excesso fôr culposo, o agente responde por crime culposo, se o fato fôr a tal título previsto pela lei. Exclui-se a culpa integralmente, se o excesso, consciente ou não, não é censurável, o que ocorre quando deriva de mêdo, de perturbação ou de susto. (Cf. Projeto alemão, 1962, § 38, inciso 2; projeto Soler, art. 17, § 2.º, etc.). Veja-se o nosso nôvo Código Penal, art. 30, § 1.º. São os chamados elementos *astênicos*. Se o excesso deriva do ódio ou da excitação da pessoa agredida (estados *estênicos*), é censurável e por êle responderá, certamente, o agente, a título de dolo. O excesso deve aparecer sempre informado pelo fim de defender-se e não pelo de vingar a agressão (SOLER).

Para correta orientação quanto ao preparo dos quesitos, com respeito à necessidade e à moderação, e por conseqüência, ao excesso culposo, cf. *Rev. Tribs.*, 305/122; 309/312; 304/138; 370/80; 359/95; 235/128; 244/89; 278/121; 276/121; 255/141; 233/107.

Certos julgados entendem que a formulação do quesito sôbre o excesso culposo é *obrigatória* e não depende da iniciativa da defesa. "A obrigatoriedade reside no fato de o excesso culposo ser a própria ação inicial que se projeta além do necessário". (*Rev. For.*, 217-319; *Rev. Tribs.*, 359/94). É a orientação correta. No sentido de que o quesito relativo ao excesso depende de iniciativa da defesa, cf. *Rev. Tribs.*, 265/135; 370/83.

Para correta apreciação da matéria, veja-se o trabalho de HENNY GOULART, *O excesso na defesa*, São Paulo, 1969, pág. 32. Veja-se também para completa análise, na perspectiva jurisprudencial, o belo trabalho de ANTONIO DE BRITO ALVES, *O Júri e a nova Jurisprudência*, Recife, 1969.

Sentença criminal. Nulidade por falta de nexo.

Por falta de nexo lógico entre os fatos que descrevia e as conclusões, anulou o STF sentença proferida, num caso de receptação, no h. c. n.º 44.070, julgado pela 1.ª Turma, sendo relator o ilustre Min. ADAUTO CARDOSO. A sentença descrevia receptação culposa e terminava por condenar o réu por receptação dolosa. A falta de nexo lógico entre a fundamentação e a conclusão da sentença a torna evidentemente ilegal. (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, 41/545).

No h. c. n.º 44.389, considerou a 2.ª Turma do STF situação em que diversas pessoas foram condenadas por corrupção ativa qualificada, tendo a sentença absolvido outras, denunciadas por corrupção passiva, afirmando, em relação a estas, que foram ilaqueadas em sua boa fé, tendo permitido o embarque de mercadorias proibidas, supondo constituírem lastro para o avião que as transportou. Ora, não seria possível que os funcionários tivessem agido de boa fé e que, ao mesmo tempo, os contrabandistas lhes tivessem dado ou oferecido vantagem. Havia, aqui, evidente contradição. Como assinala no acórdão o eminente relator, Min. ALIOMAR BALEEIRO, "a decisão condenatória deve ser um todo lógico e racional. Se o acórdão estabeleceu que não houve corrupção nem facilitação de contrabando e que os funcionários foram ilaqueados em sua boa-fé, ignorando o descaminho e os propósitos dos contrabandistas, não poderia condenar êstes por corrupção ativa qualificada. Esta presume o conhecimento pelo funcionário". "Não é possível que, na decisão, o mesmo fato ao mesmo tempo exista e não exista". Foi a ordem concedida unanimemente para excluir a condenação. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 44-34).

Sentença. Contradição entre a fundamentação e o dispositivo. Nulidade.

No julgamento do h. c. n.º 44.618, relator o ilustre Min. EVANDRO LINS E SILVA, a 2.ª Turma do STF (contra o voto do Min. ADAUTO CARDOSO) declarou a nulidade de sentença que se apresentava contraditória.

Na hipótese, o paciente havia sido condenado por receptação dolosa. A sentença, fundamentando a condenação, referia-se, em várias passagens, a dúvidas sôbre a prova, indicando que tudo

quanto havia se baseava em confissões extra-judiciais, retratadas em juízo.

Em outra passagem, a sentença inverteu o ônus da prova, afirmando que os réus "não demonstraram a contento a licitude das coisas dadas como furtadas".

Observou, com exatidão, o relator, que na receptação dolosa "é preciso a certeza da existência do crime anterior" e que "no caso, não se tem essa certeza, porque são confissões policiais, extrajudiciais, retratadas em Juízo, e o juiz, numa longuíssima sentença, em inúmeras passagens, fala na sua dúvida, na sua incerteza sôbre os fatos anteriores".

A nulidade da sentença foi declarada, porque a fundamentação estava em choque com o dispositivo. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/818).

Não têm direito a fiança os reincidentes específicos, ainda que se trate de crime culposo e haja suspensão condicional da pena.

A 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada da Guanabara, no Rec. Crim. n.º 30, decidiu por unanimidade cassar a fiança que havia sido concedida pelo juiz de primeira instância, para que o réu apelasse da sentença sem recolher-se à prisão. Tratava-se de reincidente específico, em gôzo de suspensão condicional da pena, agora condenado às penas de 10 meses e 20 dias de detenção, como incurso nos arts. 129, §§ 6.º e 7.º e 51, § 1.º, Cód. Penal, e de interdição, por dois anos, da atividade de motorista (art. 69, IV e parágrafo único, IV, Cód. Penal). O M. P. interpôs recurso da decisão que concedeu a fiança, invocando o que dispõe o art. 323, inciso III, Cód. de Proc. Penal: "Não será concedida fiança nos crimes ou contravenções punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por infração penal da mesma natureza em sentença irrecorrível".

Entendia o juiz ser cabível fiança em face do que dispõe o art. 324, inciso III, Cód. Proc. Penal: "Não será igualmente concedida fiança ao que estiver no gôso de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, *salvo se processado por crime culposo* ou contravenção que admita fiança". Afirmava o juiz que tal dispositivo aplicava-se também aos reincidentes específicos em crimes culposos. A êsse entendimento se contrapunha o M. P., sustentando que o art. 324, inciso III, Cód. Proc. Penal sòmente abrange os reincidentes genéricos, uma vez que aos reincidentes específicos, pelo artigo anterior, em que baseou o seu recurso, não será concedida a fiança, pouco importando se o crime é doloso ou culposo.

A matéria tem dado lugar a controvérsia. Há decisões que negam a fiança ao reincidente específico em crime culposo (*Rev. For.*, 94/651; 112/490; *Rev. Tribs.*, 225/373), mesmo se condenado anteriormente à pena de multa (*Rev. For.*, 155/377). Em contrário, outras decisões admitem a fiança (*Rev. For.*, 100/345; *Rev. Tribs.*, 188/58; 249/336; 228/319; 228/329. DARCY ARRUDA MIRANDA, *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, vol. VII, n.º 6.500).

Foi relator, no julgamento do Rec. Crim. n.º 30, no T. A. da Guanabara, o ilustre juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, e com êle entendeu a 2.ª Câmara Criminal, que "o inciso III do art. 323 do Código de Processo Penal contempla todos os casos de reicidência específica, conjugando-se, em perfeita harmonia, com o inciso de mesmo número do artigo 324, desde que se interprete êste como se não referindo à dita reincidência". Invocou o relator, em abono de sua tese, a opinião de MAGALHÃES NORONHA (*Curso de Direito Procesual Penal*, 1964, pág. 244) e BASILEU GARCIA (*Comentários ao Código de Processo Penal*, 1945, vol. III, pág. 252).

Data venia, não nos parece a melhor a orientação do acórdão. A prisão do

réu para recorrer é medida odiosa. Aproveitando a famosa frase do Min. VICTOR NUNES LEAL com referência à prisão preventiva obrigatória, podemos dizer que contra essa prisão são válidos todos os argumentos razoáveis.

As limitações que a nossa lei impõe ao arbítrio do juiz, com as regras sôbre a reincidência e a reincidência específica, são anacrônicas. A reincidência pode não significar coisa alguma, em têrmos de maior merecimento de pena. A tendência ao aumento dos podêres discricionários do juiz na aplicação da pena é fato irreversível. Como diz HELLMUTH V. WEBER, *Die richterliche Strafzumessung*, 1956, pág. 4, a tendência a ampliar a medição judicial da pena, em prejuízo da medição da pena fixada legalmente é evidente (*Die Tendenz, die richterliche Strafzumessung auf Kosten der gesetzlichen Strafzumessung zu erweitern, ist unverkennbar*).

O recolhimento à prisão deve ser sempre o último recurso. A lei italiana n.º 191, de 24 de abril de 1961, passou a admitir, dentro de certos limites, a possibilidade de beneficiar-se o réu da suspensão condicional da pena por uma segunda vez (cf. sôbre o assunto, BUZELLI, *Sulle inovazioni in tema di sospenzione condizionale della pena, in Riv. it. dir. proc. penale*, 1962, pág. 965).

Contemplamos também por tôda a parte uma ampliação no que concerne à fiança, para evitar, em última análise, o encarceramento. Cf. FRIEDLAND, *Reforming the bail system*, Toronto, 1966.

Por tais razões julgamos que estão com a melhor doutrina as decisões e os autôres que interpretam o art. 324, inciso III do Cód. Proc. Penal, como norma especial, relativamente ao art. 323, inciso III, de modo a tornar cabível a fiança mesmo ao reincidente, se estiver no gôzo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, se se tratar de crime culposo ou de contravenção que admita fiança. Em favor dessa tese pode ser invocada a prestigiosa lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Elementos de Processo Penal*, vol. IV, pág. 137).

É claro que não pode ser concedida a fiança se o réu estiver no gôzo de suspensão condicional da pena pela prática de crime culposo ou contravenção, sendo novamente processado por crime doloso. Essa hipótese é excluída expressamente pelo art. 324, inciso III, Cód. de Proc. Penal. Cf. *Rev. For.*, 168/395 e 170/414.

O T. A. da Guanabara reiterou a sua orientação no julgamento do Rec. Crim. n.º 21, por sua 1.ª Câmara, sendo relator o ilustre juiz SEVERO DA COSTA. Ficou vencido, com o ponto de vista que nos parece correto, o excelente juiz RAUL DA CUNHA RIBEIRO.

Prisão preventiva. Fundamentação da necessidade.

Desapareceu de nosso direito a prisão preventiva obrigatória. Hoje, tôda e qualquer prisão cautelar se funda, exclusivamente, em sua imperiosa *necessidade*. Como diz VASSALI (*Osservazioni sulla custodia preventiva, in Studi in Onore di V. Manzini*, 1954, pág. 500), a restrição da liberdade de um acusado, sòmente porque sèriamente indiciado de ter cometido um crime é absurda. *A essência da prisão preventiva reside em sua necessidade.*

Num de seus Opúsculos, CARRARA transcreve um belo discurso de CONFORTI em que se sustenta a exclusão da prisão preventiva, salvo quando *ogni altro mezzo men duro sarebbe inefficace al suo fine*, concluindo-se: *non si arresti alcuno senza inesorabile necessità.*

Em outra passagem, o próprio CARRARA (*Opuscoli di Diritto Criminale*, vol. IV, 1874, pág. 305) afirmava que a medida deveria ser *ridotte entro i limiti della più stretta necessità.*

JOSÉ DE ALENCAR (*Apud* JOÃO MENDES, *O processo criminal brasileiro*, 1911, vol. I, pág. 314), como ministro da justiça, em 1869, dizia: "Para a

prisão preventiva não basta a inafiançabilidade do crime, nem a presunção veemente da existência da criminalidade: *é preciso, ainda, para justificá-la, a sua necessidade indeclinável*".

GALDINO SIQUEIRA (*Curso de Processo Criminal*, 1930, pág. 129), igualmente se pronunciava, com exatidão: "A prisão preventiva é uma medida, *imposta pela necessidade*, para acautelar ou assegurar a administração da justiça".

Resumindo a lição dos autores modernos, EDUARD KERN (*Strafverfahrensrecht*, 1967, pág. 130) ensina que a prisão preventiva "deve ser limitada aos casos em que é indispensável". (*Sie muss daher auf die Fälle beschränkt werden, in denen sie unentbehrlich ist*).

A prisão preventiva é medida excepcional, pois atinge o direito de liberdade do cidadão antes que os tribunais do país o declarem culpado do crime de que o acusam. Êsse caráter excepcional da medida está expressamente consignado no art. 137 do nôvo Código de Processo Penal francês: "*la détention préventive est une mesure exceptionnelle*".

A prisão preventiva traz para a vida do acusado, antes da declaração de sua culpabilidade, profunda perturbação, retirando-lhe os meios normais de subsistência, afetando-lhe a estima no corpo social e privando a família de seu chefe.

Por tais razões a prisão preventiva só pode ser aplicada quando ocorrem rigorosamente os seus pressupostos *e fique demonstrada a sua necessidade*.

Ensinam os autores que sòmente cabe a prisão preventiva naqueles casos em que representa o único meio à disposição do Estado, para assegurar a realização da Justiça. Cf. DE LUCA (*Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, 1953, pág. 501). Como se verifica pelo que dispõe o artigo 313 do Código de Processo Penal, a medida sòmente encontra fundamento na necessidade de assegurar a aplicação da pena ou a ordem pública (*função cautelar*), ou, ainda, a marcha regular da instrução criminal (*coerção processual*). Sòmente se justifica em face da ameaça de fuga do acusado ou do perigo de que venha a cometer outros crimes, ou quando há fundado receio de que interfira na apuração da prova.

A lei reveste a decretação da prisão preventiva de formalidades essenciais que integram o direito de liberdade do cidadão, entre as quais salienta-se a *motivação*. É necessário que no próprio decreto de prisão preventiva esteja demonstrada a existência do crime e a prova da autoria, bem como a *necessidade da medida*.

Não constitui fundamentação da necessidade da prisão preventiva, a simples referência às hipóteses que, segundo a lei, a justificam. É indispensável que o juiz mencione *os fatos* que o convenceram da necessidade da prisão. Nesse sentido, a doutrina é categórica.

Eis a lição de HÉLIO TORNAGHI (*Manual de Processo Penal*, vol. II, página 619): "O juiz deve mencionar de maneira clara e precisa *os fatos* que o levam a considerar *necessária* a prisão para garantia da ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, frauda a finalidade da lei e ilude as garantias de liberdade o fato de o juiz dizer apenas: "Considerando que a prisão preventiva é necessária para a garantia da ordem pública..." ou então: "A prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal...". Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar".

GALDINO SIQUEIRA (*Curso de Processo Penal*, 1930, pág. 134) afirmava: "Tanto a requisição como a concessão do mandado de prisão devem ser fundamentadas, *deixando-se bem explícito qual das provas especificadas pela lei produz veementes indícios contra o argüido culpado e a necessidade, ou pelo menos, a conveniência da medida*, quer como cautela de segurança, quer como garantia da execução da pena, quer como meio de instrução".

EDUARD KERN (*Strafverfahrensrecht*, pág. 132) também assinala que *não bastam simples temores subjetivos do julgador*. É necessário que os fatos sejam objetivamente determinados para que possam existir os fundamentos da prisão preventiva. (*Blosse subjektive Befürchtungen nicht ausreichen; vielmehr müssen bestimmte objektive Tatsachen für das Vorliegen dieser Haftgründe sprechen*). No mesmo sentido, categòricamente, EB. SCHMIDT (*Deutsches Strafprozessrecht*, 1967, pág. 118), quando se refere à insuficiência das suspeitas do juiz, subjetivamente fundadas (*Haftrichter subjektive begründeten Verdacht*).

GIOVANNI LEONE (*Istituzioni di Diritto Processaule Penale*, 1965, vol. I, pág. 96) não discrepa do entendimento comum: "*Motivazione certo non è la mera affermazione che esistono indizi di responsabilità; occore cioè una certa individuazione concreta e specifica degli indizi*".

Se bastasse a simples repetição das expressões empregadas pela lei, estaríamos diante do mais rematado abuso de poder, que sòmente se exclui pela motivação completa baseada na prova.

Os tribunais do país têm anulado constantemente decretos de prisão preventiva por defeito de fundamentação quanto à necessidade da medida. Isso se verifica em dois casos: ou o juiz se limita a mencionar genèricamente que há conveniência para a aplicação da pena, a instrução criminal, etc., repetindo as palavras da lei, sem qualquer referência a fatos que provem a necessidade, ou o juiz invoca fatos que se demonstra serem absolutamente improcedentes. No primeiro caso, não há motivação. No segundo, há êrro ou abuso de poder na motivação.

A motivação deve ser sempre completa, abrangendo todos os pontos da decisão. Como ensina BETTIOL (*Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, 1966, pág. 222), não há motivação implícita: *motivazione implicita non é una motivazione*.

É antigo o entendimneto de que a motivação apresentada pelo juiz pode e deve ser examinada pelo tribunal, para verificar a sua procedência. Cita GALDINO SIQUEIRA (*Curso*, cit., pág. 143), antiga decisão da Côrte de Apelação, de 11 de janeiro de 1913, no sentido de que "o arbítrio que o legislador outorgou ao juiz sumariante para julgar sôbre a conveniência da prisão preventiva, não pode ir ao ponto de obstar que o superior hierárquico julgue de modo contrário. Se assim se pudesse entender, dar-se-ia o caso de tornar verdadeiramente soberano o juiz da primeira entrância, o que constituiria também um atentado contra a índole liberal de nossas leis".

"A prisão preventiva é medida de exceção, que suprime a liberdade do indivíduo antes de apurada a sua responsabilidade criminal pelos meios regulares, de sorte que *sòmente se deve aplicar quando sua conveniência e necessidade tenham ficado evidentemente demonstradas*". (*Rev. For.*, 100/336).

No julgamento do h. c. n.º 41.927, decidiu o E. Supremo Tribunal Federal, relator o eminente Min. VILAS BOAS: "Não é possível que haja na prisão preventiva um ato de arbítrio. O juiz tem de dizer por que decretou a prisão preventiva". (*Rev. Trim. Jurispr.*, 33/408).

No julgamento do h. c. n.º 43.708, afirmou o ilustre relator: "Não se exige uma dissertação, uma peça literária. Exige-se fundamentação, motivação que demonstre, *quantum satis* os pressupostos legais. *A simples repetição genérica das palavras da lei não é fundamentação*, e nem pode ser aceita como tal:

é simples cópia da lei, insuficiente para que seja mantida". (*Rev. Trim. Jurispr.*, 39/544).

No h. c. n.º 44.475, relator o eminente Min. ADALÍCIO NOGUEIRA, a 2.ª Turma do STF revogou a prisão preventiva, porque era "desnecessária e injustificável" (*Rev. Trim. Jurispr.*, 44/38).

No h. c. n.º 44.565, da mesma Segunda Turma, relator ainda o Min. ADALÍCIO NOGUEIRA, decidiu o Tribunal que a prisão preventiva carece de ser fundamentada e *deve basear-se na necessidade de sua decretação*. Em seu voto afirmou o relator que é de exigir-se sempre a fundamentação da necessidade, a qual pode e deve ser examinada pelo Tribunal. Ao propósito, transcreveu o Min. ADALÍCIO NOGUEIRA decisão por êle proferida quando desembargador no T. J. da Bahia, exatíssima: "Concedi o h. c., de acôrdo com a orientação que tenho seguido nesta Câmara, de só aplaudir a prisão preventiva quando indeclinàvelmente necessária. Nem sempre a gravidade do delito, por si só, é elemento que possa justificá-la. É um complexo de circunstâncias excepcionais que a impõe. Não arvoro a decisão do juiz em árbitro irrecorrível dessa medida, porém, tal decisão está sujeita à apreciação e à reparação da superior instância. Tal critério é um corolário inegável do princípio da dualidade de instâncias, sendo a segunda a revisora dos atos da primeira, pena de tornar-se ornamental e supérflua. Os fundamentos do despacho *a quo* não me infundiram a certeza da necessidade imprescindível da custódia preventiva com elementos, ainda imprecisos e vacilantes, do inquérito policial". (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, 43/248).

Veja-se, ainda, entre outras decisões: "A prisão que se permite decretar como segurança da ordem pública, conveniência da instrução criminal e interêsse da aplicação da lei, é medida condicionada ao limite da exigência social, *tornando-se ineficaz e ilegal se quem a determina não lhe demonstra devidamente a imperiosa necessidade*". (*Rev. For.*, 211/345).

"Para a prisão preventiva, mormente quando facultativa, *exige a lei que o juiz demonstre cabalmente a necessidade e a conveniência da segregação*, sendo de conceder a ordem de h. c. quando deixe de fazê-lo". (*Rev. For.*, 210/359).

"Tratando-se de prisão facultativa, não basta que o juiz declare que a decreta como garantia da ordem pública, para conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, *cumprindo-lhe fundamentar a decisão, indicando atos, fatos e circunstâncias que comprovem a existência dos requisitos que a justifiquem*". (*Revista Forense*, 203/325).

Para concluir, lembramos que o TFR orienta-se no mesmo sentido da iterativa jurisprudência invocada, como se pode ver pela decisão proferida no h. c. n.º 1.887, relator o eminente Ministro GODOY ILHA. Nesse caso, foi a ordem concedida, "por não suficientemente demonstrada a necessidade da medida". (*D. J.*, 3/7/68, pág. 2.509).

No h. c. n.ª 1.806, relator o ilustre Min. MOACIR CATUNDA, decidiu o E. Tribunal, por unanimidade, que para a prisão preventiva se exigem *dados concretos sôbre sua necessidade*, em atendimento a reclamos de ordem pública, para assegurar a aplicação da pena ou por conveniência da instrução criminal. *Não basta a simples alusão a tais fundamentos*. (*D. J.*, 30/4/68, pág. 1.432).

Veja-se também o acórdão proferido no h. c. n.º 20.280, pela 2.ª Câmara do T. J. da Guanabara, relator o ilustre Des. BANDEIRA STEELE, no qual a ordem foi concedida em face de prisão preventiva decretada em juízo falimentar, "por se tratar de decisão omissa no tocante à fundamentação da necessidade ou conveniência da medida". (*Revista Jurisprudência*, 15/271).

A 3.ª Câmara do T. J. da Guanabara, no h. c. n.º 21.758, relator o eminente Des. MAURO GOUVÊA COELHO, de forma incisiva, declarou: "Não está fundamentada a decisão que a decreta (a prisão preventiva), quando se limita a repetir as expressões temáticas da lei, sem indicar as provas e elementos dos autos que correspondam ao comando legal. É certo que a matéria da conveniência da prisão preventiva facultativa pertence à autonomia do juiz processante e a segunda instância não a reexamina; mas, não é menos certo que a decisão de primeira instância tem de justificá-la, não bastando repetir os têrmos genéricos da lei, o que seria, como já se disse, justificar a conveniência com a própria conveniência". A decisão foi unânime. (*Rev. Jurispr.*, 17/438).

Prisão preventiva. Prova deficiente para fundamentá-la.

Em caso de mandato criminal relacionado com homicídio, portanto de prisão preventiva que era, então, obrigatória, a 2.ª Turma do STF, por unanimidade, relator o Min. PEDRO CHAVES, entendeu que a prova alegada pelo juiz, ao justificar o despacho, não constituia indício suficiente, pois se tratava de testemunho vago e incerto. A decisão foi proferida no h. c. n.º 43.199, e constitui mais um exemplo de que está superado o entendimento, que por longo tempo prevaleceu, no sentido de que o mérito da fundamentação, em caso de prisão preventiva, é insuscetível de reexame pela instância superior. No caso, o despacho estava fundamentado e seria formalmente incensurável. O Tribunal, no entanto, considerou o alegado pelo juiz e entendeu que não lhe assistia razão, pois invocava para fundamentar a gravíssima medida o que não poderia constituir aquêle mínimo de prova que a lei exige. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 40/385).

Prisão em flagrante no interior de prédio independe de mandado.

Assim, decidiu, por unanimidade, a 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada da Guanabara, relator o ilustre juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, professor de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da UFRJ, no h. c. n.º 100. O impetrante alegava ser nulo o auto de prisão em flagrante lavrado contra os pacientes, que procediam à apuração do jôgo dos bichos, no interior de um prédio, quando nêle penetrou a polícia. E isso, porque a diligência não foi realizada pessoalmente pela autoridade, nem havia mandado de busca domiciliar.

A Câmara denegou a ordem, afirmando que o art. 241 do Código de Processo Penal não se aplica à prisão em flagrante e assinalando que o art. 294 manda observar o que dispõe o art. 293 "no que fôr aplicável". Como afirmou o ilustre relator, "essa cláusula final *no que fôr aplicável* diz respeito precisamente à dispensa de mandado de busca domiciliar, para a prisão em flagrante no interior de casas, uma vez que o característico dela é a dispensa de quaisquer ordens escritas de autoridade". Cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos*, IV, pág. 72; CÂMARA LEAL, *Comentários*, IV, pág. 219. Demonstra ainda o juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO que os arts. 293 e 294 do Código de Processo Penal não dispõem apenas sôbre a maneira de prender quem se refugiou em domicílio alheio, invocando a propósito a certeira lição de HÉLIO TORNAGHI, *Manual*, I, pág. 314: "A redação da lei pode dar a impressão de que ela se refere ao caso de alguém abrigar-se em domicílio alheio, pois nela se diz que o morador será intimado a entregá-lo, isto é, a entregar o que deve ser prêso. Mas a situação é análoga no caso de asilo na própria casa. Nesta hipótese, o sujeito será intimidado a entregar-se". (11 de agôsto de 1965).

Sigilo profissional. Advogado não pode ser constrangido a depor.

Não pode o advogado ser constrangido a depor, sendo ilegal a ordem do juiz que o obriga a comparecer para ser

ouvido. O Código de Processo Penal, em seu art. 207, proibe o depoimento de pessoas que "em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segrêdo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho". Por outro lado o Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 4.215), em seu art. 87, inciso XVI, afirma ser dever do advogado "recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sôbre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte". No art. 89, inciso XIX, o Estatuto declara ser direito do advogado recusar-se a depor em tal caso, bem como a informar o que constitua segrêdo profissional.

Êsse conjunto de disposições torna inteiramente injurídico o constrangimento exercido pelo juiz para que o advogado venha depor. A 3.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, no h. c. n.º 21.506, relator o ilustre Des. MAURO GOUVÊA COELHO, reconhecendo a existência de constrangimento ilegal, concedeu a ordem afirmando: "Advogado do lesado que manteve entendimento com o réu para amigàvelmente compor danos e depois representou à autoridade policial pedindo a abertura de inquérito, de que resultou a denúncia, está impedido de nesse processo figurar como testemunha. Neste caso, a intimação para depor sob as penas da lei — condução e prisão (art. 218/219 do Código de Processo Penal) constitui coação sanável por *habeas corpus*". (*Revista de Jurisprudência*, 17/431). A decisão foi unânime.

Na hipótese, o advogado, ao receber a primeira intimação, dirigiu-se por escrito ao juiz demonstrando seu impedimento, que o juiz recusou. Nesses casos, por uma questão de cortesia, é sempre conveniente que o advogado compareça a juízo, afirmando, então, o seu impedimento.

Corpo de delito indireto. Prova testemunhal precisa.

É indispensável o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio, conforme dispõe o art. 158 do Código de Processo Penal, consagrando uma regra anacrônica, mas de observância obrigatória. Admite-se o corpo de delito indireto, quando não fôr possível o direto, na forma prevista pelo art. 167 do mesmo diploma.

Observa-se, no entanto, que os juízes, com grande facilidade, ultrapassam a exigência no exame de corpo de delito, contentando-se com referências mais ou menos vagas, feitas às vêzes por uma só testemunha.

No julgamento da Apelação Criminal n.º 46.783, a 2.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, relator o excelente Des. OLAVO TOSTES FILHO, considerou a questão do corpo de delito indireto em crime de lesões corporais, para declarar inadmissível a aplicação do artigo 167 do Código de Processo Penal por não serem as testemunhas precisas quanto à natureza e a sede das lesões. No caso, o exame pericial não constatou a existência de qualquer lesão traumática e o juiz condenou com base na prova testemunhal vaga. Como se diz no acórdão, com perfeita exatidão, "para que se considere suprida a prova material, é indispensável que as testemunhas sejam perguntadas e prestem informações precisas sôbre a natureza e sede das lesões. Se a lei processual penal exige que os peritos descrevam minuciosamente essas lesões (art. 160), seria incongruente que, pela prova testemunhal, se tivesse suficiente a informação de que a vítima ficou ferida, sem outros detalhes". Ficou vencido o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS, que condenava pela contravenção de vias de fato. (*Rev. Jurispr.*, 15/287).

Prova ilegal é inadmissível para a condenação.

No julgamento do h. c. n.º 1.162, o TFR considerou ilegal e inadmissível a utilização de prova resultante de outro inquérito policial anteriormente arquivado por outra Vara. Depois de encerrado o sumário, o juiz requisitou o inquérito que fôra arquivado em outra Vara, e com base nêle proferiu a condenação.

A ilegalidade do procedimento é evidente. Trazendo aos autos novos elementos de prova, o juiz não poderia deixar de ouvir a defesa. Não o fazendo, suprimiu o contraditório. Por outro lado, não seria possível fundar a condenação em elementos estranhos ao debate, sôbre os quais já havia um pronunciamento da justiça.

O eminente relator, Min. HENRIQUE D'ÁVILA, em seu voto, acentuou que se tratava "de ilegalidade da prova, e não da aferição de sua maior ou menor valia". Isso mesmo foi acentuado pelo Min. OSCAR SARAIVA: "Não se trata de apreciação do valor de prova, mas de uma trazida aos autos, de elementos probatórios espúrios, que não poderiam servir como tal". Decisão unânime. (*TFR Jurispr.*, 6/96).

A questão da *legalidade* da prova é em geral considerada com referência aos *meios* empregados para obter elementos de convicção relacionados com o fato delituoso. Como se sabe, nos Estados Unidos, a Suprema Côrte, interpretando a garantia contra buscas ilegais, da 4.ª emenda à Constituição, fixou de maneira absoluta e peremptória a inadmissibilidade da prova obtida ilegalmente. As reservas que aqui se estabelecem não se relacionam com a *credibilidade* da prova, mas com a exclusão de determinados elementos, independentemente de sua aptidão para evidenciar fatos relevantes, tendo em vista que sua obtenção ou sua produção viola princípios essenciais de garantias para o acusado. Entre nós, o STF já decidiu que a prova obtida por meio ilegal anula o processo (*Rev. For.*, 199/258). A luta pela verdade encontra limitações importantes.

O tema tem sido examinado por vários juristas em data recente. O 46.º Congresso dos Juristas Alemães, realizado em Essen, em 1966, tratou especialmente da matéria. Veja-se o volume *Verhandlungen des Sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Beweisverbote im Strafprozess*, com contribuições de ANDENNAES, MUELLER, NUVOLONE, PETERS e RUPP.

Coisa julgada exclui conflito de jurisdição e impede indagação sôbre competência do juízo.

Em decisão unânime, a 2.ª Câmara do T. J. da Guanabara, no Confl. de Jurisd. n.º 1.300, relator o eminente Des. OLAVO TOSTES FILHO, reconheceu que não cabe conflito de jurisdição se já se encerrou o julgamento em outro juízo. Os fatos eram os seguintes: o réu, soldado da P. M. do Estado da Guanabara, foi denunciado por homicídio, de que foi vítima outro policial da mesma corporação. Foi julgado e absolvido na Justiça Militar, em decisão que passou em julgado. Ao mesmo tempo, foi o réu pronunciado, para julgamento pelo Júri. Nesse momento foi suscitado o conflito de jurisdição, afirmando-se a nulidade da decisão proferida na Justiça Militar, por incompetência *ratione materiae*.

O excelente acórdão, fazendo exata aplicação do direito, exclui o conflito de jurisdição, de que o Tribunal não conheceu. O conflito de jurisdição só é cabível enquanto estão pendentes os dois processos.

Concedeu, no entanto, o Tribunal, de ofício, *habeas corpus*, para declarar a ausência de justa causa no processo que corria no Júri, reconhecendo a existência de coisa julgada. O crime só seria militar, se o réu o tivesse praticado em situação de atividade, circunstância que não estava esclarecida, sendo pois duvidosa a competência da Justiça Militar. A coisa julgada, no entanto, em nosso direito, torna impossível a declaração de nulidade por incompetência do juízo. A revisão criminal só é possível quando

se realiza em benefício do réu. A decisão que anula a sentença com trânsito em julgado por incompetência do juízo é sentença de revisão. (*Rev. Jurispr.*, 13/342).

No Rec. Extr. n.º 31.954, relator o Min. OROZIMBO NONATO, o STF considerou idêntica situação, decidindo: "Se ocorre caso julgado, forma êste obstáculo indominável a que se discuta a questão de competência. Só na pendência da lide é possível suscitar questão de incompetência do juízo. Finda a causa, ou decidida por sentença transitada em julgado, a exceção de incompetência não pode ser invocada (e pois o conflito de jurisdição). É o que ensina JOSÉ ALBERTO DOS REIS (*Processo Ordinário e Sumário*, págs. 522/523). Nem tal podia ser, pois que a sentença enquanto não rescindida cobre as nulidades e a mesma incompetência *ratione materiae*. (PONTES DE MIRANDA, *Com. ao Cód. de Proc. Civil*, vol. 1.º, pág. 518). O princípio de constituir o julgado obstáculo à alegação de incompetência procede a tôdas as luzes e deriva de inexistir sentença nula *pleno jure*, o que em direito penal vigora (LACOSTE, *De la Chose Jugée*, págs. 905 e 907). Vigora só a favor do réu, que a sentença condenatória nula pode ter sua eficácia eliminada por via de *habeas corpus*. (*Rev. For.*, 139/373).

Ministério Público. Poder para requisitar elementos de prova.

Os representantes do M. P. comumente se esquecem de que a lei lhes confere poder para requisitar, diretamente e em seu próprio nome, os elementos de prova que julgam necessários. O art. 47 do Código de Processo Penal dispõe: "Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los".

Deixando-se absorver pela rotina burocrática do processo, o M. P. não pode vir mais tarde alegar, como temos visto, um suposto *cerceamento da acusação*.

O Tribunal de Alçada da Guanabara, no julgamento da Apelação Criminal n.º 682, por sua 2.ª Câmara Criminal assinalou muito bem que não podia ser aceita a alegação do M. P., em grau de recurso, de que o juiz se omitira na juntada da fôlha penal do réu, "porque também o Dr. promotor se omitiu, pois a lei lhe atribui o poder de requisitar quaisquer peças, documentos ou certidões". Relator o ilustre juiz EPAMINONDAS PONTES. Decisão unânime.

Ação privada. Instrumento de mandato.

A exigência contida no art. 44 do Código de Processo Penal, no sentido de que o instrumento de mandato, no caso de ação privada, mencione o fato delituoso, tem sido reafirmada pelos tribunais e pela doutrina. Dúvida tem surgido, por vêzes, quanto à extensão da referência ao fato e ao momento em que se limita a possibilidade de sanar a irregularidade. Que não basta uma simples referência ao nome do crime decidiu, acertadamente, a 2.ª Turma, do STF, no Rec. Extr. n.º 59.241, relator o eminente min. EVANDRO LINS, que deixou consignado em seu excelente voto, aludindo à desnecessidade de menção *circunstanciada* do fato: "Isto não quer dizer que a procuração seja válida, quando, como no caso dos autos, não faz qualquer referência ao fato delituoso, limitando-se a indicar a disposição do Código Penal, que teria sido infringida pelo querelado. A queixa dada por procurador exige podêres especiais e referência precisa ao fato delituoso. A menção a que se refere o art. 44 do Código de Processo Penal ao fato em si é imprescindível, uma vez que o direito de queixa é personalíssimo e, exercido por procurador, o mandato a êste conferido deve conter, além do nome do querelado, descrição, embora sucinta, do fato criminoso, para que se firme a responsabilidade do mandante, se o caso fôr de denunciação caluniosa". Diversa seria a situação se o querelante tivesse firmado a petição inicial, juntamente com o procurador. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 40/410).

Injúria. Queixa que não menciona as expressões ofensivas. Validade.

Na Ap. Crim. n.º 47.121, relator o ilustre Des. OLAVO TOSTES FILHO, decidiu a 2.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara que é válida a queixa por crime de injúria que não menciona as palavras ofensivas. Na queixa dizia-se que o querelante "difamou e injuriou a querelada, atingindo com pesadas palavras a sua reputação de môça prendada, bem como o seu decôro, sua dignidade e sua honra, naquele local público e na presença de inúmeras pessoas que ali se encontravam". Entendeu o douto relator que a imputação "fica suficientemente particularizada se se disser que foram proferidas palavras injuriosas, porque quaisquer que sejam elas, se realmente contumeliosas, configurarão o crime". O apelante havia sido condenado a um mês de detenção, por injúria.

Ficou vencido o eminente Des. ROBERTO MEDEIROS, afirmando a inépcia da queixa, que não especificava as palavras injuriosas e os fatos difamatórios. (*Rev. Jurispr.*, 13/385). Correto foi, certamente, êsse voto vencido. A inépcia era, no caso, *data venia* do ilustre relator, irrecusável, pois a lei exige a narração do fato delituoso "com tôdas as circunstâncias" (art. 41 do Código de Processo Penal). Não pode alguém defender-se de acusações vagas e indeterminadas de que ofendeu "o decôro, a dignidade e a honra".

Inépcia da denúncia. Desconformidade entre a denúncia e os fatos apurados no inquérito.

A hipótese levada à 1.ª Turma do STF, no julgamento do h. c. n.º 44.377, relator o ilustre Min. DJACI FALCÃO, era a de denúncia por homicídio doloso, em caso que se referia, evidentemente, a homicídio culposo. O Juiz do Tribunal do Júri rejeitara a denúncia, que, embora sumária, descrevia homicídio doloso, declarando a inexistência de tal crime. Em grau de recurso, a 1.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, mandou iniciar o processo.

Através do h. c. pretendia a defesa a declaração da inépcia da denúncia e a obteve do STF, sob fundamento de que a peça acusatória não descrevia o fato delituoso, com tôdas as suas circunstâncias.

Entendeu o Tribunal que o "laconismo da denúncia foge ao pressuposto da descrição, de modo preciso, do fato imputado ao acusado, e imprescindível à classificação do crime".

Invoca-se, no acórdão (unânime), a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, pág. 156): "A pretensão punitiva que se contém na acusação deve ter a sua razão, ou fundamento. Os fatos em que se esteia o pedido acusatório constituem, segundo a terminologia de LEO ROSENBERG, no processo civil, a base empírica da pretensão. Êles são o antecedente do pedido, ligando-se, um e outro elementos, pela conexão normativa do preceito jurídico aplicável.

Pretensão sem fundamento é afirmação inerme e inútil, como o disse CARNELUTTI. Por isso mesmo, quando a pretensão punitiva se transfunde na acusação, imprescindível se faz que o órgão da ação penal exponha a razão de seu pedido acusatório".

No caso, não nos parece que a denúncia fôsse inepta por falta de descrição do fato delituoso. A acusação sem base na realidade do processo é caso de *abuso de poder* do M. P., sanável pela via do h. c. Por outro lado, há nesses casos ausência de viabilidade do direito de ação, por falta de legítimo interêsse, o que impõe a rejeição da denúncia. Êsses deveriam ser, *data venia*, os fun-

damentos da decisão. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva*, *Rev. Bras. Crim. Direito Penal*, n.º 13, pág. 74. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/7).

Representação pela mãe da vítima. Validade.

O STF tem admitido a validade de representação feita por pessoas que não representam legalmente o menor, vítima de crime. Assim, por exemplo, o tio (*Revista*, 8/136), a tia (*Rev. Trim. Jurispr.*, 24/479), o irmão (*Rev. Trim. Jurispr.*, 36/82) e até o amásio da mãe da vítima (*Revista*, 10/181). No h. c. n.º 43.669, relator o ilustre min. ALIOMAR BALEEIRO, a 2.ª Turma denegou a ordem unânimemente, admitindo a validade de representação feita pela mãe da ofendida, embora vivo, capaz e residente com a família, o pai. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 40/210).

A 1.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, no h. c. n.º 20.453, relator o Des. JOÃO FREDERICO MOURÃO RUSSEL, admitiu a validade de representação feita pela irmã da vítima, estando os pais em local indeterminado. Decisão unânime. (*Rev. Jurispr.*, 14/306).

Decadência. Como se conta o prazo, havendo inquérito policial.

A 1.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, no h. c. n.º 20.906, relator o ilustre Des. MURTA RIBEIRO, decidiu que o prazo de decadência, quando a queixa é alicerçada em inquérito policial, começa a fluir da data da chegada dos autos em Juízo. Argumentou-se com o disposto no art. 19 do Código de Processo Penal, que reza: "Nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao Juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado".

Ficou vencido o eminente Des. CRISTÓVAM BREINER, que, a nosso ver, estava com a melhor orientação. Parece-nos irrecusável que o prazo de decadência fixado pelo art. 38 do Código de Processo Penal começa a correr do dia em que o ofendido, ou o seu representante legal, vier a saber quem é o autor do crime, sendo irrelevante o curso eventual de inquérito. (*Rev. Jurispr.*, 14/307).

Ação privada. Iniciativa da parte.

No julgamento da Apelação Criminal n.º 48.054, relator o ilustre Desembargador FAUSTINO NASCIMENTO, decidiu a 2.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara que a não intimação do querelado para os prazos de diligências e de alegações finais acarreta necessàriamente a nulidade do feito. Assim decidiu porque, "em se tratando de ação privada, compete sempre ao querelante requerer e promover as diligências necessárias, junto ao juízo, no sentido de ter o querelado ciência das diligências determinadas e conhecimento dos prazos a ela destinados". A decisão foi unânime. (*Rev. Jurispr.*, 13/409).

Não nos parece, *data venia*, cabível, exigir do querelante uma atividade processual que a lei não exige da acusação pública. Se os prazos correm em cartório, seja pública ou privada a ação, não dependem de intimação. Se os prazos dependem de intimação, o querelante deve promovê-la. Essa é a regra a ser observada. Se o prazo do art. 499 e do art. 500 do Código de Processo Penal independem de intimação na ação pública, porque passam a depender daquela providência, em caso de queixa? A queixa representa para o ofendido pesado e difícil ônus, que não pode ser ampliado com exigências que a lei não formula.

Concurso de ação pública e ação privada.

Admitiu a 2.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara o concurso entre ação pública e ação penal privada, com base num mesmo inquérito e um só processo, em que se estabeleceu um litisconsórcio. Na hipótese, dois delinqüentes tentaram raptar mulher, introduzindo-a a fôrça em seu automóvel. Conseguiu a vítima, depois de grande esfôrço, desvencilhar-se, sendo socorrida por policiais, que foram agredidos pelos criminosos. A vítima apresentou queixa em relação aos crimes dos arts. 213 e 219 do Código Penal. Ao mesmo tempo, o M. P. apresentou denúncia, pelos crimes de resistência, lesões corporais, desacato e desobediência.

Insurgiram-se os réus contra o litisconsórcio, através do h. c. n.º 21.115, que a Câmara denegou unânimemente, sendo relator o Des. OLAVO TOSTES FILHO, que afirmou não haver no Cód. de Proc. Penal proibição para litisconsórcio dêsse tipo, bem como que não houve qualquer prejuízo para os acusados. Decisão correta. (*Rev. Jurispr.*, 16/350).

Ação penal após arquivamento. Inadmissível sem novas provas.

Dando aplicação a tranqüila jurisprudência, decidiu a 1.ª Turma do STF, no h. c. n.º 44.254, relator o eminente Min. OSWALDO TRIGUEIRO, ser incabível a ação penal após o arquivamento do inquérito pelo juiz a requerimento do M. P., sem que se proceda a novas investigações ou se tenha notícia de outras provas. Como já tivemos oportunidade de assinalar, não nos parece correta, *data venia*, a orientação que se firmou, sendo que no Estado da Guanabara contrasta com texto expresso de lei.

A concessão da ordem de h. c. pelo STF em tais casos, não põe fim ao processo. Como expressamente se diz no voto do ilustre relator, anula-se o processo a partir da denúncia, sem prejuízo de nova iniciativa do M. P., que pode promover a obtenção de novas provas. (*Rev. Trim. Juirspr.*, 42/376). Entre outras decisões, veja-se a proferida no h. c. n.º 42.472 (*Rev. Trim. Jurispr.*, 34/32); a proferida no h. c. n.º 43.541, relator o Min. OSWALDO TRIGUEIRO (*Rev. Trim. de Jurispr.*, 40/111), e, ainda, a do h. c. n.º 44.270, relator o Min. ADALÍCIO NOGUEIRA (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/737).

O T. de Alçada da Guanabara, no Rec. Crim. n.º 28, por sua 2.ª Câmara Criminal, opôs-se à jurisprudência dominante, em excelente decisão. Foi relator o eminente juiz EPAMINONDAS PONTES, que realizou largo exame dos podêres do Ministério Público e da legislação comparada, em caso de arquivamento, demonstrando, com grande erudição, que a ação penal pode ser intentada em processo arquivado, sem novas provas.

Assinala-se nesse acórdão que "a má apreciação momentânea da hipótese dos autos não configura cousa julgada na órbita do M. P., que é uno e cuja definição última cabe ao Procurador-Geral, sem qualquer subordinação ou vinculação ao juiz ou ao seu despacho de simples remessa dos autos ao arquivo, ato administrativo típico, sem conteúdo jurisdicional, cuja característica dominante é não produzir cousa julgada". Entendeu o Tribunal que a exigência de novas provas, a que alude o art. 18 do Código de Processo Penal, só se aplica à reabertura do processo pela polícia, não se referindo tal dispositivo de lei ao M. P.Em nosso direito, só há exigência de novas provas para a ação penal em caso de impronúncia, que é típico pronunciamento jurisdicional. Refere-se, ainda, o acórdão, ao perigo que representa o definitivo trancamento da ação penal por parte de promotores do interior do país, subordinados a injunções políticas: "não convém à nossa legislação, endereçada a órgãos locais de níveis

variáveis, espalhados num vastíssimo território, que as decisões do Ministério Público quanto a arquivamento de processos sejam irreversíveis, inatingidos por nova interpretação das leis ou das provas".

O juiz EPAMINONDAS PONTES é catedrático de Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio. O acórdão notável que elaborou foi subscrito pelo juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, que também é professor da matéria, observando que "no direito brasileiro, a iniciativa da ação penal pública não está vinculada a inquéritos policiais, arquivados ou não. Se, nos procedimentos dos crimes da competência do Júri, quando impronunciado o réu, outro processo só pode ser instaurado *se houver novas provas* (artigo 409, parágrafo único, Código de Processo Penal), o motivo está em já se haver iniciado a ação penal, sendo a impronúncia uma sentença que põe fim a ela e, portanto, transita em julgado, correspondendo à *absolutio ab instantia* do velho Direito Canônico".

Ficou vencido o ilustre juiz OSWALDO GOULART PIRES, cujos argumentos se afinam com a jurisprudência dominante e podem ser assim resumidos: a mesma peça de informação não pode servir de base, simultâneamente, a um pedido de arquivamento deferido pelo juiz, e a uma denúncia, oferecida por determinação do Procurador-Geral. Embora o despacho de arquivamento não tranque definitivamente a ação penal, impõe-lhe condições para que se inicie, uma das quais é a realização de novas diligências que importem na obtenção de novas provas. Pretende-se que o Código de Processo Penal não proiba ao M. P. o aproveitamento do inquérito arquivado para oferta de denúncia, pois o art. 18 seria dirigido só à autoridade policial. Tal dispositivo de lei, no entanto, é o único que dispõe sôbre inquérito arquivado, no Código, e o faz para esclarecer que o arquivamento não impede novas pesquisas sôbre o caso e a busca de novas provas, bem como que o arquivamento se dará por falta de base para a denúncia. Por outro lado, a denúncia há de lastrear-se em provas ou elementos que a informem ou lhe dê possibilidade de afirmação, sem o que, ainda que formalmente perfeita e narrando um delito, não tem condições de procedibilidade. Por isso é que o inquérito mandado arquivar, por lhe faltar base para a denúncia, não pode reviver e adquirir o que não tinha, sem que novos elementos se lhe acrescentem.

Curador ao réu menor. No processo penal suas funções são cumpridas pelo defensor nomeado.

Na Ap. Crim. n.º 1.319, a 2.ª Câmara do Tribunal de Alçada da Guanabara, relator o ilustre juiz EPAMINONDAS JOSÉ PONTES, decidiu, por unanimidade, que é válido o processo contra réu menor a que foi dado *defensor*, e não *curador*, pois aquêle desempenha as funções dêste no processo penal.

Como se sabe, o menor de 18 a 21 anos só pode ser processado com assistência de curador, desde a fase policial (artigos 15, 194 e 262), havendo nulidade com a falta de sua nomeação (art. 564, III, letra *c*).

Estabelece o acórdão paralelismo entre o *curador* para o menor e o *defensor* para o maior, a ser nomeado obrigatòriamente, para o réu presente ou ausente ou foragido (art. 261 Cód. Proc. Penal), mostrando a função que o curador desempenha no direito e no processo civil. No crime, o curador não representa o menor. No processo penal prevalece a pessoalidade do comparecimento do menor ou do doente mental. De tal modo, o réu no processo penal é apenas *assistido* e não representado. E acrescenta: "No processo penal a função do curador advogado nomeado para o réu menor não difere da função do defensor do réu maior: o curador, a mais que o defensor, apenas integra a personalidade do réu do ponto de vista psicológico, completando sua capacidade de ser parte, mas lhe cabe, só, nos atos praticados pessoalmente pelo réu, fiscalizar a legalidade e a regularidade dos mesmos. Só para isso é que o curador há de estar presente durante o interrogatório do menor (artigo 194 do Código de Processo Penal), pois, evidentemente, nada pode responder por êle. Entende-se que o réu maior fiscaliza, êle próprio, o ato a que é chamado".

No caso, a autoridade ao invés de mencionar a nomeação de *curador*, referiu-se a *defensor*. A Câmara considerou que isso não apresentava qualquer relevância. A presença do técnico, só porque foi denominada de defesa e não de curatela, não pode acarretar nulidade.

A decisão atribui ao curador a mesma função do defensor: "Fica ao curador o mesmo que fica ao defensor: o trabalho técnico da defesa, falando, interpretando, promovendo provas, escrevendo, mas tudo jurìdicamente: sua tarefa é jurídica, essencialmente, enquanto que ao réu cabe esclarecer essencialmente quanto aos fatos".

Pedimos licença para divergir. A nosso ver, a função do curador é simplesmente a de assistir o réu na sua capacidade de ser parte, como se diz no próprio acórdão, ou seja, é a de suprir as deficiências do curatelado, fazendo com que se apresente, para os efeitos jurídicos, como se fôsse um maior. Se assim é, a função do curador é diferente da função do defensor. É claro que o defensor pode ser também curador, e por isso a decisão está correta quando recusa a nulidade do processo, por uma questão puramente terminológica. Mas é possível que o curador não seja advogado. Veja-se nesse sentido, TORNAGHI, *Instituições*, vol. II, pág. 171: "Note-se que o curador não é um advogado. Nada exige que êle seja bacharel em direito, como também, nada impede que êle constitua advogado".

JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Elementos*, vol. II, pág. 57), após esclarecer que o curador é nomeado ao menor, para que possa acompanhar a lavratura do auto de prisão em flagrante, usar do direito de requerer diligências (art. 14, do Código de Processo Penal), pedir a prestação de fiança e obstar, por qualquer forma, restrições ilegais e indevidas ao *status libertatis* do curatelado, conclui: "A nomeação de curador deve recair, *sempre que possível*, em pessoa que também tenha capacidade postulatória".

A falta de curador ao réu menor acarreta seguramente nulidade, se o processo é por contravenção, pois aí a instrução se inicia na polícia. Se êste não fôr o caso, a falta de curador implica na nulidade do flagrante, tendo como conseqüência, o relaxamento da prisão. Isso não significa, no entanto, a nulidade de todos os atos do inquérito, porque quando o menor, como indiciado, é objeto de prova ou investigações, nenhuma função tem o curador, como bem ensina FREDERICO MARQUES, a não ser a de zelar pelos direitos de liberdade de seu curatelado, impetrando, conseqüentemente, as providências necessárias para tutelá-la devidamente: "A incapacidade relativa do menor diz respeito à titularidade de direitos processuais subjetivos, e, portanto, ao indiciado ou réu como sujeito processual".

No acórdão de que damos notícia, a nulidade pela falta de curador estava sendo alegada por co-réu maior. Como é óbvio, a Câmara rejeitou a alegação, afirmando que a falta não aproveitaria ao co-réu maior, por se tratar de circunstância pessoal, incomunicável (artigo 580 do Código de Processo Penal).

Apelação criminal sem recolhimento do réu. Pena de reclusão

A obrigatoriedade do recolhimento do réu à prisão nos crimes inafiançáveis (art. 594 do Código de Processo Penal),

constitui uma das regras mais odiosas de nosso processo penal. Contrasta com a tendência geral do Direito Penal moderno, que é a da ampliação dos podêres discricionários do juiz na aplicação da pena, ou seja, nas soluções penais para o condenado.

A pluralidade das penas privativas da liberdade (reclusão e detenção) é totalmente injustificável quando a reclusão obriga a certas providências e impede outras, em contraste com as exigências da justiça no caso concreto. Por isso mesmo, os juízes muitas vêzes absolvem o acusado para não aplicar a pena que repugna à sua consciência. E outras vêzes abandonam a acusação tècnicamente correta, operando uma desclassificação que permita aplicar a pena menos grave. Isso tem sido feito em matéria de tráfico de entorpecentes e em outros delitos.

A pena de reclusão, por outro lado, explica a hipertrofia do *habeas corpus* no direito brasileiro, justificando a enorme elasticidade que alcançou a medida extraordinária, afastando-a de seus limites tradicionais. É razoável que a defesa abandone a via regular do recurso e procure reformar ou anular a sentença condenatória por meio de *habeas corpus*.

A reclusão, a nosso ver, justifica, ainda, certas distorções da jurisprudência do STF, que no fundo, representam apenas a preocupação de nossa Côrte Suprema em afastar condenações iníquas, embora tècnicamente corretas. Se se analisa a origem da jurisprudência sôbre o pagamento como extinção do crime, em matéria de cheque sem fundos, vamos verificar que a explicação está no fato de condenações absurdas a penas de *reclusão*, por fatos insignificantes (cheques de reduzido valor, que foram pagos).

No h. c. n.º 46.535, relator o ilustre Min. MOACIR AMARAL SANTOS, o STF, pela primeira vez, concedeu *habeas corpus* para que o paciente, condenado à pena de reclusão, apelasse em liberdade. Tratava-se de hipótese duvidosa de fraude penal, tendo sido o réu condenado por estelionato. A ementa dêsse julgado reza: "Estelionato. Dificuldade de distinção entre fraude penal e fraude civil. Paciente condenado em primeira instância. Recurso provido em parte, para que o paciente possa apelar em liberdade". (*D. J.*, 27/6/69, pág. 2.878).

Trata-se de decisão importante, com a qual o STF dá um passo largo no sentido de remover um dos mais claros defeitos de nossa lei processual. Esperamos que êsse entendimento inspirado no bom senso, venha a prosperar.

O juiz ELIEZER ROSA, mestre na ciência do processo, concedeu em certa ocasião, de ofício, *habeas corpus* a réu condenado à pena de reclusão para que apelasse em liberdade. Argumentava o excelente juiz no sentido de que a Constituição Federal de 1946, tornara inaplicável o art. 594 do Código de Processo Penal. Parece-nos útil transcrever essa decisão pioneira (proc. n.º 20.267, da 8.ª Vara Criminal da Guanabara) que é de março de 1962:

"Foi o legislador constituinte de 1946 quem trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a salutaríssima regra do parágrafo 4.º do art. 141. Embora incompleto o texto, como o demonstrou o eminente Prof. LUIZ EULALIO DE BUENO VIDIGAL, porque não abrangeu senão os casos de lesão de direito, quando além da lesão há casos de interêsse à simples declaração, embora incompleto, dizia, o texto é de fecundo alcance social, olhado pela sua dimensão democrática. (Cf. *O Processo Civil e a Reforma Constitucional* (Separata da R. F. Direito). "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (Constituição Federal, art. 141, parágrafo 4.º). Ora, exigindo o art. 594 do Código de Processo Penal que o réu se recolha à prisão para poder apelar, criou uma condição legal que fere a liberdade individual, podendo dar lugar a lesão irreparável ao recorrente, o que ocorre tôda vez, que o recurso fôr provido, para absolver o acusado recorrente. Ensina o Professor FREDERICO MARQUES que no texto do § 4.º do art. 141 da Constituição Federal está o direito de ação, direito constitucional de invocar a jurisdição. (*Rev. de Direito Proc. Civil*, 2.º vol., págs. 15). Entendo um pouco diversamente, pois acho que no texto referido o que está pôsto é um "poder jurídico", base do "direito de ação". Êste *direito de ação* que é de natureza processual tem seu pressuposto natural no mencionado texto constitucional. Essa é a lição de LIEBMAN, que sigo, no caso. (Cf. *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milano, 1952, pág. 35). Mas, a natureza de tal "direito" ou "poder jurídico", distinção que aqui faz pouco, não interfere com o argumento que fornece o aludido texto constitucional. Êle diz claramente que nenhuma lesão de direito pode ser excluída pela lei ordinária de apreciação do Poder Judiciário. Para haver "exclusão" não precisa que a lei negue a ação ou recurso, basta que dificulte, criando condições lesivas àquele que quer exercitar o direito de agir perante juízes e tribunais. E parece fora de dúvida que o recolher-se alguém à prisão para exercer o direito constitucionalmente garantido de agir, quer acionando, quer intervindo, quer recorrendo, é dificultar, é pôr tropêço irremovível no caminho daquele que quer exercer o direito constitucional de levar à apreciação do Poder Judiciário a suposta lesão do seu direito. O Prof. FREDERICO MARQUES, no estudo citado ensina que: "E como o Poder Judiciário tem como atividade específica a jurisdição, o que se conclui é que o Estado garante, através da Constituição, a todo o que se sentir lesado em direito individual, a resolução jurisdicional de litígio oriundo da afirmativa dessa lesão, pelos órgãos da Magistratura". "Isto quer dizer que a lei ordinária não pode restringir ou anular a tutela jurisdicional, quando alguém alegue ter sofrido lesão em direito individual..." (*Rev. Dir. Proc. Civil*, 2.º vol., pág. 15). Aí está a lição exata. A lei ordinária, no caso, o art. 594 do Código de Processo Penal, com estabelecer uma condição legal para o exercício do direito de recorrer, que é o mesmo direito de agir, e sendo esta condição o recolher-se prêso, está restringindo, pràticamente anulando, o exercício de direito constitucional incondicionado de acionar, isto é, de recorrer aos tribunais. O recolher-se prêso pode ser uma lesão irreparável em certos casos, mas em todos uma restrição humilhante à dignidade da pessoa humana, antes de estar convencida de haver praticado a infração que lhe foi imputada, convicção que só advem com a coisa julgada. Recorrer é agir em justiça, é exercitar o direito à jurisdição prometida pelo Estado, como uma de suas funções tutelares do indivíduo, já que lhe retirou a auto defesa. A jurisdição é monopólio do Estado. Logo, deve ser incondicionado, abstrato o direito de agir, do qual o de recorrer é conseqüência, porque são paralelos os direitos de *acionar, contestar, reconvir, intervir* e *recorrer*. Pode excluir-se a afirmação, talvez, perigosa, de que recorrer seja uma conseqüência do direito de acionar. O que há é um evidente paralelismo. Até hoje a doutrina mais autorizada entre nós ensinou que para recorrer, ou, mais precisamente, para apelar, só duas condições se exigem: a *legitimidade* e o *interêsse*. (Cf. MACHADO GUIMARÃES, *Limites Objetivos do Recurso de Apelação*, Rio, 1962, pág. 55). Tendo o Código de Processo Penal, no art. 594, exigido que o réu apelante se recolha à prisão, foi além, do que exige a Constituição no § 4.º do art. 141, e a doutrina processual. Dir-se-á que estou argumentando com processualistas afeitos ao processo civil e utilizando conceitos do processo civil. Respondo que é hoje vencedora e unificação doutrinária de todos os ramos do processo, na sua parte geral. Os conceitos e princípios se interpenetram no civil e no penal. Há vinte anos que entre nós se utiliza todo o instrumental do processo civil no tratamento do processo penal.

Alega-se que a prisão para apelar ainda não é pena, mas custódia ou prisão quase civil. Não conheço isso, nem me consta que haja lugar especial para prêsos que apelam. Prisão, onde quer que ela seja, é prisão. Essa distinção não me parece senão grandemente teórica, e ao prêso estas filigranas não interessam. Por outro lado a consciência jurídica nacional repele o conteúdo do art. 594 do Código de Processo Penal como atentatória da liberdade física do homem processado. Leiam-se os pronunciamentos dêsse conspícuo mestre do processo penal que é o Prof. HÉLIO TORNAGHI, no *Correio da Manhã* de 9-7-61, de 6-12-61, e do representante do Instituto dos Advogados de São Paulo, na *Tribuna da Justiça* de 13 e 19 de março do corrente ano. Em São Paulo, os advogados já não apelam. Deixam precluir a decisão, e, operada a coisa julgada, utilizam a Revisão Criminal, porque, neste recurso, não há que o recorrente recolher-se à prisão. Muito se poderia ainda dizer em teoria sôbre a eficácia da sentença recorrível, sôbre o duplo grau de jurisdição, ambos assuntos pertinentes ao tema, e fundamentais para a tese aqui sustentada. Mas, os limites estreitos dêste despacho, a angústia de tempo não me dão oportunidade de estender. Assim, ressalvados os casos de flagrante e de prisão preventiva, entendendo que a Constituição Federal, vindo depois do Código de Processo Penal, retirou base legal ao texto do artigo 594 daquele Código, e que sua aplicação constitui lesão irreparável, em muitos casos, e, em todos, cerceamento de defesa (§ 25 do art. 141 da dita Constituição), e constrangimento ilegal, do meu ofício concedo *habeas corpus* ao réu — Edson Marcelino de Freitas, para que possa ver seguir em liberdade, o recurso interposto".

O T. J. da Guanabara reformou essa decisão, perdendo bela oportunidade de iniciar uma jurisprudência criadora que se afina com as exigências do Direito Penal de nosso tempo. Êste passo foi dado agora pelo Supremo Tribunal Federal. A solução definitiva da matéria virá com o nôvo Código de Processo Penal.

Corrupção ativa em relação a funcionário do Banco do Brasil.

No julgamento do h. c. n.º 1.272, relator o eminente Ministro HENRIQUE D'ÁVILA, decidiu o TFR, em sessão plena, que "o crime de corrupção ativa, de que trata o art. 333, do Código Penal, pressupõe necessàriamente que o sujeito passivo seja funcionário público. E esta qualidade não tem o servidor do Banco do Brasil envolvido em irregularidades ocorridas em operações rotineiras de crédito, comuns a todos os estabelecimentos bancários".

A irregularidade a que alude o acórdão teria ocorrido na Carteira de Crédito Geral do Banco.

Decisão correta em que ficaram vencidos os ilustres Ministros AMARÍLIO BENJAMIN e ANTONIO NEDER. (*TFR Jurispr.*, n.º 15, pág. 181).

Prisão preventiva não pode ser imposta sem prova suficiente.

Antiga jurisprudência procurava limitar o reexame, em grau de recurso, das decisões de prisão preventiva, à análise formal do ato, entendendo que ao juiz de primeira instância cabe apreciar da necessidade da medida. Êsse entendimento acha-se inteiramente superado, pois implicaria em violar o direito de liberdade do cidadão manter a prisão cautelar sem a evidência de seus pressupostos: prova da existência da infração penal, indícios de autoria e prova da necessidade da prisão.

No julgamento do h. c. n.º 1.267, o TFR, em sessão plenária, relator o ilustre Min. ANTONIO NEDER (vencido), concedeu a ordem em caso de guarda ou introdução de moeda falsa na circulação, entendendo que não havia prova bastante para justificar a prisão. O eminente Min. CUNHA MELLO observou com propriedade: "A liberdade humana não pode ser sacrificada à base de meras conjecturas". E o saudoso Min. OSCAR SARAIVA: "Entendo que a prisão preventiva, sobretudo em nosso país, já é uma pena, e pena grave porque o vexame físico e moral da prisão é inqualificável". (*TFR Jurispr.*, n.º 15, pág. 176).

Declaração isolada de co-réu na fase policial é prova insuficiente para condenar.

Em rumoroso caso, o TFR, por sua 1.ª Turma, afirmou a completa insuficiência das declarações feitas pelo co-réu no processo, na fase policial, para conduzir à condenação. Tratava-se do caso do descaminho de minérios efetuado por americanos através de avião, julgado na Ap. Crim. n.º 1.216, relator o ilustre Min. ANTONIO NEDER, vencido neste ponto. Como bem observou o eminente Min. MOACIR CATUNDA, com o apôio do tribunal, "a palavra isolada de um co-réu jurìdicamente não convence ninguém da materialidade do crime nem de sua autoria". (*TFR Jurispr.*, n.º 15, página 131).

Antecedentes criminais. Não bastam para condenar.

Sabe-se a importância excepcional que apresenta, no processo, a personalidade do acusado. Na justiça criminal não se julga uma relação jurídica, mas, sim, o homem a quem se atribui a prática de um crime. Por isso mesmo, os juízes são levados a atribuir grande relevância aos antecedentes, nêles fazendo repousar, comumente a sua convição.

É inegável que os antecedentes podem funcionar como fonte de convencimento, constituindo o que os clássicos da prova chamam de *indícios de personalidade* (ELLERO, *Della critica criminale*, 1875, pág. 147; MALATESTA, *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, 1960, volume I, pág. 251; GORPHE, *L'Appréciation des Preuves en Justice*, 1947, página 287; MITTERMAIER, *Tratado de la Prueba en Matéria Criminal*, 1929, pág. 313).

Por isso mesmo, muitos entendem que o processo penal não pode dispensar a informação sôbre os antecedentes. Assim, GIANTURCO, *La Prova Indiziaria*, 1958, pág. 100: "*Invero è incontestabile che, sovente, proprio nei precedenti si trovano i meno fallaci indizi di colpevolezza, sì che interdirne la conoscenza, come avviene secondo il sistema anglo-americano, sarebbe come volgere le spalle alla realtà*". Veja-se também CAPALOZZA, *Precedenti penali e convincimento del giudice, in Giust. Pen.*, 1950, III, col. 315/316.

Quando se trata de causa em que a prova é substancialmente indiciária, a personalidade do acusado passa, sem dúvida, ao primeiro plano. Já o observava, com precisão, FERRI, numa de suas defesas (*Difese Penali*, vol. I, 1923, pág. 522).

A matéria tem dado lugar a amplos debates, nos últimos tempos, por fôrça da influência exercida pelo sistema anglo-americano, notadamente a divisão do processo penal em duas fases (a do julgamento e a da aplicação da pena). Em tal sistema, os antecedentes criminais do acusado sòmente são conhecidos *após* a condenação. Veja-se sôbre o assunto, J. A. COUTTS, *L'intérêt général et l'intérêt de l'accusé au cours du procés pénal, Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1965, n.º 3, pág. 629.

Por ocasião do X Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Roma, em 1969, no qual se examinou o tema da divisão do processo penal em duas fases (com largos e infrutíferos debates), decidiu-se, afinal, que, em caso de efetuar-se tal divisão, o juiz de-

veria limitar-se, na primeira fase, a verificar a existência do fato delituoso e da culpabilidade do agente, ou seja, do crime em seus elementos objetivos e subjetivos. E que não se deveria, na primeira fase, empreender o exame da personalidade do acusado, antes de decidir sôbre sua culpabilidade (exceção feita a casos especiais em que pode haver inimputabilidade por doença mental, etc.). Decidiu-se ainda que, na medida do possível, as informações obtidas aos fins de escolha da sanção penal e relativas às circunstâncias pessoais do acusado, não deveriam ser reveladas sequer ao juiz antes da verificação do delito e da autoria. Essa seção do Congresso foi presidida pelo prof. LOUIS SCHWARTZ, tendo prevalecido a orientação do direito anglo-americano (cf. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1970, ns. 1/2, pág. 10).

Parece-nos, no entanto, difícil prescindir dos antecedentes criminais, como elemento indiciário, de conformidade com a velha tradição do direito continental. Coisa diversa é o *exame da personalidade*, que envolve certos direitos a serem respeitados, antes que se declare o réu culpado. Nesse ponto, o acôrdo é mais fácil. Veja-se o trabalho de COHN, *Les droits de l'accusé dans la procédure pénale en Israël, Revue Internationale de Droit Pénal*, 1966, ns. 1/2, pág. 188.

É certo, porém, que os meros antecedentes criminais desabonadores não bastam para condenar. Nesse sentido já decidiu o STF. Nesse sentido, também, o T. A. da Guanabara, por sua 1.ª Câmara, na Ap. Crim. n.º 2.800, relator o ilustre juiz OCTAVIO PINTO: "Não bastam os péssimos antecedentes do agente para ser o mesmo condenado". (*D. O.*, Parte III, 9-11-70, pág. 18.248).

Júri. Redução facultativa da pena compete ao juiz.

A redução da pena por se tratar de homicídio privilegiado ou no caso de imputabilidade atenuada é facultativa e deve ser realizada pelo juiz presidente em face da resposta dada pelos jurados. Não se trata de redução imperativa, ao contrário do que se estabeleceu na Conferência dos Desembargadores (*Anais*, pág. 247) e afirma o douto EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA (*Direito Penal*, pág. 68). Cf. FRAGOSO, *Lições*, vol. I, pág. 39; HUNGRIA, *Comentários*, vol. V, pág. 139; FREDERICO MARQUES, *Tratado*, vol. IV, pág. 97.

A 2.ª Câmara do T. J. da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 48.946, relator o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS, decidindo corretamente, afirmou que "uma coisa é o reconhecimento da causa que faculta a diminuição; outra o exercício da faculdade de diminuir. A lei confere o exercício dessas atribuições a órgãos distintos. O da primeira aos jurados; o da segunda, ao juiz presidente". (*Rev. Jurispr.*, 18/369).